جامعة تيارت

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الحمايـة القانونية للاستثمارات الأجنبيـة في ظل الاتفاقيـــــات الدوليـة

أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون دولي خاص

من إعداد الطالب:

بن هرقال هشـام

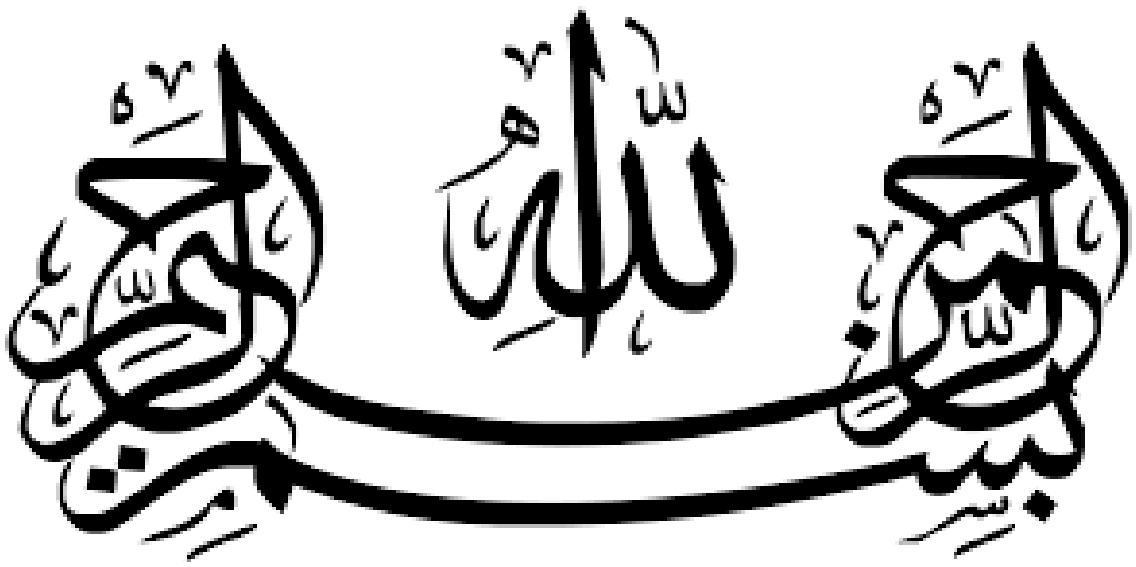
تحت إشراف:

أ.د بوسماحه الشيخ

أمام لجنة المناقشة

مكي خالدية	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	رئيس اللجنة
بوسماحة الشيخ	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مقررا
بن مهرة نسيمة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيارت	ممتحنا
عبيد فتيحة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تيارت	ممتحنا
بن عيسى أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	ممتحنا
نوري عبد الرحمن	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجلفة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2023-2024



قُلْ بِفَضْلِ ٱللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِۦ
فَبِذَٰلِكَ فَلْيَفْرَحُوا۟
هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ

اللهم صل على سيدنا
محمد
الفاتح لما أغلق والخاتم لما سبق ناصر الحق بالحق
والهادي إلى صراطك المستقيم
وعلى آله حق قدره ومقداره العظيم

شكر و تقدير

الحمد لله حتى يبلغ الحمد منتهاه لتوفيقي إلى إنجاز هذا العمل العلمي المتواضع .

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي المؤطر البروفيسور بوسماحة الشيخ، الذي أشرف على هذا العمل، وسهر معي بتوجيهاته ونصائحه القيمة .

و الشكر الخاص موصول إلى الأستاذ الدكتور بن عيسى أحمد الذي لم يبخل علي بمرافقته و دعمه و تشجيعه طيلة مشواري العلمي

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل أعضاء اللجنة المناقشة المحترمون على كرم الاستجابة، و كل أساتذتي في مشواري العلمي، منذ تعليمي لرسم الحرف، فكتابة النص، لإعداد البحث لما أنا عليه اليوم شكرا ملؤه التقدير و الامتنان و الاحترام.

إهداء

الى الرجل الذي اشتد ساعدي بجهده و ازدهرت حياتي بتضحياته، الى المرأة التي اهتدي بدعواتها و أستنير بوجهها، الى والداي الحبيبين اهدي عملي كثمرة تكريم لهما أطال الله عمرهما .

الى سندي و نجاحي الأول زوجتي الفاضلة أشكرها لكل ما قدمته من أجل إنجاح هذا العمل .

الى قرة عين إبنتها فاطمة الزهراء و المنتظر محمد يوسف المهدي .

الى روح أستاذنا المربي و شيخنا سيدي العياشي قدوري وجميع تلامذته النجباء

الى جدي و جدتي نبع البركة، الى أخي بلال و أخواتي و فقهم الله .

الى رحمي شجرة وفروع عائلات: بن هرقال، قاسم، عبد المالك، كبير.

الى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

بن هرقال هشام.

أهم المختصرات في البحث:

جر.ج. ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ب.د.ن : بدون تاريخ النشر

د.ر.م.ج : الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية

ص: الصفحة

ص . ص : من الصفحة إلى الصفحة

ق.م: قانون مدني

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

ثانيا : باللغة الأجنبية :

-Liste De La Principale Abréviation.

-A.N.DI: Agence National De Développement De L'investissement.

- A.M.G.I: Agence Multilatérale De Garantie Des Investissement.

- A.P.S.I: Agence De Promotion Et De Suivi Des Investissements

-B.M: Banque Mondiale

-C.C.I Chambre De Commerce Internationale

-.C.N.U.C.E.D: Conférence De Nations Unies Sur Le Commerce Le Développement.

-C.N.U.D.C.I.: Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International

-C.N.I: Conseil National De L'investissement

-C.I.J: Cour Internationale De Justice

-C.I.R.D.I: Centre Internationale Pour Le Règlement Des Différends Relatifs Aux Investissements

-C.A.L.P.R.E.F: Comite D'assistance La Localisation Et A La Promotion Des Investissements Et La Régulation Du Foncier

-F.M.I: Fond Monétaire International

-G.U.D: Guichet Unique Décentralisé

-I.D.E Investissement Directs Etrangers

-J.D.E: Journal de Droit International

-J.O.R.A: Journal l'Officiel de la République Algérienne Démocratique Populaire

-N° : Numéro

-O.C.D.E: Organisation De Coopération Et De Développement Economique

-O.M.C: Organisation Mondiale Du Commerce

-O.N.U Organisation des Nations Unies

-O.P. Cit: Opus Citatun / Référence Précitée

-O.P.U: Offices De publications universitaires

-P : Page

-P.P De La page à La Page

-V: Volume.

مقدمة

على ضوء الأهمية التي يكتسيها عقد الاستثمار الأجنبي تتجلى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود في ظل عدم التوازن في المراكز القانونية باعتبار الطرف القوي فيها دولة ذات سيادة و الطرف الثاني هو مستثمر أجنبي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة، وهذا التضارب من شأنه أن يولّد نوعا من التعارض في حالة تطبيق القانون الأجنبي، موازاتا مع مبدأ إقليمية القوانين المعترف به دوليا، ومن جانب آخر المساس بمصالح المستثمر الأجنبي في حالة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة حال إجراء تعديلات تشمل المراكز القانونية للمستثمر الأجنبي.

صحيح أن الواقع يسبق دائما القانون " Le fait précède toujours le droit" و'لكن نظرا للطبيعة القانونية للعقد الاستثماري الذي يربط بين الدول المضيفة و المستثمرين الأجانب و التي تتميز بالطابع الدولي، فإننا نجد أن هذه العلاقة لا تنتمي الى أي نظام قانوني معين مما يتيح لأطراف العقد الدولي اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في حال قيام أي نزاع حول تنفيذ هذا العقد.

تكتسي معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد الاستثماري أهمية كبيرة جدا، تتمثل أساسا في تحديد الحقوق و الالتزامات بالإضافة الى تحديد مشروعية العقد من عدمها بحيث أنه يعتبر قاعدة مرجعية لبيان القوة الملزمة للعقد و تقدير مدى صحته و ترتيب التزامات أطرافه.

وفي هذا الصدد تسعى الدول جاهدة لتحرير سياستها الاقتصادية الوطنية بغية جلب الاستثمارات الأجنبية بسبب افتقارها للتكنولوجيا الحديثة والتقنيات العالية، من خلال الدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي عن طريق توفير مناخ استثماري مناسب، وتهيئة الإطار القانوني لإنجاح الاستثمار.

لقد أدخلت الجزائر إصلاحات وتعديلات مختلفة على تشريعاتها وأنظمتها الإدارية المتعلقة بالاستثمار من خلالها وفرت جملة من الحوافز و التشجيعات، و أعادت النظر في أنظمتها الجبائية الجمركية و في تشريعاتها الاجتماعية، مع تضمين قانونها الأساسي جملة من المحاور الأساسية لدعم 'الاستثمار، ومن ذلك مبدأ الشفافية و حرية الاستثمار وعدم التمييز بين المستثمرين و مبدأ سهولة حركة المال و مبدأ الليبيرالية في سوق الصرف و تحديد التجارة الخارجية و مبدأ الاستقرار وغيرها[1]

[1] بوسماحه الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية 'الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية،العراق، السنة (7)، المجلد(2)، العدد (28)، 2015، ص04.

وضمن الأهداف الاقتصادية أو التنموية في بعض العمليات الاستثمارية يتحتم على الدولة إبرام هذا النوع من العقود، نظرا لما يملكه الطرف الأجنبي من قوة اقتصادية[2]، ويتسم نشاط الدولة الاقتصادي في هذه الحالة بتخليها عن ممارسة حقوقها المتعلقة بالسيادة، من خلال تضمين الاتفاق الدولي شروط استثنائية كشرط القانون الواجب التطبيق و شرط اللجوء الى التحكيم خارج القضاء الوطني و شرط الاستقرار بعدم تدخل الدولة في النشاط الاستثماري.

لم يعد ينحصر مفهوم الاستثمار الأجنبي في حدود الأموال النقدية، بل تطور ليشمل عناصر أخرى كالتكنولوجيا الحديثة و أساليب الإنتاج المطوّرة، و غيرها من العناصر المادية والمعنوية المكونة للمشروع الاستثماري، وأي مساس بهذه العناصر سيؤدي الى الحاق الضرر بمصالح المستثمرين[3]، ففي ظل انفتاح الأسواق العالمية على بعضها البعض من جراء عولمة الاقتصاد تزايدت حدة المنافسة على المستوى الدولي الأمر الذي يستدعي من مختلف المؤسسات اعتماد طرق ستحميها من مخاطر هذه المنافسة التي تهددها بالزوال.

في ظل حاجة كل دولة من دول العالم خاصة النامية منها لإحداث قفزة نوعية نحو بلوغ التنمية[4] على جميع الأصعدة ذات البعد الاقتصادي، ما يستلزم تحقيقه توافر مجموعة من العوامل و تظافرها، سواء كانت قانونية أو سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية[5]، حيث برزت عقود الاستثمار الأجنبية كإحدى أهم الأوجه التي تأخذها هذه المعاملات الاقتصادية الدولية، بحيث شهدت في الآونة الأخيرة أرقام قياسية في حجمها الهائل[6]، وفي هذا الاتجاه تبقى أهم مساعي السياسات الاقتصادية للدول خاصة النامية هي الارتكاز على الاستثمار الأجنبي كدعامة للنهوض بالمخططات التنموية الوطنية وهو ما عبر عنه 'الأستاذ « ROBERT CHARVIN » بعبارة أن "الاستثمار الدولي هو مفتاح التنمية" [7].

---

2 حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 13.

3 سهير إبراهيم حاجي، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة(7)، العدد(27)، ص162.

4 نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، 2005، ص20.

5 محبوب لبيب شقير، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر، صندوق النقد العربي، الكويت، 1981، ص07.

6 صرح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة ماجيستر، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص07.

7 « l'investissement international est la clé de développement… » voir : Charvin Rebert, linvestessement international et le droit de développement. L'hanahan. Paris, France, 2002,p12.

مقـــدمـــــة

تشكل الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي بنوعيها التشريعية الدولية أو الوطنية عامل رئيسي فاعل ضمن معادلة 'استقطاب الشركات الأجنبية وجلب رؤوس الأموال من الخارج من خلال الاستثمارات الأجنبية في ظل عولمة التجارة العالمية وعالم الاقتصاديات العبر دولي.

الى ما يتضمنه التشريع الوطني، الاتفاقيات الدولية سواء 'يشمل ضمان الاستثمار الأجنبي بالإضافة اتفاقيات ثنائية يطلق عليها غالبا تسمية (اتفاقيات تشجيع و حماية الاستثمارات المتبادلة)[8] ، أو مجموع توحيد قواعد 'المساعي الدولية الرامية الى إبرام اتّفاقيات دولية جماعية في مجال الاستثمار بهدف معاملاته و المساهمة في تضمين السياسات العامة الاقتصادية لمبادئ الاستقرار و الأمن القانونين .

وانطلاقا من مبادئ ارساء الضمانات و المزايا القانونية التي تكون بمثابة سياج يحمي هذه العلاقات القانونية العقدية الدولية خاصة في هذا المجال وما قد يتمخض عنه من آثار[9] أين برزت فكرة الضمانات التشريعية للاستثمارات الدولية بنوعيها الوطنية والدولية، وهذا المتغير استوجب مراجعة المنظومة القانونية وأدى الى السعي بطريقة أكثر جدية الى إيجاد آليات أكثر فعالية وإقناع لهذه الشركات الأجنبية من أجل الاستقطاب وتوفير مناخ ملائم 'للاستثمار بالجزائر بهدف تحقيق الإقلاع 'الاقتصادي وتحقيق التنمية 'المستدامة، حيث جسدت هذه الإرادة في كسب ثقة 'المستثمر الأجنبي من خلال تكريس مبدأ حرية الاستثمار كقاعدة دستورية بموجب 'المادة 43 من الدستور الجزائري لسنة 2016 'الذي تمخض عنه صدور 'القانون 16-09 المتعلق بترقية 'الاستثمار [10].

ومواكبة للمتغيرات الدولية سنت الجزائر قانون 'الاستثمار رقم 22-18 المؤرخ في 24 يوليو 2022 المتعلق بالاستثمار بهدف المساهمة أكثر في تحرير الاقتصاد أمام المستثمرين الوطنيين و الأجانب مع ضمان استقرار تشريعي في هذا 'المجال لمدة 10 سنوات كالالتزام بعدم اجراء أي تغييرات أو تعديلات على القانون

بما يخدم ويحمي مصلحة المستثمرين، إضافة الى تحويل الوكالة 'الوطنية شباك وحيد لدعم الاستثمار الى 'الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار ومنحها دور المروج و المرافق للاستثمارات مع استحداث شباك وحيد له اختصاص وطني، موجه للمشاريع الكبرى و الاستثمارات 'الأجنبية.

---

[8] ينوه أحد تقارير 'الأمم المتحدة الى أنّ السلوك الدولي يشهد توسع في ابرام مثل هذه 'الاتفاقيات حتى بلغ عددها الإجمالي 1762 اتفاقية عام 1998 مقارنة بـ 1556 عام 1997.

[9] أحمد هليل الشمري، معوّقات الاستثمار الأجنبي في الدول 'العربية، العراق، مصر، السعودية، الأردن، الجزائر، اليمن، دار الأيام، 'الطبعة الأولى، الأردن، 2016، ص09.

كما تضمن هذا 'القانون كذلك امتيازات جديدة للشركاء الأجانب لاسيما ما تعلق منها بتوسيع نطاق ضمان تحويل المبالغ المستثمرة و العائدات الناجمة عنها، 'الى المستثمرين الأجانب.

تقتضي دراسة موضوع 'الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي على ضوء المعاهدات الدولية، التطرق بشكل خاص إلى مسألة 'القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار و التي تستدعي التطرق لمختلف الإشكالات التي يفرضها هذا الموضوع المتمثلة أساسا في تحديد القانون الذي يحكم عقد 'الاستثمار ببعده الدولي في ظل اختلاف 'المراكز القانونية 'لطرفي هذا العقد، فالدولة المضيفة تتمتع بالسيادة باعتبارها صاحبة السلطة، بينما يفتقدها المستثمر الأجنبي، ولكن في بعض الأحيان تكون الدولة المضيفة في ضعف وذلك حينما تكون بحاجة ماسة لرأس مال أو لنقل تكنولوجيا يحتكرها 'المستثمر الأجنبي، و التي تجعله في مركز قوة يمكن من خلالها أن يفرض شروطه العقدية و حتى الشرط الخاص بالقانون الواجب التطبيق، ناهيك عن تحديد النظام القانوني الملائم لحكم عقد الاستثمار و الذي يراعي كل من الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار وأهداف ومصالح كل من الطرفين، ومحاولة تكييفها مع متطلبات التجارة الدولية، في اطار موازنة اقتصادية ما بين الدول 'المضيفة و المستثمرين الأجانب.

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات في مجال الاستثمار نظرا لتشابك الأنظمة القانونية المختلفة لاسيما في ميدان تنازع القوانين عندما تكون الدولة المضيفة طرفا في العقد وتسعى لبسط مبدأ 'السيادة على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، فقد تتضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرمها الدول المضيفة مع دولة المستثمر الأجنبي شرطا للتحكيم، ولعل ما يدفع الدولة المضيفة إلى قبول ذلك سعيها لتلبية رغبة المستثمر الأجنبي وجذبه للاستثمار فيها [11].

وفي العادة تتم تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) وفقا لاتفاقيّة واشنطن لسنة 1965' بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[12] (يشار اليها في دراستنا باتفاقيّة واشنطن)[13]، كما يمكن للأطراف الاتّفاق على

---

[11] بوسماحة الشيخ، مرجع سابق، ص 18.

[12] وفقا للمادة (25) من اتفاقيّة واشنطن فإنه ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إذا ما كان النزاع قانونيا ناشئا مباشرة عن الاستثمار بين دولة متعاقدة (أو احدى مؤسساتها العامة) ومستثمر من دولة أخرى متعاقدة (أو احدى مؤسساتها العامة) و مستثمر من دولة أخرى متعاقدة واتفق الطرفان كتابة على عرضه على مركز التحكيم، وقد بلغ عدد الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية 163 دولة انظر :

https:/icsid.word bank.org/en Pages/Database-of-Member-States.aspx (retrived on 9 march 2020).

13 وتجدر الإشارة الى أنه و رغم وجود اتفاقيات عربية لتنظيم الاستثمار الأجنبي لاسيما اتفاقية عام 2001 لتسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية، فإن هذه الدول العربية لم تفعّلها على النحو المطلوب، وانّما مازالت تلجأ إلى التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،

التحكيم الخاص أو المؤسس وفق القواعد الأخرى، كقواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية او قواعد الأونسيترال للتحكيم[14].

يفضل المستثمر الأجنبي عادة الاحتكام إلى 'التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة، أو احدى الهيئات الممثلة لها، وتمثل المعاهدات والاتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها وصيغها و درجة نفاذها، الوسيلة المثلى لتقرير اللجوء الى 'التحكيم الدولي في مجال الاستثمارات الدولية، حتى أصبحت القوانين الوطنية ذاتها تنص عليه وتنظم ممارسته على المستويين الداخلي و الدولي.

من أجل ذلك تتضمن غالبية الاتّفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار وانتقال رؤوس الأموال

النص على أحد ميكانيزمات الممارسة التحكيمية لفض المنازعات التي تنشأ بين الدّولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، هذا الأخير الذي يكون له من خلالها مطالبة الدّولة المضيفة بتقديم التعويض عن الأضرار المباشرة أو غير المباشرة التي تلحقه بمناسبة عدم احترام الدّولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية، الاتّفاقية أو التشريعيّة.

إن المميزات الأهم لهذه الميكانيزمات تمّ أخذها من الآليات القانونيّة و الإجرائيّة المعمول بها في التحكيم التجاري الدولي، بالرغم من أن الخلافات التي تنشأ بين الدول المضيفة و المستثمر تستثير في الغالب مسائل ذات الصلة بالمصالح العمومية للدولة المضيفة وتناقضها مع 'المصالح الخاصة للمستثمر، و هو الشكل غير المألوف في المنازعات ذات الطبيعة التجاريّة والتي يهتم بها التحكيم التجاري الدولي.

إنّ وضع وتطوير منظومة قانونيّة متكاملة تهدف الى تحقيق أكبر مستوى للملائمة المؤسساتيّة للاستثمار الأجنبي هو مقصد عدد من المنظمات الدولية و الحكومات الوطنية و هو ما يطلق عليه الفقه الحديث مصطلح الملاءمة المؤسساتيّة للاستثمار[15] « L'adaptation institutionnelle à l'IED ».

---

[14] Francisco J.P.Vives, Shaping the EU Investment Rigime : choice of Forum and Applicabl Law in International Investment Agreement, G Cuadrvos Derecho Transnational (2014), p..27.

[15] L'investissement étranger direct et ses éléments déterminants dans les économies naissantes. SASKIA K.S Wilhelns et STANLY Morgane Dean Witter – Document publié par l'agence des Etats-Unis pour le Développement International – Bureau d'Afrique- page 02 .

مقـــدمـــــة

يطغى على موضوع الدراسة الطابع الاقتصادي و سنحاول تناوله بطريقة قانونية ،لذلك سيكون مسعانا أكثر تواضعا، وبالتالي أكثر تركيز من حيث أن جوانب دراستنا ستكون مقتصرة فقط على البعد الحمائي الموفّر للمستثمر الأجنبي، بقصد حثه على الانتقال برؤوس أموال وتكنولوجيا صناعية الى البلد المضيف سواء تعلق الأمر بالقانون الداخلي أو ما تضمنه القانون الدّولي الاتّفاقي.

تكمن اذن الإشكالية الأوليّة للبحث في محاولة الوقوف على الآليات القانونية الحمائيّة عبر تبني منظومات قانونية دولية تحفيزية لتواجد المستثمر الأجنبي الخاص إضافة الى تسليط الضوء على الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية المنظمة لموضوع الاستثمار الدولي، ليتم التعريج بعدها الى منازعات الاستثمار في مفهوم قواعد القانون الدولي الخاص ونظرية تنازع القوانين باعتبارها ذات طابع دولي، وهذا ما يحيلنا الى البحث عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة .

أقرّ المشرع الجزائري في القانون رقم: 22-18 المتعلق بالاستثمار في مادته 12 باختصاص القضاء الجزائري لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار، عبر تحيين المنظومة التشريعية وجعلها تستجيب لما يطمح إليه المستثمر، وتأتي في مقدمتها الضمانات القضائيّة التي يسعى كل مستثمر للحصول عليها قصد حماية نشاطه الاستثماري، حيث نص على أنه :" يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدّولة الجزائريّة في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدّولة الجزائريّة تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة و'التحكيم أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم" . [16]

وقد رسّخ الدستور الجزائري لسنة 2020 بموجب المادة: 61 منه لمبدأ الحرية الاستثمارية فاعتبرها من الحريات العامة والحقوق الأساسية المضمونة للمستثمر الوطني والأجنبي على حد السواء، لتمارس في إطار القانون، وهو نفس النهج الذي استجاب له المشرّع الجزائريّ فور تعديل قانون الاستثمار ليتماشى وتطلعات الدولة في ضمان العملية الاستثمارية، وفي هذا الخصوص جسدت المادة: 3 من القانون رقم: 22_18 لمبدأ

[16] أنظر المادة: 12 من القانون رقم: 22-2018 المؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 28 جويلية 2022.

الحرية الاستثمارية، معتبرة أن كل شخص طبيعي أو معنوي، وطنيا كان أو أجنبيا، مقيم أو غير مقيم هو حر في اختيار استثماره في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.[17]

وعلى ضوء ما سبق ذكره، يمكن أن تثار الإشكالية العامة للموضوع كالآتي:

ما مدى مساهمة الاتفاقيات الدولية في توفير منظومة قانونية حمائية من أجل ضمان وتشجيع العملية الاستثمارية ذات العنصر الأجنبي؟

وسنعمد من أجل محاولة معرفة ذلك الى التطرق لجملة من النقاط القانونية لعل من أبرزها:

- مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.
- ادراج شروط الاستقرار و الثبات التشريعي .
- اختيار التحكيم الدولي كوسيلة لحل الخلافات.

تكمن أهمية البحث في موضوع حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي من حيث كونه الحوصلة التي تحاول جمع وترتيب المراكز القانونية التي أقرّتها المنظومة الحمائية الأجنبية لرعاياها و القانون الدولي.

إن تناول هذا الموضوع من شأنه استثارة البحث في مجالات قانونية متعددة تمس مختلف المنظومات الدولية والوطنية المنظمة للنشاط الاقتصادي على غرار قوانين الاستثمار و المنظومات القانونية التطبيقية المرتبطة بها، إضافة الى مبادئ 'القانون الدولي الاقتصادي ومبادئ الاتفاقيات الدولية من حيث تنظيمها و التحكيم الدولي و نظام فضّ المنازعات التجارية والصناعية، بالإضافة الى قواعد القانون الدولي الخاص، و المركز القانوني للأجانب، ومن أجل ذلك توخينا اعتماد منهج مزدوج في دراستنا من خلال توظيف المنهج التاريخي الذي نستعرض فيه التطور التاريخي للمنظومة الحمائية المتعلقة بالاستثمار الأجنبي في القانون الوطني و الدولي، لننتقل في محور ثان للدراسة الى تناول البحث بالاعتماد على المنهج الوصفي حيث يبرز من خلال جمع المعلومات وتحصيل أغلب ما له صلة بموضوع الدراسة وذلك بعرض طبيعة المعاهدات الدولية ذات العلاقة مع محاولة متواضعة لعرض قراءة قانونية "شبه تحليلية" لبعض المبادئ المرتبطة بالحماية الدولية وتقديم الضمانات في مفهوم النظام القانوني للاستثمار الأجنبي.

[17] مقرين يوسف، خصوصية فض منازعات الاستثمار ضمن أحكام القانون رقم: 22 -18-المتعلق بالاستثمار، التسوية القضائية وتحكيم الاستثمار أنموذجا، مجلة القانون و العلوم السياسية ،العدد01،سنة 2022.

وللإشارة فان مدلول الحماية القانونية و الموضوعية للاستثمار الأجنبي على ضوء القانون الدولي للاستثمارات يشكل النقطة المركزية لهذا البحث و بالتالي فان المراكز القانونية للحماية هي أولى المحطات التي يتوقف عندها المستثمر الأجنبي لذا ارتأينا تناول الدراسة بالاعتماد على بابين اثنين:

- الإطار المفاهيمي العام لفكرة حماية الاستثمار الأجنبي في ظل المقاربات الدولية .
- القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار ذات العنصر الأجنبي.

الباب الأول

الاستثمار الأجنبي بين تحديد المفاهيم و المقاربات الدولية

تحظى قضية التنمية الاقتصادية باهتمام كبير لدى كافة الدول في مجتمعنا المعاصر سواء بالنسبة للدول المتقدمة أو النامية إلا أن المكانة تعظم أكثر من جهة الدول النامية باعتبارها دولية خرجت من دويلات الاستعمار إلى الحديث بعد حرب عالمية ثانية متحالفة بذلك عن 'العامل المتقدم في مسألة التنمية، ما جعلها أما حتمية وتحدي كبير على مختلف الجبهات والقطاعات الحيوية قصد تحقيق هذه القفزة النوعية ومواكبة التطورات الحاصلة على المستوى الدولي.

من هذا المنعطف اتخذت هذه الدول 'النامية بشكل عام الجزائر كعينة عنه ترتكز وتعوّل في مختلف برامجها التنمويّة على الاستثمار الأجنبي بمختلف أشكاله القانونيّة كإحدى القنوات التنموية البديلة أمام العجز التمويلي المحلي، بل أصبحت تتطلع بشكل لافت للنظر إلى جذب أكبر قدر ممكن هذه رساميل الأجنبية وضخها على أرضها بغية إقلاع عملية الإنماء الاقتصادي بها، لذلك اشتدّت بوادر المنافسة بين هذه الدول حول من يقدم ويوفر بيئة أعمال يخدم مناخها كلا أطراف هذه العلاقة الاستثماريّة من دول مستقبلة للاستثمار والمستثمر الأجنبي نفسه برغم من الحساسية الموجودة بين الدول المضيفة والبلدان النامية بسبب إتلاف المراكز القانونية والمصالح بينهما في هذا المجال الأمر الذي يدفعنا في بداية هذه الدراسة البسيطة لتناول موضوع الاستثمارات الأجنبيّة في شكل نقاط تمهيديّة أساسية تسهيل وترتيب لفهم صلب الموضوع الرئيسي لهذا المبحث من خلال فك الغموض على بعض المفاهيم وهذا من خلال تقسيم هذا الباب إلى الفصلين المعنويين كالآتي:

الفصل الأول : المحدّدات المفاهمية للاستثمار الأجنبي .

الفصل الثاني: آليات حماية الاستثمار الأجنبي وفق قواعد القانون الدولي الاتفاقي.

الفصل الأول
المحددات المفاهمية للاستثمار الأجنبي

زيادة عن التراكمات السلبية التي خلفها الاستعمار على الدول النامية تلتها مباشرة فترة الثمانينات أين واجهت هذه البلدان مشاكل عديدة أخرى جراء أزمة 'المحروقات لسنة 1986 التي جرت بمعظم اقتصادية هذه الدول إلى حجم المديونيّة الخارجية لمواجهة العجز الشديد الذي كان يعاني منها موازين المدفوعات في تلك الدول الأمر الذي ساهم في توسع وتأثير أكبر لحركة الاستثمار لدرجة لم يعود بالإمكان الإغفال عن دوره المباشر كأحد العوامل الرئيسية لدفع عجلة التنمية الأجنبي 'الاقتصادي في هذه الدول النامية.

سنتناول من خلال هذا الشق من الدراسة ماهية 'الاستثمار الأجنبي كونه عملية من معقدة وتتحكم فيها عدة معطيات وفي اختصاصات مختلفة، كما أنها اخذ أشكال قانونيّة مختلفة بحسب المعيار المعتمد في تصنيفها، لنقف في نهاية هذا الفصل على تكوين هذا العقد الاستثمار وأهم إشكالاته ثم توضح أهمية هذه العقود بنسبة لكلا الأطراف سواءً من حيث إيجابيات أو سلبياته.

يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي وأنواعه.

المبحث الثاني: هياكل العقد الاستثماري الأجنبي وأهميته.

المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي و أنواعه

لا ريب في المكانة المرموقة التي تحظى بها الاستثمارات الأجنبية في مختلف مخصّصات الحكومات لجميع دول العالم خاصة النامية منها نظير مزاياها المتعددة التي تنعكس على حركة رؤوس أموالها عامة و على مسألة التنمية خاصة باعتبارها إحدى القنوات التمويلية الخارجية الهامّة والتي تجلب العملة الصعبة والتقنيات العلمية الحديثة والمهارات الفنية أو التكنولوجية... إلخ، للقيام وتحقيق مختلف المشاريع الكبرى في هاته الدول والنهوض بها.

بهدف دراسة ماهية الاستثمار 'الأجنبي باعتباره مصطلح تأخذ جذوره من عدة فروع علمية سنحاول التعرض لأهم التعاريف سواءً من جانب فقهاء وعلماء الاقتصاد وكذا من الناحية القانونيّة بما في ذلك من تشريعات الوطنية والاتفاقيات 'الثنائية والجماعية، لنعرج بعدها لأهم الصور و الأشكال القانونية المتداولة لهذا الاستثمار الأجنبي.

من أجل ذلك نعمد الى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار.

المطلب الثاني : أنواع عقود الاستثمار الأجنبية.

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار

تعدّ مسألة تحديد مفهوم الاستثمار وضبط مدلولاته بدقة عملية بالغة التعقيد ، نظرا لكونه مصطلح مركب من عدة علوم، وأنه يتغير حسب الزمان والمكان لذلك سنحاول في البداية ضبط مفهومه من الناحية اللغوية والشرعية ثم نبين معناه الاقتصادي، وصولا لجمع المصطلحات والمحدّدات القانونية الدالة على مضمونه .

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الشرعي للاستثمار

نتطرق من خلال هذا الفرع لتعريف الاستثمار أولا لغويا ثم نعرج الى الناحية الشرعية وأخيرا نتناول المدلول الاصطلاحي .

أولا: تعريف الاستثمار لغة:

يعرف الاستثمار في اللغة بأنه "مصدر الفعل استثمر وهو مشتق من الثمر أي الحصل الذي يخرجه الشجر" [18]أثمر الرجل إلى تحوّل، وثم الرجل مالا بمعنى أن كلمة "يستثمر" تعني النماء وكثرة و الزيادة و النماء عادة إما أن يكون في الأموال كالعقارات والمنقولات المادية، وإما أن تكون في المنقولات المعنوية المتمثلة في حقوق الملكية الفكرية والأدبية وبراءة الاختراع[19].

ويمكن أن تستفيد معنى الاستثمار من قول الله عزّ وجل: (وَكَانَ لَهُ ثمر فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنْكَ مَالاً وَأَعَزُّ نَفَرًا)[20].

وذهب مجمعّ اللّغة العربية الى تعريفه بأنه : "استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة إما بشراء الآلات والمواد الأولية وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات"[21].

ثانيا : تعريف الاستثمار الأجنبي شرعا :

[18] رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001، ص8.

[19] لوران عبد الله الدياب، انعكاسات اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية، دار الفكر القانوني، مصر، 2017، ص 11.

[20] سورة الكهف، الآية 34.

[21] معجم الوجيز ، منشورات مجمع اللغة العربية، مصر، طبعة 1995، ص 875.

قد يتعذر الوقوف على تحديد صريح لمفهوم الاستثمار الأجنبي من المنظور الفقهي وذلك لعزوف الفقهاء السابقين عن استخدام مصطلح الاستثمار واستبدلوه بلفظ التنمية أحيانا، وبلفظ التنمية أحيانا أخرى وبلفظ النماء تارة أخرى[22].

فقد ذكر الفقيه المالكي الإمام الدردير في كتابه "الشرح الصغير" لفظ التنمية للدلالة على معنى الاستثمار في باب القرض حيث قال: "القرض جائز لأن الضرورة دعت إليه ولحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وليس كل أحد يقدر على التنمية بنفسه"[23].

في الجانب الآخر استخدم الشافعيةّ لفظ "النّماء" للدلالة على معنى الاستثمار وهذا مفهوم من قول الفقيه النووي: " الإثمان في المقارضة لا يتوصل إلى نماءها المقصود إلا بالعمل فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها"[24].

ثالثا : تعريف الاستثمار الأجنبي اصطلاحا:

يعدّ الاستثمار الأجنبي مصطلحا حديثا نسبيا يرجع إلى عقد الستينات من القرن العشرين، إلا أنه قديم بمفهومه، فقد كان يطلق عليه الاقتصاديون في القرن التاسع عشر اسم حركة رأس المال، أما بعد الحرب العالمية الأولى فكان يطلق عليه تسمية الاستثمار الدولي[25].

فالمقصود بالاستثمار الأجنبي على وجه العموم أنه : "سعي بلد تراكم فيه المال المدخر فضاقت ميادين الاستثمار المحلي و لم يجد فيها توظيفا مجزيا فلجأ غلى بلد آخر يجب فيه المال العاطل جزاءا أوفى فيستفيد البلد المضيف مما يتيه من استثمار أجنبي[26].

وعليه فإن الاستثمار هو مصطلح تقني ذو جذور وأصول من لعم الاقتصاد وذو اتصال مباشر بشق القانون الذي يحدد له القالب التنظيمي الذي يسره وهو الأمر الذي يدفع بنا إلى عرض المقصود من الاستثمار الأجنبي من وجهة نظر الاقتصاديين والقانونيين على التوالي.

---

[22] عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية، طبعة 2017، مصر 33..

[23] دردير، "الشرح الصغير"، أقرب المسائل إلى المذهب المالكي، مطبعة الحلبي.

[24] النووي، المجموع في الشرح المهذب، مطبعة الحلبي، بيروت، لبنان، د س ن، ص 189.

[25] عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية "دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري"، دار الجامعة الجديدة، مصر،2013، ص 17.

[26] حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق، منشورات الزين الحقوقية، بيروت،،، لبنان، 2017، ص 19.

الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للاستثمار

كان فضل السبق في محاولة تعريف الاستثمار لرجال الاقتصاد غير أنهم لم يتّفقوا على تعريف موحد له ويرجع البعض هذا الأمر إلى اختلاف الأهداف ومقاصد أدوات الاستثمار مع ذلك سنحاول إ براز بعض النماذج في هذا الشأن نحو الترتيب الموالي:

فقد عرفه القاموس الاقتصادي و المالي "إييفز برانارد" على أنه: "امتلاك بوسائل إنتاج عن طريق توسيع، ويساوي أيضا امتلاك رأس المال من أجل الحصول على الدخل"[27].

وجاء تعريفه في الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية بأنه : "توظيف للنفوذ لأي أجل في أي أصل أو عقد ملكية أو ممتلكات أو مشاركة محتفظ به للمحافظة على المال أو تنمية سواء بأرباح دورية أو بزيادة في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية"[28].

أما تعريف الخبير الاقتصادي الدكتور حسين "عمر" للاستثمار فيرى أنه: "استخدام مدّخرات في تكوين الطاقة الإنتاجية اللازمة لعمليات إنتاج السلع والخدمات والمحافظة على الطاقة الإنتاجية القائمة أو تحديدها "[29]، كما جاء تعريف الدكتور أحمد حسان الغندور"، للعقود الدولية للاستثمار على أنها :"العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني الدولة أو أحد الأشخاص العامة وطرف خاص أجنبي حيث يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء، أو أشغال الهندسة المدنية أو تشييدات صناعية أخرى، وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم مشروع وتوريد تكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني وقد يتمثل الأجر في حصة من مشروع يتقاسم الأطراف تكاليف وتوزع بينهم و أرباحه وخسائره"[30].

وبشكل بسيط يعرف الاستثمار على أنه أحد عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق فائض مالي"[31].

---

[27] Y BERNARD :Dictionnaire économique et Financière édition Seuil .Paris. 1975، p15.

[28] الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: الاستثمار الجزء السادس، الاتجاه الدولي للبنوك الإسلامية، 1982، ص16.

[29] قبايلي طيب التحكم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص25.

[30] حسان نوفل، التحكم في عقود الاستثمار، دار هومة ، الجزائر، 2010، ص26.

[31] قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 327.

في دراسة مفهوم الاستثمار العام ، ركز الفقه الاقتصادي فقط على صياغة العناصر التي تشترط لقيام المشروع الاستثماري المتمثلة فيما يلي:

أولا: المساهم: (L'apport » وهو ذلك العطاء أو الحصة أو المشاركة التي يقدمها المستثمر في إطار المشروع الاستثماري وقد تكون هذه المساهمة إما نقد أو عينا ماديا أو معنويا وقد يكون المساهم (مستثمر) إما شخص طبيعيا أو معنويا خاصا يحمل الجنسية لدولة أخرى[32].

ثانيا : هدف الربح « le but Lucrotit» وهو قصد كل مستثمر إذ تكون نيته منن إقامة مشروع استثماري هو الحصول على عوائد مالية أي تحقيق الربح[33].

ثالثا : الزمن « le temps » وهي الآجال التي يتطلبها المشروع الاستثماري لتحقيق نتائجه وللحصول على أرباح، والمدة الزمنية بالمعنى الاقتصادي هي التي تفرق بن العملية الاستثمارية والعمليات التجارية الأخرى كالبيع مثلا.

رابعا: المخاطرة « le risque » هذا يعني أن الربح المنشود من المستثمر غير مؤكد في إطار العملية الاستثمارية إذ يحتمل هذا الأخير أن يتكبد الخسارة لهذا تعتبر مساهمته مخاطرة أو مجازفة[34].

الفرع الثالث: المفهوم القانوني للاستثمار

لقد حاول الفقهاء القانونيين الاجتهاد في تحديد مفهوم الاستثمار بشكل دقيق وجامع غير أن تفاوت وتباين الأداة القانونية المنظمة له وتعدد مصادرها (تشريع وطني ودولي من معاهدات ثنائية وجامعية...).

وكذا اتساع فجوة المصالح بين أطراف هذه العلاقة من دول نائية والمستثمرين الأجانب حل دون ذلك.

إلا أنّ هذا لم يمنع من بروز ووجود بعض المحاولات القانونيّة لضبط مفهوم هذا المصطلح المرن، ومن بينها نذكر مثلا التعرف الذي جاء به كل من (Hess et Ross » بأنه: "عبارة عن إنشاء مشروعات جديدة بالدول المضيفة أو الإضافة إلى رصيد الآلات والمعدات بواسطة المستثمرين الأجانب، أو شراء المستثمرين الأجانب للشركات الأجنبية في الدول المضيفة"[35].

---

[32] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص، 11-12.

[33] قبايلي طيب، المرجع السابق، ص.27

[34] عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2012، ص 122.

[35] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009، ص 19.

ويقول الدكتور « Sornarajah » عن الاستثمار الأجنبي بأنه :

"Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible asset from one country to another for the purpose of use in that country to generate wealth under the total or practical control or the owner of the asset"[36].

بمعنى الاستثمار الأجنبي ينطوي على نقل الأصول الملموسة و الغير الملموسة من بلد لآخر لغرض استخدامها لنتاج الثروة تحت السيطرة الكلية أو الجزئية لمالك تلك الأصول.

وعرف البعض الآخر على أنه: "انتقال رؤوس الأموال من الخارج غلى الدول المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي بما تكفل زيادة الإنتاج والتنمية للدول المضيفة"[37].

وذهب القانونيون الآخرون للقول بأن الاستثمار بالمعنى الواسع تشمل جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول بعضها مع البعض، سواء كانت أموالا قصيرة الأجل أو طويلة الأجل، وتغلب عليها طابع الاستثمار وتكون في الغالب مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال بأي صورة كانت (ربحا أو فائدة أو حصص)[38].

وفي صياغة أخرى قيل فيها بأن الاستثمار هو انتقال رؤوس أموال مصدرة إلى الدول المضيفة، بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدول المضيفة"[39] كما تم تعريفه أيضا على أنه:

<<< Investir (emploi de) fond plus précisement action d'engager des capitaux dans une entreprise en vue d'une profit à long terme et résultat de cette action »[40].

أما على مستوى الفقهي الجماعي فقد عرفته اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانوني الدولي الحادي والخمسين بأنه:" تحركات رؤوس الأموال من بلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر "[41]

---

[36] M.Somarajah the International low on Foreign investment. Cambridge. University press. 2004،p7.

[37] قبايلي الطيب، المرجع السابق، ص 11.

[38] محمد يونس يحي الطائع، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي الحالي، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، 2005، ص 12.

[39] طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص27.

[40] Dictionnaire « Vocabulaire juridique » PUF ،Paris.

[41] Philippe Kahn les problèmes juridiques des investissement étrangers dans les pays en voie de développement Rapport Préliminaire Helsenk 1966. the international law association rapport of fify second conférence 839 A.I.P.I. vol. 52. p 406-407.

اتساقا للتعاريف السابقة يظهر أن نظرة القانونيين لمفهوم الاستثمار تقارب نظيرتها الاقتصادية هي أيضا، تفتقر للدقة و الشمولية وغير جامعة لهذا المفهوم إلا أنه اتفقوا على ارتباط الاستثمار الأجنبي بفكرة حركة رؤوس الأموال وعوامل الإنتاج عبر حدود بين الدول بغية تحقيق فائدة وأرباح مهما كان طبيعتها وعليه يظهر أن الطابع الاقتصادي يطغى على المقصود من العملية الاستثمارية.

ومن زاوية أخرى فإن الأداة القانونية المطبقة والمنظمة لهذه الاستثمارات الأجنبية تتعدّى القوانين الداخلية إلى مصادر دولية أخرى من اتفاقية ثنائية وجماعية،[42] الأمر الذي يستوجب علينا التعرض لبعض التعاريف النموذجية فيها لمفهوم الاستثمار، لننتهي في الأخير بإبراز موقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة حسب الترتيب التالي:

أولا: تعريف الاستثمار الأجنبي على الصعيد الاتفاقيات الدولية:

أ - الاتفاقيات الجماعية (متعددة الأطراف):

1- اتفاقية سيول (seoul) لسنة 1985[43]:

ورد في هذه الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية للاستثمار المادة 12 منها التي خصصت تعريف الاستثمار كما يلي:

"أ-تشمل الاستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية و القروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدّمها المشاركون في ملكية المشروع المعني وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر."

ب-يجوز للمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة أن يضفي الصلاحية لضمان على أي أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو طويلة الأجل، إلا أنه لا يجوز ضمان قروض بخلاف القروض المنصوص عليها في الفقرة أ أعلاه إلاّ إذا ارتبطت الاستثمار محدد ضمنته الوكالة أو أزعمت ضمانه...

ج-تقتصر الضمانات على الاستثمارات التي يلجأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة طلب الضمان، ويجوز ز أن يشمل هذه الاستثمارات:

1- أي تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسيع أو تطوير الاستثمار القائم.

---

[42] عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2018، ص 40.

[43] تجدر الإشارة إلى أن الجزائر صادقت على اتفاقية سيول لعام 1985 المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم -95-345 ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، الجريدة الرسمية، . عدد 66، الصادر في تاريخ 05-11-1995.

2- واستخدام الأرباح التي تدرها الاستثمارات القائمة إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدول المضيفة.

- على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان استثمارات مما يلي:

1- السلامة الاقتصادية للاستثمار ومساهمته في تنمية الدول المضيفة.

2- تماشي الاستثمار مع قوانين ولوائح الدولة المضيفة.

3- مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة للدول المضيفة

4- ظروف الاستثمار في الدول المضيفة بما في ذلك توفير المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار"[44].

ما يمكن استخلاصه من أحكام المادة 12 من الاتفاقية أعلاه، هو أن تعريف الاستثمار الأجنبي جاء قاصرا أو ضيقا مرتكز أساسا على التمييز بين الاستثمارات الصالحة و الغير صالحة للضمان، دون أن يشمل بذلك جميع الاستثمارات كما أعطي للمجلس الإداري رخصة وجوازية توسيع . هذا المفهوم[45].

2- اتفاقية دول ترقية وحماية الاستثمارات الجمعية أمم آسيا الجنوبية الشرقية (L'ANASE)

جاء تعريف الاستثمار في ظل هذه الاتفاقية بشكل موسع ليشمل جميعها سواء كانت استثمارات تقليدية أو الأشكال الجديدة لها (NFI) وذلك وفقا للنص التالي:

« Par investissement on entend les actifs de toute nature, ce qui implique en particulier mais non exclusivement:

a/les biens mobiliers et immobiliers et tous autres droits de propriété... b/ les actions valeurs et obligations d'entreprises ou parts dans les biens de telles entreprises.

c/ créances monétaires ou droit contractuels sur des prestations ayant une valeur financière.

[44] عيبو ط محند وعلي، المرجع السابق، ص126.

[45] أنظر أيضا: قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص15. عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه ، ص ص، 128- 129.

d/ droit de propriété intellectuelle et clientèle

e/concession d'exploitation conférée par la loi ou le contrat... »[46]

فكما يبدو من خلال هذا التعريف أعلاه يظهر أن هذه الاتفاقية ووضعت قائمة تشمل وتجمع فيها جميع أنواع الاستثمارات دون حصرها.

3- الاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمارات[47].

جاء تعريف الاستثمار وفقا لهذه الاتفاقية كسابقتها بحيث وضعت له وصف عام من خلال المادة 15 منها التي شملت على الاستثمارات المباشرة والغير المباشرة، وكذا القروض التي تتجاوز مدتها ثلاث سنوات إذ أنها تكون صالحة للتأمين[48].

4- الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس أموال عربية في دول عربية:

تم إبرام هذه الاتفاقية بغرض تسهيل وتشجيع انتقال رؤوس أموال عربية داخل حدودها قصد النهوض باقتصاد هذه الدول وتحقيق التنمية بها.

أما عن تعريف الاستثمار في ظلّ هذه الاتفاقية فقد تضمنته المادة 01/ ق 5 و6 و7 [49]منها التي حاولت المزج بين معيارين "المال" و "الهدف" لضبط مفهوم الاستثمار أي أن يعتبر استثمارا كل ما يمكن تقويمه نقدا مهما كان طبيعته أو أصلح ينجم على استغلاله تحقيق عوائد وأرباح وبالتالي المساهمة في تنمية الدول العربية المضيفة له[50] .

كما هو واضح إذا فإن معيار الجنسية أيضا يأخذ بعين الاعتبار في تقدير طبيعة الاستثمار في أحكام هذه الاتفاقية الأخيرة حيث حضرت تلك الاستثمارات بضرورة أن تكون قائمة من مستثمر دون جنسية عربية يحول استثماراته لدولة عربية أخرى غير جنسية.

---

[46] Art. 1 / Parag. 3 de l'accord sur la promotion et la protection des investissements de l'Association des Nations de L'Asie du sud est (l'ANASE) IN: CNUCED. « Accord d'investissement portée et définition ». Nation unies New York et Genève 2001. P19.

[47] تجدر الإشارة أن الجزائر صادقت على اتفاقية المنشأة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم98-334 ، المؤرخ في 1996/10/26. ج ج ع80 ، الصادر سنة 1998.

[48] قبايلي طيب، المرجع السابق، ص 30.

[49] راجع المادة 01/ق 5 و 6 و 7 ، من اتفاقية الموحدة لاستثمار أموال عربية.

[50] أحمد عبد الحميد عشوشي، التحكيم كوسيلة لفظ المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة الشباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990، ص102.

ب-تعريف الاستثمار في إطار بعض المنظمات والمؤسسات الدولية.

ونقصد هنا تلك الهيئات والمؤسسات الدولية التي لها علاقة مباشرة بموضوع الاستثمار الدولي وسوف تقتصر على عرض بعضها في الترتيب التالي:

1- في إطار صندوق النقد الدولي (FMC):

وضعت هذه المؤسسة الدولية (FMI) تعريف الاستثمار على النحو التالي:

« Les investissements directs; sont ceux effectués dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise exerçant ses activités sur le territoire d'une économie autre que celle de l'investissement. le but de ce derniers étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion de l'entreprise »[51].

ما يمكن أن نستخلصه من تعريف أعلاه أن صندوق النقد الدولي ارتكز في بناء ضبط مفهوم الاستثمار على معيارين أساسيين هما:

المساهمة الفعلية في تسيير المؤسسة كهدف المبتغى من وراء عملية الاستثمار[52]، ثم أنه حصر هذه الاستثمارات في شكل استثمارات أجنبية مباشرة فقط متجاهلا بذلك أنواع أخرى لهذا نقول أن هذا التعريف بدوره غير شامل.

2- في إطار المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (COCDE):

تقريبا تعريفها مطابقا لما جاء به صندوق النقد الدولي إذ تعتبر هذه المنظمة (COCDE) الاستثمار الأجنبي على أنه:

«Un investissement direct est un investissement réalisé soit depuis un pays étranger dans une société implantée dans un pays x soit depuis de pays x dans une société implantée à l'étranger dans le but d'établir un intérêt financier permanent et une influence réelle sur la gestion »[53].

---

[51] HAROUN (m). le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco- Algériennes ،Thèse de doctorat Université de Montpellier ،1998 ،p 63.

[52] عيبوط محند وعلي المرجع السابق، ص 135.

[53] Cité par HAROUN (m). Op. cit. p 64.

فحسب هذه المنظمة يعاد الاستثمار استثمارا مباشرا هو الذي ينجز انطلاقا من بلد أجنبي في مؤسسة تقع في بلد آخر بهدف الحصول على فائدة ما دائمة والتأثير الفعلي في تسيير وهذا التعريف بدوره قاصر لأنه أولا يأخذ فقط بطاقة الاستثمارات المباشرة، ومن جهة أخرى فاعتبار هذه الاستثمارات على أنها نوع من حركة رؤوس الأموال مسألة غير دقيقة وهو ما يؤكده الأستاذ « P.JUILLARD » أن حركة رأس المال مفهوم لا يشمل بصفة دقيقة مفهوم الاستثمار باعتبار أن حركة بعض رؤوس الأموال لا تشكل استثمارا، كما أنّ الاستثمار لا دائما ينجز عن طريق حركة رؤوس الأموال[54].

ب -تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية

تعتبر الاتفاقيات الثنائية (TBI » أداة فعالة وإطارا قانونيا هاما في مجال تشجيع الاستثمارات الأجنبية لذلك تشهد ارتفاعا وتزايدا في حجمها في الآونة الأخيرة إذ تشير الإحصائيات إلى حوالي 20000 اتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية إلى غاية تاريخ 05-04-2004[55].

و هي في الغالب تتضمن تعريفا للاستثمار قصد تنظيم وترتيب الالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، غير أن معظم هذه الاتفاقيات الثنائية تتجه نحو التوسيع في نطاق الاستثمار بإراداتها لتعاريف عامة للاستثمار[56] و أن تميل نحو توسيع في مفهوم نطاق الاستثمار من خلال استعمالها لمصطلحات شاملة: كالأموال، الأصول، الأملاك أو الحقوق... إلخ مما يجعلها لا تقتصر على نوع محدد من الاستثمارات و يرجع ذلك إلى رغبة ونية إعطاء نوع من المرونة لهذه الاتفاقيات حتى تشمل أكبر قدر ممكن من تدفق رؤوس أموال أجنبية وتحقيق بذلك التنمية الاقتصادية[57].

وكذلك حتى تشمل الأشكال الجديدة للاستثمارات التي قد تظهر مستقبلا في مجال العقود الدولية[58].

وفي الغالب فإنّ هذه الاتفاقيات الثنائية وفي مجال تعريفها للاستثمار تأخذ إحدى الطريقتين:

أ-الأسلوب التعدادي:

المقصود من هذه الطريقة هو أن تقدم هذه الاتفاقيات الثنائية عند ضبطها لمفهوم الاستثمار أما عناصره أو إحصاء قائمة مطولة دون حصرها تتمن الأصول الاقتصادية التي يتفق عليها الأطراف المتعاقدة

---

[54] JUILLARD Patrick: chronique de droit international économique investissement privés. AFDI - 1986. p 775

[55] انظر إحصائيات على موقع المركز الدولي : www.woelodbouk.orjlicid/treati

[56] طالب برايم سليمان، المرجع السابق ص 40.

[57] حسين الموجي، دور الاتفاقات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة دار العربية القاهرة، مصر، 1992، ص39.

[58] قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 19.

بأنها من قبيل الاستثمارات [59]، وفي هذه الصورة نقترح مثلا ما ورد في اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الجزائر وفيدرالية روسيا على أنه يقصد "الاستثمار" كل نوع من الأصول ويتضمن على الخصوص وليس على سبيل الحصر:

1- الأملاك المنقولة و الغير المنقولة : و كذا الحقوق الأخرى كالبيع الإيجاري والرهن العقاري والحيازي والرهون الأخرى.

2- الأسهم والحصص والسندات في الشركات وكل أشكال المشاركة الأخرى في رأس مال الشركات.

3- المطالبات بالمال أو بأية خدمة ذات قيمة اقتصادية متعاقد عليها.

04- حقوق الملكية الفكرية وعلى الخصوص حقوق المؤلف والبراءات والنماذج والتصاميم المسجلة والعلامات التجارية والأسماء التجارية والأساليب التلقائية والتجارات والمهارا.

05- الحقوق أو الرخص الممنوحة بموجب التشريع أو عقد بما في ذلك الامتيازات الخاصة بالمبحث عن الموارد الطبيعية وزراعتها واستخدامها"[60] .

في تطبيق آخر لنفس المسألة ومن خلال المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات عرفت كلمة الاستثمارات بين الممتلكات المادية والعقارات والمنقولات والممتلكات المعنوية كالحقوق الصناعية وبراءة الاختراع، يضاف إليها المداخيل الناتجة عن الاستثمار أو إعادة الاستثمار، والمتمثلة في الأرباح والفوائد وزيادة رأس المال والتعويضات والإتاوات[61].

فمن خلال هذه الأمثلة أعلاه وما أكثرها يتبين لنا ن اعتماد أسلوب التعداد الشامل لتعريف الاستثمار في ظل هذه الاتفاقية الثنائية لا يعتبر أداة دقيقة، كونها لا تشمل جميع أنواع الاستثمارات. بأسلوب الإسناد إلى التشجيع الداخلي:

---

[59] عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار الأيام للنشر وتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2016، ص 277.

[60] المادة 01/ف1 من الاتفاقية الجزائر / روسيا المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06/128 مؤرخ في 03/04/2006 يتضمن التصديق على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في : 10(03)2006، ج . ر. ج. ج، عدد 21 لسنة 2006.

[61] المادة 01 من اتفاقية الجزائرية الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبرغي المصادق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في05 أكتوبر سنة 1991، يتضمن الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسومبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر بتاريخ 24/10/1991، ج.ر . ج. ج عدد 46 المؤرخة في 06/10/1991، ص1775.

مدلول هذه الطريقة في تحديد مفهوم الاستثمار وفق للأحكام الاتفاقية الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية وترقية الاستثمار أن فهو يرجع ويستند إلى عناصر الاستثمار في نطاق القوانين والأنظمة الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار.

أي لا يكفي حصر مفهومها فيما ورد ضمن الاتفاقية الثنائية بل يجب العودة إلى مختلف التشريعات الداخلية المعبرة و المنظمة للاستثمار في الدولة المستقبلة له[62].

غير أن الإشكال المطروح في تبني هذا الأسلوب خاصة في الجانب العملي فهو يشكل عائق كبيرا الطرق الأجنبي المستثمر لكونه من جهة يجهل بيئة القوانين للدولة المضيفة له الأمر الذي يصعب عليه الإلمام بمختلف التنظيمات و التشريعات ذات صلة مباشرة بحقل الاستثمار، ومن جهة أخرى قد تكون إحدى الدول المتعاقدة في الاتفاقية لا تملك تقنينا خاصا بالاستثمار إلى ما كان متفرقا في القوانين الأخرى، ضيف لذلك اتساع الفجوة الاقتصادية والاجتماعية بين الدول المضيفة للاستثمار و التي تكون في الغالب دول نامية ومن بينها الجزائر مع الطرق المستثمر مع الطرق المستثمر الأجنبي الذي يتمتع بمكانة مالية واقتصادية هامة ما تشكل عدم التطابق الرأي حول هذا المصطلح ونطاقه، كلها نقاط قد تشكل ثغرة وبالتالي محك وخلاف بين أطراف الاتفاقية الثنائية[63] .

وقصد توضيح أكثر هذا الأسلوب سنحاول فيما يلي الاستشهاد ببعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع مختلف شركائها الأجانب فمن بين تلك العينات نذكر ما جاء مثلا في نص المادة الأولى فقرة أولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر والدنمرك التي تنص على أن : "تعني عبارة "استثمارات" كل عنصر من الأصول المستثمرة من قبل مستثمر أحد الظرفين المتعاقدين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، طبقا لقوانينه .. ونظامه ...."[64].

وفي نفس السياق تعرفه اتفاقية أخرى على أنه: "كل عنصر من الأصول المملوكة أو تحت الرقابة المباشرة أو غير المباشرة (...) على أن يتمّ الاستثمار وفق القوانين وتنظيمات طرق المتعاقد الآخر ..."[65]

---

[62] حسين الموجي، المرجع السابق، ص48.

[63] عبد المؤمن بن صغير المرجع السابق، ص 287.

[64] أنظر أيضا صفوة أحمد عبد الحفيظ المرجع السابق، الهامش الرابع، ص 69.

[65] المادة 1/ق1 من اتفاقية الجزائر ، الدانمرك المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/525 مؤرخ في 30/12/2003، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمرك حول الترقية و الحماية المتبادلتين للاستثمارات ، الموقع في الجزائر في 25/01/1999، ج. ر. ج. ج عدد 02 لسنة 2004 .

بنفس الصياغة جاءت نماذج أخرى لما ذكرناه أعلاه على غرار اتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية[66]، ومع الجمهورية الإسلامية الإيرانية[67].

ثانيا : تعريف الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري:

إن تعريف الاستثمار في ظل التشريعات الداخلية يختلف من دولة لأخرى بحسب بيئة الأعمال والسياسة الاقتصادية والاجتماعية المتبعة في كل واحدة منها بحيث يراد ذلك أما في التقنين مستقل متعلق فقط بالاستثمار، كما قد نستخلصه من مختلف عناصره المبعثرة في التشريعات الخاصة الآخر كقانون النقد والقرض مثلا، قانون المالية... [68].

ولما كانت معظم هذه الدول المستقبلة للاستثمار الأجنبي دول نامية فبشكل عام نجد قوانينها أكثر تحفظا في تعريفها لهذا المصطلح بحيث تتبين في الغالب تعريف الاستثمار المباشر التقليدي[69]، ومن بين هذه الدول نذكر وتركز على الجمهورية الجزائرية كعينة التي تولت فيها عدة قوانين متعلقة بالاستثمار غير أن لا يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري في البداية لم يرد أي تعريف بهذا الشأن خصوصا، في ظلّ قانون رقم 63/ 277 [70] ،و كذلك نفس الموقف في الأمر يتكرر في الأمر رقم.66-284.[71].

---

[66] المادة 1/ق1 من اتفاقية الجزائر ، السويد المصادق عليها بموجب مرسوم رقم 04/431 مؤرخ في 29/12/2004 ، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة مملكة السويد الموقع بالجزائر في 15/02/2003، ج.ر.ج.ج، عدد 4 لسنة 2004.

[67] المرسوم الرئاسي 97/103 مؤرخ في 05/04/1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بعمان في 01/08/1996، عدد 20 لسنة 1997 ج . ر. ج . ج المرسوم الرئاسي رقم 05/75 مؤرخ في 26/02/2005 ، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بطهران في 19/10/2003، ج. ر. ج. ج، عدد 15 لسنة 2005.

[68] أنظر المادة 183 من القانون رقم 90/10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ج. ج ، عدد 16 الصادرة بتاريخ 18/04/1990 وتقابلها م 126 من الأمر رقم 03/11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض ج. ر.ج. ج، عدد 52، الصادر بتاريخ 27/08/2003 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09/11 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر. ج. ج 44 الصادرة بتاريخ 26/07/2009 والأمر رقم 10/04 المؤرخ في 26/08/2010، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 50، صادرة، 2010/09/01.

[69] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 141.

[70] قانون رقم 63/277 ، المؤرخ في 26/07/1963 ، يتضمن قانون الاستثمارات، ج..ر.ج. ج عدد 53 لسنة 1963.

[71] أمر رقم 66/284، المؤرخ في 15/09/1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر. ج. ج عدد 75 لسنة 1966.

والملاحظ أن خلال هذه الفترة وفي مضمون القانونين أعلاه أنهما لم يشهد تطبيق الناحية الواقعية، رغم من الامتيازات التي جاء بها، وهذا راجع لعدة أسباب منها تخوف المستثمرين من عدم استقرار الوضع السياسي و الأمني في البلاد، وكذا طبيعة النظام الاقتصادي الاشتراكي المنتهج حينها، وكذا هشاشة البنية التحتية ضف لذلك نظرة المشرع الجزائري لكل ما هو أجنبي على أنه صورة جديدة للاستعمار جعلته يغلب السيادة الوطنية لدرجة القدسية، هي إذن بعض العوامل التي همشت وقيدت واستبعدت تدفق الاستثمار الأجنبي خلال هذه المرحلة وأدّت بفشل القانونين السابقين في استقطابهم.

وهو نفس الحال تكرر إذ تأجل تعريف الاستثمار أيضا وبشكل صريح .بمناسبة صور المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار[72] والذي ألغى صراحة جميع القوانين السابقة والمخالفة له، باستثناء تلك المتعلقة بقطاع المحروقات في الحقيقة أن هذا القانون هو ثمرة الإصلاحات التي رمتها الدولة الجزائرية منذ1988قصد خروجها من الأزمة الاقتصادية التي عايشتها، كما تزامن هذا التاريخ مع إنشاء المؤسسات الاقتصادية العمومية[73].

وبرغم من محاولة هذا القانون تكريس توجهات الجديدة للجزائر في مجال الاستثمار الأجنبي إلى أنه لم يأتي بأي جديد يذكر بشأن تعريف الاستثمار حيث اكتفى فقط خلال المادة الأولى من منه بالإشارة غلى الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات، التي يجب أن تنجز في شكل حصص من رأس المال[74] .

مستبعدا بذلك الأشكال الجديدة للاستثمار (NFI) التي تكون بصورة خدمات وبدون رأس المال ما يؤكد بذلك احتفاظ المشرع الجزائري بالمفهوم التقليدي للاستثمار المباشر متفاديا بذلك توسيع نطاق تطبيقه على جميع المعاملات بساحة الاقتصادية الدولية نظرا للواقع الاقتصادي الجزائري لهذه الفترة.[75]

---

[72] المرسوم التشريعي رقم 12/93 ، المؤرخ في 10/08 ، المتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ج. ج عدد 64 لسنة 1993.

أنظر أيضا: عجة جيلالي، المرجع السابق، ص 680.

[73] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص12.

[74] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 90.

[75] نقلا عيبوط محند ،وعلي المرجع السابق، ص 142.

ففي ظل غياب وعجز النصوص القانونية السابقة على صياغة ووضع تعريف واضح وشامل للاستثمار حاول المشرع الجزائري تدارك الوضع بمناسبة صدور الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 20غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار[76].

أين أفرز نص صريح خصيصا لتعريفه وذلك بموجب المادة الأولى منه التي نصت على أنه: "يشمل كل الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذلك الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتيازات والرخص".

بينما نصت المادة الثانية منه علي أنه: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

1-اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2- المساهمة في رأس مال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3- استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية"

يعتبر هذا النص نهاية الغموض و اللبس الذي كان يحوم حول تعريف الاستثمار في التشريع الجزائري، كما جسد موقف و الإرادة الجديدة للمشرع تجاه الاستثمار الأجنبي من خلال ما تضمنه الأمر أعلاه من حوافز وضمانات تعمل على تلطيف مناخ الأعمال في البلد وتبديد كل مخاوف للطرق الأجنبي لاستمالته للاستثمار وضح أمواله في مختلف القطاعات والأقطار الجزائرية دون المساس أو التأثير على السيادة الوطنية، عن طريق تعليق قبول بعض الاستثمارات على شرط الحصول على رخصة الاستثمار من الجهات المختصة.[77]

لكن التوترات الدولية و آثار الأزمة الاقتصادية التي شهدها العالم منذ 2008 و التي مست انعكاساتها الاقتصاد الجزائري على غرار نظيراتها من باقي الدول بسبب الانهيار الشديد لأسعار المحروقات في السوق الدولية دفعت بالمشرع الجزائري إلى مراجعة منظومته التشريعية الوطنية و تعزيزها بأكثر إغراءات وامتيازات وضمانات في شتى المجالات خارج قطاع المحروقات قصد استقطاب أكبر قدر ممكن من رؤوس المال الأجنبي للاستثمار فيها، نظرا لضيق العجز المالي التي عاشتها خلال هذه الفترة ما دفعها للدخول في سياسة التقشف.

---

[76] الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 47، المعدل والمتمم بالأمر 08/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006.

[77] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص145.

وللخروج من هذا الوضع تم إصدار القانون رقم 09/16 لترقية الاستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016[78]، الذي بدوره أشار إلى تعريف الاستثمار في نص المادة الثانية منه التي نصت على أنه: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يلي:

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

2-المساهمة في رأس مال الشركة"

باستقراء هذا النص يتبين لنا أنه يظهر موقف المشرع الجزائري ومساعيه الجدية نحو تجسيد إطار قانوني واضح وجذاب لرأس مال الأجنبي.

في الأخير ما يمكن أن نخرج منه في مفهوم الاستثمار سواء من جانب الاقتصادي أو القانوني هو صعوبة التوصل لتعريف جامع ودقيق للاستثمار الأجنبي كونه مصطلح مرن ونظرا أيضا لتشعب وتشابك جذوره العلمية، وكذا تعدد أهدافه كما أنه ليس بالواقعة القانونية المحددة الثانية بل لأنه مفهوم متغير ومتطور باختلاف المعطيات الاقتصادية والسياسية ليس على مستوى الوطني أو الإقليمي فحسب وإنما على مستوى الدولي أيضا[79].

المطلب الثاني: التقسيم القانوني للاستثمار الأجنبي .

تظهر الاستثمارات الأجنبية في عدة صور قانونية تختلف كل واحدة عن الأخرى بحسب المعيار الذي استخدمه الفقه الاقتصادي والقانوني في تقسيماتها، كما تأثر فيها عوامل أخرى على غرار النظام الإيديولوجي، درجة التطور الاقتصادي، وكذا الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من وراء هذا الاستثمار الأجنبي[80] .

فمن حيث المدة ينقسم الاستثمار الأجنبي إلى الاستثمار الطويل الأجل وهي نلك الاستثمارات التي تكون على شكل عقود تتجاوز مدتها سنة من الزمن.

---

[78] راجع نص المادة 01 من القانون 09/16 السالفة الذكر.

[79] علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، مذكرة ماجستير جامعة المنتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008، ص12.

[80] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 28.

وتنصب على أصول ثابتة ولا تأسس القصد البيع وإقامة فروع بمشروعات أجنبية داخل الدولة المضيفة لها و الغاية منها هو الحصول على تدفقات واسترا درأ المال لمدة زمنية معينة، لذلك عرفه البعض الفقه الاقتصادي بأنه استثمار رأس المال[81].

كما ينقسم إلى استثمار قصير الأجل وهي تلك الاستثمارات التي تكون في شكل عقود لا تتجاوز مدتها سنة واحدة كحد أقصى أو أقل منها والهدف من إبرام هذه العقود هو ضمان انتقال السلع والخدمات بين الأطراف المتعاقدة[82].

ويقسم الاستثمار من ناحية مكانة أو المنطقة الجغرافية التي يتم فيها الاستثمار إلى استثمار داخلي (وطني). وهو الاستثمار الذي يقع داخل البلد جنسية المستثمر أو إلى استثمار أجنبي وهو الذي تقع خارج بلد المستثمر أي في دولة أجنبية عنه [83].

أما من ناحية أداة المشروع الاستثماري فيقسم الفقه هذا الاستثمار الشائع في ساحة المعاملات الاقتصادية الدولية غالبا إلى الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI) ويسمى أيضا بالاستثمار الخاص ويقسم إلى استثمار أجنبي غير مباشر ويطلق عليه أيضا الاستثمار العام، ومعيار التفرقة بين النوعين قائم أساس على الهدف النهائي الذي يسعى المستثمر غلى تحقيقه سواءا كان استثمارا عاما أو خاصا إذن هذا الأخير يهدف إلى تحقيق الربح كهدف أساسي بينما الاستثمار العام قد تكون الغاية منه تحقيق أهداف اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية [84].

ومن الفوارق بين الشكلين الاستثماريين السابقين من ناحية السيطرة والرقابة على المشروع الاستثماري واتخاذ القرارات نميز أن في الاستثمار المباشر فإن الطرف الأجنبي المستثمر له السلطة والسيطرة المطلقة على المشروع والرقابة عليه وله الحق في اتخاذ القرار في الإدارة، سواء كان مالكا للمشروع بصفة كاملة أو جزء منه، أما في الاستثمار الغير مباشر فعكس الصورة الأولى إذ أن دور المستثمر الأجنبي

---

[81] كاظم جاسم العيساوي، دراسات الجداول الاقتصادية وتقسيم المشروعات، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص21.

[82] يرى جانب من الفقه أن الاستثمار الأجنبي من حيث المدة، ينقسم إلى استثمار قصير الأجل تقل مدته عن سنة، واستثمار متوسط الأجل وهو الذي يمتد من سنة إلى خمس سنوات، والاستثمار طويل الأجل وهو الذي يزيد مدته عن خمس سنوات، نقلا عن طالب برايم سليمان، المرجع السابق، الهامش رقم 1، ص42.

[83] عبد السطار أحمد مجيد الحوري، المرجع السابق، ص40.

[84] عمر هاشم محمد صدقاة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة أسواط ، مصر، حسن ن، ص09

هنا يقتصر على ضخ وتقديم رأس المال للجهة المشرفة على المشروع دون أن تكون له سلطة السيطرة على ذلك المشروع[85].

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه هو برغم هذه الفوارق نجد أنّ التشريعات المقارنة المنظمة للاستثمار لا تضع حدا فاصلا بين الصورتين للاستثمار المباشر والغير مباشر بحيث نذكرهما في نص واحد تحت تسمية الرأس المال الأجنبي كلها نقاط تدفعنا تعرض بشيء من التفصيل لهذين النوعين من الاستثمار الأجنبي المباشر (فرع) (أول ثم نتناول الاستثمار الغير المباشر (فرع ثاني)

الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)

من الناحية التاريخية يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر ظاهرة حديثة من الجانب الاصطلاحي، وقديمة بمفهومه كونها تعود جذورها إلى منتصف القرن 19[86]، حيث تناوله معظم الاقتصاديين الأوائل تحت اسم حركة رأس المال، ثم تسمى بعد ذلك بقاعدة الذهب، ليطلق عليه بعدها الاستثمار الدولي، ليظهر في الأخير ولأول مرة استعمال مصطلح الاستثمار الأجنبي المباشر وذلك من قبل الفقيه الاقتصادي (HERBERT) وهذا في عام 1930 [87]،نظرا لانتشاره الواسع خاصة بسبب التغيرات الكثيرة والسريعة في الاقتصاد العالمي منها فشل سياسة الاقتراض الدولي، وكذا ظهور أزمة المديونية العالمية وبروز شركات متعددة الجنسيات وبسط سيطرتها وكذا انتصار النظام الرأسمالي على حساب النظام الاشتراكي وتجدر وتوسع أفكار الرأسمالية عالمنا في إطار فكرة العولمة[88]، كلها عوامل ساهمت بشكل آخر في المكانة المرموقة التي تحضا بها الاستثمار الأجنبي المباشر الأمر الذي دفع بالفقهاء، و الهيئات الدولية للإحاطة وبذل مجهود لوضع تعريف محدد لهذا النوع من الاستثمار.

أولا : تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر:

[85] طالب برايم ،سليمان مرجع سابق، ص 44.

[86] حاتم غائب سعيد، المرجع السابق، ص26.

[87] طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص45.

[88] حاتم غائب سعيد، نفس المرجع، ص27.

في الحقيقة برزت عدة مجالات لتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر سواءا ممن قبل الفقهاء وأساتذة الفكر القانوني، أو من جهة المنظمات الدولية المتخصصة، وذات صلة بمسالة التنمية الدولية وهو ما سنحاول ترتيبه فيما يلي:

فقد عرفه عدة الفقهاء الاستثمار الأجنبي المباشر « EDI » على أنه : "ذلك الاستثمار الذي يملكه الأجنبي ويديره سواء كان ذلك من خلال ملكية كامل المشروع أو خلال ملكية الجزء الأكبر من رأسمال ذلك المشروع"[89].

كما تم تعريفه أيضا على أنه: "إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب، أو ملكية حصص مكنتهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.

ويقوم المستثمرون الأجانب بهذا النوع من الاستثمارات من خلال إيجاد فروع للشركات الأجنبية الأصلية أو شركات تابعة أو مشروع مشتركة[90].

ويعرف أيضا على أنه ذلك الاستثمار الذي يقام في دول مضيفة، إلى أن ملكية أجنبية

وتؤول لفرد أجنبي أو شركة غير وطنية فيعتبر استثمار أجنبي مباشر ويختلف أنواعه وأماده حسب نوع الاستثمار الأجنبي[91].

كما عرفه أيضا الاستثمار المباشر على أنه : "عملية تدفق القروض من قبل الشركة الأم إلى الشركة التابعة لها في الخارج، أو شركة ملكيتها في شركة أخرى، على أنه لا تقل نسبة التملك في الخارج عن 10%"[92].

ومن جهة الاقتصاديين هناك أيضا عدة تعريفات للاستثمار الأجنبي المباشر نذكر من بينها تعريف "جيل برتن" الاستثمار الأجنبي المباشر على أنه يستلزم السيطرة (الإشراف) على المشروع بحيث يأخذ هذا الاستثمار بشكل إنشاء مؤسسة من قبل المستثمر وحده أو بالمشاركة المتساوية أو غير المتساوية، كما أنه يأخذ شكل إعادة شراء كلي أو جزئي لمشروع قائم[93]، كما يرى "ريموند برنارد" الاستثمار الأجنبي المباشر على

---

[89] عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص 46.

[90] عصام الدين بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972، ص 06.

[91] سليمان عمر عبد الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان ، 2009، ص23.

[92] سليمان عمر عبد الهادي، المرجع السابق، ص23.

[93] جيل برتن، ترجمة مقلد على الاستثمار الدولي، الطبعة الثانية ،بيروت، لبنان، 1982، ص04.

أنه: "يعتبر عن مساهمة رأسمال مؤسسة في مؤسسة أخرى، يتمّ ذلك بإنشاء فرع لها في الخارج أو الرفع من رأسمالها أو قيام مؤسسة أجنبية رفقة شركاء أجانب ، أو هو وسيلة تحويل الموارد الحقيقية ورؤوس الأموال من دولة إلى دولة أخرى، وخاصة عند الابتدائية أي عند إنشاء المؤسسة[94].

كما عرفه صندوق النقد الدولي بأنه: "الاستثمار الذي يتم الحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في إطار اقتصادي خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف المستثمرين الحصول على الحق في القيام بدور فعال في إدارة المشروع[95].

أما المنظمة العالمية للتجارة «OMC » فعرفته على أنه : ذلك النشاط الذي يقوم به المستثمر

المقيم في بلد ما (البلد الأصلي) والذي من خلاله يستعمل أصوله في بلدان أخرى، (دولة مضيفة) وذلك مع نية تفسيرها[96].

كما جاء تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية[97] للاستثمار الأجنبي المباشر على أنه: "ذلك الاستثمار الذي ينطوي على علاقة طويلة المدى تعكس مصالح دائمة ومقدرة على التحكم الإداري بين شركة في القطر آخر (القطر المستقبل للاستثمار)[98].

أما منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية » O.C.D.E « كان تعريفها للاستثمار الأجنبي على أنه: "حركات رؤوس الأموال الدولية القائمة على نظرية تحقيق علاقات تعطي إمكانية تطبيق فعلي على تسيير المؤسسة بواسطة إنشاء أو توسيع مؤسسة أو الإسهام في إنشاء مؤسسة جديدة"[99].

وعليه يعتبر استثمارا مباشر كل عمليات شراء وخلق أو توسيع لمحل تجاري أو منشآت فردية أو فروع أو مشروعات ذات طابع شخصي، كما بعد استثمارا مباشرا، كل العمليات التي يكون الهدف منها السماح لشخص أو عدة أشخاص بالسيطرة أو تدعيمها على شركة تمارس أنشطة صناعية أو زراعة أو تجارية أو مالية وذلك أي كان الشكل الذي تتخذه هذه الشركة ويشترط في العمليات السابقة" لكي يعد استثمارا

---

[94] 'BERNARD Raymond ،Economie financière internationale éditions p 4 France 1997 ،p 91

[95] حمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص30.

[96] UNCTAD en Français CNUCED. voir STONE Frank le Gatt et le système commercial international. édition IRPP. Canada. 1988. p 109.

[97] علي عبد القادر علي، محددات الاستثمار الأجنبية المباشر، قضايا التنمية في الأقطار العربية 2004، العدد 31، ص4.

[98] قدري عبد المجيد ،المدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 201.

[99] بلال بوجمعة ، تحليل واقع الاستثمارات الأجنبية المباشرة وآفاقها في ظلّ اتفاقية الأورومتوسطية، دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2007، ص 19.

مباشرا أن يكون القائم بها شخصا من غير المقصين أو شركة تكون تحت سيطرة أجنبية مباشرة أو غير مباشرة.[100]

بناءً على ما تقدم من تعريفات حول الاستثمار الأجنبي المباشر يظهر أنه عبارة عن عملية انتقال لرؤوس الأموال الأجنبية مقارنة بعضوي التنظيم و الإدارة بحيث يترتب على إقامة مشروعات مملوكة ملكية لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة[101].

لهذا يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر بالنوع المفضل لدى المستثمر الأجنبي كونه في هذا الشكل القانوني للاستثمار الأجنبي يتمتع بحق إدارة المشروع الذي يستثمر فيه، ونفس الحال بنسبة لدول النامية فهي غالبا تفضله لأنه يمكنها من تمويل الخبرات الفنية والمهارات والتكنولوجيا الحديثة [102]، وكذا سرعة تراكم رأس المال وتدفقه في الدول المستضيفة كلها نقاط تعود بالإيجاب على نمو العام الاقتصادي من خلال ما يخلقه هذا الاستثمار من فرص عمل جديدة، ورفع مستويات المعيشة، وبالتالي القضاء على البطالة وتخلصها من المديونية والتبعية الخارجية التي تعاني منها هذه الدول النامية [103].

بشكل عام أن تتجسد الاستثمارات المباشرة في عدة أشكال قانونية وهو ما سنتناوله في العنوان الموالي:

ثانيا : الصور والأشكال القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر:

تتلخص أهمّ صور الاستثمار الأجنبي المباشر في مشروعات مشتركة مع الدول المستقبلة لها، أو عن طريق الشركة المتعددة الجنسيات التي تحدد الإنفراد بملكية وإدارة المشروع ذلك ما سنفصل فيه على نحو التالي:

أ-المشروعات المشتركة الاستثمارات الأجنبية المباشرة الثنائية:

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

[101] عطار نسمية، المرجع السابق، ص98.

[102] عبد الستار مجيد الهواري، المرجع السابق، ص 42.

[103] عبد الرحمن محمد عقيل، المرجع السابق، ص48

المقصود هذه الصور الأولى من الاستثمارات الأجنبية المباشرة تحت اسم بالمشروعات من المشتركة أن الاستثمارات الثنائية هي تلك الاستثمارات القائمة على أساس التعاون والمشتركة بين الطرفين في نشاط الاستثماري سواءًا كان ذلك في الشق رأس المال للمشروع حسب تقدر وتحديد نسب المساهمة لكل طرف مسبقا بناءًا على التنظيم المعمول به في تلك الدولة المطبقة للاستثمار [104]أو من جهة التسيير الإداري لنشاط هذا المشروع[105]، أي أن الدولة المضيفة للاستثمار تنص في قوانينها الداخلية على ضرورة اشتراك القطاع الخاص أو العام الوطنيين في رأسمال المشروع الأجنبي، وفي الغالب هذه التشريعات الوطنية تحدد نسبة معينة كحد أدنى للمساهمة (الجانب الوطني في رأسمال المشروع الأجنبي)[106].

قصد تبسيط أكثر هذه الصرة للاستثمار الأجنبي المباشر تم تعريفها ايضا على أنها:" أحد مشروعات الأعمال الذي تمتلكه أو يشارك فيه طرفان أو أكثر من دولتين مختلفتين لصفة دائمة المستثمر الأجنبي ورأس المال المحلي أو الوطني و المشاركة هنا لا تقتصر على حصة في رأس المال بل تمتد إلى الإدارة و الخبرة وبراعة الاختراع و العلامات التجارية"[107].

بناءً على متقدم من تعريفات يتضح أن الاستثمارات الثنائية أو المشروع المشترك هي المشروعات التي تقوم على الشراكة بين المستثمر الأجنبي سوءًا كان شخصا طبيعيا أو معنويا والمستثمر الوطني، ويمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو مجموعة أشخاص طبيعيين أو شخص معنوي شريك فيمكن أن تكون أموالا نقدية أو عينية ويمكن لها أن تكون خبرة أو معرفة اقتصادية، أما فيما يتعلق بالإدارة فإن الشراكة في المشروع المشترك تمتدّ أيضا إلى الإدارة، وما يتحصل عنها الخبرة وبراءات الاختراع والعلامات التجارية وغيرها [108].

استنادا لكل هذه المزايا التي يتمتع بها هذا النوع من الاستثمارات فقد أهلته ليكون الأسلوب المفضل لكلا أطرافه وذلك لما يعود عليهم من إيجابيات عديدة يمكن أن نجملها في نقاط التالية:

أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة في شكلها الثنائية أو مشروعات مشتركة تسمح لطرف الوطني طريق مشاركة المستثمر الأجنبي في رأسمال المشروع من ممارسة الرقابة عليه كون أن الطرف الأجنبي من لا ينفرد

---

[104] عطار نسيمة، المرجع نفسه، ص97.

[105] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 34.

[106] صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص40.

[107] محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدولة الإسلامية في ضوء الاقتصادي الإسلامي، دار النفاتس، الطبعة الأولى، الأردن، 2005، ص 38.

[108] أحمد هليل الشمري، المرجع نفسه، ص 35.

وحده باتخاذ القرارات الإدارية والتسيير والتشغيل، كما تمكنه أيضا نقل واكتساب الخبرة الفنية والمهارات الحديثة عن طريق تكوين الإطارات الوطنية في إطار احتكاكه مؤهلات وإمكانيات المستثمر الأجنبي ذات كفاءة عالية الجودة ومتحكمة في تكنولوجيات المتطورة، وهو ما يخدم المصلحة الاقتصادية لهذه الدّول المضيفة للاستثمارات الأجنبية.

إما من جانب المستثمر الأجنبي فإن هذه الاستثمارات الثنائية تخدمه من جهة التقليل من المخاطر الكبيرة التي قد يتعرض لها في الدول المضيفة له (تأمين ومصادرة ومنع تحويل الأرباح..) انطلاقا من مشاركة الطرف الوطني في رأسمال وإدارة المشروع ما يعطيه تصور وقبعة "كشريك " في إطار حتمية التعاون الاقتصادي الدولي، وليس كنظيرة السابقة من قبل الدول النامية التي تعتبره كأجنبي مستقيل[109].

ب-الشركات المتعددة الجنسيات:

تأتي هذه الصورة الثانية من الأشكال القانونية للاستثمار الأجنبي المباشر في بعض الدراسات تحت تسمية الاستثمارات الأجنبية المملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي، واعتبارها تنجز مشاريعها من خلال شركات كبرى متعددة الانتشار في مختلف أنحا العالم عن طريق فروعها أطلق ، أيضا الفقه إلى جانب لقب شركات عبر الأوطان أو عابرة القارات أو الدول[110]

(TMNCS) (Transnational multinational corporations)

بحيث تعتبر هذه الشركات ظاهرة جديدة في مجال العلاقات التجارية الدولية كونها برزت بعد الحرب العالمية الثانية أي في نصف الثاني من القرن العشرين[111]، أين أخذت مكانة مهمة بنسبة تقارب 50% من الاستثمارات الأجنبية المباشرة على مستوى العالم بعد سيطرتها على مواقع ونشاطات في قطاعات حساسية في الاقتصاد القومي كالمعادن والطاقة و الصناعة تحويلية...إلخ، بشكل عام تتم إنجاز هذه المشروعات الاقتصادية بناء على ما يخدم مصالحها كما أنها لا تبقى في إطار الحدود الوطنية، وإنّما نتخطاها إلى حدود دولة أخرى.

---

[109] صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 45.

[110] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ، المرجع السابق، ص 31.

[111] طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص52.

تجدر الإشارة أن بداية ظهور هذه الشركات على المستوى العالمي كانت على يد الشركات الأمريكية بعد نهاية الحرب العلمية الثانية، عن طريق إنشاء فروع تابعة لها في كندا ودول غرب أوربا في إطار استراتيجية عالمية موحدة أنظر ، عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، الهامش الأولى، ص15.

أما بخصوص تعريف هذه الشركات المتعددة الجنسيات فإن طبيعتها القانونية صعب من وضع تعريف دقيق وشامل لها، برغم من تعدد المبادرات في هذا الشأن ضف لذلك فالبعض يرى أن تسميتها بحد ذاتها "شركات متعددة الجنسيات" هو غير دقيق من الناحية القانونية كونها في الواقع ليست شركة واحدة فحسب بل هي مجموعة شركات ترتبط مع بعضها بروابط قانونية واقتصادية تجعل منها مجموعة واحدة[112].

فمن بين التعاريف التي صنعت حول هذه الشركة عبر الأوطان التي تعتبرها على أنها "مجموعة من الشركات التي تتمتع بجنسيات دول مختلفة ويتعدى نشاطها حدود دولة واحدة، وتمارs إحداها – الشركة الأم - سيطرتها ورقابتها على الشركات الأخرى الوليدة بنسبة تسمح لها بممارسة هذه السيطرة وتخضع الشركات الوليدة لإدارة الشركة الأم في إطار إستراتيجية عالمية واحدة[113].

كما تم تعريفها أيضا على أنها "تلك الشركات التي يتخذ بعضها مع البعض وبمعنى آخر هي مجموعة من الشركات تنتمي كل واحدة منهم إلى جنسية دولية وهم يهدفون إلى إيجاد مصالح اقتصادية مشتركة، وهذه الأنواع من الشركات يجوز لها أن تتعدى نشاطها الاقتصادي عبر حدود دول أخرى وتخضع هذه الشركات برقابة وإشراف الشركة الرئيسية أو ما نسميه بالشركة الأم.[114]

ولقد عرفها أيضا العالم الاقتصادي Dunning » والمجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة على أنها: "تلك المنشأة التي تمتلك وسائل الإنتاج وتسيطر عليها وتباشر نشاطها سواء في مجال الإنتاج أو المبيعات أو الخدمات في دولتين أو ألأكثر "[115].

كما جاء تعريفها في منظمة الأونكتاد على إنها تلك المؤسسات ذات المسؤولية المحدودة أو غير المحدودة التي تتألف من الشركة الأم وفروعها الأجنبية، فالشركة الأم هي المالكة للأصول المستخدمة في الإنتاج في الخارج أما الفرع الأجنبي المملوك كليا أو جزئيا) ، فهو مؤسسة ذات مسؤولية المحدودة أو غير المحدودة التي مقرها الدولة المضيفة و التي تمتلك فيها شركة الوطن الأم حصة لها حق المشاركة في الإدارة"[116].

---

[112] طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص52.

[113] عطار نسيمة المرجع السابق، ص 100.

[114] عبد المعز عبد الغفار نجم الدين مشكلات وأساليب تنظيم المشروعات المجلة القانونية، القاهرة، مصر، العدد التاسع(9)، 1987، ص98.

[115] أشراف السيد حامد قبال، الاستثمار الأجنبي المباشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2013، ص41.

[116] Unctad ،Froreign Direct Investment and development (vol1،) New York ،1999 ،p07

ما يمكن أن نستنبطه من التعريف أعلاه هو أنها ترتكز إما على فكرة تعدد الجنسيات الدول المكونة لهذه الشركة ، أو تستند على عنصر الحجم والبعض الآخر منها يقسمها على حجم المبيعات السنوية، كما نستخلص أيضا أن طبقا لهذه الصورة الثانية للاستثمار الأجنبي المباشر ففيها ينفرد رأس المال الأجنبي بالاستثمار المباشر إما في شكل مشروع استثماري ذوي نظام خاص، أو في شكل فرع من فروع إحدى الشركات الأجنبية ذات الجنسية الواحدة أو متعددة الجنسيات.

وفي نقطة أخرى حول هذه الشركات المتعددة الجنسيات فإنها تتسم : بجملة من خصائص التي تتميز وتنفرد بها عن باقي الشركات الأخرى سنحاول أن نجملها على شكل نقاط التالية:

- كبر حجم الشركات وتنوع أنشطتها ومنتجاتها.
- التوسع الجغرافي لهذه الشركات وامتداده إلى العديد من الدول عن طريق الفروع التابعة للشركة الأم ما جعلها تلقب بالشركات عبر القارات.
- قدرة هذه الشركات على نقل التكنولوجيا الحديثة خاصة لدول النامية.
- تركيز الإدارة العليا لتلك المشروعات في يد عدد محدودة من الأفراد.
- ميلاد وانطلاق هذا المشروع من الدول المتقدمة حيث يتوفر رأس المال الكافي والخبرات الفنية والإدارية [117].

الفرع الثاني: الاستثمار الأجنبي غير المباشر

تحظى الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة أيضا بمكانة هامة في الساحة التجارية الدولية خاصة في القرن السابع العشر إلى غاية نهاية النصف الأولى من القرن العشرين[118]، وأول من استخدم هذه التسمية [119]الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة هو « Mathewsimon » وذلك في عام 1967[120]، وفي هذا الشق الثاني من الاستثمار الأجنبي فإن دور المستثمر الأجنبي يقتصر على مجرد تقديم رأس المال إلى الجهة المعينة لتقوم

[117] عمر هاشم صدقة، المرجع السابق، ص16.

- تشير التقارير الصادرة عن الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (أو نكتاد) أن الإنتاج الدولي الذي تقوم به في الوقت الحاضر مالا يقل عن (6100) شركة عبر الوطنية لديها أكثر من (900000) شركة أجنبية تابعة، تمثل رصيد الاستثمار الأجنبي المباشر يبلغ نحو (7) تريليونات دولار، حس ما جاء في تقرير الاستثمار العالمي الصادر عن (أونكتاد) في 2004/11/20 ، نقلا عن أ أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، الهامش 3، ص33.

[118] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 36.

[119] طالب برايم سليمان، المرجع السابق، ص54.

[120] طالب برايم سليمان، المرجع نفسه، ص54

بعملية الاستثمار دون أن يكون للمستثمر الأجنبي أي دور في الرقابة على العملية الاستثمارية أو المشاركة في إدارة أو تنظيم المشروع الاستثماري الأجنبي، وذلك يختلف المشروع الاستثمار في الصورة الأولى أي الاستثمار الأجنبي المباشر الذي يتحكم فيه الطرق الأجنبي أكثر في السلطة و الرقابة وتسيير... المشروع وإدارته[121].

وبشكل عام تأتي هذه الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة في حافظة أوراق المالية، بمعنى أنه استثمار في الأسهم و السندات ، عن طريق المضاربة في أسواق الدول المضيفة له[122]، وأنه الاستثمار الذي يأخذ شكل قرض خاص لحكومة أجنبية أو لهيئة عامة أو لأفراد أو أجانب أو يكون على هيئة اكتساب في صكوك تلك الهيئات ومشروعاتها، سواء أكان ذلك عن طريق السندات ذات الفائدة الثابتة، أم عن طريق الأسهم بشرط ألا يجوز لأجانب من الأسهم ما يخولهم حق إدارة المشروع [123]ومن بين التعريفات الفقهية التي قيلت حول الاستثمار الأجنبي غير المباشر التي تعتبر على أنه: "تلك الاستثمارات التي يقوم بها المستثمر في موطنه (بلده) (الأم لشراء الأسهم والسندات بقصد المضاربة في الدولة ومنح القروض للدولة التي يقوم بالاستثمار فيه بقصد الربح والفائدة[124].

وفي تعريف آخر للاستثمار الأجنبي غير المباشر يعتبره هو ذلك الاستثمار الذي يحصل فيه المستثمر على عائد رأسمال دون أن تكون له السيطرة على المشروع ، ولا تتنقل على أثر هذه الاستثمارات المهارات والخبرة الفنية والتكنولوجيا الحديثة المرفقة لرأس مال، كما هو الحال في الاستثمار الأجنبي المباشر[125].

فمن خلال هذه التعريفات السابقة يمكن أن نلاحظ عدة نقاط حول الاستثمار الأجنبي غير المباشر ففي هذا الشكل الاستثماري لا يحق للطرف الأجنبي أن ينفرد بالإدارة والمشروع أو اتخاذ القرارات، كما لا يمكنه أن يمارس الإشراف و الرقابة على ذات المشروع، وظاهر أيضا من نفس تعريفات أن في غالب هذه الاستثمارات الأجنبية غير مباشرة قصيرة المدة بحيث لا تتجاوز خمسة سنوات كونه يرمي للحصول على الربح والفائدة بشكل سريع، بالتالي لا يترتب على هذا الاستثمار نقل المهارات والخبرة الفنية والتكنولوجيا الحديثة إلى الدول المستقبلة له [126]، بل يقتصر دوره على نقل الأموال النقدية، دون أن يكون للمستثمر

---

[121] عبد الرحمن العقيل، المرجع السابق، ص50.

[122] رضا عبد السلام، محددات الاستثمار الأجنبي في عصر العولمة، منشورات كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2002، ص98.

[123] عصام الدين مصطفى بسيم، المرجع السابق، ص 58

[124] شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص 53.

[125] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 37

[126] عبد الستار مجيد الحوري، المرجع السابق، ص63.

الأجنبي ملكية ولو جزء من المشروع، ما يعود بالعملة الصعبة على الدول النامية لكن برغم هذا فإن من دور هذا الشكل الاستثماري، تراجع وتضاءل بداية من التسعينات من القرن الماضي[127]، ومن أبرز الخصائص الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو و أنه يتجه نحو الأغراض الاستهلاكية والإنفاق العام [128].

ومن الأمثلة التطبيقية للاستثمار الأجنبي غير المباشر نستشهد بشراء السندات الدولية، وشهادات الإبداع في سوق العملات الدولية مثلا وكذا شراء سندات الدين العام وشراء القيم المنقولة، والإبداع في البنوك المحلية، وشراء الذهب والمعادن النفيسة وقروض للحكومات الأجنبية أو الهيئات العامة، أو الخاصة أو الأفراد سواء خلال أجل قصيرة أم طويلة يهدف المضاربة وتحقيق الأرباح، لا للغاية تكوين علاقات اقتصادية متنوعة مستقرة[129].

أما عن الإطار النظري للاستثمار الأجنبي في الجزائر الأشكال القانونية التي يمكن أن تتخذها هذه الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة فهي عدة أنواع منها عقود الترخيص، عقود التسويق، عقود التصنيع، وعقود الإدارة أو اتفاقات الوكالة وعقود تسليم المشروعات مع الإنتاج[130].

من هذا المنطلق سنحاول التفصيل والتركيز أكثر على هذه الأنماط لعدة أسباب منها توسع استخدامها ووجودها من الناحية العملية ولكونها تعطي فرصة تواجد المستثمر الأجنبي أو تمثله تمثيلا ملموسا في الدولة المضيفة له، ضف لذلك لكونها تحتم على الطرف الأجنبي (المستثمر) ضرورة حصوله على تصريح بالدخول لدولة المضيفة له، وهو ما يتضح أكثر في أشكال التالية:

أولا : الأشكال القانونية للاستثمارات الأجنبية غير مباشرة:

ولعل أبرز هذه الأشكال القانونية للاستثمارات الأجنبية غير المباشرة القروض والاستثمار في حافظة الأوراق المالية.

أ- القروض التي تقدمها الهيئات الخاصة و الأفراد:

معنى المقصود من هذه القروض هي تلك السبل والآليات التي تلجأ إليها الدولة لتغطية عجزها المالي عن طريق الاقتراض من المؤسسات والمنظمات الدولية كالصندوق النقد الدولي، والبنك الدولي ومنظمة

[127] طالب برايم سليمان المرجع السابق، ص 55.

[128] عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص 50.

[129] عبد الله عبد الكريم عبد الله، المرجع السابق، ص20.

[130] عبد الرحمن محمد العقيل، المرجع السابق، ص 81.

الأمم المتحدة [131]أو هي المساعدات على شكل تسهيلات مصرفية لتغطية العجز في النقد الأجنبي، فهي بمثابة إعانة لتمويل عجز ميزان المدفوعات المترتب على بعض الدول من الاستيراد المتزايد من الخارج[132]. وبشكل عام تأخذ هذه القروض ثلاثة صورة سنحصرها كالآتي:

1- القروض الصادرات أو تسهيلات الموردين:

وهي تلك القروض الائتمانية التي تقدمها الشركات الأجنبية الخاصة وكبار المصدرين والموردين لتوريد سلع وخدمات لدولة المقترضة، بشرط أن تكون هذه القروض مضمونة من جانب الحكومات، وفي غالب تفترن هذه القروض بشروط غير ملائمة سواء من حيث المدة أو السعر الفائدة ، و من الشروط المقيدة هنا أيضا أن تتحصل الدولة المقترضة تكاليف التأمين على القرض مثلا[133].

2 - قروض البنوك الأجنبية الخاصة:

إلى جانب الوظيفة التقليدية التي تعرف بها البنوك وأمام التطورات الكبرى والحديثة في ساحة الاقتصادية الدولية تطلعت هذه المؤسسة المالية بوظائف وأدوار مهمة تواكب بها هذه المستجدات، بما عليها في عملية التنمية [134]من خلال القروض وتسهيلات مصرفية التي بها تحقق التوازن بين الموارد المتاحة المتماثلة بتجميع المدخرات وبين التوظيف الأمثل لها وتعتبر القروض أهم مصادر التمويل الخاصة التي تلجأ إليها الدول النامية لتمويل العجز في ميزان مدفوعاتها سواءا الموسمي أو المؤقت الذي قد يؤدي لنتيجة انخفاض حصيلتها من النقد الأجنبي[135].

ومن بين أهم ما تتميز به هذه القروض بأنها ذات آجال قصيرة وأسعار فائدة مرتفعة، لذلك تعد من القروض الصعبة التي تلجأ إليها الدول النامية إلا من أجل السلع الضرورية اللازمة لتشغيل الطاقات الإنتاجية القائمة.[136]

3- القروض الدولية :

---

[131] أحمد الهليل الشمري، المرجع السابق، ص 40.

[132] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص 102.

[133] حاتم غائب سعيد، المرجع السابق، ص 51.

[134] عبد الستار مجيد الحوري، المرجع السابق، ص 64.

[135] حاتم غائب سعيد، ، المرجع السابق، ص 32.

[136] علي عبد الوهاب إبراهيم نجا، الاستثمار المباشر وأثره على التنمية الاقتصادية في مصر خلال فترة 1974-1990، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، بس ت،17.

وهي تلك الإعانات والمساعدات و القروض التي تحصل عليها الدول من طرف المؤسسات التمويل الدولية من الهيئات الدولية ومنظمات العالمية كصندوق النقد الدولي، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير بصفتها هيئات مهتمة بمسألة التنمية، ومن جهة أخرى، فالاقتراض منها يعتبر حقا للأعضاء المشتركين فيها.

غير أن ما يعاب على هذه القروض هو قلة مواردها وعدم قدرتها على إشباع طلبات الاقتراض، وكذا عدم عدالتها بسبب تأثير كبار المساهمين فيها، وكذلك طول إجراءاتها المتبعة لتحصيل هذه القروض، ضف لذلك فرض هذه مؤسسات بعض الشروط التعسفية على الدول المقرضة منها في غالب تكون ذو طابع سياسي هي نقاط تتعارض مع الحياة الاقتصادية القائمة على السرعة[137].

ب-الاستثمار في حافظة الأوراق المالية :

يتيح هذا الاستثمار في حافظة الأوراق المالية لكل الدولة النامية أن تحصل على رأس المال الأجنبي وذلك عن طريق إصدار السندات وطرحها للاكتتاب في الأسواق المالية الدولية بحيث تحدد الدولة هنا القيمة الخاصة بالسندات وسعر فائدته وأجله[138]، في مقابل عندما يحل أجل السندات تلتزم الدولة المصدرة له بالوفاء بقيمته فضلا عن الفائدة الدورية التي يستحقها حامل السند بأجلها، وكما يمكن أن تطرح الدولة نسبة عن أسهم الشركات أو المشروعات التي تزمع إنشاءها وذلك للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والمؤسسات[139].

بناءً على ما سبق فإن التفرقة والتميز بين كلا من الاستثمار الأجنبيين المباشر وغير المباشر يقوم على عدة معايير نجملها في النقاط التالية:

الإدارة: في الاستثمار الأجنبي المباشر بإمكان المستثمر السيطرة على المشروع و التحكم فيه، أما في الاستثمار الأجنبي غير المباشر لا يمكن للمستثمر السيطرة على المشروع و التحكم فيه.

الفائدة: في الأولى بإمكان المستثمر الحصول على الأرباح وله فائدة كبيرة أما في الثاني فلا يمكن للمستثمر إدارة المشروع ولكن يحصل على فائدة وعوائد المشروع بصورة أقل من الأولى.

المدة: في الأولى من الممكن أن تكون قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل وفي أكثر الأحيان يكون الأجل طويلا، أما في الثاني يكون أجله قصيرا بحيث لا تفوت 05 سنوات.

---

[137] عمر هاشم محمد صدقة المرجع السابق، ص 18.

[138] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص40.

[139] حاتم غائب سعيد، المرجع السابق، ص 33.

الاستقرار: في الأولى تقريبا مستقرة لكونها طويلة الأجل، أما في الثانية فليست مستقرة تما لكونها قصيرة الأجل وعنصر المضاربة يتحكم فيها[140].

[140] شيرزاد حميد حروري، المرجع السابق، ص 55.

المبحث الثاني

هياكل العقد الاستثماري الأجنبي وأهميته.

على غرار جميع العقود المعروفة يتم إبرام عقود الاستثمار الأجنبية بناء على تلاقي الإرادتين للأطراف المكونة لهذا العقد واتجاهها نحو إحداث أثر قانوني معين جراء ما ينجم من التزامات على عاتقهم، غير أنّ الظاهر من هذه العلاقة التعاقدية خصوصية أطرافها نفسهم حيث تجمع بين طرفين متفاوتين من حيث المركز القانونية إذ من جهة نجد الدولة وكلّ الأجهزة التابعة لها بصفتها شخص من القانون العام بما يتمتع من السيادة ومزايا خاصة سواءً على مستوى الداخلي أو الدولي.

ومن جهة أخرى يقابلها شخص من القانون الخاص يتمثل في المستثمر الأجنبي طبيعي أ معنوي برغم من قوته المالية ومكانته وسمعته الاقتصادية في الساحة التجارية الدولية إلا أنه لا يرقى لصف القانوني لدولة وهو الأمر الذي يعطي هذه العقود نوع من الحساسية خاصة بين هؤلاء الأطراف وراء اتساع وتباعد فجوة المصطلح بينهما ما يجعلها دون ريب عرضة لخلافات مستقبلا[141].

غير أن قدوم الدولة على إبرام مثل هذه العقود مع الطرف الأجنبي أضحى أكثر من ضرورة حتمية التعاون الدولي، وكونه أحداث صور العقدية القانونية في مجال التجارة الدولية، دون أن تترك دور وأهمية هذه العقود في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال ما تورده لدول المستقبلة لها من موارد مالية وتقنيات وتكنولوجية

حديثة وخبرات في مختلف القطاعات تساهم في تنفيذ البرامج ومخططات الاقتصادية لهذه الحكومات[142].

هذا المنطلق سنحاول في إطار هذا المبحث التفصيل في طبيعة الأطراف المكونة للعقد من الاستثماري الأجنبي وخصائصه وكيفية تحديدها وكذا التزامات كلّ واحد منهما تجاه الطرف الآخر (المطلب الأول)، لنبين بعدها أهمية الدور الذي تلعبه هذه العقود بنسبة لكل طرف وعلى مختلف الأصعدة سواء من حيث إيجابياتها أو سلبياتها (المطلب الثاني).

---

[141] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص14.

[142] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص99.

المطلب الأول: أطراف العقد الاستثماري الأجنبي

يعتبر العقد دوليا عندما يتم إبرام العقد بين مختلفي الجنسية أو متحديها إذا كان مكان إبرامه أو مجال تنفيذه أم مكان وجود محله يضم أكثر من نظام قانوني، وبالتالي لا يعد العقد دوليا إلا إذا تعلق بمعاملة دولية، تتطلب تبادل البضائع أو الأموال أو الخدمات..إلخ بين دول مختلفة ولا يعد العقد دوليا لمجرد اختلاف جنسية أطرافه أو مواطنتهم إذا لم يوجد مثل هذا التبادل[143]، وفي الغالب مثل هذه المعاملات تقوم به الدولة حينما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية بارتباطها بعقود استثمار أو تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة أو مع حتى الأفراد أجانب ما يجعل هذه العقود أكثر تعقيدا وخطير لعدم تكافؤ في الوضع القانوني للأطراف المتعاقدين حيث أحدهم طرف على دولة أو إحدى الوكالات التابعة لها أمام الطرف الثاني هو شخص من القانون الخص في صورة المستثمر الأجنبي[144].

الفرع الأول: الدول كطرف في العقد

تعتبر الدولة ذلك التشكيل والتنظيم السياسي وهي حاصلة السلطة العليا في نفس الوقت وتتمتع بالأهلية القانونية الدولية بكونها شخص من أشخاص القانون الدولي العام[145].

غير أن إذا كانت فكرة الدولة تبدو واضحة، ولا تثير أي غموض وصعوبات في تحديدها خصوصا إذا أقبلت بنفسها على إبرام التعقد الاستثماري عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة، رئيس الحكومة (الوزير الأول في التشريع الجزائري)، أحد الوزراء باعتبارها شخص معنوي يتمتع بالسيادة فهذا واضح ولا يطرح أي إشكال وإنما الغموض يكمن ويثار حول المقصود بتلك الهيئات و الوكالات و المؤسسات والأجهزة التابعة لدولة وكيفية تحديدها مع ذلك يمكن القول أن هذه الكيانات القانونية تدخل ضمن الأشخاص الاعتبارية العامة تشمل جميع الهيئات العمومية « collectivités publique » التقليدية المعروفة من مؤسسات دستورية إقليمية من بلديات ولايات (في الدولة الاتحادية ومقاطعات فهذه الجهات في غاية الوضوح حينما تقوم بمناسبة بغرض تنفذ بعض جوانب الخطة التنموية الاقتصادية لحكومة الدولة التابعة لها، أما

---

[143] خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقود البيع الدولي لبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام 1980، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، د س ن، ص12.

[144] جلال وفاء المحمدين، المرجع السابق، ص09.

[145] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 101.

الطائفة الثانية هذه الأشخاص من فهي تلك المؤسسات والمرافق العامة التي تتمتع بقدر من الاستقلال عن الدولة في أداء مهامها ويجب أن لا تكن تابعة لفرع سياسي في الحكومة أو تتمتع باستقلال تام عنها،[146] وهي في الحقيقة ظهرت حديثا على إثر احتكار الدولة أو مباشرتها لبعض عمليات النشاط الاقتصادي وتعزز وجودها نتيجة لارتفاع حركة التأمينات التي قامت بها بعض الدول بقصد توطين استغلال ثرواتها القومية الطبيعية، كما ساهم في بروز أيضا هذه الكيانات بشكل خاص في توسع مجال عقود الامتياز والمشروعات المشتركة وعقود الخدمات واتفاقات البيوع الدولية واتفاقات المساعدات الفنية، وعقود نقل التقنية الحديثة و اتفاقات الترخيص بالتصنيع أو التسويق...إلخ [147]كأمثلة عن هذه الشركات التي تظهر محل الدولة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يمكن تذكر منها: شركات الكهرباء والمياه والاتصالات والنقل البري والجوي...إلخ.

بناء على ما تقدم فإن تدخل الدولة في إبرامها لمثل هذه العقود الدولية يكون إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، حيث يشترط وجود علاقته تبعية « Un lien de subordination» بين هذه الوكالات والأجهزة بالدولة حتى تعتبرها مماثلة لها أمام الطرف الأجنبي[148]، وهو ما عمل الفقه على إثباته بناءا و اعتمادا على عدة معايير مختلفة تقليدية وحديثة يقر من خلالها أن هذه التصرفات و المعاملات القانونية صادرة عن الدولة ومن المعايير التي سنحاول الكشف عنها ولو باختصار فيما يلي:

أولا: المعايير التقليدية ضابطة لتبعية الجهاز للدولة:

يمكن أن تحصر هذه المعايير التقليدية التي أخذ بها الفقه وأيدها أيضا القضاء الدولي لتحديد مدى تبعية الجهاز الدولة في تمتعه بالشخصية القانونية ومعيار المرافق الدولة، وبين تحقيق المصلح العامة أو الغاية وبيت معيار الصفة التي يحملها الجهاز أو الهيئة.

أ- معيار الشخصية القانونية:

فوفقا لهطا المعيار فإن العبارة هنا بعملية التوقيع المادي على العقد، وعلى مدى استقلالية الجهاز أو المؤسسة على الدولة، بمعنى إذا كان الجهاز أو الوكالة التي أبرمت العقد تتمتع بالشخصية القانونية

---

[146] جلال وفاء محمدين المرجع السابق، ص22.

[147] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار الهضبة مصر، 1997، ص 11.

[148] قبايلي. طيب، المرجع السابق، ص 74.

مستقلة عن الدول، أي أن هذه الاستقلالية لا تضمن لها أية حصانة، قضائية ما دامت هي الطرف الموقع على العقد، فلا دخل لدولة في هذا التصرف القانوني[149].

أما إذا كانت هذه الهيئات والأجهزة تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة وتندمج بشخص الدولة فإن هذا الاندماج يخول أحقية التمتع بالحصانة القضائية ولا تخضع بذلك بولاية القضاء الوطني للدولة الأجنبية[150].

بناء على المعيار أعلاه فإنّ الدولة لا تعتبر طرفا في العقود المبرمة بواسطة هذه الهيئات العامة، طالما كانت هذه الأخيرة هي من أبرم العقد وتمتها بالشخصية القانونية مستقلة عن الدولة.

تعرض هذا المعيار لانتقادات لاذعة على أساس أنه معيار تحكمي، من حيث إضفاء الشخصية القانونية على مشروع عام من عدمها، بعد مجرد قرار إداري ليس أي مغزى سياسي، على الصعيد الدولي ،ولا يؤثر على تمتع نفس المشروع العام بالحصانة القضائية من عدمها[151].

لأن الشخصية القانونية المستقلة ليس سوى وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على أفضل وجه، ومن ثم لا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في الدولة ما يسبب في حرمانها من حصانتها المقررة لها وفقا لمبادئ لقانون الدولية العام. وهو ما دفع بالقضاء الفرنسي بعدل عن هذا المعيار ، ويعترف بالحصانة لمشروعات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة ومنها مشروعات وأجهزة أخرى، تتبع الدولة تبعية مطلقة وتعدّ مجرد انسياق عنها ولا تتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عنها[152].

ب- معيار المرفق العام:

أمام نقائص المعيار السابق وعدم كفاية في تحديد مدى تبعية هذا الجهاز لدولة استناد الفقه على أساس آخر يتمثل في معيار المرفق "المرفق العام" الذي مفاده أنّ المشروع العام التابع للدولة يتمتع

---

[149] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 17.

[150] عطار نسيمة المرجع السابق، ص 129.

[151] طه علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة جديد، مهر،.2008، ص44.

[152] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص46.

بالحصانة القضائية بغض النظر عن اكتسابه لشخصية القانوني مستقلة عن الدولة ن باعتبار أن تصرفات التي يقوم بها في صالح وتخدم مرفق العام من مرافق الدولة[153].

إذا يعتبر حكم محكمة استئناف انجلترا لسنة 1956 تجسيد لهذا التوجه حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن «servicio national de Trigo » وهو عبارة عن مشروع قامت بإنشائه الحكومة الإسبانية، واعترفت له بالشخصية القانونية المستقلة لأجل القيام بعمليات التصدير والاستيراد في مجال الحبوب لصالح الحكومة الإسبانية وبناءا على توجيهات وزير الصناعة الإسباني أبرم في عام 1952 عقدين مع إحدى الشركات الإيطالية التجارية، وبسبب إنهاء العقد المبرم من قبل المشروع الإسباني، قامت الشركة الإيطالية برفع دعوى ضدّ المشروع الإسباني، أمام المحاكم الإنجليزية ليتمسك الطرف الإسباني بالحصانة القضائية ، استنادا على أنه يعدّ مرفقا من مرافق الدولة.

ففضلت المحكمة الإنجليزية على أن الحكم يتوقف على أساس معرفة إذا كان le servicio » « Nationa de trigo يعد من قبل المرافق العامة دون نظر لتمتعه بالشخصية القانونية من عدمها. هذا المعيار أيضا لم يلقى إيمان مطلق عليه حيث ظل بين التأيد والرفض في نفس الوقت إلاّ أن يرى البعض أن ثاني هذا المعيار يطبع عليه اعتبارات سياسية أكثر منها قانونية.

ج-معيار المصلحة:

زيادة على المعيارين السابقين ظهر معيار ثالث يسمى بالمعيار أو المصلحة و المقصود منه منه أن المؤسسة أو الوكالة أو الجهاز يتمتع بالحصانة القضائية كلما اندمجا في شخص الدولة يعتبر مرفق من مرافقها العامة حينما تكون غايتها خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة، بمعنى آخر أن كلها تصرفات هذه المؤسسات الغير كممثل للدولة وقام بتنفيذ عمله كعمل من أعمال السلطة العامة فهو جهاز من أجهزة الدولة المحصنة قضائيا

د - معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز:

هذا المعيار يقارب المعيار الأخير من حيث المفهوم إذ أن يستند إلى من جهة التعامل وعلى من يعود حيث إذا تصرف الجهاز باسمه ولصالحه فإنه لا يعتبر تابعا للدولة وبذلك تسقط عنه الحصانة القضائية، أما إذا تعامل وتصرف بغير اسمه وليس لحسابه وإنما لممثل الدولة وباسمها فهو بذلك يعاد جهاز من أجهزة الدولة وعليه يتمتع بالحصانة القضائية.

[153] لما أحمد كوجان، المرجع السابق، ص25.

ثانيا : المعايير الحديثة في تحديد تبعية الهيئات لدولة:

إلى جانب المعيار التقليدية أعلاه أحدث الفقه معيارين أساسيين قصد تحديد مدى تبعية أي جهاز لدولة واعتباره مرفقا من مرافقها عند إبرام أي تصرف قانوني مه الطرف الآخر ، وهي تتمثل العضوي ومعيار طبيعة النشاط.

أ-المعيار العضوي:

فمن خلال هذا المعيار فلا يكفي تمتع أي جهاز بالشخصية القانونية حتى تعتبره من قبل مرافق الدولة، وإنما يجب أن تتكامل معه عدة عناصر أخرى حتى تبين بوضوح مدى تبعية هذا الجهاز لدولة ، إذ هذه العناصر ينظر إلى النظام الأساسي، أو القانون أو القرار الذي أنشأ هذا الجهاز، فمثلا النظر لمن تعود أغلبية رأسمال هذا الجهاز أو أساليب إدارة وتسير هذا الجهاز والنظم القانوني التي تحكم تصرفاته وكذا لمصادر التمويلية... إلخ[154].

ولعل لعنصر رأسمال دور كبير في تحديد تبعية الجهاز لدولة من عدمها، حيث إذا كان أغلبية رأسمال تابع لدولة فهو يمثل مؤشر وقرنية أساسية ترجح مباشرة تبعية هذه المؤسسات لدولة، باعتبار أن من يملك رأس المال يملك السلطة وبذلك يصدر القرار[155].

غير أن البعض رد على هذا المعيار بعدم كفايته لوحده باعتبار أن الشكل القانوني للجهاز يعد أمرا قانونيا بالنسبة لطبيعة النشاط الممارس منه.

ب-معيار طبيعة النشاط:

لا يمكن الجزم بأن إحدى الهيئات أو المؤسسات بأنها من قبل مرافق الدولة انطلاقا من تمتعها بالشخصية القانونية فقط، وإنما يجب تدعم هذا الطرح بنظر إلا ما إذا كانت تلك المؤسسة التي أبرمت العقد مع الطرف الآخر وقامت بعملية التوقيع المادي عليه بنفسها تقوم بتطبيق وتنفيذ مخططات و السياسات المرسومة من قبل الدولة التي تنتمي إليها، ونعمل على تمثيل مصالحها العامة تحت قبعة إحدى مرافقها التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة وما يجعلها، في حالة تبعية قضائية[156].

---

[154] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 68.

[155] طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 48.

[156] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص20.

بناءا على ما تقدّم من معيار عديدة ومتنوعة بين التقليدية و الحديثة حول مسألة تحديد مدى تبعية أية جهاز لدولة يظهر لنا أن هذا الموضوع ليس بالأمر الثانوي وإنما مسألة حساسة عليها مصالح الأطراف المتعاقدة في مجال التجارة الدولة عامة، و الاستثمار الأجنبي بشكل خاص، إذا من خلال هذه الفكرة التي تبدو بسيطة تبعية جهاز (لدولة يمكن أن تتهرب الدولة من التزاماتها تجاه الطرف الأجنبي خلال تتغير المركز القانوني لهذه الهيئات بإقرار أو عدم إقرار بتبعية حسب ما يهدر حقوق المستثمر الأجنبي، لذلك نجد الفقه يساهم تطوير دائما من هذه المعيار قصد خلق أية ثغرة ممكن في هذا المجال.

وهو ما تبنته اتفاقية واشنطن لسنة 1965 السالفة الذكر حول هذه المسألة حيث نصت في شروطها الواجبة للجوء للمركز الدولي CIRDI طبقا لنص م 01/25 منها على أنه: "يمدّد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة (هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد أمام المركز)[157]..

بمعنى أن واضعي هذه الاتفاقية جعل من اختصاص هذا المركز في أي نزاع يعرض عليها وفقا لشروط المطلوب وتكون الدولة طرف فيه مع بأن مصطلح الدولة يأخذ بمفهوم الواسع أي يشمل الدولة حينما تدخل بنفسها مستثمر الأجنبي مباشرة كما يمتد اختصاص لتلك المنازعات التي أحد أطرافها هيئات وأجهزة عامة[158].

ختاما حول الدولة كطرف في عقود الاستثمار الأجنبي الدولة بمفهومها المتداول في إطار القانون الدولي العام الدولة ذات السيادة أي عندما تتدخل بنفسها ممثلة رئيس الدولة أو أحد وزرائها لتعاقد مع الطرق الأجنبي.

كما يمكن لها أن تتدخل بشكل غير مباشر لإبرام عقود مع المستثمر الأجنبي بواسطة إحدى وكلائها أو الهيئات التابعة لها، أي تنفيذا أو خدمة لسياسة ومصالح الدولة بمعنى كل الأثر التي تترتب عن هذه التصرفات نفوذ لدولة.

[157] راجع نص المادة 01/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 السالفة الذكر.

[158] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص21.

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي.

بخلاف الدولة أو الهيئات التابعة لها كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي ، فإن الطرف الآخر (المستثمر الأجنبي) المقابل لها لا تثير أية صعوبة لضبطه وتحديده في مثل هذه العقود مادام أن المنفق عليه يكفي أن يكون راعية تابعة لدولة أخرى غير تلك الدولة المستقبلة للاستثمارات حتى نضفي عليه صفة الأجنبي، ويحتمل أن يكون هذا المستثمر الأجنبي إما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا من أشخاص القانون الخاص فقط يحمل جنسية دولة أخرى أجنبية عن الدولة المضيفة للاستثمار، إلى هنا لا يوجد أي غموض بشان هذه المسألة،[159] لكن الحالة التي قد تطرح وتثير المشاكل التي تتعلق بإمكانية الوقوع في حالة مستثمر أجنبي يحمل جنسيتين مختلفتين إحداهما غير تلك الدولة المضيفة له، والثانية هي نفس جنسية الدولة المستقبلة له، ففي مثل هذا الوضع القانوني على أي أساس يعامل هذا الطرف الأجنبي وكيف ينظر لمركزه القانوني؟ هل باعتباره أجنبي؟ أو يعامل على أساس مستثمر وطني؟

بالرجوع لأحكام المادة 01/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 السالفة الذكر نجدها حسنت موقفها في مثل هذه الحالة من خلال اشتراطها أيضا للانعقاد اختصاصها على ضرورة أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمر أجنبيا منتميا لدولة أجنبي أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا [160].

بل أكثر من ذلك في نفس المادة أعلاه في فقرتها الموالية فإنها واضحة ما المقصود من وراء من عبارة "أحد رعايا الدولة الأخرى.." على أنه: "يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ-أي شخص طبيعي كان يحمل جنسية دولة متعاقدة، غير الدولة الطرف في التراع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض التراع للتوفيق، أو طرحه على التحكيم وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم طبقا للفقرة الثالثة المادة (28) أو الفقرة الثالثة 36، على أن هذه العبارة لا تشمل أي شخص كان يحمل أيضا في أي من التاريخين جنسية الدولة الطرف في التراع.

ب-أي شخص اعتباري كانت له جنسية دولة متعاقدة، غير الدولة الطرف في التراع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على عرض التراع للتوفيق أو طرحه على التحكيم أي شخص اعتباري كانت له في ذلك التاريخ جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في التراع ، ولكن اتفق الطرفان على أن يعامل لأغراض هذه الاتفاقية كما لو كانت جنسية دولة متعاقدة أخرى وذلك لوجد رقابة أجنبية مسيطرة عليه..."

---

[159] طه أحمد علي قاسم المرجع السابق، ص 49.

[160] راجع المادة 2، 01/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 السالفة الذكر.

في نفس السياق تقريبا صب مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف(MAI) و الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD)، والذي عرف المستثمر بأنه: "ليس فقط هو المتمتع بالجنسية دولة متعاقدة ولكنه أيضا من المقيمين بصفة قانونية دائمة على أراضي دولة موقعه وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى و إن كان لنشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح[161].

علاوة على ما تقدّم، وبغية ضبط الصفة الأجنبية للمستثمرين الشخص الطبيعي والشخص فإننا نستعرض كل شخص لوحده فيما يلي:

أولا: الطرف الأجنبي كشخص طبيعي:

كما أشرنا إليه سابقا فمن المحتمل أن يكون الطرف الثاني المقابل لدولة أو إحدى مؤسسة التابعة لها في كل عقود الاستثمار طرف أجنبي يتمثل في شخص طبيعي وذلك واردا باعتبارها محل العقد ومضمونه يتعلق بموضوع التنمية الاقتصادية لدولة المتعاقدة و الساهمة في بناءها وتطويرها[162].

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا المقام يدور حول كيفية تحيد أو تميز هذا الطرف الأجنبي عن الوطني أي كيفية اعتبار ذلك الشخص الطبيعي أجنبيا عن دولة ما ؟ وما هو المعيار المعتمد في ذلك؟

وللإجابة على هذا التساؤل يكفي أن نرجع إلى تشريعات الداخلية التي تحدد في أحكامها مسبقا من هو الوطني حتى نتمكن من تحديد الأجنبي، فالأجنبية صفة سلبية مقابلة صفة الوطنية، فالوطني هو من يتمتع بجنسية الدولة، بينما الأجنبي إذن هو من لا يحمل هذه الجنسية[163].

بذلك يظهر أن المعيار الفاصل بين الوطني و الأجنبي هي الجنسية حيث تعرف هذه الأخيرة على أنها تلك الرابطة القانونية السياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة ويتم تحديد الجنسية طبقا لقوانين الداخلية للدولة التي ينتمي إليها الشخص الطبيعي.

---

[161] خالد كمال عكاشة، المرجع السابق، ص 103.

[162] طه أحمد علي قاسم ،المرجع السابق، ص 50.

يمكن أن نشير لعدة قضايا وأمثلة للاستثمار بين الدولة والطرف الأجنبي يكون شخص طبيعي منها *العقد الذي أبرمته حكومة هايتي مع السيد "تشارلز "فالنتين في 22 نوفمبر 1962، وذلك بغرض البحث عن البترول وإنشاء بترول بتروكيمياويات في هايتي. ومصانع

*و كذا العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في يناير 1954 مع المليونير اليوناني "أوتاسيس" و الذي بمقتضاه منحت لهذا الأخير الحق في أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية، والتي يطلق عليها اسم "SATCO" نقلا عن بشار محمد أسعد، المرجع السابق، ص 25.

[163] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص26.

وفي مجال العقود الاستثمار الأجنبية فإن الطرف الأجنبي المقابل لدولة أو المؤسسات التابعة ذلك الطرف (المستثمر) الذي لا يحمل جنسيتها.

وانطلاقا دائما من رابطة الجنسية التي من خلالها يكون هذا الفرد تابع وخاضع لدولة، ففي حالة ما حصل ضرر له بصفته أجنبيا في إقليم دولة أخرى، يمكن لدولة جنسية أي الأصلية أن تتدخل وتتصدى لهذا الضرر من خلال منحه حق الحماية الدبلوماسي[164]ة.

وإلى جانب التشريعات الداخلية المنظمة لصفة هذا الشخص الطبيعي عن طريق الجنسية، فإنّ القانون الدولي أيضا حاول أن يكفل لهذا الفرد حماية له بحيث تلتزم بها جميع الدول من خلال ما يعرف "بالحد الأدنى لحماسة حقوق الأجانب" و التي تتفرع عنه عدة حقوق منها:

1- حق الأجنبي في الاعتراف بشخصيته القانونية مما يولد عنه الاعتراف له بالأهلية القانونية لإبرام جميع الأعمال القانونية

2- حق الأجنبي في الاعتراف بحقوق المكتسبة ، إذ يجب على الدولة أن تعترف بما اكتسبه الأجانب على إقليمها وفقا لتشريعاتها أو تلك التي اكتسبوها في أقاليم دول أخرى، بشرط أن لا تخالف النظام العام فيها، ولا يمكن لدولة أن تترع ملكية لأحد الأجانب أي للمنفعة العامة، ويشترط قيامها بتعويضه عادة وسريعا وفعالا ، وأكدت المحكمة الدولية الدائمة للعدل على هذه القاعدة عندما أعلنت أن كل لأموال الأجانب تعد خروجا على القواعد العامة الخاصة بمعاملة الأجانب ووجوب احترام حقوقهم المكتسبة ولا يمكن أن يكون هذا الإجراء المحظور إلى إجراء شرعي استنادا إلى أن الدولة تطبقه على رعاياها.

3-حق الأجنبي في التمتع بحق الحماية الإدارية إذ تلتزم كل دولة بحماية الأجانب المقيمين على إقليمها من كل دولة وبوضع القواعد الكفيلة للحفاظ على حقوقهم كاملة.

4- حق الأجنبي في اللجوء للقضاء الوطني لتلك الدولة التي يقيم فيها[165] هذا الإطار القانوني الوطني و الدولي كله تنازل ويحدد مكانة هذا المستثمر الأجنبي عندما يكون فرد طبيعي وكفل له حماية نظرا لمكانه الضعيف مقابل مكانة الدولة صاحبة السيادة دون أن نغفل عن دور الذي تلعبه أيضا الاتفاقيات الثنائية

[164] طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق، ص53.

[165] نقلا طه أحمد عن علي قاسم، المرجع السابق، ص56.

خصوصا تلك متعلقة في تحديد هذا الطرف مسبقا بذلك لفك الغموض عن المقصود من المستثمر الأجنبي كشخص طبيعي[166].

بناءً على ما تقدم نخلص إلى أن الطرف الأجنبي (المستثمر) عندما يكون شخص طبيعيا في مجال عقد للاستثمار فهو لا يثير تعقيدات ما دام موضوعها يتعلق بمسألة التنمية فيتلك الدولة المضيفة له كما سبق وأشرنا هذا من جهة، ومن جهة مقابلة فإن المركز القانوني أو إثبات انتماء هذا المستثمر فصلته فيه التشريعات الداخلية برجوع لضابط "الجنسية "التي يتمتع بها هذا الطرف، كما عملت الاتفاقيات الثنائية أيضا على تبسيط هذه المسألة من خلال اتفاق المسبق بين أطرافها على تحديد من هو هذا الشخص الأجنبي في هذه العقود، كما فصلت بعض الاتفاقيات دولية أي في هذا الشأن على غرار اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بتحديدها الدقيق له وفي تباينها لمبدأ وحدة الجنسية في حال تعدد جنسيات هذا المستثمر، ضف لذلك مساعي القانون الدولي عامة في تدعيم المركز الضعيف لهذا الفرد أمام الدولة من خلال إقرارها لمبدأ الحدّ الأدنى لحماية حقوق الأجانب الذي يعتبر بمناسبة سياج قانوني دولي يقع على جميع الدول أن تلتزم به قصد كفالة وحماية حقوق هذا الشخص الأجنبي.

ثانيا : الطرف الأجنبي كشخص اعتباري ومعايير تجديد جنسيته

إلى جانب الشخص الطبيعي الذي يمكن أن يكون كطرف مقابل لدولة في مجال عقود الاستثمار نجد أيضا الشخص الاعتباري الذي تمنحه كافة النظم الحديثة شخصيته قانونية تمكنه من التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، ويعرف الشخص المعنوي أو الاعتباري على أنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال مخصصة لغرض معين[167].

وفي مجال عقود الاستثمار تنتشر أكثر خاصة الأشخاص الاعتباري عن الشخص الطبيعي، بحيث تظهر بشكل شركات أجنبية متخصصة في مجالات معينة تبرم مع الدول المستقبلة لها عقود قصد تنفيذ مخططاتها الاقتصادية والتنموية الكبرى، وهذا منطقي نظرا لضخامة هذه المشاريع التي تتطلب لتحقيقها موارد مالية وبشرية وتقنيات حديثة كبيرة لا يمكن أن تتوفر عليها لدى الفرد الطبيعي كمستثمر وحده[168].

---

[166] عطار نسيمة، المرجع السابق، ص138.

[167] طه أحمد علي قاسم، المرجع السباق، ص 57.

[168] محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص93.

ومادام أن هذا الشخص الاعتباري (الشركة تجعل ضمن طائفة ..أشخاص قانون خاص يتمتع بالشخصية القانونية ولخ حقوق وأهل لتحمل التزامات على غرار الشخص الطبيعي، وبنفس الطرح السابق، يقع علينا تحديد انتماء أو انتساب الشخص الاعتباري إلى دول معينة، باعتبار أنها تخضع لرقابتها و الإشراف من قبل تلك الدولة التي تنتمي إليها، وتتصرف وكأنها جهاز وطني ذو نشاط تجاري، لذلك تثير تساؤل هل هي نفس المعايير المطبقة على شخص الطبيعي في تحديد تباعيته لدولة ما (الجنسية) نجدها في الشخص الاعتباري أم هناك ضوابط وأسس أخرى يمكن الارتكاز عليها للإثبات ذلك؟

غير أن الفقه لم يتفق حول تمتع الشخص الاعتباري مثل الشخص الطبيعي بالجنسية الدولية التي ينتمي لها، حيث يتخذ بعضهم هذه الفكرة على أساس أتى تسليم بأن له جنسية ينجم عليها تمتعه بالحقوق مقابل الشعور بالولاء لها وهو ما لا يتحقق إلا مع الشخص الطبيعي الذي تربطه علاقة اجتماعية وروحية والحس بالانتماء مثل الشخص الطبيعي، باعتبارها مجرد تجمعات من الأشخاص أو الأموال تسعى لتحقيق هدف معين[169] لكن برغم من هذا الإنكار من البعض الاعتداء برابطة الجنسية للشخص الاعتباري، إلا أن أغلب الفقه المعاصر وتشريعات المعاصرة تقر لها بذلك فكرة الجنسية من باب الشمول والاتساع مع ضرورة التفرقة بين الجنسية كرابطة اجتماعية وبين الجنسية كنظام قانوني ما ا يمنح هذا الانتماء للفرد الطبيعي و الشخص الاعتباري على حد السواء دون أية تفرقة بينهما، وهو ما يسهل ويمكن لهذه الشركات من إجراء كل التعاملات القانونية[170].

لكن برغم من الأخذ بالجنسية القانوني لهذه الأشخاص الاعتبارية و الاعتداد بها في تحديد انتمائها، فإلى جانبها يوجد عدة معايير أخرى قد يتم اللجوء إليها لضبط جنسية هذه الشركات ولعل أهمها:

أ- معيار جنسية الأعضاء أو المؤسسين أو الشركاء:

وفقا لهذا المعيار فإن جنسية الطرف الأجنبي المتمثل في شخص الاعتباري تعكسه جنسية الأعضاء المؤسسين له باعتبار أن المشروع (شركة)[171] تعبر عن إرادة أفرادها وتحقيق مصالحه ، وفي حال ما إذا اختلف هؤلاء الأعضاء في لون جنسياتهم، فيعتد بجنسية الدول التي ينتمي إليها أغلبها[172].

---

[169] طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 59.

[170] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص29.

[171] موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص217.

[172] لما أحمد كوجان ، المرجع السابق، ص57.

وجه لهذا المعيار عدة انتقادات أهمها إنكاره للوجود القانوني المستقيل وذمة مالية مستقلة عن المؤسس له.

ب- معيار مكان التأسيس

بموجب هذا المعيار فإن الشخص المعنوي يحصل على جنسية الدولة التي تأسس على إقليمها باعتبار أن القانون تلك الدولة هو من منحها الشخصية القانونية (المعنوية).[173]، برغم من منطقية الاستقرار الذي يتميز به هذا المعيار إلا أنه لم يسلم من النقد لأن مسألة تحديد جنسية الشخص الاعتباري في يد مؤسس له، بحيث يمكنهم اختير مكان تأسيس وفقا لما يتماشى وتخدم مصالحهم الخاصة.

ج- معيار مركز الاستغلال:

بحسب هذا المعيار فإن الشخص المعنوي (الشركة) تكتسب جنسية الدولة التي يوجد بها مركز نشاطه الاقتصادي باعتباره المكان الذي تجتمع فيه مصالحه وإمكانيته المادية وكذلك البشرية، فهذا يؤدي لارتباط فعلي بين الشخص المعنوي والدولة[174].

كذلك هذا المعيار تعرض للانتقاد منها أن مركز الاستغلال قد يخلق صعوبات للشركات التي لها عدة مراكز استغلال رئيسية ، ففي أي دولة يعتبر أن الاستغلال فيها رئيسيا

د -معيار مركز الإدارة:

فمن خلال هذا المعيار يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يتواجد فيها مركز إدارتها الرئيسي أي المقر الاجتماعي وهو المكان الذي توجد فيه الإدارة الفعلية للشركة بمختلف أجهزتها المختصة و التي تتولى إصدار القرارات المتعلقة بنشاطها وتسيير أمورها، إذ لا يكفي هذا المعيار لوحده في حال اتفاق المؤسسون للشركة على اعتبار مركز الإدارة الرئيسي في دولة معينة، وإنما يجب البحث عن المركز الفعلي لإدارة شخص معنوي.

هـ-معيار الرقابة:

---

[173] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص30.

[174] بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 31

- أنظر أيضا: ثلجون "ميشة، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر 2017، ص 50.

في ظل هذا المعيار فإن الشخص الاعتباري (الشركة) تتمتع بجنسية دولة الأعضاء الذين يمارسون السيطرة والرقابة على هذه الشركة سواء من حيث الأموال أو من حيث الإدارة والتسيير واتخاذ القرار ولو كان مركزها الرئيسي أو مركز استغلالها أو مكان تأسيسها على الإقليم الوطني لخضوعها لسيطرة ورقابة أجنبية [175].

وكانت بداية الأخذ بهذا المعيار إلى أعقاب الحرب العالميتين الأولى والثانية، أين تبناه الفقه الأوربي[176] لتفعيل إجراءات الحراسة على أموال الشركات التي تتبين خضوعها الفعلي لسيطرة رعايا الأعداء، و التي كان من الممكن اعتبارها شركة وطنية في حالة الاعتماد على أي من المعايير السابقة غير معيار الرقابة3[177]

هكذا نستنتج أن معايير تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية عديدة ومتنوعة تختلف كل واحدة منها عن الأخرى في المبدأ ومنطلقها القانوني والزاوية التي تنظر فيه الجنسية هذا الشخص المعنوي الأجنبي، وأمام عدم فعاليته أي من المعايير السابقة لوحده في ضبط هذه المسألة بشكل دقيق، يبقى لكل دولة الحرية التامة من خلال منظومتها القانونية الداخلية في اختيار ووضع أي معيار الذي يلائمها ويخدم مصالحها في قضية تحديد جنسية هذه الأشخاص الاعتبارية.

أما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة فيمكن أن نستشفه من الاتفاقية الثنائية التي تربط الجزائر بمختلف شركائها الاقتصاديين الأجانب ومن ذلك مثال نشير لما جاء في: الاتفاقية الجزائري الاسبانية السالفة التي عرفت المستثمر الاعتباري في الفقرة « 02 » من مادتها الأولى بنصها : عبارة مستثمر تدل على :

- الإطار النظري للاستثمار الأجنبي في الجزائر
- كل شخص معنوي وعلى وجه الخصوص الشركات جمعيات الشركات، الشركات التجارية، وكل شخص آخر لشركات مكونة أو منظمة وفقا لتشريع أحد الطرفين وله مقر على إقليم هذا الطرف[178].

---

[175] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص31.

[176] حيث لجأ الفقه الفرنسي في البحث عن ضابط، يمكن القضاء الفرنسي من إصدار قرارات فرض الحرسة على أموال، و اهتدى الفقه الفرنسي إلى فكرة الرقابة حيث تعد الشركات الأجنبية متى كان القائمون عليها غير فرنسيين، وكان رأس مالها كله أو في الجزء الغالب منه مملوكا لغير الفرنسيين.

[177] Jean Derupe ،Droit international privé ،02ème édition Dalloz ،paris ،France 1997،p52.

[178] مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على اتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج عدد23، المؤرخ في 1995.

بينما الاتفاقية الجزائرية البرتغالية عرفت المستثمر الاعتباري في الفقرة 02 من مادتها الأولى بنصها "يقصد بمصطلح المستثمر :

ب-كل شخص معنوي بما في ذلك الشركات أو كل شكل آخر من الهيئات التي لها إمكانيات الاستثمار ولها الأرباح الموزعة مقرها على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين والتي أنشأت وفقا لتشريع هذا الطرف المتعاقد[179].

ج- بينما عرفته المادة الأولى من الاتفاقية الثنائية التي جمعت بين الجزائر وسلطة عمان كما يلي: "1- الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية الطرف المتعاقد ويمارس النشاط الاستثماري في إقليم الطرف المتعاقد الآخر.

2- الشخص الاعتباري للمنشأ في إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لقوانين ذلك الطرف المتعاقد ويمارس نشاطه في إقليم الطرف المتعاقد الآخر...[180] وهي نفس الصيغة والمعنى جاءت الاتفاقية الجزائرية الإيرانية[181] واتفاقية الجزائر مع الأرجنتين[182].

بناء على هذه الأمثلة يظهر أن المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار "الإقامة" نظرا لصعوبة تطبيق معيار الجنسية على الأشخاص المعنوية التي تستفيد من جنسية الدولة المضيفة بالرغم من أنها تخضع للرقابة من طرف مصالح أجنبية[183]، وما يؤكد هذا التوجه يكفينا الرجوع للشريعة العامة أين أشار في المكان الذي

نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري على أنه : " أن للشخص الاعتباري موطن، وهو يوجد فيه مركز الإدارة.

الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في النظر القانون الداخلي في الجزائر.

---

[179] مرسوم رئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 28 ماي سنة 2005، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة لاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15

[180] مرسوم رئاسي رقم 02-223 مؤرخ في 22 يونيو لسنة 2002، المتضمن الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان، بتاريخ 09 أفريل 2002، عدد 44 الصادر في 26 يونيو 2002.

[181] المرسوم الرئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2005، المتضمن الاتفاق بين الحكومة الجزائرية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران سنة 2005، المتعلق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ج .ر ، العدد 05 الصادرة في 27 فبراير 2005.

[182] المرسوم الرئاسي رقم 01-366 مؤرخ في 13 نوفمبر سنة 2001 ، المتضمن اتفاق المبرم بين حكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهوري الأرجنتينية، المتعلق حول ترقية والحماية المتبادلة الاستثمارات ج.ر عدد 69، الصادر في 18 نوفمبر 2001.

[183] ZAOUIMIA Rachid : « le régime des investissements étrangers Algérie »‹ journal du droit international ،n°3/1993 ،p 556.

المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي

لا يخفى على أي عاقل بالمكانة التي تكتسبها الاستثمارات الأجنبية في الساحة التجارية الدولية، نظرا لنفع الذي تدره هذه المشاريع على الدول المضيفة لها بما تجلبه من موارد لا يمكن تداولها تجاريا في الأسواق المحلية، ولا سيما تلك المتعلقة بالخبرات الدقيقة العالية والتكنولوجيا الحديثة وطرق الاستفادة منها[184].

كما تشكل هذه الاستثمارات إحدى أهم مصادر التمويلية لمختلف المشاريع التي تطلقها هاته الدول النامية المضيفة لرأس المال الأجنبي، ما ينعكس دون شك إيجابيا على حركة عجلة التنمية بها وعلى مختلف المستويات والقطاعات مثل خفض معدلات البطالة والاستغلال الأمثل لإمكانياتها و مواردها، و الاستفادة من التقنية الحديثة وتدريب اليد العاملة الوطنية عليها رفع مستوى المعيشي وضبط الاستقرار أوضاع الداخلية..إلخ. "كلها عوامل تعمل على رفع الدخل القومي في هذه الدول المضيفة لطرف الأجنبي.

لكن رغم هذه الأهمية للاستثمار الأجنبي، إلا أنّ هذه المسألة بقيت مجال نقاش طويل تتدحرج بين مؤيد ومعارض له باعتبار أن هناك من الاقتصاديين والفقهاء وحتى موقف بعض الدول لهم رأي مخالف عن السابقين في هذه النقطة حيث يعتبرون الاستثمار الأجنبي ما هو إلا صورة جديدة يثوب مغاير للاستعمار على هذه الدولة النامية بغرض نهب واستغلال مختلف مواردهم لخدمة مصالحهم وتحقيق الأرباح.

لذلك سنحاول تحت هذا العنوان تبيان الوجه الإيجابي والسلبي لهذا الاستثمار الأجنبي على كلا الظرفين هذه العلاقة العقدية من دولة مضيفة له والطرف الأجنبي المستثمر على حد السواء.

الفرع الأول: أهمية الاستثمار الأجنبي على الدول المستقبلة له:

لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه تدفقات الاستثمار الأجنبي على الدول النامية، خاصة المستقلة منها حديثا وعلى مختلف الأصعدة الاجتماعية والاقتصادية، سياسيا، أمنيا، والتنمية المستدامة [185].

أولا : الإيجابيات :

يمكن أن نحصر هذه الإيجابيات الناجمة عن الاستثمار الأجنبي في الدول النامية بشكل نقاط مختصرة وحسب مجالاتها كالتالي:

أ-الأهداف الاجتماعية التي تحققها الاستثمارات

[184] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص45.

[185] عبد الستار أحمد مجيد الحوري، مرجع سابق، ص 55.

يرمي الاستثمار الأجنبي بالدرجة الأولى إلى إحداث التغيرات والتطورات التي تساعد على التكيف مع الظروف المحيطة بالمجتمع، و بالدرجة الثانية إلى زيادة الدخل القومي من خلال[186]

1-خلق فرص العمل والقضاء على البطالة:

لعل أبرز معضلة ومشكلة عويصة تعاني منها الدول النامية هي مشكلة البطالة التي نجدها بنسب مرتفعة في هذه المجتمعات، مع العلم أن تركيبتها البشرية في أغلبها فئة شبانية حيوية بحوالي أكثر من 60% من سكانها و سبب هذه الظاهرة يعود لأنها دول فتية حديثة الاستقلال .

ضف لذلك الركود الاقتصادي التي شهدته كلها عوامل أدت لعدم استغلال هذه الطاقة كنعمة لخدمة مصالح هذه الدول بل أصبحت عائق عليهم بارتفاع الطلب على الشغل فعلى حدّ تعبير "الدكتور راشد البزري" من البطالة في أوسع معانيها بأنها عبارة عن عدم استخدام عامل من عوامل الإنتاج[187].

غير أن استقطاب هذه الاستثمارات الأجنبية يمكنها من تدارك الأوضاع من خلال فرص التشغيل والتوظيف التي تتيحها هذه المشاريع بالتالي امتصاص هذه الظاهرة "البطالة" و الحد منها، من جهة أخرى تساهم هذه الاستثمارات في تكوين وتدريب هذه اليد العاملة الوطنية عن طريق احتكاكها وتلقي الخبرات من الطرف الأجنبي ما يسمح لها بتأهيل في مجالات متخصصة مستقبلا خدمة لاقتصاد دولهم.

وتوفير الشغل يترتب عنه أيضا، تقديم إنتاج وفير من السلع والخدمات كما ونوعا ما يؤثر على تحسين المستوى المعيشي، وكذلك إدخال العملة الصعبة في حالة التصدير للخارج[188]،.

كما يلعب الاستثمار الأجنبي أيضا دور في توسيع وتغيير القاعدة والهياكل الاقتصادية بتوفير الاستثمارات لتمس جميع القطاعات من صناعة زراعة وخدمات..إلخ، ما يحتاج ليد عاملة أكثر وفي تخصصات مختلفة كما يؤدي لاستغلال لمختلف الإمكانيات والموارد الطبيعية والبشرية الموجودة بها[189].

2- تقديم المنتوجات بأسعار التكلفة:

---

[186] أحمد الهليل الشمري، مرجع سابق، ص67.

[187] السيد محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، إسكندرية، مصر، 2009، ص36.

[188] حسن النمر، المرجع السابق، ص 88.

[189] حسن النمر، المرجع السابق، ص 88.

من بين ما يترتب عن الاستثمار الأجنبي أيضا على مختلف الشرائح المجتمع في هذه الدول هو توفير لهم المنتوجات وخدمات التي كانت سابقا مفقودة أو ناقصة محليا، أو بأثمان باهظة خصوصا عندما تكون مستوردة، لكن في حالة الاستثمار فيها يسمح لهم ذلك من الاستفادة منها بسعر التكلفة أو بتخفيض نسبة معتبرة باعتبار أنه بلد المنتج[190].

3- القضاء على بعض الظواهر:

كنتيجة لما تقدم حول أهمية الاستثمار الأجنبي وبقدرته على إحداث تغيرات في ظروف الاجتماعية بشكل إيجابي، فإن ذلك يساهم دون شك في معالجة عدّة ظواهر على هذا المستوى مثل الفقر و المجاعة وظاهرة الهجرة غير شرعية وبشكل عام يساهم في الحدّ من الجريمة، إذ تفيد العديد من الدراسات في علم الإجرام على تجارب سابقة أن هذه الظروف الاجتماعية الصعبة ومختلف أوجه الحرمان هي بمثابة بذور تنامي روح الجريمة في الوسط الاجتماعي[191].

هذه إذن بعض الأدوار الإيجابية التي قد يلعبها الاستثمار الأجنبي في الدول المضيفة له في شق الاجتماعي بحيث تؤدي دون ريب إلى إرساء مناخ اجتماعي يساهم ويساعد في إعادة توزيع الثروة والدخل[192].

ب-الأهداف الاقتصادية و تحقيق التنمية المستدامة:

تتجلى أهمية الاستثمار الأجنبي بصورة أكثر وضوح في المجال الاقتصادي باعتباره يهدف للمساهمة في تجسيد مختلف المشاريع التنمية المسطرة في الدولة المضيفة له، بحيث نعتبر هذه الأخيرة أساس إقلاع هذه العجلة كونه يمثل لها موردا هاما لتمويل هذه المشاريع وتحقيق بذلك التنمية، ويمكن أن نلخص هذا التأثير لرأس المال مع أجنبي اقتصاديا في نقاط تالية:

تساهم هذه الاستثمارات بسد فجوة المدخرات المحلية اللازمة لتمويل البرامج الاستثمارية الطموحة

---

[190] السيد محمد الجوهري، المرجع السابق، ص36.

[191] السيد محمد الجوهري، المرجع نفسه، ص 32.

في علاقة الظروف الاجتماعي بالجريمة، يمكن مثلا أن نشير إلى الواقع الحالي بالجزائر من ركود اقتصادي وتجميد التوظيف والتشغيل وانهيار القدرة الشرائية، للمواطن... إلخ، التي تترجم الأرقام المركبة للهجرة السرية بشكل يومي نحو الضفة الغربية بحيث عمل وظروف أحسن، ضيف لذلك تنامي مختلف أنواع الجرائم في الوسط الاجتماعي بشكل فاحش بغاية الانتقام أو تحقيق الربح بأية وسيلة كانت ولو غير مشروعة.

[192] أديب قاسم شندي، دور الاستثمار الأجنبي في تفعيل الاقتصاد العراقي، مجلة الدراسات الاقتصادية، بين الحكمة، بغداد 21 لسنة 2009، ص ص، 31-32.

يغلق فجوة النقد الأجنبي اللازم لاستيراد الآلات والمعدات والخبرات الفنية التي تحتاجها هذه الدول لعملية التنمية بها[193].

يقلص الفجوة التكنولوجية للدول النامية من الآلات والمعدات والخبرات والمعارف الفنية، والتنظيمية، والتسويقية، الأمر الذي يساعد في تحويل الاقتصاد النامي إلى إنتاج صناعي، وفي الدول النامية تجارب مهمة فإلى جانب البترول هناك الصناعات البتروكيمياوية القائم في عدد منها على أساس المشاركة مع شركة الأجنبية فضلا عن استفادة العديد من هذه الدول من الاستثمار الأجنبي في تطوير البنية الأساسية التي ما كان لها أن تتحقق لولا وجود الطرف الأجنبي[194].

يقضي على فجوة الإيرادات العامة والنفقات العامة، حيث تؤدي الاستثمارات الأجنبية إلى حصول الدولة المضيفة على إرادات جديدة في صورة ضرائب جمركية وضرائب على الأرباح، ترفع من إمكانيتها على الإنفاق ومن ثم سدّ الإيرادات التي تعاني منها[195].

يساهم استثمار الأجنبي أيضا في دعم ميزان المدفوعات بالدولة المضيفة له من خلال زيادة حصيلتها من النقد الأجنبي، كما يمكن أن لها تتيح فرصة غزو أسواق أخرى جديدة على المستوى الإقليمي أو الدولي، نظرا لما تمتلكه هذه الشركات من مكانة تجارية دولية انطلاقا من خبراتها الإعلانية التسويقية[196] واسمها وعلامتها التجارية مع الدول الصناعية أخرى و المؤسسات مالية الدولية يساهم بارتقاء واندماج هذه الدول النامية في الاقتصاد العالمي بعد تغيرات الملموسة التي تطرأ سواء على أوضاعها المالية أو من حيث سرعة ومستوى الإنتاج بها، هو ما تحرت فيه الدول الإفريقية بمقارنتها بدول شرق آسيا ودول أمريكا اللاتينية التي اندمجت بنقل سريع وواسع في الاقتصاد العالمي مع الثبات والاستمرار فيه[197].

بالتالي هذه الصورة من التعاون الدولي بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم تهدف إلى تحقيق تكامل شامل بينهما من خلال غاية سامية لدى جميع شعوب العالم تتمثل في "التنمية الاقتصادية" التي تعتبر حق لكل دول برغم أنه لم يرد أي نص عالمي ذو قيمة إلزامية، إلا أنه مكرس بصدفة ضمنية في المادتين

---

[193] عبد الستار مجيد الحوري، المرجع السابق، ص ص، 61-62.

[194] أشرف السيد حامد قبال، المرجع السابق، ص 21.

[195] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص70.

[196] عبد الواحد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية عالم الكتب، القاهرة، د س ن، ص 103.

[197] بركات عبد الغاني، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص25

55 و 73 من ميثاق الأمم المتحدة، وكذا التوصيات الأولى الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة[198] تشكل أساس مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية[199].

كما تأكيد أيضا على الحق في التنمية بموجب التوصية رقم 3201(06) حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد (NOEI)، وكذا التوصية رقم 3281 (24) الخاصة بميثاق الحقوق و الحريات الاقتصادية.

وتم تكريس هذا الحق في التنمية باعتباره حق من حقوق الإنسان الأولى مرة من طرف لجنةحقوق الإنسان لسنة 1977[200]. وهو نفس الموقف الذي تبنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بعد ذلك بموجب التوصية رقم 34 (66) المصادق عليها بتاريخ 1979/10/23ثم اعترته حق من حقوق الإنسان غير القابل للتنازل[201].

كما لهذا الحق مكانة في الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب عام 1981.

غير ذلك التصور التقليدي لمفهوم التنمية الاقتصادية" بتطوير بعد انفصاله عن مفهوم النمو الاقتصادي، فأصبحت فكرة التنمية شديدة الحساسية للتغير الاقتصادي والاجتماعي المعتمد من أجل القضاء على الفقر كأولى خطوة [202]حيث أصدرت قبل ذلك اللجنة الدولية للتنمية والبيئة سنة 1987 تقريرا يأخذ بمفهوم جديد للتنمية أطلق عليها "التنمية المستديمة" والتي تعني تنمية حاجات الجيل الحالي دون استتراف حاجات الأجيال القادمة[203].

هكذا أصبح هذا المفهوم هو المتداول في القانون الدولي، كما أخذت به معظم التشريعات الوطنية بشكل تدريجي بحسب أوضاعها، أين أصبحت تقيد هذه الاستثمارات الأجنبية بضرورة التوفيق بين تحقيق أهدافها الاستثمارية على مدى القريب والمتوسط من ظهور تغير وتطور الأوضاع وإشباع حاجيات مواطنهم، مع تركيز بعيد المدى لنفس الاستثمارات بأن لا تغفل وتمس بحقوق الأجيال القادمة من خلال الاستغلال العقلاني والعلمي لمختلف الموارد الطبيعية والثروة باعتماد مثالا على الطاقات الجديدة البديلة النظيفة الصديقة للبيئة والمحيط أو كما فعلت بعض التجارب الرائدة في هذا المجال بسياستها الحكيمة عنه وضعها

---

[198] Res. AG/NU n°/98 (S///) est n°200 (SIV). 194 in :

http://www.un.org/french/?http://www.unorg/fench/documents/resga.htm.

[199] Res.AG/NUn°1803 (SXVII) du 14 déc.1962. In: Ibid.

[200] Res Ag/NUn°4(SXXXIII) du 21 fév. 1977.In: http://www.un.prz/french/documents/resza.htm.

[201] Art.27 de la charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981.

[202] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 37.

[203] فارس رشيد البياني، "التنمية الاقتصادية والسياسية في الوطن العربي، أطروحة مقدمة لمجلس كلية الإدارة والاقتصاد أكاديمية العربية المفتوحة في الدانمرك ، عمان الأردن، س د ص 65.

لصناديق توفير واحتياط قصد إفادة الأجيال القادمة بحقهم من الثروات العائدات مختلف مشاريع الاستثمارية الحالية[204].

ج-الأهداف السياسية للاستثمار:

من الشق السياسي فإن لهذه الاستثمارات الأجنبية أيضا دور إيجابي بليغ الأثر أيضا، بحيث أن هذه الدول برغم من نيلها لاستقلالها السياسي حديثا إلا أنها لم تستكمله بصفة كاملة، بحيث بقيت تعاني من تبعية ومواجهة قطاعاتها العامة لنفوذ ومصالح الأجنبية في شكل تدخل أجنبي اقتصادي متمثل في مختلف الشركات الأجنبي العاملة على أراضيها وفي قطاعات عديدة أبرزها ميدان استخراج المواد الأولية كالبتول والمواد الخام وشركات الإنتاج وتصدير المواد الزراعية[205].

فبالتالي أولى خطوة تقوم بها هذه الدول بعد استقلالها هو سعيها لاستكمال استقلالها وفك هذه التبعية من خلال فرض سيطرتها وبسط سيادتها على جميع خبراتها ومواردها وكذا التحكم في تسيير شؤونها داخليا وخارجيا دون أي تأثير أجنبي وتحرير أيضا إرادتها القومية من باب الدور التكميلي الذي يلعبه القطاع الخاص الأجنبي مع القطاع العام لدولة المضيفة له، كما استخدم هذه الدول النامية القطاع العام كوسيلة لتصفية حقل الاقتصاد الوطني من مخلفات السيطرة الاستعماري بأبعاد نفوذ أصحاب الطبقة الإقطاعية والرأسمالية الاحتكارية التي ارتبطت مصالحهم بالمصالح الأجنبية[206].

من جهة أخرى يمكن لتدفق الرأس المال الأجنبي أن يبعد هذه الدول من اللجوء الاستدانة الخارجية لدى المؤسسات المالية الدولية.

ثانيا : مساوئ الاستثمارات الأجنبية على الدول المضيفة له:

برغم من كل المحاسن التي تتميز بها الاستثمارات الأجنبية الوافدة لدول النامية، إلا أن الواقع أثبت أنها ليست في كل أحوال تكون نعمة وخير محضا عليها، إذ لها أيضا من سلبيات لا تقل أهمية على شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية وحتى الثقافية وسياسيا، إلى جانب مخالفتها على البيئة والمحيط.

---

[204] مثال تلك الدول نذكر" النرويج، السويد .

[205] السيد محمد الجوهري، المرجع السابق، ص 38.

أنظر اتفاقيات لإيفيان بين الجزائر وفرنسا في شقها الاقتصادي

[206] السيد محمد الجوهري، المرجع السابق، ص 38.

أ- من الناحية الاقتصادية:

يمكن أن نلخص أهم هذه الآثار السلبية للاستثمارات الأجنبية في المجل الاقتصادي في نقاط التالية:

- المساس بقواعد المنافسة بسبب احتكار الشركات الأجنبية لبعض القطاعات الاقتصادية على حساب الشركة المحلية.
- مراقبة معظم الموارد الطبيعية في البلدان النامية.
-عدم الأخذ بعين الاعتبار الأهداف التنموية للدول المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية.
-عدم ملاءمة بعض المنتوجات مع الحاجيات الاستهلاكية المحلية.
- التأثير السلبي على ميزان المدفوعات خاصة عند الحصول على فوائد مبالغ فيها وتحويل هذه الفوائد إلى الخارج.
- مراقبة بعض القطاعات الإستراتيجية بالنسبة لاقتصادية البلدان النامية مثل: قطاع لمحروقات.
- تحويل القدر الأكبر من الأرباح وفوائد الاستثمار إلى دولة المستثمر.
- انخفاض نسبة الأرباح والفوائد التي يستفيد منها الوطنيون[207].

ب-من الناحية الاجتماعية والثقافية:

تتمحور مساوئ الرأس المال الأجنبي على الجانب الاجتماعي و الثقافي في :

- تمركز معظم المشاريع الاستثمارية في المدن الكبرى يساهم تنامي ظاهرة التروح الريفي نحوها، وهو ما يؤدي إلى عدم التوازن الديمغرافي بهذه الدول[208].
- ارتفاع نسبة البطالة بسبب سياسة الخوصصة كما حدث في الجزائر في بداية التسعينات أو بسبب الآلات والتقنيات الحديثة لليد العاملة التقليدية وما يؤدي بنتيجة إلى انتشار الفقر والأوبئة.[209].
- ثقافيا فإن هذه الشركات الأجنبية تورد معها وتفرض أنماط وقيم وثقافات غربية على حساب العادات والتقاليد المحلية.

---

[207] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 169 و 170.

[208] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص170.

[209] بركات عبد الغاني، المرجع السابق، ص30.

ج-من الناحية السياسية:

تقوم الشركات المتعددة الجنسيات بدور هام في مجال السياسة الخارجية حيث تعمل على توحيد المجال العالمي، مما يعيد النظر في دور الدولة وسيادتها، ففي الوقت الذي تندفع فيه الشركات نحو إحراز مكانة كونية وتحكم سيطرتها على الموارد الطبيعية[210] دون أية رقابة من الطرف المواطنين

ينحصر دور الدولة تدريجيا في التنظيم الاقتصادي والاجتماعي المحلي[211].

ويظهر هذا التراجع لدور الدولة وفقدانها لسيادتها في الأحوال التالية:

- قيام الشركات المتعددة الجنسيات برفع الحواجز و الحدود الخاصة وقيامها بالسطو على وظيفة الدولة في إدارة المال والاقتصاد، حيث توثر على سيادتها وقراراتها السياسية[212].

- نزع ملكية الدولة ونقلها إلى الخواص تجعل من كيان الدولة جهاز لا يملك، فبذلك من لا يملك لا يستطيع أن يواجه أو يراقب[213].

- كما تعتبر هذه الشركات مصدر المعلومات السياسية و العسكرية لدولهم الأصلية[214].

- أخيرا تهتم الشركات متعددة الجنسيات بممارسة الأساليب غير المشروعة لإفساد الحياة السياسية داخل الدول المستقبلة لها، وذلك عن طريق تقديم الرشاوى لشراء ذمم السياسة ومتخذي القرار، وحملهم على قبول شروط أكثر غبنا وإغماضا لعين على مخالفات قانونية أو دفع أثمان أعلى أو شراء سلع أقل جودة[215] بل أكثر من ذلك إذ يمكن لهذه الشركات الأجنبية أن تشكل خطر على سيادة واستقلال سياسي لهذه الدول بتدخلها في شؤونها الداخلية خاصة إذ ما تعرضت مصالح هذه الشركات لخطر إذ هي إحدى الآليات التي تستغلها الدول المصدرة لرأس المال لفرض إرادتها السياسية على هذه الدول النامية[216].

---

[210] لأن تحرير التجارة يؤدي إلى استتراف الكثير من الموارد الطبيعية غير المتجددة كالمياه الجوفية، أو موارد التعدين في إنشاء مصانع جديدة وتوسعة النشاطات القائمة والسرعة في استخدام موارد طبيعية.

[211] جفال عمار، طرق ومؤسسات العولمة، التجليات والاستجابة ،العربية المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والإعلام، 2001-2002، ص 163.

[212] C'est-à-dire son incapacité croissante à s'apposer pour des raisons environnementale à l'importation de matière dangereuses de réglementer l'exploitation de ses propre normes de pollution . Voir le PRESTRE Philippe protection de l'environnement et relation internationales : les défis de l'éco politique mondial. Armand colin ،2005 ،p 353.

[213] زياني صالح العولمة ونهاية السياسة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد خاص، 1999-2000، الجزائر، ص 99-100.

[214] عيبوط محند وعلي المرجع السابق، ص 169.

[215] عبد الستار أحمد مجيد الحوري، المرجع. السابق، ص 58.

[216] حسن نمر، المرجع السابق، ص93.

د- من الناحية البيئية والمحيط:

يمكن أن تساهم الاستثمارات الأجنبية المباشرة في تفاقم تلوث البيئة من خلال توطينها لبعض نشاطات وصناعات الملوثة للبيئة، مثل الصناعات الإستراتيجية النفطية والغاز الطبيعي والصخري، والصناعات البتر وكيماوية والأسمدة والإسمنت.. بدلا من توطنها في دولهم.

وهذا راجع لعدم احترامها خلال إقامتها لهذه المشاريع للمقياس ومعايير البيئة المنصوص عليها عالميا بسبب تزايد الاهتمام الدولي الرسمي والشعبي بها في حين لا يوجد اهتمام آخر بذلك في معظم الدول النامية[217].

في الأخير ورغم كل التحفظات السابقة فمن الجدير بالذكر أن نشير أن بعض الدراسات قد بينت أن رؤوس الأموال الأجنبية قد لعبت دورا هاما ومحوريا في تنمية الصادرات الصناعية وبروز بذلك قوى اقتصادية جديدة كما في حالة النمو الذي شهده الجهة الآسيوية.

الفرع الثاني : أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للمستثمر الأجنبي:

فيما يخص الطرف الأجنبي المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فهناك عدة دوافع يدخل كطرف في مثال هذه العقود الدولية أغلبها إيجابية كما يحتمل أن تكون هناك آثار سلبية عليه من جهة أخرى.

أولا: الإيجابيات:

سنحاول أن نجمع هذه الآثار الإيجابية جراء الاستثمارات الأجنبي على الطرف المستثمر الأجنبية وفقا لترتيب التالي:

- وكمثال فرض الإرادة السياسية لدول هذه الشركات المتعددة الجنسيات على الدول النامية، كمحاولة الو.م.أ إخضاع السياسة اللينة لإرادتها، وذلك بأسلوب منع شركائها من الاستمرار في الاستثمار في ليبيا ومن أجل ذلك اتخذ مجلس الشيوخ الأمريكي قرار في 09 يونيو 1986 قضي بتوقف الشركات الأمريكية (أكسيدينال كونوكو، دبليون، فريس) عن الاستثمار في ليبيا في موعد أقصاه 30 من الشهر نفسه، وذلك ضمن الحملة الأمريكية لقرض مقاطعة اقتصادية شاملة ضد ليبيا.

-أنظر في هذا الشأن : محمد أحمد علي، تأثير العولمة على التنمية في البلدان أقل نمو (مخاطر حرية الاستثمار)، ص131.

[217] عبد الستار أحمد مجيد الحوري، مرجع سابق، ص58.

أ-إن لجوء المستثمر الأجنبي لضخ أمواله أو خبرته الفنية والتكنولوجية عبر الحدود الوطنية، إنما يرجع في الحقيقة إلى توافر مناخ ملائم للاستثمار في الدول التي يتوجه إليها[218].

ب-الاستفادة من التسهيلات أو المزايا أو الإعفاءات سواء كانت ضريبة أم رسوم جمركية أو الضمانات القانونية الأخرى، لا يمكن إغفالها من أهم المنافع لصالح الطرف الأجنبي[219].

ت- من جهة أخرى تعتبر الدول النامية أسواق جديدة بالنسبة للمستثمرين الأجانب قصد توسيع نشاطهم ، وكذلك الحصول على المواد الخام وانخفاض عناصر التكلفة للمشروع الاستثماري كأجور العمل و الأيدي العاملة المؤهلة.. إلخ.[220]

د-لعل أهم منافع للمستثمر الأجنبي هو الحصول أقصى الأرباح كهدف رئيسي ما يجعله يبحث على مختلف السبل لرفع أرباحه من هذه الاستثمارات[221].

د-نقل معطيات وقدراتها العلمية و الفنية « savoir faire » بمقابل عوض إلى هذه الدول النامية [222].

ثانيا : السلبيات:

إن العائق الأكبر الذي من شأنه أن يوجه تدفق الرأسمال الأجنبي إلى دولة معينة يتمثل أساسا في تردد وتخوف هذا الطرف الأجنبي من مختلف المخاطر التي قد تصادف المشروع الاستثماري بهذه الدول وتؤدي به للفشل خصوصا أنه يجهل بيئة الأعمال لها، وجرت العادة أن الفقهاء يميزون بين نوعين من هذه المخاطر التي قد تعترض هؤلاء المستثمرين الأجانب هي:

أ-المخاطر التجارية:

وهي تلك الصعوبات المحتملة وذات طابع اقتصادي التي قد يوجهها المستثمر ومن شأنها أن تأثر على السير العادي للمؤسسة، فهي تتعلق أساسا بظروف العمل المحلية (الوطنية) كثمن الإنتاج وشروط السوق هذه الصعوبات ظرفية ولا ترتبط بالإرادة السياسية وليس لدولة أية مسؤولية فيها وبالتالي لا تلتزم الدول ضد هذه المخاطر بأية ضمانات، كما أنها لا تتحمل أنه مسؤولية عنها سواء كلية أو جزئية[223] باعتبار أن

---

[218] دريد محمد السامراتي، مرجع سابق، ص 76.

[219] أحمد هليل الشمري، المرجع السابق، ص 57.

[220] أشرف السيد حامد ،قبال المرجع السابق، ص 24.

[221] كمال عبد الحامد آل زيارة الاستثمار الأجنبي المباشر، المنافع والمساوئ مجلة جامعة أهل اليب، العدد آذار، 2009، ص75.

[222] دريد محمد السامراتي المرجع نفسه، ص 77.

[223] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص171.

هذا النوع من المخاطر مرتبط مباشرة بالوضع الاقتصادي الذي ينجز فيه المشروع بمختلف أبعاده وأسبابه (تجارية و اجتماعية ومالية وصناعية)[224].

ب -المخاطر غير تجارية: وهي تنقسم إلى:

1- مخاطر سياسية:

في محاولة من الفقه لتعريفها اعتبارا أنها تغير فجائي يمس بالاستثمار بسبب حدث سياسي"، وعليه فإن هذه المخاطر السياسية ناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية لدولة المضيفة، وما يصاحبها من الاضطرابات كالحروب والثورات والمظاهرات والأعمال التخريبية ...إلخ[225].

وعليه نلخص القول بأن الخطر السياسي هو ذلك الخطر الذي لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يتنبأ به ولا يستطيع مواجهته أو دفعه حيث يلحق به ضرر ويحرمه من حقوقه الجوهرية.

2- **الإجراءات الانفرادية**

فهي المخاطر التي تنجم عادة عن الإجراءات التي تتخذها الدولة المستضيفة للاستثمار ذات صلة بالأوضاع السياسية أو الاقتصادية أو الأمنية[226]، في إطار ممارستها لسيادتها وقصد توجه هذه الاستثمارات الأجنبية لخدمة أهدافها التنموية.[227]

غير أن هذه الإجراءات ينجم عنها المساس وحرمان المستثمر من ممارسة حقه على الملكية كما قد لا تمكنه من تحويل رأس المال و الأرباح المحققة إلى الخارج بشكل عام يمكن تقسيم هذه الإجراءات الانفرادية إلى المباشرة وغير مباشرة:

3- **أ- الإجراءات المباشرة:** تتمثل أساس في نزع الملكية المستثمر وأشكالها القانونية وهي بهذا الترتيب:

- **التأميم Nationalisation:** يقصد به قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري، وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكية لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة[228].

---

[224] مثلا: سوء تقدير الآثار الاقتصادية والمالية للمشروع، عدم تماشي بعض المنتوجات مع السوق المحلية، انخفاض وارتفاع الأسعار، قيمة العملة، نسبة التضخم وعدم الفعالية في التسيير والتي قد تتعرض المؤسسة لصعوبات مالية، تغير حجم المطلب ودرجة منافسة.

[225] عيبو ط محند وعلي، نفس المرجع، ص 172.

[226] محمد طاهر القرعان، النظام القانوني لحماية وضمان الاستثمارات العربية الخاصة، جامعة مؤتة، الأردن، 2004، ص ص 3-21.

[227] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 178.

[228] هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار للقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، مصر 2000،ص 166.

كما عرفها أيضا على أنه : " عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول وممارسة أنشطة معينة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية[229].

بالتالي فالتأميم هو إجراء تبادر به الدولة المضيفة للاستثمار لبواعث وأهداف اقتصادية وذلك لقاء تعويض عادل لأصحاب هذه المشروعات وما يميز هذا الإجراء أنه منصوص عليه في معظم الدساتير إذ يجب أن يتم طبقا للقانون[230].

مهما كان نوع التأميم وشكله، فإن حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة للممارسة سادتها على ثرواتها الطبيعية[231].

المصادرة « Confiscation »

المصادرة هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأخذ الأشخاص وذلك دون أداء أي مقابل، وإجراء المصادرة و قد يدخل عن طريق السلطة القانونية و الإدارية، وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون بموجب نص قانوني[232].

بمفهوم أبسط فإن المصادرة عبارة عن إجراء تمارسه الدولة المضيفة للاستثمار باسم السيادة الوطنية يترتب عنه أيلولة المال المصادر إلى الدولة المصادرة[233] .

فظاهر إذن أن هذا الإجراء "المصادرة" يتشابه مع غيره من الإجراءات الأخرى لانتقال الملكية في أنها تستند في وجودها إلى القانون كما أن يترتب عليها انتقال ملكية الاموال مباشرة إلى الدولة إلا أنها تختلف عن باقي الإجراءات في كونها يتم اللجوء إليها في حالة ارتكاب جناية و وقاية للأمة و السلامة بالإضافة إلى انتقاء عنصر التعويض

الاستيلاء « Requisition »

---

[229] شتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار: "دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2009، ص54.

[230] طبقا للمادة 22 من دستور 2016. مرجع سابق، ص 167.

[231] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 167.

[232] والي نادية: النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب استثمارات أجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ب.س. ن، ص 168.

[233] رحماني أمينة، الحماية القانونية لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني العدد 08، 2018، بجاية، الجزائر، ص 286.

يعرف الاستيلاء يأخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة تتعلق بأمن الدولة والدفاع الوطني مثلا الحرب، فهو إجراء مؤقت تتخذ السلطة العامة المختصة في الدولة، تتفضل بمقتضاه على حق الانتقاء ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك بمقابل تعويض لاحق[234].

وبهذا يمكن اعتبار "الاستيلاء" بالإجراء الاستثنائي يمس جميع الأشخاص دون تمييز بين الوطني والأجنبي، وبخلاف الإجراء السابقة فإنه لا يجرد المستثمر من ملكيته بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه على استثماره لغاية زوال السبب. وحتى المشرع الجزائري أشار لإمكانية اتخاذ هذا الإجراء في الحالات الاستثنائية والاضطرارية[235].

نزع الملكية للمنفعة العامة << L'Expropriation pour cause **d'utilite publique >>**

تعتبر إجراءات نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة امتيازا ممنوحا للإدارة لحرمان مالك العقار ملكه جبرا من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض، وهو اعتداء صارخ وصريح على الملكية الخاصة للمستثمررين الأجانب ، و بسبب الذي يجعله استثناء يجد أساسه في تحقيق المنفعة العامة[236].

.

بمعنى أن هذا الإجراء هو تمليك للدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام[237].

وعليه حتى يكون قرار نزع الملكية مشروعة يجب أن الجهة المختصة ومطابقا للقانون، بأن ينصب على العقارات و المقتضيات المنفعة العامة مع أداء التعويض المناسب.

2-ب الإجراءات غير المباشرة:

فمن خلال هذا الإجراء فإن الدولة المضيفة للاستثمار تصل لملكية الأجانب بطريقة غير

مباشرة وذلك في شكل صورتين:

- الاحتكار : هو إجراء قانوني واقتصادي في نفس الوقت ويترتب عنه منح المستفيد وضعية اقتصادية متميزة، وعادة ما تلجأ البلدان النامية إلى مثل هذا الإجراء من أجل السيطرة على بعض القطاعات الحيوية وتدعيم استقلالها الاقتصادي.

---

[234] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 21.

[235] المادة 676 من الأمر رقم 75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 . المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[236] نقلا عن: حسين نوارة الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي لإصدارات القانونية، القاهرة، مصر،

2017، ص 67.

أنظر أيضا: دريد محمود السامراني المرجع السابق ص106.

[237] رحماني أمينة، المرجع السابق، ص 286 .

- الإصلاحات الضريبة و الجمركية تعتبر الضرائب من الموارد المالية الهامة بالنسبة لبعض

البلدان النامية، لذلك عادة ما تلجأ إلى إصلاحات في هذا المجال من أجل الرفع من الموارد المالية للخزينة العمومية، مما يؤثر على العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية[238].

نخلص في آخر لقول أن هذه أهم المخاطر التجارية ، وخاصة غير تجارية التي يمكن أن تعيق تدفق الرأسمال الأجنبي لدولة ما، لذلك يقع على هذه الأخيرة أن تعمل على تقليص من حدّة هذه المخاطر بتلطيف مناخ الأعمال بها للاستقطاب أكبر قدر ممكن من المستثمرين الأجانب، وهو ما نحاول إسقاطه على دولة الجزائرية كعينة عن دول النامية تتابع سياستها ومناخ الاستثمار الأجنبي خلال تجربتها الفنية.

[238] عيبو ط محند وعلي المرجع السابق، ص 186.

الفصل الثاني

آليات حماية الاستثمار الأجنبي وفق قواعد القانون الدولي الاتفاقي

تعد مسألة ضبط واعداد المصطلحات مسألة أساسية في الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار إذ تثير عددا من القضايا المتعددة المفاهيم، اذ تتحدد على ضوئها طرق تطبيق بنود الاتفاقية، وكثيرا ما تعمد الدول لإبرام اتفاقيات الاستثمار بغرض تحديد التدفقات الاستثمارية وتنظيمها وحمايتها، ويتم تحديد مجال هذه الاتفاقيات ومداها عن طريق وضع تعريفات دقيقة لبعض المصطلحات من مثل "الاستثمار" و "المستثمر" [239]، تكمن أهمية هذه التعاريف في أنها تحدد الأصول الفقهية التي تنطبق عليها هذه الاتفاقيات وطبيعة الالتزامات المترتبة حال تنفيذها .

من المعلوم أنه لم يكن هناك تعريف محدد وموحد للاستثمار الأجنبي منذ أن تم تداول [240]المصطلح ففي مطلع القرن التاسع عشر كانت التدفقات الرأسمالية العابرة للحدود تتمثل في القروض المقدمة للمستثمرين في دول أخرى ، وقد ساهم التطور الذي شهده قطاعي النقل و الاتصالات في بداية القرن العشرين في تسهيل إدارة المشاريع المملوكة للأجانب في الدول الأخرى مما ساهم في قيام الدول المضيفة للاستثمار باستحداث المؤسسات لو البنى القانونية لتنظيم الاستثمار.

غير أننا نجد بعض الاتجاهات التي عمدت إلى التمييز بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر، فالأول : يتيح للمستثمر قدرا من السيطرة على الشركة فيما يعود الثاني على المستثمر بعائد مالي دون تمكينه من السيطرة على المشروع الذي يساهم فيه ، وفي أواخر القرن العشرين ظهرت أنماط جديدة من الاستثمار الأجنبي وتزايد دور الشركات المتعددة الجنسيات وبرز دور قطاع الخدمات ، كقطاع رئيسي جاذب للاستثمارات الأجنبية وقد ترتب على هذه التطورات اهتمام ملحوظ بقضايا الملكية الفكرية والعلاقات التجارية وحمايتها مما زاد أعباء إضافية على فقهاء القانون الدولي ذي الصلة بالاستثمار الأجنبي.

من أجل ذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : نخصصه لدراسة دور الاتفاقيات الدولية في تشجيع و حماية الاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: نتناول فيه عرض الآليات الدولية للتحكيم في مجال لاستثمار الأجنبي.

---

[239] - اتفاقيات الاستثمار الدولية : التعريف و المدى وهي بمثابة خلاصة مركزة للكتاب الذي أصدرته أمانة مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية حول الموضوع ، المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات ، من دون تاريخ.

[240] إضافة إلى مصطلحات أخرى مثل : التملك أم السيطرة . الحدود الجغرافية لسريان الاتفاقية الشركات العبر وطنية أو المتعددة الجنسيات . المعاملة الوطنية و معاملة الدولة الأولى بالرعاية.

المبحث الأول

دور الاتفاقيات الدولية في تشجيع و حماية الاستثمار الأجنبي

نظرا لتعدد المضامين الفقهية لمصطلح "الاستثمار" ، فانه من الأهمية تحديد أنواع الأنشطة الاستثمارية التي يشملها التعريف والتي تنطبق عليها بنود الاتفاقية، وعليه فان العبارات التي ترد في التعريف هي بنفس الأهمية التي تتمتع بها النصوص التطبيقية المتعلقة بمضمون الاتفاقية ، ومن المؤكد أن التأثيرات الاقتصادية للتدفقات الاستثمارية تختلف حسب ،نواع هذه التدفقات، كما تختلف التزامات الدول المضيفة للاستثمار تجاه هذه التدفقات باختلاف سياستها الاقتصادية و التنموية.

يكتسي مصطلح "المستثمر "أهمية كبيرة اعتبارا من أنه سيحدد مجال اتفاقية الاستثمار وهنا يثار تساؤلان : أي أنواع الأشخاص أو الكيانات يدخل في عداد مصطلح "المستثمر" ؟ وما هي المعايير التي تحدد الشخص المشمول بهذا الوصف في الاتفاقية ؟ هناك نوعان من الكيانات يمكن تضمينهما في التعريف وهما الأشخاص الطبيعيين (الأفراد) والأشخاص الاعتبارية وفي بعض الأحيان تشير الاتفاقيات إلى مصطلح "المواطنين" عوضا عن الأشخاص الطبيعيين ومصطلح "الشركات" للإشارة إلى عدد من الكيانات.

من أجل معالجة هذا المبحث ارتأينا تقسيمه الى مطلبين نتناول فيه من خلال :

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمار .

المطلب الثاني : الاتفاقيات الدولية الشاملة .

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات

لعل من بين أهم العوامل التي تحدد مدى تغطية أية اتفاقية للشخص الطبيعي هي تلك المتعلقة بالصلة بينه وبين الدولة الطرف في اتفاقية (الجنسية على سبيل المثال) ، في المقابل فان الكيانات الاعتبارية يمكن أن تشملها الاتفاقية (أو لا تشملها) وفقا لأوضاعها القانونية أو ملكيتها أو الهدف من إنشائها، ويحدد الشكل القانوني للكيان مدى إخضاع هذا الكيان القانوني وأهليته للتقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار.

وقد يثار التساؤل حول من هو المستثمر الذي تشمله نصوص الاتفاقية، أو بمعنى آخر ما مدى تأسيس علاقة الارتباط بين أطراف الاتفاقية والمستثمر؟ ولعل أهم عناصر الارتباط هي الجنسية التي تختلف معايير تحديدها من دولة إلى أخرى لا سيما فيما يتعلق بالكيانات الاعتبارية.

ضمن هذا السياق يتم تصنيف القوانين التي تناولت تعريف مصطلح الاستثمار إلى مجموعتين:

الفئة الأولى تتعلق بحركة رؤوس الأموال والمواد الأخرى عبر الحدود وهي تعرف المصطلح من منظوره الضيق الذي يعتبر مسألة سيطرة المستثمر على المؤسسة الاستثمارية عنصرا أساسيا في التعريف .

أما **الثانية** فهي تتعلق بالتشريعات المناط بها حماية الاستثمار الأجنبي وهي بهذه الصفة تعطي مصطلح الاستثمار تعريفا أوسع وأشمل ، يتضمن بالإضافة إلى رأس المال ومسألة السيطرة ، مختلف أنواع الأصول وحقوق الملكية والاستثمارات المحفظية و الحقوق التعاقدية ، ويرد هذا التباين في المنظورين إلى سبب رئيسي هو أن المنظور الأول يتعامل مع الاستثمار قبل قيامه لمعالجة الأمور المتعلقة بالسيطرة أو إزالة العقبات التي تعترض طريقه ، أما المنظور الثاني فيهتم بالقضايا المتعلقة بتأمين و حماية مصالح المستثمرين أو بمعنى أكثر اتساعا تشجيع الاستثمارات الأجنبية عن طريق تأمين وحماية هذه المصالح.

غالبا ما تسعى اتفاقيات الاستثمار الدولية المتعلقة بتحديد قواعد الاستثمار وحمايته ، إلى اعتماد التعريف الواسع للمصطلح ويشمل التعريف في الغالب كافة الأصول التي يملكها المستثمر الأجنبي في البلد المضيف للاستثمار، في المقابل قد تستثني بعض الاتفاقيات بعض من الأصول المملوكة للمستثمر كما هو الحال بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية المطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية وتعكس اتفاقيات الاستثمار متعددة الجوانب نوعا ثالثا من الاتفاقيات التي تختلف في نصوصها عن الاتفاقيات الأخرى و هو ما سوف نحاول عرضه عبر دراسة الاتفاقيات الدولية الثنائية و الاتفاقيات الدولية الشاملة.

الفرع الأول : تطور مضمون الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات

في ظل عدم إمكانية الاتفاق على مشروع إنشاء المنضمة العالمية للتجارة من خلال الانضمام إلى ميثاق هافانا – 1950 ، الذي تضمن عدد من القواعد العامة و المتعددة المنظمة للاستثمارات[241](المواد 40.34.24.18.16.15.11 و 44) كان لزاما على الدول المضيفة والدول المصدرة للاستثمارات البحث في أشكال أخرى للاتفاق ، قصد تنظيم وحماية مصالحها الناشئة عن انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات المترتبة عنها، لقد تبلورت هذه الاتفاقيات في شكل اتفاقيات ثنائية اتفاقيات جهوية واتفاقيات متعددة الأطراف.

في السياق التاريخي تعود أول اتفاقية في هذا المجال إلى نهاية الخمسينيات حيث أبرمت اتفاقية بين ألمانيا و الباكستان[242] وتحصي منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) عدد الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار إلى ما يربو عن 2200 اتفاقية وأكثر من 175 اتفاقية تجارية جهوية[243] ، وقد كان لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية السبق في وضع تأطير قانوني متعدد الأطراف خاص بتنقل رؤوس الأموال الأجنبية وحمايتها ، والتي تم الموافقة عليها في 12 أكتوبر 1967 [244].

إن الفراغ الذريع الذي شهده عالم الأعمال الدولية فيما بعد الحرب العالمية الثانية فيما يتصل بتنظيم وحماية الاستثمارات الدولية ، إضافة إلى حصول العديد من البلدان النامية على استقلالها أظهر الحاجة الماسة إلى ذلك التنظيم ، ثم إن سقوط الحواجز بين اقتصاديات البلدان الغربية وتوسع وثيرة عمل واستثمار الشركات المتعددة الجنسيات ، وانفتاح أسواق جديدة أمام التجارة الدولية وبروز أول مظاهر الصدام فيما بين الدول المضيفة للاستثمارات والشركات المتعددة الجنسيات جراء التأميمات ونزع الملكية. كل هذه المعطيات رتبت أولى بوادر الصراع بين البلدان المستقبلة للاستثمار والمستثمرين الأجانب ، وقد

---

[241] إبراهيم محمد الفار ،اتفاقيات منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية ، دار النهضة العربية، 1999، ص 32.

[242] عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1999، ص 92.

(يعود تاريخ أول اتفاقية في هذا المجال إلى نهاية الخمسينيات حيث أبرمت اتفاقية بين ألمانيا و الباكستان).

[243] Relation entre les accords internationaux sur l'investissement - document de travail sur l'investissement international - Publication OCDE No 01 Mai 2004.

[244] قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات ، دار هومة، 2004، الجزائر، ص. ص، 136- 137.

تبلورت على المستوى الفقهي بطرح قضايا تتعلق بالتعويض في حالة التأميم وإعادة التفاوض حول عقود الامتيازات وخاصة المتعلقة باستغلال المواد الأولية.

ومن جملة ما طرح في تلك الفترة كانت هناك مطالب بمنح الشركات المتعددة الجنسيات عبر العقود التي تبرمها مع الدول المستقبلة للاستثمار وضعا أو نظاما شبه دولي.

إن البحث في ميدان العمل الدولي المنظم والمؤطر للاستثمارات الدولية من حيث المساهمة، الدور والإجراءات، وخاصة الحماية يؤدي بنا حتما إلى التعريج على تطور موقف الشركات المتعددة الجنسيات وردود الفعل الخاصة بها وبالدول الغربية حيال موقف الدولة المستقبلة لتلك الاستثمارات من حيث سعيها إلى نظام دولي اقتصادي دولي جديد مع ما رتبته هذه الرؤى لأكثر من أربعين عام من مواقف ونظريات فقهية.

ولقد كانت غرفة التجارة الدولية أول من وضع تقنينا لتنظيم نشاط الشركات المتعددة الجنسيات سنة 1972، وكان ذلك التقنين في شكل توصيات فقط تخاطب كلا من الشركات المتعددة الجنسيات والدول المستقبلة للاستثمارات والدول المصدرة للاستثمارات ، وكانت تلك التوصيات تضع على عاتق الدول المصدرة مهمة ضمان المخاطر غير التجارية والامتناع عن مطالبتها بتحويل حد أدنى من الأرباح إلى تلك البلدان ، وعدم عرقلة تصدير الرساميل وتفادي الازدواج الضربي[245].

أما الدول المستقبلة فعليها انتهاج سياسة تعاون مع تلك الشركات لا سياسة الرقابة ، وعدم إلزام تلك الشركات بإنشاء فروع مشتركة بينها وبين تلك الدول حتى يضل ذلك اختياريا وعدم فرض مشاركة الرأسمال المحلي وعدم عرقلة تحويل رؤوس الأموال والقروض والأرباح ا المحققة[246].

أما الشركات المتعددة الجنسيات فعليها إعلام البلد المستقبل بمخططاتها وبرامجها الاستثمارية حتى تتفق تلك المخططات و البرامج مع الأهداف التنموية لذلك البلد وعليها كذلك اختيار بعض الشركات المحلية لتجعل منها شريكة لها عبر المساهمة في الفروع، وعليها من جانب آخر التصريح بفوائدها وأن تخصص الأولوية في عمليات التمويل المحلي للصناعيين المحليين، وعليها أيضا إعادة استثمار الأرباح في البلد المستقبل بدل تحويلها إلى الخارج واستخدام اليد العاملة المحلية واختيار ممولين محليين.

ابتداء من ثمانينات القرن الماضي اخذ البعد "الاستثمار الدولي" في البروز أكثر فأكثر من خلال المفاوضات الخاصة بالتجارة الدولية - مفاوضات الارغواي تحديدا في إطار منظمة الجات[247]، ولقد أثير

---

[245] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 215.

[246] MERCIAI Patrizio, Les Entreprises Multinationales en Droit International .Bruxelle, BRUYLAN, 1993, p 43.

[247] إبراهيم محمد الفار ، مرجع سابق، ص 195 و ما بعدها.

موضوع تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة وذلك من منطلق الاعتقاد بأن هناك تدابير أو إجراءات استثمارية معينة تؤدي إلى أثار تقييدية لها تأثير معاكس على حرية التجارة الأمر الذي يتعارض مع مبادئ اتفاقية "الجات" ، حيث تلجأ بعض الدول المستقبلة للاستثمار وبخاصة الدول النامية لفرض تدابير معينة تمليها بعض الاعتبارات الاقتصادية الكلية الساعية إلى تحقيق التوازن في الميزان التجاري وموازنة النقد الأجنبي أو تشجيع استخدام المنتجات الوطنية ، حيث تأخذ هذه التدابير أحد الأشكال التالية:

-ربط واردات المشروع الاستثماري باشتراط كمية أو قيمة معينة من السلع يلتزم المستثمر بتصديرها من إنتاجه في الدولة المضيفة.

- ربط قدرة المشروع الاستثماري على استيراد مدخلات الإنتاج بتدفقات النقد الأجنبي العائدة للمشروع سواء من خلال التصدير أو خلافه.

- ربط واشتراط حصول المشروع الاستثماري على بعض المزايا الضريبية أو الجمركية بضرورة استخدام نسبة معينة من المكون المحلي مثلما هو الحال في صناعة السيارات ومعدات الآلات الحاسبة الالكترونية والصناعات السمعية البصرية وصناعة الأدوية وصناعة التبغ...الخ[248].

ترتب عن هذه الوضعية المعقدة وجود إطار قانوني دولي خاص بالاستثمارات وتنظيمها ، ذلك أنه كان لازما على الحكومات المواجهة المستمرة لالتزامات مختلفة ومتعددة وكان لازما عليها كذلك اتساق وتوازن مواقفها بحيث وجدت نفسها بين "مطرقة" النظم والقواعد العامة المنظمة للمعاهدات الدولية "و"سندان" البنود الخاصة بجملة الاتفاقيات الثنائية والجهوية ، إن تداخل التراتيب القانونية الناجمة عن مجمل هذه الالتزامات لم تكن في الغالب مفهومة ومدركة العواقب خاصة بالنسبة للدول المستقبلة للاستثمارات [249].

من هنا نخلص الى أنه لكل اتفاقية - مهما كان حيزها الزماني والمكاني - بنيتها الخاصة أهدافها وبتالي خصائصها المرجعية والقانونية بالنظر إذن إلى تعدد وكثرة القواعد المنظمة للاستثمارات الدولية أصبح من الصعب تقديم حوصلة موضوعية بشأن القانون الدولي المنضم للاستثمارات الدولية.

إن عدد كبير من الاتفاقيات المنضمة للاستثمار خاصة الثنائية منها ، تعمل على تكريس مفاهيم ذات المدلولات المتقاربة من جنس "المعاملة الوطنية"، "معاملة الدولة الأكثر حماية "، "المعاملة العادلة

[248] إبراهيم محمد الفار ، مرجع سابق ص 199 و ما بعدها.

[249] Relation entre les accords internationaux sur l'investissement - document de travail sur l'investissement international - Publication OCDE op. Cite, p 02.

والمتساوية"، "الحماية الشاملة والمؤتمنة" ، والتي تتسم في ذات الوقت باختلافات قانونية جد دقيقة ، مما يرتب تفسيرات متضاربة بشأن نفس الالتزام مع اختلاف الاتفاقيات الموقعة من طرف نفس الدول .

إن الهدف العام المناط بالاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار هو "ترقيتها وحمايتها" فيما بين دولتين تكون إحداهما مصدرة لتلك الاستثمارات وتكون الثانية مضيفة لها، إن غالبية هذا النوع من الاتفاقيات يتم بين دولة متقدمة ودولة في طريق النمو ، مع ملاحظة أن عدد كبير من الاتفاقيات الخاصة بترقية الاستثمارات وحمايتها تتم كذلك فيما بين الدول النامية أو بينها وبين ما أصبح ينعت بالدول ذات الاقتصاد الصاعد البرازيل الصين ماليزيا وكوريا الجنوبية – مما يوحي بالأهمية المتزايد التي يعرفها هذا الشكل من الاتفاقيات الدولية والذي يعبر بدوره على اتساع وتنوع مجموعة المصالح والتبادلات الخاصة برؤوس الأموال عبر العالم.

تشكل إذن الاتفاقيات في مجال ترقية وحماية الاستثمار جملة معقدة من الالتزامات يتعهد من خلالها طرفي الاتفاقية على احترام بنودها وأحكامها ، في مواجهة استثمارات رعايا وشركات الدولتين وهي تدور من حيث المبدأ حول مفاهيم أساسية هي المعاملة والحماية والضمان[250].

يوجد نموذجين للاتفاقيات الثنائية مستعملة حتى الآن عبر العالم : النموذج الأوروبي المنشأ اعتمادا على مشروعABS & SHAWCROSS [251]والذي تبنته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية سنة 1962، والنموذج الأمريكي المنجز خلال سنوات الثمانينيات ويشتمل النموذجين على المبادئ التالية: الانضمام L'adhésion المعاملة Le traitement التحويلات Les transferts نزع الملكية l'expropriation وفض المنازعات.

إن الاختلاف الأساسي بين النموذجين ، يكمن في أن النموذج الأوروبي يبقي نفاذ الاتفاقية في مواجهة المستثمر إلى حين بداية تنفيذ المشرع ومرحلة الاستغلال في حين أن النموذج الأمريكي ، يوسع من الحيز الزماني لنفاذ الاتفاقية ليشمل ما قبل بداية تنفيذ المشروع ، يمكن ملاحظة كذلك تميز النموذج الأوروبي من حيث تخصيصه لمكانة كبيرة لسيادة الدولة النامية، فلو نظرنا إلى النموذج الفرنسي مثلا لوجدناه ينص في مادته الثانية على أن "كل طرف متعاقد يقبل ويشجع في إطار تشريعه وأحكامه .....الاستثمارات التي يجريها مواطنو وشركات الطرف الآخر على إقليمه وفي منطقته البحرية " ، ومادام هذا النص لا يحدد صراحة وسائل تشجيع الاستثمار فهو يترك إذن تلك الوسائل للسلطة التقديرية للدولة الطرف، وما يؤكد

[250] قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 182.

[251] ABS et Shawscross « The Proposed Convention to Protect Foreign Investiment cite dans "la Norme du traitement juste et équitable dans le droit International des investissements » Document OCDE, Septembre 2004, p 05.

هذا التوجه هو النص على أن القبول والتشجيع يتم " في إطار تشريعه" إي احترام القواعد الشكلية والموضوعية التي يحتويها القانون الداخلي.

النموذج الأمريكي من جهته يتميز باحتوائه على مبدأ "المعاملة الوطنية " ، ذلك أنه ينص في المادة الثانية المتعلقة بمعاملة الاستثمارات على أنه: "يلتزم كل طرف متعاقد بالحفاظ في إقليمه على مناخ موات للاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بشروط وإجراءات تضمن لها معاملة ليست أقل من المعاملة التي يخصصها في ظروف مماثلة لرعاياه وشركاته أو مواطني وشركات دول أخرى إذا كانت تلك المعاملة أكثر ملاءمة"[252].

يبدو جليا من خلال ما تقدم ، إرادة وضع النموذج الأمريكي على تكريس مبادئ القانون الدولي للاستثمارات والتقليل من شأن إرادة الأطراف المتعاقدة في تكريس تصورات قانونية تأخذ بعين الاعتبار التوجهات التنمية – التي لا يمكن أن تكون إلا تفضيلية - للدول المستقبلة للاستثمارات الدولية.

يمكننا الإشارة من جهة أخرى إلى أن النموذج الأمريكي يتضمن في الغالب مقتضيات وبنود تنص على مبدأ الإلزام بتحقيق نتيجة[253] في مواجهة المستثمرين أو في مواجهة استثماراتهم ، من الملاحظ كذلك أن النموذج الأمريكي يولي الكثير من الأهمية بشأن بعض المسائل ويخصها بالتفصيل والتدقيق المبتكر مثل مسألة دخول الأجانب وإقامتهم داخل الدولة المضيفة للاستثمار.

ينص من الجانب الآخر كلا من النموذج الأوروبي والنموذج الأمريكي - مع وجود اختلافات فنية متصلة بالصياغة وطريقة تحرير الاتفاقية- ، على نفس القواعد الخاصة بحماية الاستثمارات المقامة المعاملة الوطنية، معاملة الدولة الأكثر رعاية حرية تنقل رؤوس الأموال وحمايتها، التعويض السريع والعادل والفعلي في حالة نزع الملكية، المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والضمان الشاملين.

يشير كلا من النموذج الأمريكي والنموذج الأوروبي الخاصين بالاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار إلى الميكانيزمات القانونية القضائية والتحكمية المخصصة لفض المنازعات فيما بين الدول الأطراف أو فيما بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة.

الاستثمارات المعنية في كل من النموذجين الأمريكي والأوروبي تشمل كل أنواع الأصول touts types d'actifs، ذلك أن الاستثمار بحسب النموذج الأمريكي يشكل كل أنواع الاستثمار مباشر أو غير مباشر ،

[252] قادري عبد العزيز، مرجع سابق ، ص. ص، 185-186.

[253] Le modèle des Etats unies règlemente l'imposition d'un certain nombre de prescriptions de résultats aux investisseurs ou à des investissement » Document OCDE - Relation entre les accords internationaux sur l'investissement- op cite, p 04.

المقام على إقليم الدولة الطرف في الاتفاقية والذي يكون أصوله مملوكة أو مسيرة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل رعايا أو شركات الدولة الطرف في الاتفاقية من مثل الحصص والأسهم المؤسسة لرؤوس الأموال ، سندات الدائنة "titre de créance"، عقود الخدمات والعقود المترتبة عنها، أما النموذج الألماني مثلا والذي يعد أحد أقدم النماذج الأوروبية فيحدد مدلول الاستثمارات المعنية ببنود الاتفاقية في كل أشكال وأنواع الأصول وبصفة خاصة :

- الأموال المنقولة والأموال العقارية وكل ما يترتب عنهما من حقوق عينية ورهون حيازية وحقوق الامتياز.

- أسهم الشركات وكل أنواع المصالح المرتبطة بالشركات.

- الديون السائلة المستعملة لانجاز قيمة اقتصادية les créance liquides au titre de fonds utilisés pour créer une valeur économique

- حقوق الملكية الفكرية حقوق المؤلف شهادات الملكية الصناعية الرسوم والهياكل المعلن عنها لدى هيئات رسمية بقصد حمايتها، العلامات والماركات التجارية الأسرار التجارية والمهنية المواصفات والدرايات التقنية ، وأخيرا كل الأصول غير المادية من حقوق الامتياز الصناعية والتجارية المحمية بالقانون العام[254].

إن التدخلات الأكثر شيوعا فيما بين الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار ، و غيرها من الاتفاقيات الدولية ، تخص بالأساس المبادئ المقررة فيهما بشأن معاملة المستثمرين ومعاملة الاستثمارات من مثل مبدأ المعاملة غير التفضيلية وغير التمييزية في شكل تقرير مبدأ الدولة الأكثر رعاية و / أو المعاملة الوطنية إضافة إلى الالتزامات المترتبة عن الأصول المستثمرة أو بعبارة أخرى الضمانات المقدمة لحماية المستثمر ضد مخاطر نزع الملكية أو التأميم وإجراءات فض المنازعات فيما بين الدول الأطراف من جهة والدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر.

الفرع الثاني: العناصر المكونة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية

خلال هذا الفرع سنحاول التطرق إلى جملة من العناصر المشكلة للهيكل العام لأي اتفاقية ثنائية منظمة للاستثمار وتنقل رؤوس الأموال ، وذلك على الشكل التالي:

أ-معاملة الاستثمارات :

[254] Relation entre les accords internationaux sur l'investissement, op cite, p 04.

عادة ما يتم النص في الاتفاقيات الدولية للاستثمار بشكل عام والاتفاقيات الثنائية بشكل خاص ، على التزام الدول الأطراف بضمان "المعاملة العادلة والمنصفة" لرعايا الدول الأخرى وممتلكاتهم ، إن هذا المبدأ ذو المدلول "المطلق" à caractère absolu والمتغير بحسب محالات التطبيق (على خلاف مبادئ المعاملة الوطنية traitement national ومعاملة الدولة الأكثر رعاية traitement de la nation la plus favorisé اللتين توصفان بالنسبية وعدم الاطلاقية حيث أن هذا الالتزام القائم على تقرير معاملة عادلة ومنصفة لكل الاستثمارات والمستثمرين ، يرد بتفسيرات متعددة سواء من قبل الدول الموقعة على الاتفاقيات الثنائية أو هيئات التحكيم المطبقة له وكذا الفقه الدولي، إن النقاشات المترتبة على تكريس هذا المبدأ تمحورت أساسا حول أصوله العائدة بحسب أغلبية الفقهاء إلى مبادئ القانون الدولي العرفي.

لقد لخص الأستاذ كريسييان هاير لي هذه المسألة الشائكة بشيء من الابتكار إذ أنه أن مبدأ المعاملة يعتبر العادلة والمنصفة تحيلنا إلى مبدأ النموذج الدولي الأدنىun standard international المقرر حسب القواعد القانون الدولي العرفي ، أما مبدأ المعاملة الوطنية فيحيلنا إلى مقتضيات القانون الداخلي للدولة المستقبلة للاستثمارات، في حين مبدأ شرط الدولة الأكثر رعاية فانه يحيلنا إلى مقتضيات وبنود اتفاقية مبرمة أو سيتم إبرامها مع دولة أخرى أو مجموعة دول يمنح من خلالها المستثمرون شروط أكثر ملائمة من حيث التحفيز، الضمان والحماية.

أما عن مبدأ النموذج الأدنى بحسب مقتضيات القانون الدولي العرفي المنظم للتعاملات الواجبة في مواجهة ممتلكاتهم فهو يحدد مجموعة من القواعد الإلزامية يكون على الدولة المستقبلة واجب احترامها حتى لو خالفت مضمون قوانينها الداخلية فهي قواعد قانونية من درجة أسمى . تلك المبادئ الناصة من على تقرير المعاملة الوطنية في مواجهة الأجانب و ممتلكاتهم من حيث أنها تقرر نفس الحصر و الحماية الممنوحة لرعاياها الوطنيين إن عدم احترام مبدأ النموذج الأدنى و الذي يمثل الخلفية الفقهية لمبدأ المعاملة العادلة شأنه إقامة المسائلة الدولية ، يذهب الأستاذ روث و الذي يعد من المناصرين الأوائل لهذا المبدأ[255]، إلى أن المساواة بين مبدأ النموذج الأدنى و مبادئ قانون الأمم ، من جهته اعتبر الفقيه برونلي أن النظرية القانونية الدولية كرست مبدأ النموذج الأدنى الدولي معتبرا إياها مبادئ أخلاقية يستوجب الالتزام بها من

[255] A.H Roth est l'auteur du principal ouvrage sur la question (The Minimum standard of International Law1949) pour cet auteur, la norme international « n'est rien d'autre qu'un ensemble de règles inter liées dérivées d'une norme particulière du droit international général, selon laquelle le traitement des étrangers relève des droits des nations », page 127 repris sur Relation entre les accords internationaux sur l'investissement, op cite , p 09.

قبل الدول المتحضرة في مواجهة قاعدة المعاملة الوطنية ، الأستاذ الفقيه روسو من جهة أخرى يلاحظ أن غالبية الفقه الدولي التقليدي يعتبر وجود حد أدنى دولي مضمون بشأن معاملة رعايا الدول و ممتلكاتهم يفرض على الدولة المضيفة تقرير حقوق و توفير وسائل الحماية لهم حتى لو لم توفرها لرعاياها الوطنيين، أخيرا يعتبر معهد القانون الدولي الأمريكي أن أصل قاعدة المعاملة العادلة و المنصفة يعود إلى فكرة العدل الدولية التي كرستها مبادئ القانون الدولي العرفي ، السوابق القضائية و التحكيمية الدولية إضافة إلى مبادئ العدالة المقررة في النظم القانونية السائدة في الدول المتحضرة.

لقد شهد الفقه نقاشات حادة بين أنصار و معارضي مبدأ النموذج الأدنى المكرس لفكرة المعاملة العادلة المنصفة كما تسبب على مستوى العمل الدولي – منذ عصبة الأمم – في تأجيج الصدام بين الدول المتقدمة و الدول المستقلة حديثا ، هذه الأخيرة التي شككت في مصداقية هذا المبدأ و حجيته من مطلق رفضها لجملة القواعد العائدة للقانون الدولي العرفي و عملت اعتمادا على أغلبيتها التعددية داخل الجمعية العامة للأمم المتحدة على تقرير مبدأ المعاملة الوطنية بشأن تحديد القواعد القانونية المطبقة في حالات نزع الملكية (ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية ، المادة 22 الفصل الثاني).

إن المواجهة القائمة بين مناصري مبدأ الحد الأدنى المكرس لقاعدة المعاملة العادلة و المنصفة من جهة و أنصار تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية تلخص في الحقيقة تلك الصدامات الفقهية التي عرفها القانون الدولي المعاصر بين فقهاء دول العالم النامي[256] و فقهاء الدول المتقدمة ، هذا الصدام الذي نجد تفسيرا له في كل مظاهر الريبة و الخوف التي طبعت جملة العلاقات الاقتصادية الدولية فيما بعد الحرب العالمية الثانية.

لقد شكل مشروع الاتفاقية الثنائية لمنظمة التعاون و التنمية الاقتصادية O.C.D.E المشار إليه أعلاه نموذجا ألهم عددا من الدول في وضع اتفاقيات ثنائية منظمة للاستثمارات البينية خاصة تلك التي جمعت الدول النامية بالدول الغربية ، لقد أصبح النص على مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة أحد مميزات هذا النوع من الاتفاقيات و أصبحت تقر به غالبية الدول النامية[257] حتى تلك التي كانت أكثر الدول تحفظا اتجاه هذا المبدأ بتفضيلها مبدأ الرقابة الوطنية عن طريق التشريع الداخلي على مبدأ المعاملة الوطنية مثل دولة الصين الشعبية ، البيرو ، بلغاريا ، غانا و الإمارات العربية المتحدة بل أن مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة أصبحت تأخذ به حتى الدول النامية فيما بينها و مثال ذلك الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين دول

[256] Notamment les écrits de G.RAHA et M.SORNARAJAH et également P.Juillard et M. Bejaoui portant sur le nouve au ordre économique international.

[257] ما عدا بعض دول أسيا التي لا تأخذ به حتى الآن مثل الباكستان . المملكة العربية السعودية و سنغافورة.

أمريكا اللاتينية هذه الدول التي كانت في سنوات السبعينيات تأخذ بنظرية الفقيه كالفو القائمة على رفض نقل الاختصاص القضائي إلى المحاكم الدولية في حالة نشوب نزاع حول الأملاك التابعة لرعايا أجانب[258].

هذا و يذهب الفقه الحديث إلى اعتبار مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة التزاما ذو طابع اتفاقي و لذا نفسر مضمونه – على الأقل جزئيا عن طريق الاتفاق نفسه – و على هذا الأساس فإن المحتوى الملموس للمبدأ يتغير بحسب نوع و طبيعة المعاملة المختارة - معاملة الوطني أو معاملة الدولة الأكثر رعايا.

يؤدي هذا التفسير إلى معالجة منقحة أي أن طبيعة المعاملة [259]التي يجب الرجوع إليها هي المعاملة التي اختارها الأطراف في الاتفاقية ، إن هذا التوجه يمكن الأطراف من تحديد مضمون و التفسير الإجرائي و العملي لمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة.

ب -تحويل الأموال إلى الخارج :

يعتبر الأستاذ كريستيان هبرلي أن من أكبر انشغالات المستثمر الذي يود تحويل أمواله و فوائدها و كذلك الأموال الناتجة عن تصفية مشروعه إضافة إلى أجور و مستحقات مستخدميه ، النظر في مضمون القوانين الداخلية المنظمة للاستثمار في الدولة المضيفة إضافة إلى توافر اتفاقيات ثنائية تضمن إمكانية التحويل بشروط اقتصادية و مالية معقولة.

تفرض الكثير من الدول النامية نوعا من الرقابة على الصرف الأجنبي و التحويلات النقدية في إقليمها لتحقيق عديد من الأغراض ، فهي قد تهدف من فرض الرقابة حماية ميزان مدفوعاتها و تحقيق الاستخدام الأمثل لكل الصرف الأجنبي المتاح ، كما يمكن أن تستخدم الرقابة على تحويل الصرف لتحقيق أهداف مالية مثل التحكم في مستويات التضخم أو لتحقيق أهداف اقتصادية مثل حماية و تدعيم الصناعة المحلية.

من ناحية أخرى لا تختلف نظرة المستثمرين الأجانب إلى المشكلة ، حيث يعتبرون وجود تسهيلات معقولة من اجل تحويل الأرباح والفوائد والتعويضات ، أمرا جوهريا لإختيار وجهة مستثمراتهم ولعل أهم الاتفاقيات الدولية التي هدفت إلى تشجيع استقرار الصرف بين الدول المصدرة والمستثمرة لرؤوس الأموال وتسيير ما تثيره من مشكلات " اتفاقية صندوق النقد الدولي " التي دخلت التنفيذ اعتبارا من 27 ديسمبر 1945[260] ، فقد هدفت إلى تشجيع استقرار الصرف والمساعدة على إنشاء نظام مدفوعات متعدد الأطراف

[258] Relation entre les accords internationaux sur l'investissement, op cite, p 05.

[259] Relation entre les accords internationaux sur l'investissement, op cite, p 07.

[260] إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية، 1981، ص 75.

يحكم المعاملات النقدية بين الدول الأعضاء في الصندوق، كما حرصت على أن يهتم الصندوق بالعمل على استبعاد قيود الصرف الأجنبي التي تعرقل التجارة الدولية، لقد أصبحت هذه الاتفاقية مرجعا لغالبية الاتفاقيات الثنائية المنظم لتدفق رؤوس الأموال البينية ، خاصة في مجال ضمان تحويل الأموال المستثمرة إلى البلد الأصلي.

وإذا كانت اتفاقية صندوق النقد الدولي عامة في شأن التجارة الدولية ، فإن ذلك لم يحل دون عقد اتفاقيات دولية تعنى برؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة في خارج إقليمها (اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لسنة 1967 المشار إليها) . بحيث تكفل حماية هذه الأموال وتضمن كل أو بعض خسائرها الناشئة عن عدم السماح بتحويلها .

·فالبنك الدولي يضمن كل أو بعض الخسائر الناجمة عن خطر القيود الحكومية التي ترد على القابلية للتحويل من عملة الدولة المضيفة إلى عملة أخرى مناسبة.

ويرى البعض أن هذا الضمان يشمل الخسارة الناتجة عن تقييد حرية المستثمرين في تحويل أصل رأس المال أو الدخل الناتج عن الاستثمار، بشرط تمتع هذا المستثمر بهذا الحق عند بداية الاستثمار[261].

إضافة إلى مسألتي معاملة الاستثمارات وتحويل الأموال إلى الخارج ، تتضمن مواد الاتفاقيات الدولية بنود ذات أهمية قصوى من حيث تحديدها لطبيعة الالتزامات المترتبة عنها ومدها وكدا أثرها على انسياب رؤوس الأموال الأجنبية ومدى فعالية هذه الأخيرة ضمن الإطار المؤسساتي المنظم للاستثمار داخل الدولة المستقبلة. أهم هذه البنود هي مسائل نزع الملكية وحل النزاعات إضافة إلى الإطار الزماني و المكاني لسريان الاتفاقية.

الفرع الثالث: الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر في مجال ترقية وحماية الاستثمارات

لقد سعت الجزائر لسنوات طويلة إلى اللجوء إلى تأطير الاستثمارات المباشرة عن طريق توقيع الاتفاقيات الدولية الثنائية بالاحتكام الدائم للنصوص التأسيسية الوطنية [262] ، خوفا من أن تقيد سيادتها وتهدد مصالحها الاقتصادية غير أن الأمر اختلف بصورة تكاد تكون جذرية إبتداءا من سنة 1990 بعد

[261] إبراهيم شحاته ،الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ، ص 81.

[262] Mahfoud BOUHACENE - Droit International de la Coopération Industrielle-, OPU. Algérie, 1982., p 111.

صدور النصوص التشريعية الأولى المكرسة للإصلاحات الاقتصادية وصدور دستور 1989 الذي أقر بصورة واضحة التخلي عن النهج الاشتراكي لتحقيق التنمية ليصبح بالتالي الوضع الإيديولوجي معد على المستوى الداخلي لإبرام اتفاقيات دولية ثنائية قائمة على مبادئ ونظريات سبق للجزائر أن انتقدتها في المحافل الدولية. إلى غاية الفاتح من جانفي 2003 وحسب دراسة أعدها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاقتصادية CNUCED[263]وقعت الجزائر 27 اتفاقية ثنائية [264] في الفترة الممتدة من 1991 إلى 2002 و12 اتفاقية خاصة بعدم الازدواج الضريبي، هذه الاتفاقيات وكما يلاحظ تقرير أل CNUCED يهدف في إطار « réciprocité » [265]إلى تشجيع وحماية الاستثمارات مع تجنب الازدواج الضريبي.

لنا أن نلاحظ كذلك وفي نفس الفترة بلغ عدد الاتفاقيات الثنائية الموقعة من قبل المغرب، 29 اتفاقية أما تونس فبلغ عددها 16 اتفاقية مصر من جهتها وقعت 53 اتفاقية ثنائية.

تكون الجزائر بهذا قد دخلت مجال الاستثمارات الدولية عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات ، ويطرح السؤال حول معرفة ما إذا أخذت هذه الاتفاقيات بالمبادئ والقواعد التي كرسها القانون الدولي الاتفاقي .

لقد تناولت الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر مسالة تعريف الاستثمار و تم ذلك على سبيل المثال لا الحصر ، فالمادة 1 ف ب من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية الليكسمبورغية تعرّف الاستثمار : " كلمة الاستثمارات " وتبين كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت عينية أم خدمات مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه" ، أما المادة 1 ف 1 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[266] فتنص " عبارة استثمارات " تشير إلى الأموال كالأملاك ، الحقوق باختلاف أنواعها إلى جانب كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه والمرتبطة بنشاط الاقتصادي" ، يمكن إذا حصر ما يدخل في مضمون الاستثمارات في ثلاث أصناف:

- الأموال المادية عقارات، منقولات.

---

[263] CNUCED, Base de donnée 1959-1999-Word Investment, report 2002-2003 - site web www.unctad.org .

[264] لا يوجد من بينها أي بلد مغاربي مع ملاحظة توقيع اتفاقيات ثنائية خلال تلك الفترة مع دول عربية هي مصر. اليمن الإمارات العربية المتحدة و سلطنة عمان.

[265] قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص.ص، 191-192.

[266] مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 يناير 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الجمهورية الفرنسية بشان التشجيع و الحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعة بالجزائر في 13 فبراير 1993

- الأموال غير المادية: الملكية الفكرية والتجارية.

- الامتيازات لا سيما ما يتعلق بالتنقيب واستغلال المواد الطبيعية بما في ذلك المتواجدة في البحر.

من جهة أخرى فقد تناولت كل الاتفاقيات الثنائية تعريفا للمستثمرين وذلك على النحو التالي :

أ- الاتفاقية الجزائرية البلجيكية اللوكسمبورغية [267]

نصت في مادتها الأولى فقرة 1 أن كلمة مستثمرين تشير إلى :

- المواطنين ويعني كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية إحدى الدول .

- الشركات ويعني كل شخص معنوي أسس طبقا للتشريعات الدول المتعاقدة وله مقره الاجتماعي على إقليم إحدى الدول.

ب- الاتفاقية الجزائرية الإيطالية[268] :

جاء في مادتها الأولى الفقرة 4 أن " عبارة المستثمرين " تشير إلى المواطنين والأشخاص المعنويين لإحدى الدولتين المتعاقدتين الذين يقومون بالاستثمارات على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى "، تشير عبارة مواطنين إلى الأشخاص الطبيعيين المتمتعين بالجنسية الجزائرية والذي لهم صفة مواطن إيطالي على أن يكون مركز مصالحهم الاقتصادية قائما على إقليمها (المادة الأولى الفقرة 02).

تشير عبارة شخص معنوي إلى كل مؤسسة وكل شركة أشخاص أو رؤوس أموال قائمة في إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين طبقا لتشريع هذه الأخيرة ولها في نفس الإقليم مقرها ، المركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية كما هو معرف من خلال تشريع وتنظيم كل من الدولتين المتعاقدتين (المادة الفقرة3).

ما يستنتج من نص هذه الاتفاقيات هو أن المستثمرين هم:

---

[267] مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 15 أكتو 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الموقعة بالجزائر بتاريخ 24.أفريل 1991.

[268] مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 18 مايو 1991.

-المواطنون: أي الأشخاص الطبيعيين التي لها علاقة قانونية " ولاء قانوني بإحدى الدول المتعاقدة (الجنسية، المواطنة) غير أننا نلاحظ مع الأستاذ عليوش ، أن الاتفاقية الجزائرية الإيطالية قد أدخلت عنصرا لم يرد في الاتفاقيات الثنائية الأخرى و هي مركز المصالح الاقتصادية الرئيسة[269].

إن عنصر مركز المصالح الاقتصادية الرئيسة قد جاء النص عليه في قانون النقد و العرض 90 – 10 و تم تحديده من طرف نظام بنك الجزائر رقم 90 - 03 مؤرخ في 08 سبتمبر 1990 المحدد لشروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية و إعادة تحويلها إلى الخارج – الجريدة الرسمية عدد 45 ص 1439- ، و تكون الاتفاقية بهذا قد أخذت وفق ما جاء في القانون الداخلي بجنسية رأس المال لا بجنسية المستثمر ، لقد أخذت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية بجنسية المستثمر و جنسية رأس المال في نفس الوقت أنه إذا كان المستثمر إيطاليا ، و يمكننا تطبيق نفس الاستثناء على المستثمرين الجزائريين.

بالنسبة للأشخاص المعنويين أي الشركات فقد تم تحديد جنسيتها بالرجوع إلى المقر الاجتماعي ، و ذلك بالنسبة لأغلبية الاتفاقيات غير أن الاتفاقية الجزائرية الايطالية و زيادة على المقر الاجتماعي نصت على أن يكون المركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية في إقليم إحدى الدول المتعاقدة ، و هنا كذلك أخذت الاتفاقية بجنسية رأس المال.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية فبالإضافة إلى معيار المقر الاجتماعي فقد أضافت معيار الرقابة في تحديد مفهوم الشركات المعنية بالاتفاقية ، " عبارة الشركات تشير إلى شخص معنوي مشكل على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الأخير، وله في نفس الإقليم مقره الاجتماعي أو أن يكون هذا الشخص المعنوي مراقبا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطن أحد الطرفين المتعاقدين والمشكلة طبقا لتشريع هذا الأخير" . ولنا أن نتساءل حول مدلول وفحوى عبارة " مشكل على إقليم أحد الطرفين " هل يعني هذا اشتراط إنشاء الشركة في إقليم إحدى الدولتين ثم هل أن عبارة " إنشاء" تعني التأسيس القانوني لشركة بوجودها القانوني - ، أم أن الأمر يتوقف عند وجود مقرها الاجتماعي الرئيسي وتوافر الرقابة؟

أما على صعيد معاملة الاستثمارات فقد تضمنت كل الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر النص على مبدأ – المعاملة المنصفة والعادلة - مع ملاحظة أن الاتفاق المبرم مع فرنسا أضاف في مادته الثالثة أن

[269] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 98.

تطبيق هذا المبدأ يكون في إطار القانون الدولي[270] مع ملاحظة أن كل من المرسوم التشريعي 12/93 في مادته 38 وكذا الأمر 03/01 المعدل والمتمم تناولا مسألة المعاملة وطنية و لم يشيرا إلى مبادئ القانون الدولي لتقرير مدى عدالة وإنصاف القواعد المطبقة على المعاملة من منظور استثمارات رعايا الدول الأجنبية[271].

نصت كل الاتفاقيات على شرط الدولة الأكثر رعايا، غير أن الاتفاق المبرم مع الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي هو الوحيد الذي نص في المادة 3 الفقرة 3 على أن : " المعاملة والحماية المعرفتان في الفقرتين 1و2 لهذه المادة تكونان على الأقل متساويتين بالنسبة لما . يتمتع به مستثمرو دولة ثالثة أخرى ولا تكونان بأي حال من الأحوال أقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي "، نعلم أن شرط الدولة الأكثر رعايا هو أحد المبادئ المكرسة لقاعدة المعاملة المنصفة والعادلة وفق مقتضيات القانون الدولي ، غير أن كل الاتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر نصت على أن شرط الدولة الأكثر رعايا[272] لا يمتد إلى الامتيازات التي يمنحها الطرف المتعاقد إلى مستثمر دولة ثالثة بموجب مشاركته أو مساهمته في منطقة تبادل حر، إتحاد جمركي، سوق مشتركة أو أي نوع من أنواع المنظمات الاقتصادية الجهوية [273] ، هل أن تقرير هذا الاستثناء يعني أنه بإمكان تصور استفادة مستثمر جزائري من المزايا والضمانات المقدمة في إطار الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي ؟ وبالعكس هل يمكن تصور استفادة أحد رعايا أو الشركات المقامة على إقليم هذا الإتحاد من مقتضيات اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 يوليو 1990 ؟

---

[270] "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين طبقا لقواعد القانون الدولي بضمان على إقليمه و منطقته البحرية معاملة عادلة و منصفة لاستثمارات مواطني و شركات الطرف الأخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على السير و الصيانة و الاستعمال و التمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها".

[271] - La formulation précise varie selon les traités d'investissement, certain définissent expressément la norme en fonction du droit international: c'est le cas des traités conclus par la France, les Etats-Unis et le Canada, d'autre ne mentionnent pas le droit international, c'est le cas des traités conclus par les Pays bas, la Suède, la Suisse et l'Allemagne. Par exemple le modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Allemagne stipule que «< chaque partie contractante accordera dans tous les cas un traitement juste et équitable à ces investissements »>, et celui de la Suisse que « les investissements et les revenus des investisseurs de chaque partie se verront accorder en tout temps un traitement juste et équitable » "la Norme du traitement juste et équitable dans le droit International des investissements », La norme du traitement juste et équitable dans le Droit International des investissement, Document OCDE,, Septembre 2004, p 02.

[272] المادة 4 في الاتفاق الجزائري الفرنسي و المادة 8 من الاتفاق الجزائري الايطالي و المادة 10 في الاتفاق الجزائري الروماني و المادة 4 في الاتفاق الجزائري الاسباني.

[273] عليوش قربوع كمال، مرجع سابق ، ص 108.

أما بشأن موضوع تحويل الأموال إلى الخارج فقد نص الاتفاق المبرم مع الجمهورية الفرنسية مثلا على انه "يمنح كل طرف متعاقد تمت على إقليمه أو منطقته البحرية الاستثمارات من طرف مواطن أو شركات المتعاقد الآخر لهؤلاء المتعاقدين 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 بصيغة نظامية.

د- حصيلة التنازل أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار، بما في ذلك فوائض القيمة لرأس المال المستثمر.

هـ- التعويضات المترتبة عن نزع أو فقدان الملكية المشار إليها في المادة 5.

تلخص هذه المادة ما تضمنته غالبية الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر بشأن موضوع تحويل الأموال إلى الخارج، إضافة إلى ما تضمنته المادة 5 فقرة 2 من الاتفاق المبرم مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي و التي تنص : "يسمح أيضا لمواطني الأطراف المتعاقدة المسموح لهم العمل في إطار استثمار معتمد على إقليم الطرف الآخر التحويل لبلدهم الأصلي قسط مناسب من مرتباتهم".

لم تحدد الاتفاقيات المبرمة مع فرنسا الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي و المملكة الاسبانية العملة التي يتم بها التحويل ، بينما نصت الاتفاقية المبرمة مع إيطاليا أن التحويل يكون بالعملة التي يتم بها الاستثمار (المادة4) ، و بمعدل الصرف الرسمي وفق معدل الصرف المطبق بتاريخ التحويلات للدولة التي تم على إقليمها الاستثمار في حالة غياب النص على العملة التي يجري بها التحويل فإن ذلك يتم باتفاقية بين الدولة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي.

أما عن آجال التحويل فقد تضمنت كل الاتفاقيات عبارة أن يتم التحويل بدون تأخير أو حددت آجال قصوى لتحويل تراوحت بين ستة أشهر بالنسبة للاتفاق المبرم مع إيطاليا (المادة 4 ف 3) بشهرين بالنسبة للاتفاق المبرم مع رومانيا – المادة 5 ف 4 و بثلاثة أشهر بالنسبة للاتفاق المبرم مع المملكة الاسبانية – المادة 7 ف2، و يبدأ احتساب المدة من تاريخ إيداع طلب التحويل الذي يكون مطابقا.

بالنسبة للاتفاقيات التي لم تتضمن النص على آجال التحويل يتم الرجوع إلى المادة 12 ف 2 من المرسوم التشريعي 93-12 و التي تحددها بـ 60 يوما غير أن المادة 31 من الأمر 01 - 03 المعدل و المتمم فلم يحدد أية مدة.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الشاملة:

يمكن اعتبار تطور موقف الأمم المتحدة بشأن تأطير تدفق رؤوس الأموال الأجنبية في البلاد النامية بشكل عام والاستثمار الدولي بشكل خاص ، انعكاسا مباشرا للتطور الذي شهدته النظريات الاقتصادية المتناولة لموضوعات التنمية و التخلف[274] من حيث الأسباب و وسائل المعالجة ، كما يتجلى هذا الموقف من خلال ملاحظة التطور الذي عرفته العلاقات الدولية (شمال - جنوب) من حيث بعث دول العالم النامي لوضع تأطير أممي شامل لموضوع الاستثمارات الدولية ، يكون موازي لمساعي الدول المصدرة لرؤوس الأموال التي عملت على الإبقاء على مفاهيم القانون الدولي العرفي المستخلصة من الاتفاقيات الدولية الثنائية و التحكيم الدولي.

قبل السبعينيات اهتمت منظمات الأمم المتحدة بالبحث في السبل الكفيلة بدعم تدفق رؤوس الأموال الأجنبية في اقتصاديات البلاد النامية، قصد تطويرها وشكلت نظرية التنمية القائمة على ضخ رؤوس الأموال الأجنبية المرجعية الأولى في هذا الاتجاه كما ورد في اللائحة الأممية رقم 294 ما نصه: " إن تسريع التنمية الاقتصادية تتطلب إضافة إلى تعبئة أكثر فعلية ومستمرة للادخار المحلي دعم أكثر أهمية واستقرار للاستثمار الخارجي" .

تشكل إذن الاستثمارات الأجنبية بحسب الأمم المتحدة خلال الستينيات - العشرية الأولى للتنمية - عاملا مهيمنا لضمان تنوع الإنتاج وتطويرا للقطاعات المنتجة في اقتصاديات الدول النامية. في هذا الاتجاه قامت مختلف منظمات الأمم المتحدة بتقديم دراسات متعددة قصد التمكن من فهم واستشراف توجهات رؤوس الأموال عبر العالم ، وفي هذا الصدد عملت على تمكين الدول النامية من مختلف الوسائل والآليات الكفيلة بتطوير انتقال رؤوس الأموال إليها[275] .

اعتبرت أعمال المجلس الاقتصادي والاجتماعي مثلا أن الازدواج الضريبي يمثل كابح مباشر لتطوير تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لدى فإن المجلس ينصح بإبرام اتفاقيات منظمة الموضوع الجباية قائمة على " الفرض الأحادي "، والذي يكون لمصلحة الدول المصدرة للاستثمار - اللائحة رقم 416 واللائحة رقم 825 .

---

[274] M.Bouhacene, op. cite, p 67.

[275] Le rapport PEARSON << Partners in development » Report of International development -Etude sur les capacités du système des nations unies pour le développement 1969- repris par - M.Bouhacene, op. cit. p 111.

الدول المصدرة من جهتها وجدت في هذا الموقف المناسبة المثلى لتصريف فائض إنتاجها القومي وسوقا جديدة لآلتها الصناعية.

خلال السبعينيات أخد موقف الأمم المتحدة تجاه مبدأ تدفق رؤوس الأموال والاستثمار الدولي في التغيير ويمكننا إرجاع هذا التطور في موقف هيئة الأمم المتحدة إلى ما يأتي :

1- توسع أكثر -من حيث ازدياد عدد الدول المستقلة حديثا والتي دخلت إلى منظومة الأمم المتحدة - و أحسن لموقف الدول النامية داخل مختلف هيئات الأمم المتحدة بشأن موضوعات التنمية وأسباب التخلف السيادة على الثروات الطبيعية ومطالبتها بتصور جديد لنظم سير الاقتصادي الدولي.

2- الخلاصات التي توصلت اليها أعمال ودراسات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية حول أثر الاستثمار المباشر في تحقيق التنمية الاقتصادية.

3- الأهمية المتزايدة لدور الشركات المتعددة الجنسيات في إنشاء وسير ومراقبة العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة ما تعلق منها بالاستثمار الدولي وما ترتبه من تهديد لاستقلال القرار الاقتصادي بالنسبة للدول النامية.

4- بروز عامل " التكنولوجية " والمطالبة بانتقالها وحق الدول النامية في التمكن من استعمالها ضمن سياستها التنموية.

5- توجه عام لسياسات الدول النامية إلى تحجيم دور الاستثمار الدولي في مجال استغلال الثروات الطبيعية والبحث عن تفعيل دور الكيانات الاقتصادية الوطنية عبر التأميم.

اعتمادا على هذه المعطيات بدأت تظهر عوامل تقاطع جديدة ضمن قواعد الأمم المتحدة والهيئات التابعة لها، على شاكلة وجوبية ضمان الاستثمار الأجنبي لشروط أكثر ملائمة للطرفين و على الاستثمار الأجنبي الاندماج ضمن الأولويات الاقتصادية للبلد المضيف وبشكل خاص عليه احترام سيادة هذه الدول[276].

يمكن إضافة عامل أساسي آخر ساهم في تطوير موقف الأمم المتحدة ، و هو كون الاستثمار الدولي خلال هذه الفترة اتجه إلى استغلال المواد الأولية و الطبيعية في البلاد النامية ، هذه الاستثمارات التي كانت

[276] << ....Lorsque ces investissements sont faits à des conditions à la fois satisfaisantes pour les pays exportateurs et pour les pays importateurs de capitaux (....) en tenant compte des lois et des dispositions pertinentes en vigueur dans chaque pays et de la nécessité de respecter la souveraineté des pays ou s'investissent ces capitaux » Résolution No 2087. M. Bouhacene , op.cite,. p 70.

في أحيان كثيرة استمرارا للاستغلال الاستعماري السابق على الاستقلال السياسي للدول المضيفة ، بالموازاة شكلت هذه المواد في غالبية الأحيان المورد الأساسي بالنسبة للدول النامية لوضع سياسات اقتصادية وطنية.

شكلت كل هذه العوامل مجتمعة أولى بوادر الصدام - شمال جنوب - داخل هيئات الأمم المتحدة و كان مبدأ السيادة الوطنية على الثروات و الموارد الطبيعية و النشاطات الاقتصادية المرتبطة بها ، أبرزها على الإطلاق نتج عنها في الأخير ميثاق الأمم المتحدة لحقوق و واجبات الدول الاقتصادية المصادق عليه في 12 ديسمبر 1974.

تمثل الخلاف إذن على المستوى الفقهي بين أنصار و مساندي التأطير الدولي المتعدد الأطراف للاستثمارات الدولية، هذا الأخير الذي من شأنه التعبير عن الأغلبية القصوى للدول داخل نظام الأمم المتحدة من جهة و أنصار الإبقاء على مدلولات و معايير القانون الدولي العرفي في مجال الاستثمار الدولي.

الفرع الأول : التنظيم الأممي في اطار جهود منظمة الأمم المتحدة

1 - في مجال الشركات المتعددة الجنسيات

لقد تناولت منظومة الأمم المتحدة موضوع الاستثمارات الدولية من خلال محاولات التأطير لظاهرة الشركات المتعددة الجنسيات، ككيانات دولية اقتصادية ممثلة لدور الرأسمال الدولي الخاص في تطوير الاستثمار الأجنبي في الدول النامية ، و لقد كان لمطالبات البلدان النامية الأثر السبق في دفع منظمة الأمم المتحدة للاهتمام بهذا الدور المتميز قصد وضع توجيهات تحكم نشاطات هذه الشركات.

لقد ترتب عن أعمال اللجنة المتخصصة المنشأة من قبل المجلس الاقتصادي و الاجتماعي ، مشروع تقنين في شكل مدونة للسلوك تضمن إضافة إلى التعاريف و مجال التطبيق ، قواعد تخاطب الشركات المتعددة الجنسيات و أخرى تحدد كيفيات معاملة تلك الشركات من طرف حكومات البلاد النامية .

فيما يتصل بالأحكام التي تخاطب الشركات المتعددة الجنسيات ، فهي عبارة عن جملة من المبادئ العامة منها إخضاع فروع الشركة إلى قانون الدولة المستقبلة للاستثمار و احترام الأولويات الاقتصادية لتلك الدول و احترام القيم الاجتماعية و الثقافية و كذلك احترام حقوق الإنسان و عدم التدخل السياسي و الامتناع عن تقديم الرشوة ، و أخيرا مبدأ إعادة التفاوض حول العقود .

من جهة أخرى تضمن مشروع التقنين موضوعات التأميم و التعويض و حالات تنازع الاختصاص و اختيار القانون القابل للتطبيق و حل المنازعات ، و لقد ظلت المسائل المفتوحة للنقاش غير منصبة على تصرف الشركات المتعددة الجنسيات ، بل على معاملتها من طرف السلطات العمومية للدولة المستقبلة و هي مسائل تتعلق عموما بقضايا تقليدية في قانون الاستثمارات الدولية ، و منها معاملة الشركة من طرف الدولة المستقبلة وكيفيات ترحيل الأرباح المحققة ، و حق الدولة المستقبلة في نزع الملكية و قواعد التعويض[277] و إمكانية إبعاد النزاع عن الاختصاص الحصري للدولة المضيفة ، هذا و تعلقت أبرز الخلافات بموضوع إدراج مبادئ القانون الدولي العرفي في مشروع التقنين ، ذلك أن المشروع ينص" في كل مسألة متعلقة بالتقنين يكون على الدولة أن تنفذ التزاماتها بحسن نية بما في ذلك القواعد و المبادئ القانونية الدولية المعترف بها و المقبولة عموما[278] ، و قد استمر الخلاف بشأن هذه الصياغة التي رفضتها الدول المصدرة على اعتبار أنها تبعد القانون الدولي العرفي بمفهومه الغربي ، إلى أن وضعت صياغة أخرى سنة 1990 كرست وجهة النظر الغربية و جاءت الصياغة كما يلي : "يجب على الدول في كل المسائل المتعلقة بالتقنين أن تنفذ بحسن نية الالتزامات التي تتحملها بموجب القانون الدولي".

أما عن الطبيعة القانونية للمدونة ، فلقد كان فريق الشخصيات[279] الذي شكله المجلس الاقتصادي و الاجتماعي يرى تقديم المدونة كمجموعة توصيات أو كمعاهدة دولية تكون قواعدها القانونية غير ملزمة للأطراف.

2- في مجال نقل التكنولوجيا

أما فيما يتصل بموضوع نقل التكنولوجيا بما لها من علاقة بمسألة تأطير الاستثمار الدولي ، فتجدر الإشارة إلى أن البلاد النامية هي عملت على تقديم مقترحات للتقنين ضمن أعمال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية CNUCED و كان ذلك خلال دورة سانتياغو لسنة 1972 ، و قد تضمن هذا المشروع 9 فصول اشتملت على : 1- التعاريف و مجال التطبيق . 2- الأهداف و المبادئ . 3- التنظيمات الوطنية . 4 الممارسات التقييدية 5- مسؤولية و التزامات ناقل التكنولوجيا . 6- المعاملة الخاصة بالبلدان النامية . 7- التعاون الدولي . 8- القانون القابل للتطبيق . 9 – النزاعات ، و قد تمحور الخلاف بين البلدان النامية و الدول المصنعة حول القانون الواجب التطبيق على العقود المتضمن التزام بنقل التكنولوجيا ، و بنود

[277] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 151.

[278] Section 49 du projet issu des négociations plénières Dr KADRI OP CIT page 153

[279] - و هو فريق العمل المشكل من شخصيات علمية مرموقة تم تعيينهم بموجب اللائحة رقم 1721.

التحكيم و الرقابة على لممارسات التقييدية أي البنود التعاقدية التي تقلص من حرية تصرف متلقي التكنولوجيا ، و يتعلق الأمر تحديدا بمعرفة ما إذا كانت المراقبة تنصب على كل الممارسات التي تضر بتنمية البلاد المستقبلة أو على الممارسات التي تقيد مبدأ المنافسة.

لقد تبلورت الخلافات بين مجموعة 77 الممثلة من قبل المجموعة ب و المجموعة د الممثلة للدول المصنعة، حول ميدان تطبيق التقنين الخاص بنقل التكنولوجيا حتى بالنسبة لفروع الشركات المتعددة الجنسيات المتواجدة في إقليم الدول النامية و تضمن النص المقترح من قبله مايلي:

« Le code s'applique aux transactions portant sur un transfert international de technologie conclues entres des parties qui ne résident pas ou ne sont pas établies dans le même pays, et il s'applique aussi aux transactions portant sur un transfert de technologie entre des parties qui résident ou sont établies dans le même pays si au moins une des parties et une succursale ou une filiale d'une firme étrangère, ou d'une entreprise qui lui est affilée, ou est de toute autre manière, dirigée par cette firme, ou quant elle intervient comme intermédiaire dans le transfert de technologie dont le propriétaire est étranger »[280].

بالنسبة للمجموعة ب فإن نطاق التطبيق لا يمكنه تجاوز مفهوم النقل الدولي للتكنولوجيا ، معتبرة أن الشركة المحلية التابعة للشركة الأم تعد مستقلة من الناحية القانونية ، و بالتالي فإن الالتزامات المترتبة عن التشريع الوطني المنظم لنقل التكنولوجيا لا يمكن أن يطبق إلا محليا ، من جهة أخرى فقد تعلق الخلاف بين المجموعتين بشأن استبعاد كل الممارسات التجارية التقييدية التي من شأنها حرمان البلاد النامية من تحصيل المعرفة العلمية و التقنية ، و هو المبدأ الذي أقرته التشريعات المحلية المتناولة لموضوع نقل التكنولوجيا ، شكل من جهة أخرى موضوع الطبيعة القانونية للتقنية و القانون الواجب التطبيق و حل المنازعات خلافات حادة بين المجموعتين[281].

3- في المجال التجاري الدولي المرتبط بالاستثمار

من جانب آخر كان لمنظمة التجارة الدولية أن تتناول بمناسبة دوراتها المختلفة المرتبطة بالاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية أو اللاحقة على تأسيسها - مسألة الاستثمار الدولي، بما لها من علاقة و ارتباط بتنظيم

[280] Point D du chapitre 2 page 4 repris par M. BOUHACENE op cite, p 201.

[281] M.BOUHACENE, op cit, pp 204 - 205 avec l'indication propre au rôle particulier de l'Algérie au sein du groupe des 77 pour ce qui est notamment de ses propositions relatives au Droit applicable.

التجارة الدولية ، و يرجع الفقه السبب في ذلك الارتباط إلى كون رؤوس الأموال تخضع للتداول و المبادلة استيرادا و تصديرا معتبرين أن رأس المال سلعة قابلة للتداول و من ثمة نجد أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحرير التجارة من مثل الاتحادات الجمركية و مناطق التبادل الحر ، تحتوي على أحكام تركز على حرية تنقل الرساميل بين الدول الأعضاء[282].

أما السبب الثاني فيعود للتطور الذي عرفته توجهات الاستثمار الأجنبي و خاصة تلك التي تجريها الشركات المتعددة الجنسيات ، و هي التوجهات التي تنبنى على مبدأ الانتاج بغرض التصدير و ليس فقط تلبية السوق المحلية ، و هو التوجه الذي تبنته كذلك بعض الدول المستقبلة للاستثمار من خلال تشريعاتها الوطنية التي تربط مستويات التمتع بالمزايا بمعدل التصدير الذي تحققه الشركات الأجنبية ، تونس خير مثال على ذلك .

تقوم إذن نظرة منظمة التجارة الدولية للاستثمار الأجنبي ، بما لهذا الأخير من علاقة بتنظيم و سير و حماية التبادلات التجارية عبر العالم ، و تكون قد تناولت بالتالي موضوع الاستثمارات بصورة جزئية بما لهذه الأخيرة من نقاط ارتباط بمبادئ التجارة و التبادل الدوليين ، و يتعلق الأمر تحديدا بالإجراءات الخاصة بالاستثمارات الدولية التي تعيق حرية التبادل أو العكس أي الإجراءات المرتبطة بالتبادل التجاري التي من شأنها التضييق على الاستثمار الدولي .

تعتبر الاتفاقية العامة المنظمة لتجارة الخدمات " L'accord général sur le commerce des services » والاتفاقية الخاصة بالإجراءات المرتبطة بالاستثمارات المتصلة بالتجارة " concernant les investissements liées au commerce" L'accord sur les mesures الاتفاقية حول بعض مظاهر حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة

"L'accord sur les aspects des droits de propriétés intellectuelles qui touchent au commerce"

القاعدة الأساسية التي رتبت للالتزامات الموضوعية المرتبطة بموضوع الاستثمار الدولي داخل منظمة التجارة الدولية.

فعلى سبيل المثال فإن الاتفاقية العامة المنظمة لتجارة الخدمات تنص على بنود لها ارتباط بمبادئ الاستثمار الدولي ، من مثل مبدأ التبادل الحر اعتمادا على التواجد التجاري لدى الدولة المضيفة و إقامة المستخدمين و تنقلاتهم و تعتمد في ذلك على مبدأ معاملة الدولة الأكثر رعاية ، من حيث التزام الأطراف

[282] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 160.

على تقديم لممارسي تجارة الخدمات على أراضيها معاملة ليست أقل رعاية من تلك المقدمة لممارسي نفس التجارة التابعين لدولة أو دول أخرى.

إضافة إلى مبدأ حظر القيود الكمية المنصوص عليها في المادة XI /1 من الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية و التجارة التي تنص " دون المساس بالحقوق و الالتزامات الأخرى في الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية و التجارة لسنة 1994 ، لا يجوز لأي عضو أن يطبق أي إجراء استثمار متصل بالتجارة لا يتفق مع المادة 3 و المادة 11 من الاتفاقية العامة"[283] .

و تدخل ضمن إجراءات التقييد ما قد تفرضه التشريعات الوطنية على المستثمرين الأجانب من شراء أو استعمال للمنتوجات المحلية ، أو تلك الإجراءات التي تفرض الربط بين الحصول على أو استعمال مواد مستوردة بحجم معين أو قيمة المواد المصدرة.

هذا و يمكن القول إن اتفاقية تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة في إطار اتفاقية الجات التي تم التفاوض بشأنها خلال دورة أورغواي بإيعاز و إصرار من الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان ، أكثر اتفاقيات منظمة التجارة الدولية تناولا لموضوع الاستثمارات الدولية و ذلك لأن هناك من يرى أن وضع تدابير أو إجراءات استثمارية على مستوى التشريع الوطني أو في شكل اتفاقية دولية معينة ، تؤدي إلى آثار تقييدية لها تأثير غير مباشر على حرية التبادل التجاري" Trade restrictive and distorting effect " الأمر الذي يتعارض مع مبادئ اتفاقية الجات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة بحسب البعض ، لم ينشئ التزامات على الدول الأعضاء المنظمة تقيد أو تحد من سلطتها في مجال تنظيم أوضاع الاستثمار الأجنبي على أراضيها، ولكن هذا الاتفاق يحظر فقط على الدول الأعضاء قيامها بوضع إجراءات أو تدابير استثمارية مبادئ وأحكام " الجات"[284]، ونحن لا نشاطر هذا الرأي على أنه يتضمن عناصر متناقضة يحاول من خلالها تبرير موقف غير مستصاغ منطقيا ، ذلك أن تحديد مجالات التدخل الوطني بشأن تنظيم الاستثمارات حتى لو تعلق الأمر بالجانب التجاري فقط ، هو شكل من أشكال التقييد لسلطة الدول في مجال تنظيم أوضاع الاستثمار ، ثم إن العمل الدولي في مجال الاستثمارات يتجه إلى اعتماد منظمة التجارة العالمية كإطار

[283] قادري عبد العزيز ،مرجع سابق، ص 162.

[284] إبراهيم محمد الفار، مرجع سابق، ص 200.

مؤسسي وكهيكل توافقي بين مصالح الدول المختلفة لوضع اتفاق متعدد الأطراف خاص بالاستثمارات الدولية.

الفرع الثاني: التنظيم الجهوي والإقليمي

سنحاول قراءة بعض الأعمال الجهوية المتعلقة بموضوع الاستثمارات الدولية وذلك من زاوية النظر الخاصة بالدول المصدرة لرؤوس الأموال ، مع تسليط الضوء على أعمال منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ، ثم ننتقل إلى دراسة اتفاقية التبادل الحر فيما بين الدول الأمريكية باعتبارها مستوردة للرساميل، في الأخير سنعرج على مضمون الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 23 جويلية1990.

1 - التنظيم الأوروبي للاستثمارات الدولية

يشكل كل من تقنين تحرير تنقل الأموال ، والإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات[285] الموقعين من طرف الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE، الإطار الاتفاقي العام لأوروبا في مجال تنظيم تنقل رؤوس الأموال والاستثمارات الدولية.

تضمن النصين مبدأ الإلغاء التدريجي لكل الإجراءات التمييزية في مجال تنقل رؤوس الأموال والاستثمار، مع ملاحظة أن هذا المبدأ يعد التزام قانوني بمفهوم تقنين تحرير تنقل رؤوس الأموال والتزام سياسي بمفهوم الإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات ، وفي كلا من الوثيقتين يكون للأطراف تقديم تحفظات أو استثناءات « des réserves ou des exceptions » ، ثم إن الآليتين لا تتضمنان مقتضيات أو أحكام إلزامية فيما يخص فض المنازعات ، كل ما في الأمر انه وبصدد كل الالتزامات القانونية فإن حل المنازعات المرتبطة بما يمكن أن يتم أمام هيئات دولية تعبر أطراف النزاع على قبولها كحكم مثل محكمة العدل الدولية أو اللجوء الصريح إلى هيئة تحكيمية خاصة Ad hoc ترتضيها أطراف النزاع[286].

[285] يمكن القول أن مبادرة منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية مرتبطة زمنيا بمطالبة الدول النامية بنظام اقتصادي دولي جديد.

[286] BETATI Maria, Le nouvel ordre Economique International -QUE SAIS-JE -Paris PUF Alger, Edition DAHLEB ,1985, p 32.

يمثل الإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والش ركات المتعددة الجنسيات [287]، استثناءا مقارنة بالآليات الدولية الأخرى المنظمة للاستثمار الدولي، على اعتبار كونها توصيات موجهة للشركات المتعددة الجنسيات العاملة في الدول الأعضاء في المنظمة أو تلك الشركات التي تكون تابعة لأحدى الدول الأعضاء البيئة بحيث توصيها بالعمل في إطار مسؤول خاصة في محلات التشغيل وعلاقات العمل، حقوق الإنسان البيئة توفير المعلومات الخاصة بالشركة ونشاطها، مكافحة الرشوة، اعتماد مصالح تهتم بمطالب المستهلكين العلم والتكنولوجيا المنافسة وموضوع الجباية.

أما عن الضمانات المقدمة للشركات المتعددة الجنسيات في إطار التنظيم الأوروبي ، فبالإضافة إلى الضمانات ذات الصفة الإجرائية المقدمة لهذه الشركات بحيث تمكنها من إبداء رأيها أمام لجنة الاستثمارات والشركات المتعددة الجنسيات التابعة لمجلس المنظمة وذلك بشأن ما يقام ضدها من احتجاجات، تتمتع هده الشركات بضمانات ذات الصفة الموضوعية تمثل تحديدا في تمتع الشركات بالمعاملة الوطنية.

أما عن الطبيعة القانونية لنظام منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية المتعلقة بنشاط الشركات المتعددة الجنسيات و الاستثمارات الدولية ، فهي جد معقدة لأن ذلك التنظيم يتسم بالتركيب لاعتماده على إعلان حكومي مشترك وعدد من التوصيات ، إضافة إلى الأحكام المنصوص عليها عبر قرارات لها طبيعة إلزامية فيما بين أعضاء المنظمة.

وفيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية ، فهي عبارة عن توصيات ملحقة بالإعلان الحكومي تخضع لإجراءات مراجعة ذات طابع مؤسسي داخل المنظمة [288]، هذا ونخلص إلى القول أن الطبيعة القانونية المركبة والمتعددة المصادر هي ما يميز منظومة العمل الأوروبية في مجال تنظيم تنقل رؤوس الأموال والاستثمارات الدولية ، وربما يعود سبب هذا الخيار هو المنهج التدرجي والتراكمي لتقرير الأحكام مع السماح لمختلف الهيئات الرسمية وغير الرسمية من المساهمة في إعداد مشاريع القوانين وتطويرها.

2 - اتفاقية التبادل الحر للدول شمال أمريكا ALENA:

تضمن الفصل الحادي عشر من اتفاقية التبادل الحر لدول شمال أمريكا، تنظيم أكثر الموضوعات والتدابير حداثة بشأن الاستثمارات الدولية، بحيث أصبحت هذه الاتفاقية نموذجا لاتفاقيات أخرى

[287] ان تقنين تحرير تنقل رؤوس الاموال مفتوح فقط لانضمام الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في حين الاعلان الاوروبي الخاص بالاستثمارات و الشركات المتعددة الجنسيات فهو مفتوح لانضمام الدول غير الاعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية و في هذا الصدد فقد انضمت للإعلان كل من الأرجنتين البرازيل الشيلي اسطونيا ، لطوانيا ، سلوفينيا.

[288] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 170.

منظمة لذات الميدان [289] ، لقد نصت هذه الاتفاقية على مستويات عالية من الحماية والتبادل الحر ، كما أنها تقدم وسائل قانونية خاصة بفض المنازعات الطارئة فيما بين الدول الأعضاء أو فيما بين دولة عضو وأحد المستثمرين، وعلى خلاف الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار الأجنبي بشأن تعريف الاستثمار من حيث تقديمها في الغالب مفاهيم عامة تشمل كل الأصول التي تدخل ضمن رؤوس الأموال المستثمرة ، فان اتفاقية التبادل الحر لدول شمال أمريكا تقدم قائمة محددة ومحصورة للأصول المرتبطة بالشركة أو بنشاطها مع تقديم بعض التحفظات الخاصة.

أما بشأن المستثمرين المعنيين فهي تشمل كل الشركات المنشأة وفق التشريعات الوطنية للدول الأعضاء بغض النظر عن جنسية المالكين - جنسية رأس المال - .

تمكن الاتفاقية كل من المستثمرين واستثماراتهم من حق التمتع بمبدأ المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية بحسب أفضلية أحداهما بالنسبة للمشروع ، كما تنص الاتفاقية على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إضافة إلى تقريرها حماية وضمان شاملين بحسب المادة 1105 ، بالنسبة للتعويضات الناشئة عن نزع الملكية فان الاتفاقية تقدم مفهوم مفصل لمبدأ التعويض السريع المناسب والفعلي

« La norme traditionnelle d'indemnisation Prompte, adéquate et réelle »

المقرر في القانون الدولي كما تنص من جهة أخرى على الالتزام باستبعاد كل أشكال التقييد أو الشرطية في النصوص التشريعية الوطنية، سوآءا تعلق الأمر بالتقييد الكمي أو الشروط المتعلقة بالالتزام على الاستيراد أو تحويل التكنولوجيا، إضافة إلى الأشكال الأخرى للتقييد المنصوص عليها في اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتصلة بالاستثمار والتي تبنتها الاتفاقية.

إضافة إلى الفصل 11 المتعلق بالاستثمارات، فقد تضمنت الاتفاقية النص على الإقامة المؤقتة لرجال الأعمال ، مسألة الخدمات مالية ، سياسة المنافسة ، الاحتكار ودور المؤسسات الوطنية للدول المضيفة للاستثمار الأجنبي بالإضافة إلى حقوق الملكية الفكرية.

[289] مثل اتفاقية التبادل الحر بين كندا و الشيلي لسنة 1997و مشروع اتفاقية التبادل الحر فيما بين الأمريكيتين . الاتفاقية الأوروبية المراجعة المتضمنة انشاء المجموعة الاوروبية لتبادل الحر و الاتفاق الموقع بين اليابان و جمهورية سنغافورة من اجل عهد جديد لتكامل الاقتصادي

Relation entre les accords internationaux sur l'investissement op cit page 13.

يلاحظ الفقه وجود توافق وتقارب كبيرين بين أحكام اتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية وما تضمنه اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتصلة بالاستثمار خاصة إذا علمنا أن المفاوضات بشأنها تمت خلال دورة الاوروغواي لمنظمة التجارة الدولية.

3- تنظيم منظمة الاندين للاستثمارات الدولية:

لقد انضمت كل من بوليفيا والشيلي كولومبيا والإكوادور في شكل تكتل إقليمي أمريكا اللاتينية تناولت من خلال تقنين خاص في شكل قرار ملزم للدول الأعضاء ، باعتباره قرار تنظيمي مترتب عن السلطة التنظيمية للمنظمة[290] ويندرج ذلك التقنين في إطار سياسة التكامل و التكتل الإقليمي للبلدان المذكورة ، الهادفة إلى الحد من النفوذ الأجنبي و جعل الاستثمارات الأجنبية تساهم بفعالية أكبر في دفع التنمية الاقتصادية ، و لقد ركز التقنين على المسائل الأساسية الآتية :

1- تحويل المشاركة الأجنبية في المشاريع الاستثمارية إلى أقلية.

2 إبعاد الاستثمارات الأجنبية عن القطاعات الحيوية للاقتصاد.

3- تنمية التكنولوجيا الوطنية و تدعيم الشركات المتعددة الجنسية المحلية.

هذا و يمكن ملاحظة التميز الذي أقره تقنين الاندين في ميدان معاملة الاستثمارات الأجنبية بين الاستثمارات القائمة و الاستثمارات الجديدة ، ففيما يتعلق بالاستثمارات القائمة يهدف التقنين إلى تخفيض المساهمة الأجنبية في القطاعات الاقتصادية الحيوية[291]، ثم إن للاستثمارات ذات الأغلبية الأجنبية في القطاعات الأخرى أن تستمر بشرط تنازلها عن المزايا الممنوحة لها و التي لا تتمتع بها الاستثمارات المحلية.

أما فيما يتعلق بالاستثمارات الجديدة فقد تم تحديد المجالات المفتوحة أمامها تحديدا حصريا كما حظر الاستثمار في 05 قطاعات هي التجارة الداخلية و الخدمات العمومية ، و قطاع الاتصالات ، والمالية كالتأمين و البنوك ، كما نص التقنين على اشتراط التفاوض بشأن عقود الامتياز في مجال الاستثمارات الأجنبية في ميدان المحروقات ، إضافة إلى تنظيم عمل الشركات المتعددة الجنسيات الأجنبية العاملة في الدول الأعضاء في اتفاق الأندين نظم كذلك نشاط الشركات المتعددة الجنسيات المحلية ذلك من خلال

---

[290] مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسيات، دراسة تحليلية و تاصيلية لقواعد السلوك الدولي المنظمة لنشاطات الشركات المتعددة الجنسية، القاهرة، دار النهضة العربية ، 1982، ص 57.

[291] و لقد واكب هذا التنظيم نضالات العالم الثالث مجموعة 77 بشان إعادة التفاوض حول عقود الاستفادة من نشاطات استغلال الثروات الطبيعية الوطنية و استعادة السيطرة عليها وسعيها من اجل التأطير لنظام دولي اقتصادي جديد.

النص على التزام الأطراف بتسهيل تنظيم تلك الشركات – القرار رقم 169 لسنة 1982 المعدل للقرار 46 لسنة 1979 – ثم العمل المشترك قصد تخفيض نسبة المساهمة الأجنبية ، و ابتداء من سنة 1973 – بعد الإطاحة بنظام الياندي في الشيلي الذي كان من أكبر المدافعين عن مضمون الاتفاق- بدأت تبرز خلافات بين الدول الأعضاء بشأن التقليل أو الزيادة من القيود التي احتوى عليها ذلك التقنين.

يرى المختصين أن نظام الأندين للاستثمارات أكثر الاتفاقيات الجهوية وفاءا لتوجهات البلاد المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية خلال فترة السبعينيات ، غير أن دوره بقي محدودا بالمجال الإقليمي لتبادل الحر فيما بين الدول الأعضاء ، و بخصوص تنظيمه للاستثمارات فإن بنوده لم تعد ملزمة للدول الأعضاء على اعتبار أنها انتهجت اختيارات اقتصادية أكثر ليبراليا موالية في الغالب لمصالح الولايات المتحدة الأمريكية السياسية و مصالح الشركات المتعددة الجنسيات الاقتصادية و التجارية.

4- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي:

لقد عبر أطراف معاهدة اتحاد المغرب العربي عن إرادتهم السياسية الصريحة لدعم التوجه الوحدوي على المستوى الجهوي في المجال الاقتصادي [292] ، و جاءت اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد تتويجا نصف بعد دخول معاهدة الاتحاد حيز التنفيذ لجأت دول المغرب أوليا لهذا التوجه، وقد جاء في ديباجة الاتفاقية " أنه و اقتناعا منها بأن تشجيع وضمان الاستثمارات بمقتضى اتفاقية من شأنه تدعيم التنمية و تعزيز التبادل التجاري و المنافع المشتركة بين بلدان اتحاد المغرب العربي في مختلف المجالات، و شعورا منها بضرورة منح رؤوس الأموال و الاستثمارات التابعة لكل من بلدان اتحاد المغرب العربي في البلد الآخر معاملة أكثر أفضلية ...".

و قد جاءت الاتفاقية في شكل 5 فصول تضمنت ما يأتي : تعاريف ، معاملة الاستثمار ، الضمانات المالية ، الضمانات القانونية ، الضمانات القضائية و تسوية النزاعات.

وقد رأى البعض أن الملاحظة الأولى التي تسترعي الانتباه ، هو أن انضمام الجزائر إلى اتفاقية جهوية تعنى بتشجيع و ضمان الاستثمار أنذاك، في الوقت الذي نجدها تفتقر إلى تشريعي وطني منظم للموضوع بالمفهوم الدولي للاستثمارات، ذلك أن أول تشريع – كما سبق التطرق اليه – يعود إلى سنة 1993 حيث أن

[292] معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي مراكش 17 فبراير 1989 المادة 3 فقرة 3 التي تنص تحقيق التنمية الصناعية و الزراعية و التجارية و الاجتماعية للدول الأعضاء و اتخاذ ما يلزم اتخاذه من وسائل لهذه الغاية خصوصا بإنشاء مشروعات مشتركة و إعداد برامج عامة وعلى ضوئها برزت اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990 و المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 90- 420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.

سنة 1993 فعليا سنة نفاذ بعض مقتضيات الاتفاقية المغاربية في مواجهة الجمهورية الجزائرية ، و لو على المستوى الشكلي خاصة بالنسبة للأحكام التي تعيد الأطراف إلى نصوص تشريعاتهم الوطنية من مثل ميدان تدخل الاستثمارات.

من جهة أخرى، يظهر مدى استلهام الدول الأطراف في إعدادهم للاتفاقية من حيث الشكل و المضمون إلى بعض الأحكام بنود الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية التي تبنتها الدول العربية خلال القمة الحادية عشر ما بين 25 – 27 نوفمبر 1980 ، إضافة إلى اتفاقية الدول الأعضاء في المؤتمر الإسلامي حول ترقية و حماية الاستثمارات الموافق عليها من طرف وزراء الشؤون الخارجية في 1981.

لقد خصصت الاتفاقية الفصل الأول لتناول تعريف الأشخاص القانونية المخاطبة، أين أخذت بمعيار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين و معياري الجنسية و مقر الإنشاء بالنسبة للشركات كما تضمنت تحديد مفهوم الاستثمار مرادفا لمصطلح رأس المال الذي جاء على سبيل المثال لا الحصر.

نصت الاتفاقية على كيفية معاملة الاستثمار في بعض من أحكامها ، حيث تتمثل معاملة الاستثمار في الإمكانيات من أجل إنجاز المشروع ذلك ما ورد في نص المادة 2 حيث نصت على أنه "يعود للطرف المتعاقد أن يعمل على توفير الإمكانيات اللازمة ، ما لا يقل عما يقدم للمستثمر الوطني و تكمن هذه التسهيلات فيما يلي:

1- إصدار التراخيص والموافقات اللازمة لقيام الاستثمار واستيراد المعدات والمواد اللازمة للمشروع.

2- الحصول على الأراضي اللازمة للمشروع بالبيع أو الإيجار.

3- عدم تحميل الاستثمار للرسوم التأسيسية المختلفة ورسوم و أجور الخدمات أكثر مما يتحمله الاستثمار الوطني".

و بهذا تكون قد أقرت بمبدأ المعاملة الوطنية كما نصت المادة 4 على عدم تدخل الطرف المتعاقد في إدارة الاستثمار أو سياسته الإنتاجية أو المالية أو التوظيفية أو غيرها [293] و تضيف المواد الأخرى ما يأتي :

أ- حرية التصرف في الاستثمار بجميع أوجه التصرف القانونية المادة 5.

ب- تمكين المستثمر المغاربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد لمواطني أية دولة أخرى . -مبدأ المعاملة الأكثر رعاية – المادة 06.

[293] يرى البعض أن لفظ "أو غيرها" ليس له ما يبرره كما انه يمثل سببا لورود اختلافات في تفسير مدلوله، وهنا يثار تساؤل : فهل يعني اشتمال منع التدخل في أي مجال من المجالات حتى لو تعلق الأمر بالمسائل البيئية أو الأمنية للدولة الطرف ؟

ت- لا يخضع الاستثمار إلى أية قيود غير جمركية بشأن استراد معدات المشروع الاستثماري و لا يفرض عليه الاستيراد أو حظره من مصادر معينة – مبدأ حظر القيود و الشروط التقييدية المادة 7.

و يعمل المستثمر من جهته – في مختلف أوجه نشاطه على التنسيق الكامل مع الطرف المتعاقد المضيف للاستثمار المادة 10[294] ، أما مضمون نص ا المادة 14 فقد تعلق بجواز تقديم الطرف المتعاقد مزايا إضافية تلك المنصوص عليها في أنظمته الداخلية أو في الاتفاقية المغاربية بشأن المشاريع المشتركة بين دول اتحاد المغرب العربي أو مواطني كل منها ، أو للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة و لا سيما تلك التي لها طابع تنموي وفقا للمناطق أو القطاعات ذات الأولوية فيها. أراد أطراف الاتفاقية ربما من خلال هذا النص التأكيد مجددا عن تشجيع ودعم كل عمل مشترك ، غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري مثلا عبر تشريع 93. 12 - بالرغم من صدوره بعد المصادقة على الاتفاقية لم يذهب إلى تخصيص أية مزايا إضافية بشأن المشاريع المغاربية المشتركة أو تلك التي تتم بين رعايا مغاربيين في قطاعات ذات أهمية خاصة ؟

تضمنت الاتفاقية النص على ثلاثة أنواع من الضمانات هي :

أولا : الضمانات المالية :

و قد اشتملت على حرية التحويل -المادة 11- والتعويض عن الأضرار التي قد تلحق الاستثمار المادة 12 ، أما عن حرية التحويل فإنه يكون بدون آجال بالنسبة لرأس المال و عوائده أو أي دفوعات أخر متعلقة بالاستثمار، و يتم التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي الجاري به العمل في تاريخ التحويل [295]، و تبقي الاتفاقية للدول الأطراف إمكانية اشتراط التصريح بالتحويل و استخلاص الضرائب و حماية حقوق الدائنين أو ضمان تنفيذ الأحكام في الدعاوى المعروضة على القضاء ، مع احترام مبدأ العدالة و عدم التمييز في سن النصوص المقيدة لمبدأ التحويل من دون أجل.

تناولت المادة 12 ضمان التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الاستثمار سواء كان ذلك بفعل الدولة الطرف أو أحد سلطاتها العامة ، المحلية أو أحد مؤسساتها، و يترتب التعويض المعنى بحسب الاتفاقية بالنظر إلى طبيعة الضرر المساس بأي من الحقوق و الضمانات المقررة للمستثمر بموجب الاتفاقية أو بموجب أي قرار صادر عن الدولة الطرف بالإخلال بأي من الالتزامات و التعهدات الدولية المعروضة على

[294] جاء نص المادة في شكل توصية لا أكثر على خلاف المواد السابقة التي تمثل التزاما في حق الدول الأطراف.

[295] و يثور التساؤل حول التعارض الموجود بين مضمون الاتفاقية التي تنص على أن التحويل يتم دون اجل و حكم المرسوم التشريعي 93-12 الذي ينص على أن التحويل يتم بعد 60 يوما، فما هي الأحكام التي تطبق و الإجابة نجدها في نص المادة 123 من دستور 1989 الذي يقر بمبدأ سمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية على التشريع.

عاتق الدول الطرف الناشئة و عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر المغاربي ، أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء أكان عن عمد أو إهمال.

ج- الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صفة مباشرة بالاستثمار. التسبب بأي وجه آخر بالفعل أو الامتناع في إحداث ضرر للمستثمر المغاربي بمخالفة الأحكام القانونية النافذة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار.

و يكون التعويض نقدا إذا تعذر إزالة اسباب الضرر ، أي إذا استحالت إعادة الأمور إلى ما كانت عليه ، و يشترط في تقرير التعويض النقدي أن يجري خلال ستة أشهر من وقوع الضرر و أن يدفع خلال سنة من تاريخ الاتفاق على مقدار التعويض أو اكتساب التعويض قوة الشيء المقضي فيه ، و إلا استحق المستثمر فوائد تأخيرية على المبلغ غير المدفوع اعتبارا من اليوم التالي لانقضاء هذه المدة فقا لأسعار الفائدة السائدة في السوق النقدية للطرف المضيف للاستثمار.

ثانيا : الضمانات القانونية :

و تشمل التعويض الناجم أو المترتب عن التأميم أو إجراء آخر له نتيجة مماثلة – نزع الملكية ، الحجز و المصادرة المادة 15 – لا يمكن التأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة و لا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة مشابهة، إلا إذا توفرت الشروط التالية.

أ- أن تتخذ تلك الإجراءات لفائدة المصلحة العامة وطبقا للصيغ التي ينص عليها القانون في البلد المضيف للاستثمار.

ب- ألا تكون الإجراءات تمييزية.

ث- تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل و عادل و فعلي خلال مدة لا تزيد على سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية و توفير إمكانية تحويل ذلك التعويض بكل حرية.

ثالثا : الضمانات القضائية :

نصت المادة 19 و المادة 20 على طريقة حل النزاعات التي تثور تباعا بين دول الاتحاد المنازعات و مستثمر وعلى التي قد تقوم بين الأطراف المتعاقدة.

أما عن المنازعات التي قد تثور فيما بين إحدى الدول الأطراف و مستثمر مغاربي ، فيتم عرضه على الهيئة القضائية للدول ، يعد هذا تنازلا كبيرا و سابقة بالنسبة لدول الإتحاد التي قبلت بأن تمثل أمام هيئة قضائية و أن اتحاد المغرب العربي تقاضى من قبل أحد رعايا دولة مغاربية أخرى.

يمكن أن يعرض النزاع كذلك أمام محكمة الاستثمار العربية المنشأة طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية من في الدول العربية ، كما يمكن اللجوء إلى الهيئات التحكيم الدولية المتخصصة في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار أي المركز الدولي للفصل في المنازعات الخاصة بالاستثمارات ، كما نصت المادة 20 الاتفاقية على تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة و الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية و تشير الاتفاقية في هذا الصدد إلى تسبيق الحلول الودية و المساعي الدبلوماسية و لجان المشاورة و التفاوض ، و إذا تعذر الوصول إلى توافق في الرؤى يعرض الأمر أمام الهيئة القضائية لدول الإتحاد أو على هيئة تحكيمية خاصة.

مما تقدم يمكن القول أن مجمل الأعمال الدولية - من زاوية النظر الخاصة بمجهودات الأمم المتحدة و من منظور الاتحاد الأوروبي باعتباره تجمع إقليمي يضم الدول المصدرة لرؤوس الأموال و الاستثمارات ، إضافة إلى موقف الدول المستقبلة لتلك الاستثمارات عبر التنظيمات الإقليمية – تتجه إلى تشكيل و تبني صيغ متماثلة تتناول من خلالها موضوعات الاستثمار الدولي ، هذه الصيغ التي أصبحت أكثر من أي وقت مضى مكرسة لمفاهيم القانون الدولي الأكثر ليبرالية.

المبحث الثاني

آليات التحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي

الأصل العام أن ولاية القضاء في الدولة يشمل جميع المنازعات و جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة وطنيين كانوا أو أجانب وفقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، و معنى هذا أن ينعقد الاختصاص بنظر منازعات المستثمر الأجنبي لمحاكم الدولة المضيفة لاستثماره، و يتأكد هذا الأصل بخصوص الفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي من باب أولى ، حيث ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر هذا النزاع – إلا في حالة تبني الدولة الأجنبية المطالبة بتفويض من رعاياها ، في هذه الحالة يصبح النزاع دوليا و يكون حله بالطرق التي تسوى بها المنازعات الدولية - ، و نظرا لوجود عنصر أجنبي في النزاع فإنه يطلق عليها وصف المنازعات ذات الطابع الدولي ، و في هذا الصدد فإن لكل دولة أن تضع القواعد التي تحدد بمقتضاها نطاق اختصاص محاكمها بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي باعتبار أن هذا التحديد هو أحد مظاهر سيادة الدولة.

وما دام الأمر كذلك، فإن الدولة حرة في تحديد حالات اختصاص محاكمها إلا أن هذه الحرية غير مطلقة إذ تتقيد عند وضع ضوابط الاختصاص للقضاء الدولي بما تكون قد أبرمته من معاهدات وما ترتبه قواعد العرف الدولي ، بالإضافة إلى تقييدها بواجب مراعاة الفاعلية للإحكام أو قوة النفاذ لما يصدر عن محاكمها من أحكام[296] .

و إذا ما طبقنا هذه القيود على منازعات المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة لمعرفة مدى خضوعه لاختصاص المحاكم الوطنية من عدمه، فإنه يجب مراعاة ما يلي:

أولا : استبعاد قيد "القوة أو الفعالية للأحكام" ، باعتباره قيدا أو ضابطا يحد من الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية و ذلك لأن الأحكام الصادرة من محاكم الدولة لصالح المستثمر أو ضده سيتم تنفيذها على إقليم الدولة و لهذا تتوفر الفعالية أو قوة النفاذ لهذه الأحكام.

ثانيا: يجب استبعاد قيد ما تلزمه القواعد الدولية ، فلا شك أن المستثمر ليس أحد المعنيين بها فهو لا يتمتع بحصانة من أي نوع كما أنه ليس من أشخاص القانون الدولي العام ، بحيث يكون في مركز قانوني يساوي فيه الدولة فتتقبل مقاضاته لها دوليا، و عليه فإن المستثمر من غير المعنيين بقواعد العرف الدولي الذي تسلبه ولاية المحاكم الوطنية من نظر في منازعاته.

[296] عبد العزيز سعد يحي النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر " دراسة قانونية مقارنة" ، دار النهضة العربية، 2002، ص 70 - 71.

ثالثا: يمكن استبعاد قيد ما تقضي به الاتفاقيات المقيدة لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي، إذا لم تكن كل من الدولة التابع لها المستثمر بجنسيته و الدولة المضيفة طرفين في اتفاقية تقضي بعدم اختصاص المحاكم الوطنية بفض منازعات الاستثمار.

بناء على ما سبق يمكن القول إن منازعات الاستثمار سواء كانت الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي طرفين فيها أم كان النزاع بين المستثمر و الغير فيختص القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار بالفصل فيها، و إذا ما سلمنا بأن منازعات الاستثمار تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره و هذا هو الأصل ، فإن أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق محاكم الدولة فإنها استثناء و هذا الاستثناء يعد امتيازا يقصد من ورائه جلب و تسهيل الاستثمارات الأجنبية.

إن هذا الاستثناء جاء و من باب أولى تلبية لإرادة المستثمرين الأجانب الساعية لتجنب الوقوف أمام القاضي الوطني لكونهم يخشون الصعوبات المترتبة عن اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع عندما تكون الدولة المضيفة أحد الأطراف المتقاضين ، كما أبدى بعض المستثمرين تخوفاتهم من نظم قضائية لا يعرفونها و يجهلون إجراءات التقاضي أمامها بل و يخشون من تأثر القاضي الوطني بإملاءات السلطة الحاكمة و تحيزه لمصلحة الدولة المضيفة ، كما قد يعتقد المستثمر الأجنبي أن قضاء الدولة المستقبلة غير كفء للنظر في المسائل التقنية و القانونية الكثيرة التعقيد أو يرى أن قانون الدولة المستقبلة للاستثمار متخلف لا يتلاءم مع متطلبات المعاملات الاستثمارية.

من أجل هذه الأسباب و لغيرها فضل المستثمر الأجنبي الاحتكام إلى التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات الممثلة لها ، و كان للمستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها و صيغها و درجات نفاذها الوسيلة المثلى لتقرير التحكيم الدولي في مجال الاستثمارات الدولية حتى أصبحت القوانين الوطنية ذاتها تنص عليه و تنظم ممارسته على المستويين الداخلي و الدولي.

تتضمن إذن غالبية الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار و انتقال رؤوس الأموال النص على أحد ميكانيزمات الممارسة التحكيمية لفض المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي ، هذا الأخير الذي يكون له من خلالها مطالبة الدولة المضيفة بتقديم التعويض عن الأضرار المباشرة أو غير المباشرة التي تلحقه بمناسبة عدم احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية ، الإتفاقية أو التشريعية.

إن المميزات الأهم لهذه الميكانيزمات تم أخذها من الآليات القانونية و الإجرائية المعمول بها في التحكيم التجاري الدولي، بالرغم من أن الخلافات التي تنشأ بين الدول المضيفة و المستثمر تستثير في

الغالب مسائل ذات الصلة بالمصالح العمومية للدولة المضيفة و تناقضها مع المصالح الخاصة للمستثمر، و هو الشكل غير المتوفر - بنفس الحدة على الأقل - في المنازعات ذات الطبيعة التجارية و التي يهتم بها التحكيم التجاري الدولي .

إن التحكيم فيما بين المصالح المتناقض المنشأة للمنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، يستوجب التوفيق بين نظريات القانون الدولي العام - لوجود الدولة - من جهة ، و مبادئ القانون الخاص خاصة منها الأحكام المنظمة لسريان العقود من جهة أخرى .

إن هذه الطبيعة غير المتجانسة لمصادر التحكيم الدولي للاستثمارات هو عنوان التحدي الذي يقوم به المحكمون ، في كل مرة تطرح أمامهم مسالة تحكيمية تكون الدولة و المستثمر أطرافها الأساسيين ، وسيتم دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين يتضمنان :

المطلب الأول : التنظيم التشريعي الوطني للتحكيم الدولي.

المطلب الثاني : وسائل التحكيم الدولية للاستثمارات الأجنبية .

المطلب الأول: التنظيم التشريعي الوطني للتحكيم الدولي

لقد ارتبط تطور مفهوم التحكيم الدولي بتطور التحكيم التجاري [297] باعتباره طريقة لحل المنازعات الناشئة فيما بين التجار كما أن ظهور هذا المفهوم كان في المؤسسات القانونية البدائية و استمرت ممارسته بعد نشأة الهيئات القضائية الرسمية من طرف الدولة الحديثة بسبب إرادة أطراف النزاع تفادي الشكليات الإجرائية التي تميز القضاء العادي.

و يعتبر الفقه أن التحكيم وسيلة (بدائية) Rudimentaire لحل المنازعات ما دامت تتمثل في عرض الإشكالية على أشخاص خواص ميزتهم الوحيدة هي كونهم اختيروا من قبل طرفي النزاع[298] ، و الطبيعة البدائية أو الابتدائية للتحكيم تعود من حيث المنشأ إلى مصدره الأول عندما كان يحدث أن يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلعة المسلمة فيلجآن إلى شخص آخر من الغير ليحتكموا إليه بقصد الفصل بينهم ، و كما يقول المختصون ، يحتمل أن يكون التحكيم التجاري قد وجد منذ فجر التجارة ذلك أن كل مبادلة تنطوي على احتمال وجود نزاع ، خاصة و أن الاستمرار المثمر للتجارة الدولية يتطلب وسيلة لحل المنازعات بعيدا عن استعمال القوة ، أي البحث الدائم عن توافق الإرادات و سكونها من حيث اختيار المحكم و الأخذ بمضمون تحكيمه[299].

هذا و نلاحظ أن نظام التحكيم التجاري الدولي الحالي يعمل بموجب تشكيلة معقدة من المبادئ من حيث استلهامها لمبادئ الاتفاقيات الدولية المنظمة لمسألة التحكيم بشكل عام و القوانين الوطنية، ذلك أن التحكيم و لو كان يبدو بسيطا نجده يتطلب عددا من المبادئ القانونية المختلفة المصادر تهتم بتحديد صفة المحكمين و تعيينهم و كيفيات عزلهم و رد أحكامهم و إبطالها ، الإعتراف بقرارات التحكيم و إجراءات تنفيذه، مستويات المساعدة القضائية ... الخ ، و هكذا يكون تطور عالم الأعمال و التبادلات قد جعل التحكيم أكثر تعقيدا و بالتالي أكثر قانونية و أكثر تأسيسا Plus juridique et plus institutionnel بالرغم

[297] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ،ص 220.

[298] Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international (traduit de l'anglais par Eric Robine) L.G.D.J ,1994, p 02.

[299] قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 222.

من احتفاظه بميزاته الأولى الرئيسية ، ذلك أنه يبقى معتمدا على وجود طرفين متنازعين أو أكثر يتفقان على اللجوء إلى شخص خاص لحل نزاعها و صدور قرار ينهي ذلك النزاع[300].

و هكذا يكون التحكيم مثلما يقول الاستاذ رولي دافيد عبارة عن تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص من طرف شخص أو عدة أشخاص – المحكم أو المحكمين، يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة.

ومن خلال ما تم الإشارة إليه سنحاول معرفة نظرة المضمون الوطني للتحكيم الدولي ؟ أو بعبارة أخرى كيف تناولت التشريعات الوطنية مسائل التحكيم الدولي ؟

الفرع الأول : التحكيم الدولي في التشريع الجزائري

يذهب الأستاذ أحمد محيو إلى القول إن الممارسات الأولى للتحكيم الدولي في الجزائر ما بعد الاستقلال، كان لها من الأثر السلبي بحيث كان لها كبير الوقع على التصور العام لفكرة و لممارسة التحكيم كإجراء قضائي من نوع خاص[301].

لقد ارتبط إذن موضوع التحكيم الدولي بالجزائر بالآثار المباشرة الناشئة عن تنفيذ مضمون اتفاقيات إيفيان بشأن حقوق الامتياز الممنوحة للشركات الفرنسية العاملة في مجال استغلال المحروقات من حيث أنها نصت على تفضيل إجراء التراضي conciliation أو التحكيم L'Arbitrage وفي حالة الاختلاف يكون لأحد الطرفين الفرنسي أو الجزائري اللجوء مباشرة إلى محكمة العدل الدولية[302] .

وبالتالي كان هذا التوجه تتمة لمضمون التقنين البترولي الصحراوي المعمول به في فرنسا قبل الاستقلال ، مع وجود فارق هام هو تحويل الاختصاص القضائي بشأن المنازعات الناشئة عن نشاط الشركات البترولية الفرنسية من مجلس الدولة الفرنسي إلى التحكيم الدولي.

---

[300] Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l' arbitrage commercial international , op cit, p 11.

[301] Ahmed MAHIOU -Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie-. Revue mutation No 44. < ....Pour tout un ensemble de raison, l'arbitrage n'est pas né en Algérie sous la bonne étoile et les premiers expériences vécues l'été dans des circonstances et un contextes qui vont marquer la procédure arbitrale >>

[302] Déclaration de principe du 19.03.1962.

كان أول اتفاق جزائري فرنسي منظم لمسألة التحكيم بتاريخ .14 سبتمبر1963[303] ، ليتبع بالاتفاق المؤرخ في 29 جويلية 1965[304] والذي تضمن تعريف مغاير لنظام استغلال المحروقات وشروط تواجد الشركات الفرنسية ، إضافة إلى موضوع التحكيم الدولي، إن مضمون هذه الاتفاقيات على اختلافها الشكلي شكل قيد على السلطات الجزائرية في توجيه ومراقبة الأعمال المترتبة عن حقوق الامتياز الممنوحة للشركات الفرنسية تحديدا.

ثم إن مضمون التحكيم المدون في هذه الاتفاقيات جاء مخالفا تماما لما هو معمول به في القانون الدولي، بحيث جاء معرقلا لممارسة السلطة الوطنية لاختصاصها في مجال الجباية البترولية.

إن التوجهات السياسية و الاقتصادية التي مارستها الجزائر ونادت بها على الصعيد الدولي- ضمن مجموعة ال 77 بعد 1965 ما كانت لتقبل بالمضمون " المقيد لممارسة صلاحياتها كدولة وطنية" المعبر عنه عبر الاتفاقيات الجزائرية الفرنسية لسنوات 1963 و 1965 ، ثم إن الممارسات و"التماطل" الغير مبرر للسلطات الفرنسية بشأن مراجعة مضمون هذه الاتفاقيات ، دفع بالسلطات الجزائرية حينها إلى اتخاذ مواقف أكثر راديكالية تمثلت في تأميم المحروقات، واستبعاد إجراء التحكيم الدولي بالتبعية لفض المنازعات وجعل الاختصاص القضائي للغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا باعتبارها هي المختصة بالنظر في كل القضايا التي تكون الدولة أحد أطرافها[305].

ثم إن موقف الجزائر من التحكيم الدولي لم يتوقف عند المنازعات المرتبطة باستغلال ثرواتها الطبيعية بل نراها اتجهت إلى تعميمه على كل أشكال الممارسة التحكيمية معللة موقفها على المستوى السياسي و القانوني :

- أما على المستوى السياسي فقد اعتبرت الجزائر أن قبولها بالتحكيم الدولي في مجال المنازعات المرتبطة بمنح حقوق الامتياز للشركات الفرنسية ، إنما كان نتيجة لمفاوضات غير متكافئة ثم إن هذه التنازلات لم تكن حصيلة مفاوضات حرة و متوازنة ، إن القبول بالتحكيم الدولي وفقا للشروط و الأحكام الفرنسية كان يمثل بالنسبة للجزائر ثمنا آخر تدفعه لتحقيق الاستقلال.

- أما على المستوى القانوني فإن مضمون الاتفاقيات الموقعة مع فرنسا تضمن مبدأين اثنين يتناقضان المبادئ المعمول بها في مجال التحكيم الدولي هما:

---

[303] الجريدة رسمية ، العدد15 ، الصادرة سنة 1963، ص 966.

[304] الجريدة رسمية ، العدد 09 ، الصادر سنة 1965 ،ص 980.

[305] Ahmed MAHIOU ,Cours de Contentieux Administratif . Alger, OPU, 1978, p 120.

أ- الأثر الموقف المترتب عن التحكيم L'effet suspensif معنى ذلك أن كل إجراء تتخذه السلطات العمومية الجزائرية في مواجهة الشركة الفرنسية يتم التوقف عن العمل به مباشرة بعد تسجيل إجراء التحكيم، و هو الإجراء غير المعروف في القانون الداخلي و القانون الدولي حيث نصت عليه المادة 5 من اتفاقية 1963 "و يستمر التوقف عن العمل بالإجراء العمومي إلى حين النطق بالقرار التحكيمي" ، يبدو جليا التفاوت الموجود بين الطرفين أي الدولة الجزائرية من جهة و الشركة الفرنسية من جهة أخرى، على اعتبار أن هذا الحكم إنما كان موجها فقط لعرقلة كل إجراء عمومي لا يخدم مصالح الشركات الفرنسية و بالتالي الدولة الفرنسية.

ب الأثر المباشر و الإلزامي للقرار التحكيمي ، و هو مضمون المادة 4 من اتفاقية 1963

« les arbitrales sont exécutoire sans exequatur sentences » يعني هذا أن القرار التحكيمي يكون نافذا في مواجهة الأطراف من دون الحاجة إلى صياغة بالصيغة التنفيذية من قبل القاضي الوطني ، و يتم ذلك في خلال 3 أيام بعد صدور القرار التحكيمي.

إن هذه الوضعية غير الطبيعية تحرم الدولة الجزائرية من حقها في الدفع بمبدأ احترام القوانين و التشريعات الداخلية الخاصة بالنظام العام ، و هو المبدأ المعترف به في القانون الدولي و المعمول به في الدول الأكثر تمسكا بالتحكيم الدولي.

من جهة أخرى فإن التجربة الجزائرية – الفرنسية في مجال تنظيم و ممارسة التحكيم خلال هذه المرحلة، دفعت ببعض المستثمرين الأجانب – من غير الفرنسيين إلى المطالبة بتطبيق نفس المبادئ التفضيلية ، ثم إن محاولة الدولة الجزائرية تنويع شركائها الأجانب في مجال المحروقات قصد تجنب الشركات الفرنسية و بالتالي تجنب المبادئ الخاصة بالتحكيم الدولي المعبر عنها عبر الاتفاقيات السابق الإشارة إليها، هذا التنويع إذن كان موقوفا هو الآخر بشرط تعميم نفس المبادئ في مجال اللجوء إلى التحكيم الدولي و بنفس الشروط.

إن الموقف الجزائري الرافض لمضمون الاتفاقيات الموقعة مع فرنسا في مجال التحكيم تطور ليصبح معادي -Hostile من حيث المبدأ لإجراء التحكيم الدولي و للاتفاقيات الدولية المكرسة له . ، و التي من أهمها اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى - 1965- و التي تبناها البنك الدولي للإنشاء و التعمير ، ثم إن التوجه الإيديولوجي و المركز الدولي الذي أصبحت تتمتع به الجزائر

في مجال الدفاع عن نظام اقتصادي دولي جديد ، معتبرة أن التحكيم الدولي ماهو إلا تكريس لعلاقات اقتصادية دولية مجحفة و غير متوازنة و بالتالي غير عادلة [306].

إذا كان هذا هو الموقف الرسمي – السياسي – للجزائر من إجراء التحكيم الدولي فإنه و على المستوى العملي فقد حاولت الجزائر إعطاء أبعاد أخرى لمفهوم التحكيم الدولي قوامه:

- الأخذ بعين الاعتبار الأبعاد التنموية للبلاد النامية في عقود و اتفاقيات المتبنية للتحكيم الدولي كوسيلة لفض المنازعات.

- مقر محكمة التحكيم.

- جنسية المحكمين.

- - القانون المطبق.

كل هذا بهدف التقليل من هيمنة الدول المتقدمة على إجراء التحكيم ، مع محاولة إعطاء دور أكبر للدول النامية و قوانينها الداخلية و محكمي دول العالم الثالث بالنظر للتوزيع غير العادل الذي يعرفه التحكيم الدولي و ممارسته ، الدولة الجزائرية من جانب أخر و خلال سنوات السبعينيات كانت تقيم التفرقة بين الدولة كأحد أطراف العقد و المؤسسات العمومية التابعة لها بشان مسالة التحكيم الدولي حيث أن العقود التجارية أو الاستثمارية التي تكون فيها الدولة طرفا ، لا يمكن أن تتضمن النص على التحكيم الدولي بأي شكل الأشكال أما التعاملات و العقود التي توقعها المؤسسات العمومية التابعة للدولة فإن الأمور تكون مغايرة ، بحيث أن الممارسة العملية كانت تأخذ بالتحكيم الدولي من خلال العقود التي توقعها هذه المؤسسات مع الشركاء و الموردين الأجانب و تجعل من الغرفة الدولية للتجارة CCI هي المختصة

في حقيقة الأمر فإن هذه الوضعية المشوبة بالضبابية و عدم الوضوح كانت تخدم الجميع ، الدولة على اعتبار أن هذه الوضعية لها تسمح بعدم اتخاذ موقف حاسم من التحكيم الدولي تكون له آثار مباشرة على تعاملات المؤسسات العمومية و بالتالي التنمية الاقتصادية للبلاد، خاصة في ميدان التعاون جنوب – جنوب[307].

[306] Ahmed MAHIOU, Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie, op cit ,p 15 :« ....cela s'est traduit par une pratique systématique de réserve à l'égard de toute convention internationale stipulant l'arbitrage comme moyen de solution des litiges ».

[307] مثل اتفاقيات التعاون الموقعة مع تونس المغرب و السنغال في بداية السبعينات و التي تضمنت النص على التحكيم الدولي .

كما أن هذه الوضعية تخدم المؤسسات العمومية على اعتبار أنها تمكنها من هامش للمناورة في مجال مفاوضاتها الدولية، أما الشركاء الأجانب فإن هذه الوضعية تمكنهم من تجنب الموقف الرسمي المعلن اتجاه التحكيم و تمكنهم بذلك من تجنب القاضي الوطني و الاستفادة من مزايا التحكيم الدولي.

لقد استمر الموقف الرسمي - على مستوى النصوص التشريعية على الأقل - على هذه الشاكلة إلى غاية بداية الثمانينات، أين بدأت تبرز البوادر الأولى لتغير الموقف الرسمي اتجاه التحكيم و كان ذلك بمناسبة الاتفاق الجزائري الفرنسي المؤرخ في 27 مارس 1983، إن مقارنة اتفاقي 1963 - 1983 تبين لنا التطور الذي عرفه موقف كل من فرنسا و الجزائر بشأن الإجراءات التحكيمية ملاحظة أن اتفاقية 1983 لم تتوقف عند محال المحروقات و استغلالها ، بل شملت كل المشروعات ذات الطابع العمومي.

بطبيعة الحال لم يعد يمكن الحديث عن الأثر الموقف نتيجة التحكيم و لا عن الأثر المباشر و الإلزامي لقرار التحكيم ثم إن مقر هيئة التحكيم أصبح الجزائر العاصمة ، أما الطرف الجزائري فأصبح يقبل بتعيين رئيس الهيئة التحكيمية – في حالة الاختلاف أو عدم إمكانية تعيينه من قبل المحكميين الاثنين - من قبل الأمين العام لمحكمة التحكيم بلاهاي ، كما أصبحت الجزائر تقبل بالتحكيم حتى بالنسبة للأشخاص المعنويين العموميين يعني هذا إمكانية استدعاء الدولة للتحكيم الدولي.

إن موقف الجزائر خلال هذه المرحلة على مستوى الاتفاقيات الدولية وجد على مستوى النصوص التشريعية ما يناقضه و هو نص المادة 442 التي كانت تمنع التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للدولة ، إن هذه المواجهة بين مضمون الاتفاقيات الدولية[308] و مضمون المادة 442 تم الفصل فيه لصالح الالتزام الدولي ابتداء من دستور 1989 على اعتبار أنه أعطى الاتفاقية الدولية سلطة نفاذ أعلى من القانون[309].

لقد ارتبط إذن تطور الموقف الرسمي من التحكيم الدولي بصفة عامة بصدور عدد من النصوص التشريعية المنظمة لاستقلالية المؤسسات العمومية ، إضافة إلى القيام بعدد من التعديلات خاصة

[308] اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية و التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ عبر المرسوم 23388 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988.

[309] Tout fois un arrêt de la cour suprême daté du 20 juillet 1990 a renversé la tendance en disant que tout différent né de l'exécution d'un marché public relevait des chambres administratives des cours et surtout en estimant que la clause d'arbitrage Algéro-Français et contraire à l'article 442 du CPC et à l'ordre public Algérien » Ahmed MEHIOU, op cit, p 16.

بالقانون التجاري ليصدر أخيرا المرسوم التشريعي 93 - 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66 – 154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

لقد تضمن المرسوم التشريعي 93 - 09 الإطار العام للتحكيم التجاري الدولي - الفصل الرابع من قانون الإجراءات المدنية بعد التعديل - ، ويعتبر الفقه أن هذا الإطار القانوني يعد شاملا و حديثا على اعتبار أنه يدخل الجزائر ضمن منظومة الدول الآخذة بقواعد التحكيم الدولي الخاصة بفض المنازعات التجارية [310]، و تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التشريعي 93 - 09 تضمن عددا من الأحكام والقواعد المنصوص عليها في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادر بتوصية رقم 2205 و المؤرخ في 17 ديسمبر 1966.

إن هذا الاستلهام يقدم مرة أخرى إجابات صريحة بشأن التوجه الواضح و المتسارع للمشرع نحو تبني و ممارسة الأحكام و القواعد الدولية في مجال التحكيم ، مع محاولة تطبيعها مع واقع الممارسة القضائية و الإجرائية بالجزائر[311].

نلاحظه من جهة أخرى أن القواعد و الإجراءات المنظمة للتحكيم التجاري الداخلي بقيت من دون تغيير منذ 1966 ، خاصة بالنسبة لسير المحاكمة التحكيمية و القواعد العملية في مجال العقود التجارية الدولية ، ذلك أن نص القانون يغفل هذه الجوانب ثم إن حرية الأطراف و إرادتهم عبر اتفاقية التحكيم لا تكفي دائما لحل كل الإشكالات المرتبطة بعملية تحكيمية يعود إذن من حيث الأصل للتشريع الوطني مهمة وضع الأطر العامة المحددة لكيفية فض النزاع عن طريق التحكيم و يعود للتشريع كذلك مهمة تحديد مجال تطبيق و نفاذ القواعد و الأحكام المعمول بها دوليا و التي تكون ملزمة للمحكم و للقاضي الوطني على حد سواء ، إضافة إلى موضوعات من مثل الارتباط فيما بين المنازعات connexion des contentieux و تداخلها litispendance ، كل هذه المسائل بقيت غائبة إذن عن قانون الإجراءات المدنية في مجال تنظيمه للتحكيم الداخلي . منذ 1966.

إن هذا النقص و الفراغ التشريعي في شأن التحكيم الداخلي كان له بالغ الأثر على مصالح المتعاملين الاقتصاديين، كما أنه شكل تحديا مستمرا للقاضي الوطني إذ نجده مرغما على تقديم أحكام أمام غياب نصوص تشريعية صريحة بشأن مثلا الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم بالنظر إلى اختصاص القاضي في

[310] ISSAD M. Le décret législative du 23.04.1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Paris 1993, No 03, p 377.

[311] Le Droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie. Rapport de la Banque mondiale site web officiel rapport préparé par M BEKHECHI, 2002, p 34.

حالة عدم توفر حسن النية لدى أحد الأطراف ؟ يذهب بعض القضاة إلى النظر إلى المسألة من منظور الاختصاص و يختلفون بشأن طبيعته هل هو اختصاص نوعي أو محلي ؟

تثير من جهة أخرى مسألة تنفيذ القرارات التحكيمية، إشكالات مماثلة بحيث أن مضمون المرسوم التشريعي 93-03 يترك للقضاة سلطة تقديرية واسعة للنظر في مدى تهديد القرار التحكيمي للنظام العام من عدمه، و هو الشيء الذي يصعب إمكانية تنفيذه هذه القرارات.

إضافة إلى كل هذه الملاحظات ذات الطبيعة القانونية تجدر الإشارة إلى انعدام يكاد يكون كلي لممارسة التحكيم الداخلي لدن المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين أنفسهم ، و مرد هذا الموقف السلبي هو غياب ثقافة البحث . عن أشكال مغايرة لفض المنازعات التجارية، إضافة إلى عدم وجود إطار قانوني يشجع على تطوير الممارسة التحكيمية في المواد التجارية، و تجدر الإشارة هنا إلى الدور الذي من الممكن أن تلعبه الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و الغرف الجهوية للتجارة[312] .

أما بشأن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فقد تناولها قانون الإجراءات المدنية في الباب الرابع – المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 - معتبرا في المادة 458 مكرر أن عنصر (الدولية) يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح التجارية [313] التي يكون فيها مقر أو موطن أحد الطرفين المتنازعين على الأقل خارج التراب الجزائري : يثور الإشكال بالنسبة للمؤسسات التي يكون مقرها الأساسي في الجزائر و تملك في نفس الوقت مراكز في مختلف مناطق العالم خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري يربط مسألة تحديد عنصر (الدولية) ، بموضوع مهم بالنسبة لأي متعامل اقتصادي أجنبي ألا و هو تنفيذ القرارات التحكيمية.

يشترط من جانب آخر المشرع الشكلية على اتفاقية التحكيم، إذ يعتبر باطلا أي اتفاق للجوء إلى التحكيم الدولي لا يتم في عقد مكتوب. أما من حيث الموضوع فإن اتفاقية التحكيم تكون مرتبطة بالشروط

---

312 Le Droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie ,op cit, p 39.

313 تجدر الإشارة في معرض الحديث عن التحكيم التجاري الدولي إلى أن المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين التجارية الوطنية تأخذ مفهوما موسعا يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي ، و هذا نظرا لما جاء في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إذ نجد أن المادة الأولى من ذلك القانون تحتوي في هامش خاص يتضمن تعريفا موسعا لمعنى التجاري بحيث يشمل (... العلاقات التجارية التعاقدية و غير التعاقدية دون الاقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات ، و كذا اتفاقيات التوزيع و التمثيل التجاري و التحصيل - أو شراء و خصم الديون - و اعتماد التأجير Crédit bail و تشييد المصانع و الخدمات الاستشارية و الأعمال الهندسية و التراخيص والاستثمارات و التمويل و المعاملات المصرفية و التأمين اتفاقيات الاستغلال أو الامتيازات و المشروعات المشتركة و أشكال التعاون الصناعي و التجاري الأخرى و نقل البضائع و المسافرين جوا أو بحرا أو برا أو بالسكك الحديدية أو الطرق) .

التي ينص عليها القانون الذي اتفق عليه الأطراف أو القانون المنظم لموضوع النزاع إذا ما تضمنت الاتفاقية النص عليه ، و لا سيما القانون الذي أقيم على أساسه القانون الأساسي للمؤسسة - المادة 458 مكرر -1 .

تمكن المادة 458 مكرر 2 الأطراف من تعيين المحكم أو المحكمين مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي يعدد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم و يمكن للأطراف رد المحكمين في الحالات التالية:

أ- عدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف – لا يتناول القانون حالة عدم الاتفاق بين الأطراف حول هذه المؤهلات و الحلول الواجب إتباعها حينها-

ب- عندما يكون سبب الرد هو ما يتضمنه النظام التحكيمي الذي اعتمده الأطراف.

ج- قيام الارتياب المشروع في استقلالية المحكم : بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقة مصا. صالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع أحد أطراف النزاع.

أما فيما يخص الإجراءات اللازم إتباعها أمام الهيئة التحكيمية فيمكن القانون الأطراف من الاتفاق على ذلك عبر اتفاقية التحكيم و بالإشارة إلى الإجراءات المعتمدة في نظام تحكيمي ما ، و في حالة غياب كل ذلك يمكن للهيئة التحكيمية ضبط الإجراءات مباشرة أو الاستناد إلى قانون أو نظام تحكيمي تختاره.

يكون للهيئة التحكيمية أن تفصل في اختصاصاتها و يستوجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع.

هذا و يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه و يأمر بالتنفيذ الجبري و ذلك سب الشروط التي حددتها المادة 458 مكرر 17 بشأن الاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها الجبري : إثبات وجود القرار التحكيمي بتقديم الأصل مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق و ألا يكون هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الدولي

إن هذا الشرط يثير من التساؤلات أكثر مما يقدمه من إجابة بحيث يجعلنا نتساءل عن مدلوله خاصة بالنسبة للقرارات التي ستنفذ في الجزائر ، ثم ما هي طبيعة السلطة التي بإمكانها الحكم بمخالفة "الاعتراف" للنظام العام الدولي ؟ حيث تكون قرارات المحكمين المعترف بها قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصه أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الجزائر، و يكون هذا نصت المادة 458 مكرر 22 خطأ القرار - قابلا للاستئناف أمام المجلس الذي يتبعه رئيس المحكمة الذي فصل في طلب الاعتراف أو التنفيذ.

يمكن أن تكون من جهة أخرى القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع دعوى طعن بالبطلان Recours en annulation وذلك في الحالات التالية : المادة 458 مكرر 23:

-إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أو بعدم اختصاصها.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

-إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها .

- إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب.

- إذا لم يراعى مبدأ حضور الأطراف.

-إذا لم تسبب محكمة التحكيم قرارها أو إذا وجد تضارب في الأسباب.

- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

يلاحظ أن دعوى الطعن المشار إليها في المادة 458 مكرر 25 هي تلك الدعوى التي تلحق بالقرارات التحكيمية الصادرة عن هيئات تحكيمية تجعل من قانون الإجراءات لمدنية الجزائري مرجعا لها.

يوقف أجل تقديم الطعن – شهر – تنفيذ الأحكام التحكيمية، ثم إن تقديم الطعن في آجاله يرتب توقف التنفيذ، و تكون أخيرا الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الناظرة في الطعون المقدمة بالتماس البطلان قابلة للطعن بالنقد أمام المحكمة العليا.

تناول القانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات مسألة التحكيم الدولي عبر مادته 58 حيث نصت على أنه "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات المتعاقد و الأجنبي ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عند تطبيق هذا القانون و / أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد في حالة عدم التوصل إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي . حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

أما إذا كانت سوناطراك شركة ذات أسهم هي المتعاقد الوحيد فإن التزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات، يطبق القانون الجزائري و لا سيما هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات". لقد خص المشرع إذن عبر هذه المادة ميدان المحروقات بخاصية تميزه عن الميادين الأخرى التي تبقى خاضعة لمضمون المرسوم 93-09.

يسبق المشرع إجراء المصالحة المسبقة قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي بشأن كل ما قد يطرأ من نزاعات بخصوص تفسير و/أو تنفيذ العقد الذي يربط الوكالة الوطنية لتثمين مواد المحروقات - المنصوص عليها في المادة 12 إضافة إلى الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات وضبطها في مجال المحروقات - ، أو عن

تطبيق مواد القانون رقم 05 – 07 و /أو النصوص التنفيذية الخاصة به، و يتم ذلك بحسب الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في العقد ، أما إذا تعلق النزاع بعقد مبرم بين الوكالة و شركة سوناطراك فلا مجال من جهة للحديث عن المصالحة المسبقة ثم إن التحكيم يتم أمام الوزير يعني هذا أن التحكيم يكون إداريا أمام الجهة الوصية.

في مرحلة لاحقة أصدرت الجزائر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لسنة 2008، الذي منح للأشخاص المعنوية العامة إمكانية اللجوء للتحطيم في علاقاتها التجارية الدولية، وهو ما تضمن الإعترف الرسمي بالتحكيم واعتباره كأحد الطرق البديلة لحل النزاعات الدولية و الوطنية[314]

وبهذا يكون التحكيم في الجزائر قد مر بمرحلتين، تميزت المرحلة الأولى برفض وعدم قبول هذا النظام بحجة المساس بمبدأ السيادة الوطنية، حيث أظهر المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية القديم المشار اليه، وفي العديد من المناسبات، أما في المرحلة الثانية فقد حسم المشرع الجزائري موقفه، معتبرا التحكيم التجاري الدولي نظاما مفضلا لتسوية النزاعات التجارية الدولية، وكان انضمام الجزائر الى اتفاقية نيويورك (1958) و اصدار المرسوم (93-09) و القانون (08-09) و ابرام اتفاقيات ثنائية خاصة بتشجيع الاستثمارات و الانضمام الى الاتفاقيات متعددة الأطراف الدليل الواضح على هذا الموقف الجديد هذا من جهة،

ومن جهة أخرى فقد بيّن المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بكل وضوح مختلف مراحل تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي بهدف تنفيذ استراتيجية تقوم على تبني فكرة تشجيع الاستثمار الأجنبي .

الفرع الثاني: القوانين العربية و التحكيم الدولي

ا - التقنين التونسي للتحكيم الدولي:

لم يتوقف المشرع التونسي عند تعديل القانون الخاص بالإجراءات المدنية كما كان الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في مجال تنظيمه للتحكيم الدولي، بل نراه ذهب أبعد من ذلك من حيث أنه أصدر تقنينا خاصا من حيث بالمسألة بتاريخ 26 أفريل 1993 ، كما كان الشأن بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائري قبل

[314] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج.ر عدد 21 الصادر في 25 فبراير 2008.

التعديل فقد كان يخصص قانون الإجراءات المدنية التونسي مادة وحيدة لمسألة التحكيم الدولي كما كان ينعت القرار التحكيمي الصادر خارج المجال القضائي التونسي بالحكم الأجنبي ، إضافة إلى غموض أحكامه إجراءات التحكيم الداخلي.

لقد اعتمد المشرع التونسي على مضمون القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري و الخاص بالتحكيم التجاري الدولي ، في إعداد تقنين التحكيم بل يرى بعض الفقه أنه بالغ في إتباعه على الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا النموذج ، و قوام التقنين اعتماده على مبدأين أساسيين هما:

- حرية أطراف العقد في إعداد و تنفيذ الأحكام الخاصة بالتحكيم في المسائل التجارية.

- الحماية والضمان للعملية التجارية بصفة عامة كما يمكننا تعداد بعض الخصائص المميزة للتقنين التونسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي عبر النقاط التالية:

- لا يمكّن التقنين التونسي الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام – الدولة و الهيئات الإدارية الأخرى من اللجوء إلى التحكيم في مجال تعاملاتها الداخلية، غير أنه و بمناسبة اتفاقيات التحكيم التي توقعها في مجال علاقاتها الدولية ذات الطابع الاقتصادي، التجاري أو المالي يمكنها من ذلك. مع ملاحظة أن المشرع الجزائري يقصرها على العلاقات التجارية الدولية.

- أما من حيث تشكيل محكمة التحكيم و إجراءاتها فإن التقنين التونسي يعطي كامل الحرية لأطراف اتفاقية التحكيم في تحديدها سواء بطريقة مباشرة أو بالإشارة إلى نظام تحكيمي خاص و في حالة سكوت الأطراف فإنه يعود للمحكمين تحديد الإجراءات الواجب إتباعها و ليس لسلطتهم في هذا المجال من حدود إلا تلك المتعلقة بالمبادئ العامة للإجراءات المدنية والتجارية و بشكل خاص القواعد ذات الصلة بالحق في الدفاع – المادة 13 ف 4 – ، و هذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري بحيث أنه فصل مسألة تعيين محكمين و تضمن النص على إمكانية تعيينهم من طرف الأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي يتفق عليه الأطراف ، كما تمكن المادة 458 مكرر 2 الأطراف من تحديد شروط تعين المحكمين و شروط عزلهم أو استبدالهم ، ثم يضيف المشرع الجزائري و في حالة غياب كل هذه الأشكال لتعيين المحكمين أو في حالة صعوبة تعيينهم لظروف و اعتبارات خاصة،

يكون للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يلي:

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة [315] إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.

ب رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و قرر الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري و تطبق نفس الإجراءات في حالة استعصاء عزل المحكمين أو استبدالهم.

أما عن تحديد الإجراءات الواجب اتباعها أمام الهيئة التحكيمية و بالإضافة إلى مضمون المادة 13 ف 4 من التقنين التونسي للتحكيم أي إرادة الأطراف في تحديد هذه الإجراءات مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي يتفق عليه الأطراف أو أخيرا إخضاعه إلى محكمة التحكيم ، فإن التشريع الجزائري يضيف إمكانية أخرى ترتبط بإرادة الأطراف عبر اتفاقية التحكيم – تحدد خلالها الهيئة التحكيمية الإجراءات اللازم اتباعه من المادة 458 مكرر 6 ف 1-

تنص الفقرة 1 من المادة 73 من تقنين التحكيم التونسي على أن المحكم يفصل في النزاع اعتمادا على مبادئ القانون حتى لو كان "مفوضا للصلح" amiable compositeur في مضمون اتفاقية التحكيم ، كما يكون ملزما بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ، و في حالة عدم النص على هذا الاختيار يعود للهيئة التحكيمية مهمة تطبيق القانون الذي تراه مناسبا، كما نجد تأكيد التقنين في مواد عديدة على ضرورة احترام العقد التجاري الرابط بين الأطراف المتنازعة للأخذ بعين الاعتبار العرف الدولي في المواد التجارية ، و هو ما نصت عليه تقريبا المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 93 - 09 حيث اعتبرت أن لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب ذلك تفصل وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة - و كان الأجدر بالمشروع أن يضيف ملائمة مع. طبيعة النزاع -

و كما فعل المشرع الجزائري فقد تضمن التقنين التونسي النص على إجراء الطعن بالبطلان في القرارات التحكيمية ،كما سمح التقنين التونسي للأطراف التنازل عن هذا الإجراء إذا لم يكن لهم موطن أو إقامة بتونس، كما تضمن التقنين التونسي من المبادئ الحمائية المكرسة دوليا على صعيد القضاء و التحكيم الدوليين، القوانين الحديثة الخاصة بالتحكيم التجاري و كذا الاتفاقيات الدولية و التي من بينها - أي المبادئ استقلالية البند الخاص بالتحكيم عن العقد أو الاتفاقية و ذلك من حيث البطلان « L'autonomie de la clause compromissoire qui échappe à l'éventuelle nullité du contrat »

[315] و هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم أو المحكمة التي حددت هذه الاتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها أو المحكمة مقر إقامة المدعى عليه أو المدعى عليهم في النزاع أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر المادة 458 مكرر03.

إضافة إلى اختصاص الحكم الدولي لنظر في مدى اختصاصه في النزاع المعروض عليه و ذلك لتجنب منازعات جانبية أخرى تكون قبل أو أثناء مباشرة دعوى التحكيم ، (و هو مضمون نص المادة 458 ف 7 من المرسوم التشريعي 93 – 09).

على خلاف التوجه الذي اختاره المشرع الجزائري من حيث أخذه بالاختصاص الإقليمي للمحاكم بمناسبة الاعتراف أو طلب تنفيذ القرارات التحكيمية، فإن المشرع التونسي أرجع الاختصاص إلى محكمة الاستئناف بتونس العاصمة ، بعبارة أخرى فقد ركز المنازعات المتصلة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية أمام جهة قضائية وحيدة[316].

ب -التشريع المصري :

لقد نظم المشرع المصري المنازعات ذات الطابع الدولي ضمن مقتضيات قانون المرافعات، قد أخذ في منح الاختصاص للمحاكم الوطنية من عدمه بمعيارين أحدهما موضوعي و الآخر شخصي[317].

- الضابط الموضوعي و يتلخص ذلك في أن للمحاكم المصرية الاختصاص الدولي بنظر منازعات الاستثمار وفقا للضابط الموضوعي بناء على وجود رابطة بين إقليم الدولة في ثلاث حالات هي:

- ضابط موقع المال : و تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى المتعلقة بمال موجود على إقليم الدولة المصرية بوصفها مضيفة للاستثمار ، يستوي في ذلك أن يكون هذا المال عقارا أو منقولا و بصرف النظر عن جنسية المدعي أو المدعى عليه سواء كان وطنيا أو أجنبيا، و هذا الضابط يعد من القواعد الأساسية المقررة لاختصاص محاكم الدول و هي : قاعدة مسلمة و قد استقر العمل بها في كافة الدول .

- ضابط الدعاوى المتعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في الدولة المضيفة للاستثمار، و قد نصت على هذا المبدأ المادة 30 ف 2 من قانون المرافعات المصري فإن الاختصاص بنظر الدعاوى الناشئة عن التزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في مصر ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية.

- ضابط الدعوى المتعلقة بإفلاس أشهر على إقليم الدولة : يضاف إلى ما سبق من ضوابط اختصاص موضوعي للمحاكم الوطنية المصرية بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي المتعلقة بإفلاس أشهر على أراضيها، يستوي في ذلك أن يكون المدعي عليه وطنيا أو أجنبيا و سواء كان متوطنا في الإقليم أو مقيما فيه و سواء كان له موطن تجاري أو موطن عام.

---

316 Kalthoum MEZIOU, Le Droit de l'Arbitrage International en Tunisie, Revue Tunisienne de l'Arbitrage, Année 2004, p 07.

317 عبد العزيز سعد يحي النعماني، مرجع سابق، ص 98.

- الضابط الشخصي : و الأصل هنا أن يعتد المشرع بمركز المدعي عليه كضابط لاختصاص المحاكم الوطنية، بنظر الدعاوى ذات الطابع الدولي ، اد الأصل أن المدعي عليه بريء ، و إن على المدعي أن يسعى إليه أمام محكمته، ومن ثم فان محاكم الدولة تختص بنظر الدعاوى المرفوعة على الوطنيين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين ، أو أشخاصا اعتبارية ، و اختصاص الشخص أمام محاكم دولته من الأمور المسلمة ، التي لا تحتاج إلى نص في ذلك ، و تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى على الوطني ، سواء كان مقيما في الدولة أو خارجها، و في جميع الدعاوى إلا ما تعلق منها بعقار يقع خارج حدود الدولة - المادة 28 من قانون المرافعات المصري، هذا لا و يشترط في المدعي أن يكون متمتعا بجنسية الدولة بحيث تقبل دعوى الأجنبي على الوطني، سواء كان الأجنبي متوطنا، أو مقيما في الدولة ، أو في الخارج ، و من ناحية ثانية، فان المحاكم الوطنية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي المتوطن، أو المقيم في الدولة فيما عدا " الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج " . تلكم هي أهم الضوابط أو القواعد المنظمة لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى ذات الطابع الأجنبي.

لم يتناول القانون المصري رقم 65 لسنة 1971 بشان استثمار المال العربي و الأجنبي و المناطق الحرة التحكيم إلا في حالة واحدة هي تسوية المنازعات المحتملة ، الناشئة حول التعويض عن نزع الملكية ، أو التأميم، بخلاف قانون ضمانات و حوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997- المادة 7- الذي أولى التحكيم عناية خاصة، حيث اعتبره وسيلة مستقلة و ملائمة لتسوية منازعات الاستثمار، لا بل وسع من نطاق اختصاصه على نحو يكاد يصبح هو الأصل و ليس الاستثناء بخصوص تسوية منازعات الاستثمار.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري، قد خص التحكيم في المواد المدنية و التجارية بتشريع خاص هو القانون رقم 28 لسنة 1994 ، و الذي كان مواكبا لصدور قوانين تعنى برقابة النقد و سعر الصرف و سرية المعاملات المصرفية ، و قد استلهم المشرع المصري أحكام القانون رقم 28 من النموذج الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، غير انه قصر تطبيق أحكامه على المعاملات التجارية الدولية. بعدما تناولنا مضمون المرسوم التشريعي -20993 الخاص بالتحكيم الدولي بالجزائر وكذا موقف بعض التشريعات العربية من . مسألة التحكيم سنحاول تناول آليات التحكيم الدولي من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني : وسائل التحكيم الدولية للاستثمارات الأجنبية .

لقد شكلت النقاشات الفقهية المرتبطة بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات التي تثور فيما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي إضافة إلى موضوع تحديد المحاكم المختصة الدافع الأول لتطور مسار قواعد التحكيم الدولي[318] ، ذلك أنه وأمام شكوك المستثمر الأجنبي تجاه موضوعية

[318] R-David, l'arbitrage dans le commerce International. Paris, Economica, 1982 p 221.

العدالة الوطنية للدولة المضيفة خاصة بالنسبة للدولة النامية التي كانت تأخذ بنظرية الفقيه كالفو-calvo [319] المرتبطة بسيادة الدولة الوطنية وأسبقيتها على أي شكل من أشكال الحماية المقدمة للمستثمر الأجنبي، هذه العوامل دعمت موقف المدافعين على ضرورة وضع وضبط آليات دولية للتحكيم في مجال الاستثمار الدولي.

وبهدف تجاوز حدود الحماية الدبلوماسية [320] عمل المستثمرون الأجانب على فرض قواعد اللجوء إلى التحكيم الدولي - les clauses compromissoires داخل العقود الموقعة مع الدول المضيفة من خلال هذه القواعد أصبح بالإمكان الاتفاق على اللجوء إلى هيئة تحكيمية بخصوص كل أو بعض ما قد ينشأ من خلافات بينهما مستقبلا بمناسبة تطبيق بنود العقد، غير أنه تبين للمستثمرين الأجانب محدودية هذه القواعد الداعية للتحكيم الدولي من حيث أنها تبقى مرتبطة بالأساس بموضوع العقد وتحتكم إلى التشريع الوطني المنظم للتحكيم الدولي وكذا إلى القاضي الوطني من حيث تنفيذ والاعتراف بالقرار التحكيمي.

لقد عمل المستثمرين الأجانب في بداية الأمر على تحصين القواعد الخاصة بالتحكيم الدولي المنصوص عليها في العقود، كما يلاحظ الأستاذ فوشار [321]. عبر حمايتها مما قد يلحق العقد من بطلان

---

[319] « Cette conception s'est opposée à la doctrine Calvo, adoptée par les Etats d'Amérique latine et qui, justement ne prévoit que des recours de droit interne lors de conflits entre un Etat et un investisseur étranger. Elaborée par le juriste Carlos CALVO au milieu du XIX éme siècle en réponse à l'intervention diplomatique Européenne en Amérique latine, cette doctrine est principalement assise sur deux postulats :

- Rien dans le droit international n'oblige les Etats à offrir un traitement différent aux étrangers par rapport aux nationaux;

- Grace à l'égalité souveraine des Etats, ceux-ci ne peuvent pas intervenir, par la force ou par la diplomatie, auprès d'un autre Etat suite, par exemple, à une décision judicaire, la protection diplomatique, sauf dans le cas flagrant de déni de justice, n'est donc pas admise » S.K.B Assante , Droit International et Investissement, dans M. bedjaoui, dir, Droit International: Bilan et perspective, Tome 2 Paris, A. Pédone, 1991, p 713.

[320] « Bien avant l'explosion du nombre de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, le Droit International coutumier reconnaissait le Droit des investisseurs à recourir à la protection diplomatique lorsqu'ils avaient l'impression que leurs intérêts reliés à des investissement étrangers étaient lésés.... et lorsque les recours en droit interne s'avéraient insuffisant. La protection diplomatique peut être sommairement définie comme étant les actions que prend un Etat en vue de défendre ses nationaux contre les préjudices causés par un autre Etat et d'en tirer réparation » Réni BERCHAUD, Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements L'ALENA comme modèle Groupe de recherche en économie et sécurité, GRES, FEVRIER, 2000.

[321] FOUCHARD, Où va l'arbitrage international ? 1989, Revue de Droit MCGILL, La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ? ENA .France, 2003, , p 445

إضافة إلى تمكين المحكم الدولي من أن يفصل في اختصاصه بالنظر في المنازعات المعروضة عليه مع استبعاد تدخل القاضي الوطني في المنازعات الناشئة عن تطبيق بنود عقد متضمن للتحكيم الدولي.

إضـــافة إلى ما تقدم عملت الشـــركات المتعددة الجنســـيات على إقرار أكبر قدر من الاســـتقلالية بالنســـبة للحكم الدولي في مواجهات ممثلي الدولة المضـــيفة من إطارات الدولة الســـامين بنية تجنب كل أشكال الضغوط المباشرة وغير المباشرة للسلطات التنفيذية والقضائية للدولة المضيفة[322].

هذا كما لم تكتفي الشـركات المتعددة الجنسـيات بصـور الضـغط الممارسـة على حكوماتها الوطنية وأمام ريبتها وشكوكها الدائمة تجاه مصداقية الأحكام التحكيمية الصادرة تطبيقا لقواعد التحكيم الدولي الوطنية والتي من شأنها المساس بمصالحها الاقتصادية والمالية عملت بضغط كبير على حكوماتها أجل وضـــع نظم تحكيمية أو بالأحرى منظومات تحكيمية دولية تعمل بقدر الإمكان بعيدا عن المرجعيات الفقهية والقانونية للدولة المضيفة.

الفرع الأول: النظام التحكيمي الدولي لغرفة التجارة الدولية

إضـــافة إلى مهمة توحيد قواعد التحكيم المهتمة بالمنازعات الناشـــئة عن تطبيق العقود التجارية الدولية، تبنت غرفة التجارة الدولية [323]ابتداء من سـنة 1921 نظام خاص بالتحكيم الدولي . تكمن أهمية هذا النظام بالنظر إلى الأحكام والقواعد التحكيمية المتناولة للمنازعات الناشـــئة بين الدولة المضـــيفة والمستثمر الأجنبي ، هذه الأهمية التي أكدها عدد القضايا المعروضة أمام نظام التحكيم الدولي للغرفة[324].

---

322 P.FOUCHAR, Où va l'arbitrage international ? op cit, p 446

323 « La chambre de commerce international << CCI » est une association non gouvernementale elle a vu le jour le 24. juin 1920 en vue de favoriser la libéralisation économique internationale. ses quatre principales fonctions sont de :

-Représenter la communauté industrielle et commerciale au niveau internationale en particulier auprès des nations unies et des agences spécialisées;

- Promouvoir les investissements et les échanges internationaux sur la base d'une concurrence libre et loyale ;

- Harmoniser la terminologie et la pratique commerciales ; et fournir certain services, organiser des séminaires et publier de nombreux ouvrages techniques » B.COLAS, répertoire des accords et des institutions, Paris , la documentation Françaises Wilson la fleur, 1990, p.p 263 -266.

324 Elle aurait fait l'examen d'environ 10.000 affaires depuis sa fondation, et le nombre annuel des cas étudiés grandit d'année en année. Un grand nombre de ces cas....ont .opposés deux parties privées - voir site WEB de la CCI www.ICC.org

غير أن هذا النظام لم يخلو من الانتقاد وهو الأمر الذي ربما يفسر عزوف الاتفاقيات الثنائية لحماية وتطوير الاستثمارات في صيغها الجديدة النص على اللجوء إلى نظام التحكيم الدولي للغرفة.[325]

ولعل أهم الانتقادات الموجهة لهذا النظام هو ما تناولته المادة 21 - المعدلة بنص المادة 27 بحسب التعديل الأخير الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من الفاتح جانفي 1998 [326]تنص هذه المادة على الدور الرقابي superviser لمجلس التحكيم الدولي لغرفة الدولية للتجارة، ذلك أن الأحكام التحكيمية لا يمكن اعتماد مقرراتها إلا بعد تبنيها من قبل المجلس[327] ، إن مرد هذا التدخل يكمن كذلك في مضمون المادة 35 من نظام التحكيم للغرفة التي تنص :

« La cour et le Tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ».

في حين تنص المادة 12 فقرة 2 على أنه يمكن لمجلس التحكيم الدولي التابع لغرفة التجارة الدولية، استبدال حكم على اعتبار أنه يحترم المهام المناطة به تطبيقا لقواعد التحكيم الخاصة بالغرفة الدولية للتجارة يعتبر الأستاذ أنطوان كسيس[328] ما يأتي :

«or, si la cour estime que la sentence comporte une erreur ou la violation d'une règle de droit qui concerne le fond et qui est d'une importance telle que la sentence, si elle était définitivement signée et notifiée, n'obtiendrait pas la reconnaissance et l'exécution dans les tribunaux nationaux du pays ou elle est appelée à recevoir reconnaissance et exécution, l'arbitre n'aura pas rempli ses fonctions conformément au règlement, puisqu'il aura violé

[325] Seul le traité entre les Etats-Unis et Haïti en fait mention et encore faut-il noter que celui-ci, n'ayant jamais été ratifié, n'est pas à ce jour entrée en vigueur voir, Réni BERCHAUD, op cit, p 11.

[326] Cet article est rédigé comme suit: « Avant de signer toute sentence, le Tribunal doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut en respectant la liberté de décision du Tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendu par le Tribunal arbitral sans avoir été approuvé en la forme par la Cour » Voir règlement d'arbitrage de la CCI disponible sur le site web, op cit.

[327] La cour se compose d'un Président élu par le conseil de la CCI, de vise Président et de membres, tous nommés par le conseil également et ce selon l'appendice 1 du règlement d'arbitrage voir aussi statut de la cour internationale d'arbitrage de la CCI Article 2 et 3 site officiel CCI ,op cit.

[328] A-KASSIS, Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale: les déviations de l'arbitrage international. Paris, LGDJ,1988, p.p 160-179.

l'article 35. La cour peut donc très bien procéder à son remplacement en vertu du pouvoir que lui donne l'article 12-2- bien qu'il s'agisse d'une question de fond et non de forme. cela peut arriver par exemple, si la Cour trouve que le projet de sentence comporte une violation de l'ordre public du pays ou seront requises la reconnaissance et l'exécution.. »

يلخص هذا الموقف بامتياز نقطة ضعف نظام التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية ، بحيث أن المادة 35 والمادة 12 تمكن أعضاء المجلس المشكل من كبار المستثمرين الخواص المصدرين في غالبيتهم المطلقة لرؤوس الأموال، من سلطة تقديرية واسعة تشمل موضوع النزاع هذه السلطة التي تمثل بحق حقا للفيطو " تحدد مصير النزاع الذي قد يشمل مستثمر أجنبي بدولة مضيفة.

أما بشأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق، فنظام التحكيم يمكن أطراف النزاع من اختيار و بحرية قواعد القانون التي تحتكم إليها المحكمة بمناسبة نظرها في موضوع النزاع وفي غياب هذا الاختيار أو في غياب الاتفاق على هذه القواعد فيرجع للحكم مهمة اختيار هذه القواعد بحسب طبيعة النزاع وبما يراه مناسبا. وفي كل الأحوال تأخذ المحكمة بعين الاعتبار مضمون العقد وأعراف التجارة الدولية .

إن طبيعة العلاقات الاقتصادية السائدة ابتداء من نهاية الثمانينات خاصة في مجال تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وما يحكمها من اعتبارات ليست في غالب ذات مقاصد وأهداف اقتصادية وتجارية محضة ، إضافة إلى موجة التنافس غير المتكافئ فيما بين الدول المستقبلة لرؤوس الأموال والاستثمارات العينية تجعل المستثمر الأجنبي في موقف أكثر " راحة " وتميل من باب أولى ميزان القوة لمصلحته أمام انحصار نظرية الاستاد كلفو بشأن اشتراط بعض القواعد التحكيمية والقانون الواجب التطبيق عبر العقود الدولية المنظمة لانتقال رؤوس الأموال واستثماراتها[329].

أما عن اللجوء إلى " ممارسات التجارة الدولية الأكثر عدالة والتي يعرفها الأستاذ فوشار على أنها "الممارسات المتبعة عادة في قطاع معين للنشاط التجاري" والتي يضفي عليها البعض صفة القواعد العامة للقانون التجاري الدولي ذات المصدر العرفي [330]، والتي لاقت انتقادات جوهرية من لدن فقهاء البلاد النامية

[329] Réni BERCHAUD ,, op cit, p 14.

[330] « Les pratiques habituellement suivies dans une branche déterminée d'activité » voir P.fouchard, E.gaillard et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage COMMERCIAL INTERNATIONAL. Paris, litec, 1996, p 818.

خلال سنوات الستينات والسبعينات على اعتبار أن بلورت هذه القواعد إنما تمت في غياب غالبية أعضاء المجتمع الدولي المعاصر والتي قدم حيالها الفقيه السوفياتي طنكين نقدا يعد مرجعا في هذا الخصوص[331].

الفرع الثاني : اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

تمثلت المرحلة الثانية الخاصة بتطوير الأحكام الخاصة بآليات التحكيم الدولة المتناولة للاستثمارات الدولية بشكل عام في إبرام الاتفاقيات الخاصة بالاعتراف وبتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، وبدأ ذلك من خلال إبرام اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية - 10 نوفمبر 1958- والتي دخلت حيز التنفيذ في 07 جوان 19597 مع الإشارة إلى أنه وقبل هذه الاتفاقية لم يكن يعرف أي التزام دولي يخص تنفيذ القرارات التحكيمية في القانون الداخلي للدول [332] خاصة إذا علمنا أن اتفاقية جنيف المبرمة في 26 سبتمبر 1927 الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية اتضحت محدوديتها بسبب عدم انضمام كل من الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفياتي إليها [333] .

أمام ضغوط المجموعات الاقتصادية المصدرة لرؤوس الأموال داخل غرفة التجارة الدولية، قامت هذه الأخيرة باقتراح نص الاتفاقية والتي كان الهدف منها تقرير حماية دولية لبنود اللجوء إلى التحكيم الدولي والسماح بتنفيذ مقرراتها خارج الدول التي تم على أراضيها النص على منطوق القرار التحكيمي، وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن مضمون اتفاقية نيويورك ليس هو إلزام الدول على القبول باللجوء إلى التحكيم الدولي فيما قد يثور من نزاع مع مستثمر أجنبي، إنما تمثل مضمون الاتفاقية في التزام الدول المنظمة إليها على احترام وتطبيق القرارات التحكيمية الصادرة عن المحاكم الناظرة في النزاعات الناشئة عن تطبيق عقود

---

[331] « On ne peut ignorer que quel que soient le désir et les intentions des juristes qui la défendent, on s'est efforcé et l'on s'efforce encore d'utiliser cette théorie contre les Etats socialistes et les jeunes Etats d'Asie et d'Afrique .Ainsi il est courant de voir compter au nombre des << Principes généraux du droit - les principes juridiques fondamentaux des grandes puissances capitalistes, tels que par exemple la doctrine des << Droit acquis », la juste indemnisation pour la nationalisation des biens étrangers etc »>- et de les déclarer communs à tous «< Etats civilisés ». ici transparait l'ambition de se servir de << principes généraux de droit >> afin de rendre obligatoire pour tous les principes juridiques du système bourgeois ». G.I TURKIN, Droit International Public problème théoriques. Paris, Editions A.PEDONE, 1965, p 125.

[332] S.J TOOPE, Mixed international arbitration, Cambridge Grotius Publications limited, 1990, notamment pages 17 à 44 cité par R.BERCHAUD, op-cit, p 15..

[333] R.BERCHAUD, op-cit ,p 16.

فيما بين الدول والمستثمرين الأجانب، هذه العقود التي يشترط فيها النص على اللجوء إلى التحكيم الدولي. بعبارة أخرى فإن الاتفاقية تلزم الدول المتفقة في إطار عقود للاستثمار مع مستثمر أجنبي على فض ما قد يثور من منازعات بشأن تنفيذ هذه العقود عبر إجراءات تحكيمية دولية مع الالتزام باحترام القرارات التحكيمية المترتبة عنها [334]مهما كان الأثر الاقتصادي أو الاجتماعي على الدولة المضيفة.

يبدو جليا إذن أنه وعبر اتفاقية نيويورك مكن الحكم الدولي من الأدوات القانونية والإجراءات التي تجعل من قراراته قابلة للتنفيذ بموجب التزام دولي، وهو الأمر الذي رفضته دول أمركا اللاتينية – إلى غاية الثمانينات - اعتمادا على نظرية الأستاذ كلفو سعيا منها إلى تجنب دولته l'internationalisation منازعاتها التجارية والاقتصادية مع المستثمرين الأجانب.

الفرع الثالث : اتفاقية واشنطن - المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات cirdi-

بمبادرة من البنك الدولي تم إنشاء المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات فيما بين الدول ورعايا الدول الأخرى وتم ذلك في 18 مارس 1965، ودخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 بعد انضمام 20 دولة – المادة 68 من الاتفاقية "[335].

ان إنشاء هذا المركز يندرج ضمن إستراتيجية البنك الدولي خلال تلك المرحلة الرامية إلى دعم التنمية اعتمادا على رؤوس الأموال الخاصة وسعيا من البنك لتجنب مخاوف المستثمرين الأجانب خاصة بالنسبة لأشكال فض المنازعات ، عمل البنك الدولي عبر إنشاء المركز على تقديم وسائل للتسوية الودية للنزاعات فيما بين الدول المنظمة للمركز وكذا رعايا الدول الأخرى المنظمة.

تنص الاتفاقية على أن الهدف الأول من إنشاء المركز هو ترقية التنمية الاقتصادية عبر تسهيل الاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال خلق جو ملائم لتلك الاستثمارات الدولية، وقد تضمنت مقدمة

[334] مع وجود بعض الاستثناءات نصت عليها المادة الرابعة من الاتفاقية

[335] Le règlement des différents - Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org , 2003, p 09.

الاتفاقية: "... اعتبارا من أن التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية وبالنظر إلى الدور الأكيد الذي أصبحت تلعبه الاستثمارات الخاصة الدولية ..." [336].

مقارنة مع التحكيم الخاص Arbitrage Ad-hoc فإن الاتفاقية تقدم مزايا أساسية من بينها : اعتمادها على ميكانيزم محدد لكيفيات فض المنازعات يعتمد على مواد وقواعد إجرائية نموذجية، إضافة إلى الدعم المؤسساتي المرتبط بإجراءات التحكيم كما يضمن تنفيذ الإجراءات وينص على الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية . يمكن نظام المركز كل من الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي من اللجوء إليه ، غير أن الواقع العملي يبين أنه وفي غالبية الأحيان فإن المستثمر الأجنبي هو الذي يلجأ إلى التحكيم عبر المركز.

تنص المادة 25 ف 1 من الاتفاقية المنشأة للمركز أن الاختصاص يشمل المنازعات ذات الطبيعة القانونية التي تثور بين الدولة المنظمة أو إحدى هيئاتها العمومية أو الهيئات الأخرى التابعة لها و المستثمر الأجنبي التابع لإحدى الدول الأخرى المنظمة للمركز، والذين تجمعهم علاقة مباشرة بشأن الاستثمار مع اشتراط توافق إرادة الطرفين المكتوبة لطرح النزاع أمام المركز[337].

يبدو أن توافق الطرفين على طرح النزاع أمام المركز هو الشرط الأساسي المحدد لاختصاص المركز ويقدم في هذا الشأن شكلين أساسيين للنظر في النزاع المقدمة هما التوافق والتحكيم تمكن الاتفاقية المركز من النظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية ، على أن يتعلق النزاع بموضوع أو مجموعة من المواضيع ذات الطبيعة القانونية ، مع ملاحظة تجنب واضعي الاتفاقية التعريف بالاستثمار المعنى ثم إن المضامين المقدمة للاستثمار عبر الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية لا تلزم المركز من حيث اختصاصه أو عدمه، هو الأمر الذي يعبر عن إرادة الأطراف المنظمة من تمكين المركز من النظر و البث في القضايا و إشكالات الاستثمار الدولي من دون التقيد بمفاهيم نظرية تعريفية لا تتناسب و المضامين المتطورة و الحركية للاستثمار بمفهومه العملي.

أما من حيث الاختصاص التشريعي و القانون الواجب التطبيق فإن الاتفاقية المنشأة للمركز قدمت الإطار الإجرائي الخاص بالممارسة التوفيقية أو التحكيمية، سعيا منها لاجتذاب أكبر عدد ممكن من الدول اعتبارا من أن تحديد القواعد القانونية المتناولة لموضوع النزاع - كان من شأنه خلق صعوبات كثيرة مرتبطة بداية و نهاية بتناقض المصالح.

---

[336] "Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investisseurs privés internationaux... » Préambule de la convention

[337] لم تقدم الاتفاقية أي تعريف للاستثمار وهو ما من شأنه توسيع اختصاص المركز.

من جهة أخرى، تبقي الاتفاقية في مواجهة المحاكم التحكيمية التابعة للمركز على إرادة الأطراف في مجال اختيار القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع، و في حالة غياب هذا التوافق تلتزم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المضيفة إضافة إلى التشريع الدولي – المادة 42[338].

من جانب آخر فإن الانضمام إلى الاتفاقية المنشأة للمركز لا يعني . بصفة آلية القول باختصاص المركز للنظر في المنازعات المتعلقة بالاستمرار ، إن ارتضاء اختصاص المركز يتخذ أشكالا مختلفة :

- وجود اتفاقات خاصة تجمع الدولة المضيفة بالمستثمر الأجنبي.
- النص في أحد بنود عقد امتياز مثلا على اختصاص المركز.
- النص على اختصاص المركز عبر تشريع وطني محدد.
- انضمام كل من الدولة المضيفة و دولة المستثمر الأجنبي إلى اتفاقية دولية تنص على اختصاص المركز[339].

قدم من جانب آخر المركز دعما مؤسساتيا للأطراف المتنازعة يشمل بصورة أساسية دور الأمين العام للمركز في المحافظة على قائمة بأسماء الدول المنظمة و معلومات مستفيضة بشأن دورها في الاتفاقية ، إضافة إلى المحافظة على قوائم خاصة بلجان التحكيم و سجل خاص بطلبات التحكيم يشتمل على مسار الإجراءات التحكيمية و تطورها إضافة إلى أرشيف القرارات التحكيمية الأصلية ، و كذا مختلف الوثائق والمستندات ذات العلاقة بالإجراء التحكيمي.

من جانب آخر يعمل الأمين العام للمركز و المستخدمين الآخرين التابعين للأمانة على تقديم الدعم الإداري المرتبط بالإجراء التحكيمي، من حيث تحديد مكان الاجتماعات ، الترجمة و توفير أمانة لكل محكمة

[338] << La relation entre le Droit International et la législation national a joué un rôle important dans la pratique du CIRDI. Les tribunaux du CIRDI ont affirmés que lorsque les deux système » juridiques sont compétent, il est indispensable d'avoir recours à la législation de l'Etat hôte, mais le Droit International à une fonction supplémentaire et corrective - Le règlement des différents - Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org, op cit , p 15

[339] << La plupart des « BIT >> ainsi que certains traités régionaux en matière d'investissements contiennent de telles offres. Ces dossiers les plus récents portés devant le CIRDI indiquent que le consentement par accord direct entre les parties laisse place à un consentement par l'intermédiaire d'une offre générale de l'Etat hôte, qui et ultérieurement acceptée par l'investisseur, souvent simplement en ouvrant une procédure » Le règlement des différents - Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org, op cit, p 16.

تحكيمية تختص بتسيير الجلسات تنظيمها و إعداد التقارير بشأن كل جلسة ، و كذا إعداد الصيغ الأولية للأوامر الإجرائية، و يقوم من جانب آخر بدور الوسيط بين المحكمين و الأطراف في النزاع بشأن المسائل التنظيمية ، يناط بالأمين العام مهمة محاسبية تخص المصاريف الخاصة بالمركز و أتعاب المحكمين...الخ

تتميز الإجراءات الخاصة بالمركز بالاستقلالية عن كل سلطة قضائية وطنية و لا يمكن لهذه الأخيرة تعليق أو التأثير بأي شكل من الأشكال على إجراءات المركز حتى و لو أقيم التحكيم داخل اختصاصها الإقليمي ، يمكن للمحاكم الوطنية الأمر بتدابير وقتية و يشترط لنفاذها موافقة الأطراف.

تنص الاتفاقية من جهة أخرى على أنه يعود للمحكمة التحكيمية تقديم الدلائل من دون الاستعانة بالمحاكم الوطنية ، ثم إن الطعن أو أي شكل من أشكال مراجعة القرار التحكيمي الصادر عن المركز يعد ممنوعا و غير ساري المادة 52[340].

أما عن انضمام الدول المستقبلة لرؤوس الأموال إلى اتفاقية واشنطن فيذهب الفقه إلى اعتبار السلطة الأدبية للبنك الدولي في علاقاتها مع هذه الدول ، أدت بهذه الأخيرة إلى الانضمام إلى المركز[341] كما سبق الإشارة اليه فإن الاختصاص التشريعي بحسب المادة 42 من الاتفاقية في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن موضوع النزاع، إنما هو مكفول بإرادة الأطراف المتنازعة و اتفاقها على القواعد القانونية و المرجعية التشريعية للفصل في النزاع ، غير انه وفي حالة غياب هذه الإرادة أو عدم توافقها فإن المحكمة التحكيمية تفصل في النزاع اعتمادا على قانون الدولة الطرف في النزاع - و التي تكون في الغالب الدولة المضيفة - ، و يشتمل الاختصاص كذلك المسائل التقنية المتعلقة بتنازع القوانين - إضافة إلى مبادئ القانون الدولي في مجال الاستثمار.

غني عن البيان أن علاقات القوة التي تترتب عن العملية الاستثمارية تمكن الطرف المصدر لرؤوس الأموال من فرض القواعد العامة للقانون الدولي على الطرف المستقبل عبر بنود عقود الاستثمار المعنية، غير أن الملاحظ أن اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفظ المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، لم تتردد كثيرا في النص على القواعد العامة للقانون الدولي في مجال الاستثمار و هو الأمر الذي لم تقدم عليه غرفة التجارة الدولية كما رأينا على اعتبار أنها اكتفت بالنص على الممارسات التجارية الأكثر عدالة ، يبدو من جهة أخرى أن وضعي الاتفاقية المنشأة للمركز و عبر المادة 42 قد فصلوا في النقاشات الفقهية الخاصة

[340] L'article 52 de la convention prévoit un système autonome pour l'annulation des sentences arbitrales, dans des circonstances très spécifiques- Le règlement des différents - Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED- www.unctad.org, op cit, p 18.

[341] R-David, op cit, p 224.

بأسبقية القانون الداخلي أو القانون الدولي من حيث أنهم اعتبروا أن الأحكام التحكيمية المقررة اعتمادا على القانون الداخلي تبقى في حاجة إلى مواجهتها مع مضمون قواعد القانون الدولي المنظمة لنفس الموضوع قصد تأكيد حجيتها[342].

مقارنة كذلك بأحكام الغرفة الدولية للتجارة فإن اتفاقية واشنطن لم تتضمن النص على ما يعادل المجلس الدولي للتحكيم ، ذلك أن المركز تم إنشاؤه اعتمادا على اتفاقية دولية و ليس تبعا للائحة صادرة عن الغرفة الدولية للتجارة، و هو الشيء الذي من شأنه تقديم أكثر الضمانات الموضوعية للدول المضيفة.

هذا ومن الملاحظ أنه و منذ 27 سبتمبر 1978 أصبح بإمكان الأمين العام للمركز اعتمادا على بنود الميكانيزم الإضافي لاتفاقية واشنطن ، إدارة المنازعات غير المنصوص عليها ضمن مجال تدخل المركز بحيث يكون له الاهتمام بالمنازعات المتصلة بـ:

أ- المنازعات القائمة بين طرفين أحدهما دولة ليست منظمة إلى المركز.

ب- بشأن نزاع لا يتعلق مباشرة بالاستثمارات الدولية ، كما يمكنه كذلك مباشرة إجراءات التحري[343].

الفرع الرابع : نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[344]CNUDCI:

" بعدما أصبح جليا على مستوى الفقه و الممارسة التجارية الدولية من أن إقرار نظام خاص بمسائل التحكيم الدولي مقبول على مستوى كل النظم القانونية ، الاجتماعية و الاقتصادية من شأنه تدليل صعاب التنمية ما مع يميز العلاقات الاقتصادية من تناقضات" ، تحت هذا العنوان(البرنامج)تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976 نظاما للتحكيم الدولي.

---

342 << Le droit International devient ainsi hiérarchiquement supérieur au droit national parce qu'une décision arbitrale prise selon le second devra être confrontée au premier afin d'en confirmer la validité » - S.J TOOPE, Mixed international arbitration, Cambridge Grotius Publications limited, 1990, op cit , p 240.

343 R.BACHAUD, op-cit, p 18.

344 Créée en 1966 par l'assemblée générale des nations unies afin de facilité le commerce international. Elle tente depuis d'harmoniser et d'uniformiser les législations nationales en matière de droit commercial site web www.uncitral.org.

يمكن الذهاب الى أن هذا النظام التحكيمي الدولي كونه لم يكن وليد اتفاقية دولية كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية و التي تلتزم الدولة بمقتضياتها من تاريخ المصادقة عليها، إن النظام التحكيمي للجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي يشبه إلى حد ما من حيث قواعده نظام المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية و كذلك النظام التحكيمي للغرفة الدولية للتجارة ، على اعتبار أن اللجوء إليه اختياري و لا يمكن تنفيذ مقتضياته إلا بموافقة و قبول أطراف النزاع[345] أو إذا ما تم النص عليه عبر الاتفاقية المنظمة للاستثمارات و حمايتها بين الدول المصدرة و المستوردة لها.

أما عن الفوارق و الاختلافات بين نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري و نظامي الغرفة الدولية للتجارة و المركز الدولي فإن النظام الأول لا يرتبط بأي تنظيم مؤسساتي مما يجعله أكثر استقلالية، تمكن و بكل سهولة أطراف النزاع من تعديل :أحكامه الإجرائية بما يتفق و إرادتهما المستقلة[346].

بمعزل عن الخصوصيات المميزة لكل نظام تحكيمي فإنه تبقى نظم التحكيم الدولي للمركز الدولي أو للغرفة الدولية للتجارة أو للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، تتقارب إلى حد بعيد ذلك أن النظم الثلاثة تبقي على حرية الأطراف في تحديد قواعد سير الدعاوى le caractère volontariste و تتشابه من حيث القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة التحكيمية، كما يمكن كل نظام المحكمة من النظر في مدى اختصاصها و تبقي النظم الثلاثة على مبدأ سرية الأحكام التحكيمية إلا إذا ذهبت إرادة الأطراف إلى خلاف ذلك .

و من جهة أخرى يمكننا تعداد بعض نقاط الاختلاف غير الجوهرية مثالها إمكانية مراجعة قرار تحكيمي دولي صادر عن المركز الدولي في حالة اكتشاف وقائع لم تكمن معلومة خلال المحاكمة، و هي القاعدة التي لا نجد لها مثال في النظم التحكيمية الخاصة بالغرفة أو تلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة.

---

[345] L'article 1-1- dispose que «< si les parties à un contrat sont convenus par écrit que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrits >> on propose même un libellé type de clause compromissoires obligeant les parties à référer au règlement du CNUDCI leurs différents qui se lit ainsi : << Tout litige, controverse ou rédamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou une convention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera trancher par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI » R. BACHAUD, op-cit, p 20.

[346] R.BACHAUD, op-cit , p 20

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و بالرغم من اختلاف العبارات المستعملة في كل نظام تحكيمي إلا أننا نجد أنفسنا أمام نفس المبادئ أي قانون العقد إن وجد أو إرادة الأطراف إن عبر عنها و اتفقت، ثم القواعد المناسبة التي يختارها الحكم[347] قانون الدولة المنظمة [348]أو بما في ذلك قواعد تنازع القوانين بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي المتناولة لموضوع النزاع[349]

من خلال دراسة الآليات الدولية للتحكيم في مجال الاستثمارات الدولية سنقف على ملاحظة مفادها توجه هذه الآليات إلى إقرار مبدأين أساسيين هما:

- التنصل المستمر من البعد السياسي لطرح المنازعات و الخلافات - la dépolitisation des contentieux liés aux investissements internationaux
-. التوجه نحو دولنة المنازعات L'internationalisation des litiges propres aux investissements internationaux

أما عن المبدأ الأول و على اعتبار أن هذه الآليات تمكن المستثمر الأجنبي بنفسه و من دون تدخل الدولة التابع لها من (مقاضاة) الدولة المضيفة عندما يتم النص على هذه الأشكال و الآليات داخل عقود الاستثمار بينه و بين الدول المضيفة، أو داخل اتفاقيات الاستثمار التي تجمع دولهم و الدول المضيفة للاستثمار، هذه الوضعية التي سمحت بها علاقات القوة المواتية للمستثمرين الأجانب ، بسبب كثرة الطلب على رؤوس الأموال الأجنبية. هذه الميزة التي أصبح يتمتع بها المستثمر الأجنبي بفضل - و عن طريق أليات التحكيم الدولي لا نجد لها مثال بالنسبة للمستثمر الوطني، الذي لا يملك إلا اللجوء إلى القاضي الوطني مع كل ما يرتبه هذا التطور في مواجهة الدول النامية تحديدا التي تجد صعوبات كبيرة في الإبقاء على الفوائد المترتبة على اقتصادها الداخلي.

أما عن المبدأ الثاني فقوامه أن الآليات " الدولية " تسعى إلى توسيع رقعة سيادة المبادئ العامة للقانون الدولي في مجال الاستثمارات الدولية كقواعد قابلة للتطبيق وكمرجعية لتكييف المنازعات والفصل في موضوعاتها، وبالتالي أسبقيتها على القانون الداخلي أو على الأقل تطبيق القانون الداخلي بما لا يتناقض مع مبادئ القانون الدولي.

---

[347] إتفاقية واشنطن، المادة 51.

[348] إتفاقية واشنطن، المادة 42 (01).

[349] نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، المادة 17 ف 1.

الباب الثاني

القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمارذات العنصر الأجنبي

الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمارذات العنصر الاجنبي

أمام شكوك المستثمر الأجنبي تجاه موضوعية العدالة الوطنية للدولة المضيفة خاصة بالنسبة للدولة النامية التي كانت تأخذ بنظرية الفقيه كالفو- calvo المرتبطة بسيادة الدولة الوطنية وأسبقيتها على أي شكل من أشكال الحماية المقدمة للمستثمر الأجنبي، هذه العوامل دعمت موقف المدافعين على ضرورة وضع وضبط آليات دولية للتحكيم في مجال الاستثمار الدولي.

حيث ظهرت بعض الاتفاقيات المحددة للاختصاص التشريعي والقانون الواجب التطبيق والتي قدمت الإطار الإجرائي الخاص بالممارسة التوفيقية أو التحكيمية، ضمن مساعي وأهداف لعل من أهمها اجتذاب أكبر عدد ممكن من الدول .

ومن أجل معالجة هذا الباب ارتأينا تقسيمه الى فصلين :

الفصل الأول: تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وفق القواعد العامة لتنازع القوانين

الفصل الأول:

تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

تتسم العلاقة العقدية في عقود الاستثمار بإضفاء السمة الدولية نظرا لتوفرها على عنصر أجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وهذا ما يجعلها تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك راجع لارتباطها بعدة نظم قانونية، ووفق هذا عمدنا الى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، سنتطرق فيه من خلال المبحث الأول الى حالة خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة وذلك من خلال دراسة مضمون مبدأ سلطان الإرادة ومدى تكريسه في اختيار القانون الواجب التطبيق وموقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية منه، إضافة إلى مدى حرية الأطراف في اختيار هذا الأخير وكذا الوقت الذي يتم فيه هذا الاختيار، أما في المبحث الثاني فسنتناول كيفية تحديد قانون الإرادة وسنتطرق من خلال ذلك إلى الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية والتسوية بينهما وموقف التشريعات ، مع التعريج على الأثر القانوني الملزم للمحكم و القاضي في حالة القانون المختار .

من أجل ذلك سنعمد الى دراسة الفصل من خلال تقسيمه الى مبحثين :

المبحث الأول: خضوع عقد الاستثمارلقانون الإرادة

المبحث الثاني: الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار

المبحث الأول

خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة

كمبدأ عام فانّ أغلب الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية تعترف بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا راجع للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار على غرار العقود الدولية الأخرى التي تجعل من مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق مرحلة في غاية الأهمية ، لذا سنعمد الى تقسيم هذا المبحث الذي يتناول موضوع خضوع عقود الاستثمار إلى قانون الإرادة إلى مطلبين اثنين، نتطرق في المطلب الأول إلى تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى المعايير المتاحة أمام طرفي عقد الاستثمار ومدى تكريسها لمبدأ حرية الأشخاص في اختيار القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول : تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

من المستقر عليه فقها وقضاء وتشريعا، وجوب مراعاة الرغبة الشخصية للمتعاقدين، أي أن أطراف العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما[350]، إذ أن الرأي الراجح في الفقه المقارن يرى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ومن بينها عقود التشييد والاستغلال والتسليم" BOT " باعتبارها من نماذج عقود الاستثمار، ويكون ذلك من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين، حيث تقرّ الاتفاقيات الدولية ومعظم النظم القانونية السائدة بأنّ إرادة الأطراف تمثل ضابط الإسناد الأصلي في العقود الدولية، وهو ما يعني بضرورة خضوع العقود الدولية ومن بينها عقود الاستثمار، من حيث الموضوع للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو تتجه إرادتهم الضمنية المؤكدة إلى تطبيقه على العقد [351].

حذا المشرع الجزائري حذو هذا التيار من خلال تبنيه لهذا المبدأ ، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 18 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 18/1 المعدلة والمتضمنة بمقتضى القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد)[352] ، وكذلك نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف...) [353]، أي أن المشرع الجزائري مكّن المتعاقدين من اختيار القانون الذي يحكم علاقتهما التعاقدية وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوطنية.

وقد أقر المشرع المصري أيضا ذات المبدأ ، أي حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما، إذ جاءت المادة 19 من القانون المدني المصري في نفس السياق، حيث نصت على أنه " يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك المتعاقدين إذا اتحد الموطن، فإن

---

[350] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2005، ص 193.

[351] محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، دار النهضة العربي، القاهرة، سنة 2004، ص ص،217-218.

[352] المادة 18 من القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005 .

353 المادة 1050 من القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

اختلفا موطنا يرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه" [354].

أما بالنسبة على الصعيد الدولي، فقد تكرس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع على المستوى الدولي والاتفاقيات الدولية وهذا ما جاءت به المادة 33/1 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي وضعتها لتنظيم التحكيم الدولي، ونص المادة 28 من القانون النموذجي، حيث نصت على أن محكمة التحكيم أن تفصل في الخلاف وفقا للقانون الذي يختاره طرفي النزاع ، والمادة 13 من نظام التوثيق والتحكيم في غرفة التجارة الدولية[355] .

كما أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أعطت للأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق عنه قيام المحكمة بالفصل في النزاع، حيث نصت المادة 42 في الفقرة الأولى من الاتفاقية على أن: "المحكمة تفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف" [356]، ومنه فإن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 قد أعطت أطراف عقد الاستثمار الذين يعرضون نزاعهم على محكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، يستوي في ذلك القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو الواجب التطبيق على إجراءات تسوية النزاع أيضا، ولعل الهدف من ذلك هو إتاحة قدر من الحرية لأطراف النزاع في تحديد الإطار القانوني المناسب الذي يتم في نطاقه[357].

يجوز للأطراف النزاع في عقد الاستثمار اختيار نظام قانوني متكامل ليطبق على موضوع نزاعهم التحكيمي، أو أن يشترطوا تطبيق مجموعة معينة من القواعد القانونية، فعلى سبيل المثال يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني لأي من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة، علاوة على ذلك يمكن للأطراف الاتفاق على حل نزاعهم وفقا للمبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد المستمدة من نظام قانوني معين[358].

354 صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2005، ص 193.

355 قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 276.

356 جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار)، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، سنة 2001، ص 58.

357 عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 212.

358 جلال وفاء محمدين ، المرجع السابق، ص 59.

إن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أجازت للأطراف حرية اختيار القانون الذي يطبق على النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم، إعمالا لمبدأ سلطان الإدارة باعتباره أحد أهم المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

ويرجع الأخذ بهذا المبدأ إلى أسباب علمية ونظرية، إذ إن فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يسري على عقدهم تستجيب للتعداد الكبير والاختلافات والمتشعبة في للتعاملات العقدية الدولية ، فهذا المبدأ يسمح للمتعاقدين باختيار القانون الملائم لتحقيق النتيجة المثلى التي يرغبان في تحقيقها، كأن يختاروا أو يتفقوا على تطبيق قانون دولة أخرى أجنبية عنهم نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهم بصورة معنية أو بصورة مفصلة أفضل من تلك التي كانت تستحق لو أنهم طبقوا الأحكام التي وردت في قوانينهم الوطنية، أو لما تحققه من قيود أقل باستقراء نص المادة 42 في فقرتها الأولى من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، واستنادا لمبدأ سلطان الإدارة فإن في قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره الأكثر صحة بالعلاقة التعاقدية بينهم، أو القانون الدولي إضافة إلى مبادئ العامة للقانون، مع إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم[359].

وحسب نص المادة 21 من اتفاقية عمان العربية لتحكيم التجاري والتي أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقرار رقم 80/50 بتاريخ 14 أفريل 1987 م فإنه :"تفصل الهيئة في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد... ".

على ضوء ماسبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول وقت إختيار القانون الواجب التطبيق، أما الفرع الثاني نتناول فيه صحة شرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

تقضي القاعدة العامة أن يقوم الأطراف باختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك وقت إبرام العقد بحيث يتم إدراجه كبند من بنود العقد، إذ أنه من الأهمية بمكان أن يقوم المتعاقدون بتضمين عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، وبعملهم هذا فإنهم يتصرفوا كمن يبرم عقد تأمين على الحياة، استعدادا للمستقبل وما يكتنفه من أخطاء[360].

359 عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص ص، 213- 214 .

360 محمد الروبي، مرجع سابق، ص 222.

وبما أن عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، لا يؤثر على إمكانية ابرام العقد وصحته، بحيث قد يكون عدم اختيار القانون الذي يطبق على العقد راجعا إلى إهمال المتعاقدين هذا الجانب وهذا الأمر قليل ما يحدث في ظل التعاقدات الحديثة، وقد يكون راجعا إلى رغبة المتعاقدين في تفادي الدخول في مسألة خلافة قد تتسبب في إفشال وإعاقة إتمام التعاقد[361]، والسؤال الذي يطرح نفسه هو هل بإمكان المتعاقدين اختيار قانون ليكون واجب التطبيق على العقد بعد فترة من إبرام هذا العقد، أو وقت حدوث نزاع؟

يذهب أغلب الفقه إلى منح الحق للمتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد، إذا يمكن للمتعاقدين تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة طرح النزاع القائم بينهما أمام المحكمة المختصة، وبما أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، هو مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولى، فإنه من المنطق أن يتم الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق بهذا القانون[362] ، بإضافة إلى أنه يمكن للأطراف العدول على القانون الذي اختاروه واستبداله بقانون آخر في أي مرحلة من مراحل التحكيم[363].

إن حرية اختيار أطراف العد للقانون الواجب التطبيق، والمقررة فقها وقانونا يستوي في هذا الاختيار أن يكون وقت إبرام العقد أو بعد نشوء النزاع وهذا ما تضح خلال المعاملات العلمية وأيضا من خلال الممارسات التحكيمية حيث وبخصوص إدراج القانون الواجب التطبيق كبند من بنود العقد نذكر على سبيل المثال:

العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية والشركة اليابانية ELECTRIC CONIPPON وذلك من أجل إنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية وذلك بنظام تسليم المفتاح مع التزام بتدريب العاملين والذي نصت المادة 25 من هذا العقد بخصوص القانون الواجب التطبيق على أنه: "تخضع المناقصة وما نشأ عنها من عقود وتحرر وفقا للقوانين السيرلانكية"[364] .

أما بخصوص حالة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، بعد نشوء النزاع أي بعد مرور فترة زمنية على إبرام العقد فنذكر على سبيل المثال:

---

[361] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم) ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2008 ، ص 355.

[362] بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، سنة 2006 ، ص 113.

[363] مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 481.

[364] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص، 206- 207.

العقد الذي أبرمته حكومة الكونغو مع شركة SARL benvenuti et bonfant، إذ بعد نشوء نزاع بين طرفي العقد تم طرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبغياب نص يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق، فإن الأطراف قاموا باختيار القانون الواجب التطبيق في إحدى الجلسات إذ فوضوا هيئة التحكيم للفصل في نزاعهم طبقا لقواعد العدالة والإنصاف[365].

الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي

يثور تساؤل في حالة اختيار المتعاقدين لقانون دولة معينة، عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون وقت انعقاد عقد الاستثمار، أو في الوقت الذي يكون عليه وقت إثارة النزاع وانعقاد هيئة التحكيم؟

يمكن الإجابة على هذا السؤال بالوقوف على حقيقة ما إذا كان الأطراف قد ضمنوا اتفاقهم للجوء إلى التحكيم شرطا يقضي بتجميد القانون الواجب التطبيق على علاقتهم فيما يسمى بشرط الثبات التشريعي ، أم كان اتفاقهم يخلو من مثل هذا الشرط[366].

ويقصد بشرط الثبات التشريعي تلك الشروط التي يتم بموجبها تثبيت وتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد[367]، وقد ظهرت عدة أراء فقهية يجول مضمونها حول صحة هذا الشرط أي شرط الثبات التشريعي الذي يتضمنه اتفاق الاستثمار وقد برزت هذه الآراء في اتجاهين متعارضين.

يذهب أنصار الاتجاه الأول والذي أغلبهم من الدول النامية، إلى عدم صحة هذا الشرط وبطلانه لأنه يحد من سلطة الدولة وتنقص من سيادتها في وضع التشريعات الداخلية وخاصة إذ تعلقت هذه التشريعات بتنظيم استثمار الموارد الطبيعية في الدولة، كما أن شرط الثبات التشريعي يقل من حرية الدولة في تصديها لظروف الاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية الدولية، أما أنصار الاتجاه الثاني وأغلبهم من الدول الصناعية الكبرى وفقهاء الدول الغربية، صحة شرط الثبات التشريعي، يستندون في ذلك أنه لا وجود لتعارض بين الشرط وسيادة الدولة، لأن الدولة هي التي ارتضت بمحض إرادتها هذا الاشتراط ومن ثم يتعين عليها احترام اتفاقاتها التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب، أي أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الذي كان موجودا وقت العقد وتم إبرام عقد الاستثمار وفق أحكامه[368]، وقد أقر المشرع

---

[365] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 114.

[366] صلاح الدين جمال الدين، (دور) إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، الإسكندرية سنة 2004 ، ص ص، 60 – 61.

[367] بن الزوخ جمعة، (شرط) الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي)، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2014 – 2015، ص 8.

[368] جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 59 - 60.

الجزائري صحة هذا الشرط وذلك من خلال نص المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على أنه لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار ها الأمر إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحة[369].

ففي قضية gip Company Congo ضد الكونغو ، اتفق الطرفين في عقدهما على أن الخلافات التي قد تنشأ بينهما بشأن تطبيق أو تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفق لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال هيئة تحكيم من ثلاث محكمين وفقا لأحكام الاتفاقية، على أن تطبق هيئة التحكيم قانون الكونغو وفي حالة الضرورة يجوز للهيئة استكمال المبادئ العامة للقانون الدولي ومن ثم طبقت هيئة تحكيم المركز أحكام وقواعد النظام القانوني لدولة الكونغو لفصل في النزاع المعروض عليها بالإضافة إلا اشتراط واختيار القانون الكونغولي من قبل الطرفين[370]، دولة الكونغو وشركة Agip Company ، وتضمن اتفاق الاستثمار بينهما نص فيه يقضي فيه بتجميد القواعد القانونية المنطبقة على الاتفاق المذكور وعدم تأثره بأي تعديل أو تغيير في القوانين التي تصدر من طرف دولة الكونغو، ولقد حكمت تحكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، بأنه من سلطة الدولة تغيير تشريعاتها الداخلية كنتيجة لتمتعها لا بالسيادة، ومع ذلك فطالما وافقت الدولة المضيفة للاستثمار على أن تضمن عقد الاستثمار بندا أو شرطا يقضي بتجميد العلاقة في الوقت الذي انعقد فيه الاتفاق، فإن أي قوانين جديدة لا تؤثر ولا تنتقص من الالتزامات التعاقدية لدولة[371].

ويتضح من خلال الحكم الصادر في هذه القضية أن محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (ICSID) قد ناصرت فقهاء الاتجاه الثاني واعتبرت أن شرط تجميد التشريع أو ثبات التشريعي هو شرط صحيح، وبذلك فإن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار هو القانون الموجود وقت إبرام العقد بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار في حالة وجود شرط الثبات التشريعي.

الفرع الثالث : مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني

لقد ظهر اتجاهين مختلفين بخصوص إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي ويرجع هذا الاختلاف بين الاتجاهين، لاختلافهما أساسا في مدى حرية أطراف العقد في اختيار القانون

الاتجاه الأول:

[369] المادة 15 من الأمر 01/03 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتطوير الإستثمار ، الجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ: 22 أوت 2001.

[370] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 214.

[371] جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 60.

يشترط أنصار هذا الاتجاه وجود الصلة بين العقد والقانون المختار ، ولا يعتبرون الدافع في اختيار القانون شروعا في حالة انعدامها ، بحيث يرون أنه يتعين على المتعاقدين في عقد الاستثمار اختيار قانون مرتبط بالعقد برابطة مؤثرة ومباشرة[372] ، متى توفرت جملة من الشروط أساسها وجود مصلحة حقيقية وجدية ومشروعة بين العقد والقانون المختار يلتزم القاصي للاختيار الصريح الوارد فيي العقد، يمنح الاتجاه الأول للقاضي الحق في عدم الاعتداد بالقانون المختار إذا ما تبين له أن القانون المختار لا تربطه أية صلة بالعقد، ولا يحتج القاضي على القاضي لإخلاله بتوقعات المتعاقدين، فلا يعقل أن ينصاع القاضي وراء أهواء الخصوم أو رغباتهم غير المشروعة ليبارك اختيارهم الخاطئ الذي خرجوا به عن غايات قاعدة الإسناد التي خولت لهم حق الاختيار بشرط تحقيق أهدافها وإدراك مقاصدها وهي مشكلة تنازع القوانين الموضوعية للعقد كمحل الإبرام والتنفيذ أو موطن الأطراف[373].

الاتجاه الثاني:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، ولا يتعين على القاضي تغيير القانون المختار ولا يحق له الادعاء أن هذا القانون يفتقر للصلة بينه وبين الرابطة التعاقدية، لأن ذلك سوف يخل بتوقعات الأطراف ويهدد مصالحهم الفردية، ويذهب أصحاب هذا الرأي للقول أنه لا ضرورة لوجود اتصال مادي وثيق بين العقد والقانون المختار بل يكفي تحقق مصلحة مشروعة وجدية للأطراف لاختيار للقانون الذي يحكم عقدهم ويهدف تحقيق المصلحة الجدية مع مصلحة التجارة الدولية، من خلال المزج بين القانون المختار وقانون القاضي، مهما يستوجب على القاضي أن يكون مرننا في التقدير ، وهذا ما من شأنه أن يهدر كل اختيار مغشوش ومتحايل، ومقر توفر المصلحة الجدية المشروعة ومصلحة التجارة الدولية، تحقق الصلة المنطقية والمعقولة بين العقد والقانون المختار .

وقد اتخذت اتفاقية روما 1980 بالاتجاه الثاني، وقد اتخذ القضاء مواقف مختلفة حيث أن المحكمة الفيدرالية السويسرية لم تكشف وجود مصلحة معقولة لهذا الاختيار بل أوجبت أيضا وجود رابطة إقليمية بذلك القانون، في حين يلزم القضاء الانجليزي توافر صلة حقيقية اتجاه القضاء الألماني، ومع ذلك قد يكون المقصود بالصلة، الصلة الذهنية التي تكشف الارتباط بين العقد ونظام قانوني معين[374].

باعتبار عقود الاستثمار ترتبط بصفة مباشرة بالتنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة وتتركز تماما في إقليمها، فلا يتصور الاتفاق في هذه العقود في حالة انعدام شرط التحكيم، على أن يعهد الاختصاص بالفصل في النزاعات التي تنشئ بشأن هذه العقود إلى قضاء دولة أخرى غير القضاء الوطني للدولة المتعاقدة

[372] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 187.

[373] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 483.

[374] . مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص ص، 284 - 485.

وبما أن أغلب عقود الاستثمار تجعل من القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق، إما منفردا وإما مدعما بقوانين أخرى، لا يكون له دور إلى في حالة خلق هذا القانون من نص يعالج جانبا من جوانب مسألة النزاع، كما أن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال القرائن يؤدي إلى أن يكون هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

وبما أنه يمكن للقاضي أن يستبعد القانون المختار عندما يتبين له أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام لدولته، أو وجود غش أو تحايل تم اختيار القانون بناءا عنهما[375]، وإذا اتضح للقاضي سكوت القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن إعطاء حل صريح للنزاع المطروح أمامه[376] فإنه يصعب تصور توفر هذين الأمرين بصدد القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار لأن في أغلبية الحالات يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني[377].

الفرع الرابع : مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل المتبعة لتسوية منازعات عقود الاستثمار والذي يتم اللجوء إليه باتفاق الأطراف هو أساس الذي يبنى عليه التحكيم وسير الخصومة التحكيمية، فهل يجوز لمحكم فردا كان أو هيئة أن يهمل اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق سواء كان ذلك صراحتا أو ضمنا ويستبعد تطبيقه على منازعة موضوع العقد؟.

الأصل أنه إذا ما اختار أطراف العقد القانون الواجب التطبيق على عقدهم بعبارات صريحة وواضحة لا لبس ولا غموض فيها[378]، كأن يدرج كشرط أو بند في العقد أو القانون الذي يتضح على نحو سليم ومؤكد من خلال نصوص العقد وظروف ملابسات التعاقد إن إرادتهم الضمنية قد اتجهت نحو تطبيقه على العقد المبرم بينهما[379]، فإن المحكم يلتزم بمبدأ سلطان الإرادة، ويقوم بتطبيق القانون المختار على موضوع النزاع[380]، فليس من المقبول بعد اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم أن يقوم المحكم باستبعاد القانون المختار، إذ أن من الحالات التي يمكن أن ترفع فيها دعوى بطلان الأحكام

---

[375] محمد الروبي، مرجع سابق، ص ص، 252 – 253.

[376] نادية فضيل، (تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء (الوطني)، بدون طبعة دار هومة، الجزائر، سنة 2004، ص 91.

[377] محمد الروبي، المرجع سابق، ص 252 – 253.

[378] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق، ص 347.

[379] محمد الروبي، مرجع سابق، ص 254.

[380] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع السابق، ص 201.

التحكيمية هي حالة تجاوز المحكمين لسلطات والاختصاصات المحددة لهم بمقتضى اتفاق التحكيم، ومن تلك السلطات سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق[381].

بالمقابل قد نجد بعض أحكام التحكيم قد خالفت القاعدة العامة التي تقضي باحترام اختيار الأطراف وذلك في العديد من القضايا التي عرضت عليها[382] ، إذ أهدرت إرادة الأطراف الصريحة، ولم تعد إرادتهم الضمنية إهتمام، وذلك استنادا إلى حجج وذرائع كثيرة، من أجل استبعاد أو تهميش القانون المختار الواجب التطبيق على هذه العقود [383]، وسوف نذكر بعض من هذه القضايا :

قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة P.D.F. 1951

ابرم شيخ أبو ظبي عقدا مع شركة PDF واتفقا على أن القانون الواجب التطبيق على أي نزاع يمكن أن يثور، هو القانون السائد في ابو ظبي، أي الشريعة الإسلامية إلى أن المحكم الإنجليزي Lond-Aquit قرر عدم تطبيق الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع، معتبرا أن الشريعة الإسلامية تفتقر للمبادئ لقانونية التي تستطيع التصدي للمشكلات التي تنشأ ظل التجارة الدولية الحديثة، ويضيف المحكم أنه يعتقد أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع وإنما أرادوا تطبيق قواعد العدالة ولا مساواة وحسن النية، ولذلك قام المحكم بتطبيق القانون الانجليزي لأنه بالنسبة له يمثل المبادئ العامة للأمم المتمدينة[384] .

ويتضح من خلال هذا الحكم، أن المحكم استبعد الذي أكدت الدلائل والقرائن وملابسات لتعاقد، إن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى تطبيقه، وقد اعترف المحكم القانون الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، وتنزع عند استبعاده ببدائية القانون وعدم ملاءمته لحكم المعاملات التجارية الحديثة، وطبق بذلك القانون الانجليزي وهو القانون الذي تنتمي إليه الشركة المتعاقدة PDF وينتمي إليها المحكم نفسه[385].

قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Cold Fields

لقد نصت المادة 75 من العقد المبرم بين الحكومة السوفيتية وشركة Cold Fields الإنجليزية، على إخضاع أي نزاع يثور إلى قانون الروسي، وبرغم النص الصريح فقد استبعدت محكمة التحكيم تطبيق

---

[381] أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الأولى، دار ينبور، العراق، سنة 2011، ص 247.

[382] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 347.

[383] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 254.

[384] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، المرجع السابق، ص ص، 347 – 348 .

[385] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 255.

القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد وأسست ذلك على أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط، وما عدى ذلك يخضع للمبادئ العامة للقانون[386].

قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Oilcolti

قام المحكم الفرد الأستاذ Alfred Bucknill استبعاد القانون القطري الواجب التطبيق وذلك باعتبار أن كل الدلائل تنتمي إلى نية وإرادة الأطراف في تطبيقه على موضوع نزاعهم، الذي تم طرحه أمام التحكيم سنة 1953، وباعتراف المحكم نفسه محتجات بأن القانون الإسلامي النافذ في قطر لا يشتمل على قواعد قانونية تصلح لتفسير هذه النوعية الحديثة من العقود[387].

قضية الحكومة السعودية ضد الشركة الأمريكية ارامكو Aramco 1955

رغم أن الطرفين اتفقا على أن القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون السائد في المملكة العربية السعودية وذلك في مخاطرة التحكيم في مادتها الرابعة، فإن محكمة التحكيم استبعدت تطبيق القانون السعودي أي الشريعة الإسلامية مستندتا إلى أن الفقه الإسلامي حسبها، لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري وطبقت بذلك المبادئ العامة للقانون على العقد[388].

بإضافة إلى هذه القضايا هناك قضايا كثيرة استبعدت المحكومون تطبيق القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف باعتباره واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية نذكر منها على سبيل المثال:

قضية شركة البترول الإيرانية Company National Iranian oil ضد شركة Saphire international petroleuns Itd:

حيث قامت المحكم الأستاذ السويسري Cavin Pierre باستبعاد تطبيق القانون الإيراني غير مبالي بالإرادة الضمنية لأطراف العقد .

تحكيم Tessaco، ضد ليبيا رغم نص المادة 28 من عقد الامتياز محل النزاع يتضح أن القانون الليبي هو الواجب التطبيق، فإن المحكم الفرنسي الأستاذ Dupuy استبعد تطبيق القانون الليبي وقام بتطبيق المبادئ العامة للقانون، متحججا بذريعة حماية المتعاقد الدولة، وتحقيق التوازن العقدي بين طرفي عقد الامتياز محل النزاع[389].

---

[386] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 348.

[387] محمد الروبي، مرجع سابق، ص ص، 248 - 249.

[388] محمد الروبي، مرجع سابق، ص ص، 256 – 257.

[389] محمد الروبي، مرجع سابق، ص ص، 262 - 263.

المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار:

تتعدد الاتجاهات والمدارس الفقهية بخصوص تقدير مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا نظرا للأهمية البالغة للقانون المطبق على العقود وبالخصوص عقود الاستثمار، بسبب تعلقه المباشر بمصالح المتعاقدين، وهذا بحسب طبيعة المعيار المعتمد لدراسة الموضوع ، وسوف نتطرق في هذا الصدد إلى أهم هذه الاتجاهات :

الفرع الأول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع

يميز هذا التيار الفقهي بين ثلاثة اتجاهات متباينة ، بخصوص مبدأ حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الذي يحكم العقد وهم :

الاتجاه الأول : يرى فقهاء هذا الاتجاه أن للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، بدون شرط أو قيد ولا يلزم إلا توفر أن يكون هذا الاختيار قائما على حسن نية، فإذا توفر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار ولو كان القانون المختار الواجب التطبيق مثبت الصلة بالعقد[390]، بحيث تركوا الباب مفتوحا أمام طرفي العلاقة العقدية لاختيار القانون الواجب التطبيق أيّا كان شرط أن يكون اختياره برضا متبادل من الأطراف ولأسباب منطقية ومعقولة، ولم يمنعوا تطبيق القانون الوطني للدولة المستقطبة للاستثمار، طالما كان تطبيق قواعد القانون الذي وقع عليه الاختيار يقضي بذلك[391].

الاتجاه الثاني: قام فقهاء هذا الاتجاه بتقيد حرية المتعاقدين في الاختيار، فاشترطوا أن يكون القانون المختار الواجب التطبيق على صلة حقيقية بالعقد، فإرادة أطراف العلاقة العقدية تنحصر في تركيز العقد في مكان معين وفقا لملابسات هذا العقد، والتي تسمى مركز الثقل العقدي، فإرادة المتعاقدين ينبغي عليها أن تعبر عن مركز الثقل العقد، فإذا انصرفت إلى قانون بعيد عنه ليجب على المحكم إهمالها وطرح القانون المختار جانبا، واختار قانون آخر أكثر اتصالا بالعقد من الناحية الواقعية[392].

وقد ألزم أنصار هذا الاتجاه التمييز بين المسائل التي تتصل بالسيادة والنظام العام بحيث يجب أن تخضع بصفة حرة إلى قانون الدولة المطبقة للاستثمار وبين المسائل التي تتعلق بالمصالح الخاصة، والتي

390 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سابق ، سنة 2008، ص 346.

391 صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 187.

392 علاء محي الدين مصطفى أبو محمد ، مرجع سابق ، ص 346.

يمكن للأطراف إخضاعها للقانون الأوثق صلة بالعلاقة، أي ذلك القانون الذي يربط بالعلاقة ارتباطا مباشرا وفعالا[393]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وذلك حسب نص المادة 18 في فقرتها الأولى، حيث نصت على أنه :"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد..."[394].

الاتجاه الثالث: هو اتجاه توفيقي بين الاتجاهين السابقين ، ويرى أصحابه أن إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مطلقة كما قال أصحاب الاتجاه الأول، كما أنها ليست مقيدة مثلما ذهب اليه أنصار الاتجاه الثاني، وإنما اشترطوا لصحة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب على عقدهم، أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد، وذلك باختيار قانون الجنسية أو موطن أحد المتعاقدين أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذ العقد[395].

الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار:

بالنظر الى مفهوم قانون الإرادة الذي يعرف على أنه القانون الذي أشارت إليه أو حددته إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ليحكم العقد المبرم بينهم، فإنه في معرض هذه الدراسة تثار إشكالية حول، إرادة طرفي العقد ، هل هي محكومة باختيار قانون وطني لدولة معينة، أو يمكنها الانصراف إلى تحديد قانون لا ينتمي لسيادة دولة معينة كالقواعد والأعراف التجارية الدولية؟

أولا: الفريق الآخذ بإلزامه لقانون تابع لدولة معينة:

يرى مؤيدو هذا الاتجاه ، أن تنازع القوانين لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة، وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومنه فإن فكرة الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين أو أطراف العلاقة التعاقدية في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة[396]، إذا تبين أنه الأكثر مناسبة، بمعنى آخر فإنه إذا أقدم المتعاقدان على اختيار قانون العقد، فإنه يتعين أن يكون القانون الذي وقع عليه اختيارهم هو القانون الوطني لدولة معينة وكذلك فإنه وفقا لهذا الرأي الذي ينتمي إلى الفقه التقليدي، فإن الشرائع

393 صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 186.

394 المادة 18 من القانون 05/10 المشار اليه سابقا .

395 مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 487.

396 صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 186.

التي لا تنتمي إلى سيادة إقليمية معينة، مثل قواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية تخرج منطقيا من نطاق هذا التنازع بين القوانين[397].

وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 يونيو/ حزيران 1950 على أنه :"كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة"، وقد أكدت هذا أيضا محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادران عام 1929 بخصوص قضيتي القروض الضريبية البرازيلية[398]، إذ حكمت بأنه :"كل عقد ليس عقدا بين دولتين بصفتهما من أشخاص القانون الدولي العام لا بد أن يجد أساسه في قانون وطني"[399].

وقد أكدت العديد من التشريعات الوطنية ذلك، ومن بين ذلك التشريع المصري حيث نصت المادة 19 فقرة 01 من القانون المدني المصري على أنه :"يسري على الالتزامات قانون الدولة..."، وأيضا المشرع الاسباني حيث نصت المادة 10/5 من القانون الاسباني على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي يخضع له الأطراف..."[400].

ثانيا: الفريق الآخذ بعدم إلزامية اختيار قانون وطني لدولة معينة:

وفي مقابل الرأي الأول الداعي لإلزامية اختيار قانون وطني تابع لسيادة دولة معينة، يرى جانب آخر من الفقه، ومراعاة التطورات وحاجات التجارة الدولية، أنه يمكن تصور التنازع بين شرائع لا تنتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة كقواعد التجارة الدولية، واستنادا عليه، فإنه بإمكانية المتعاقدين وعملا بقاعدة التنازع التي تمنحهم حق اختيار القانون الواجب التطبيق عن العقد المبرم بينهم، بأن يختاروا قواعد مأخوذة من نظام وطني معين، وكذلك القواعد ذات الصيغة العالمية التي لا تنتمي إلى سيادة إقليمية معينة[401]، ومنه يمكن للمتعاقدين الاتفاق على تطبيق قواعد قانونية غير وطنية أكثر اتفاقا وملائمة مثل الأعراف الجارية بين المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، أو أن يختاروا أحكام معاهدة دولية تتصدى لتنظيم مثل العقد المبرم بينهما [402]، ويتفقوا على تطبيق المبادئ العامة للقانون[403]، أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين[404].

---

[397] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 115.

[398] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 487

[399] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 205.

[400] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 115.

[401] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 487.

[402] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 116.

[403] جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 59.

[404] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 213.

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقية الدولية بهذا الاتجاه، متأثرة بالفقه الحديث الذي يمنح الإرادة إمكانية اختيار قواعد قانونية غير وطنية وذلك بتبنيها، لقواعد تشريعية تسمح لأطراف العلاقة التعاقدية بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، إذ نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على أنه:"يفصل المحكّم في المنازعات وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..." كما تنص المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 على أنه: "تفصل هيئة التحكيم وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..."[405]، وقد أخذ المشرع المصري بذلك في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1924 عندما منح سلطة تحديد القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع للأطراف بموجب المادة 39 على أنه تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان إذا اتفقا على تطبيق قانون معين ..."، ويتضح من نص المادة السابقة أنه يحق للمتعاقدين اختيار قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي لدولة معينة، بحيث أن توظيف المشرع لمصطلح (القانون) لا يدل على نية المشرع في هذا الشأن[406]، أي أن المشرع المصري قد منح لأطراف العقد حرية اختيار القانون ولم يلزمهم باختيار قانون وطني لدولة معينة.

إن الملاحظ لاتفاقية واشنطن 1965، المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، يرى أنها تبنت الاتجاه الثاني نصت الفقرة الأولى من المادة 42 على أنه:" التزام المحكم بالفصل في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف"، وفي تعليق البعض على هذه الفقرة أشاروا إلى أنه بموجب هذه الفقر فإنه يجب التصديق المطلق على ما يتفق عليه الأطراف ومنه فإنه من حق الأطراف اختيار قانون لينطبق على علاقاتهم التعاقدية، بغض النظر على كون اختيارهم لقانون الواجب التطبيق، اختيار ملائم أم لا، والقانون المختار قد يكون قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون الدولة المضيفة، وقد يكون مجموعة من القواعد التي يتفق عليها الأطراف[407]، لها طبيعة دولية فيما قد يوصف بالقانون الدولي للعقود أو المبادئ العامة للقانون، إضافة لما يطلق عليه الفقه الغربي القانون التجاري الدولي أو أعراف التجارة الدولية[408].

وقد أخذ المشرع الجزائري أيضا بهذا الاتجاه وذلك يتضح من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على مايلي : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" [409]

---

[405] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 117.

[406] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 488.

[407] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص ص،117- 118.

[408] صلاح الدين جمال الدين مرجع سابق، ص 200.

[409] المادة 1050 من القانون 08/09 السابقة الذكر .

المبحث الثاني

الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار

لقد تبين لنا مما سبق أنه هناك اتفاق مؤكد بين الفقه والتشريع والقضاء على حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما ويكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ على عقدهما أمام كل من القضاء والتحكيم، وقد اعترفت كل من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية بهذا الحق للمتعاقدين.

ويشترط أن يكون هذا الاختيار محددا بشكل صريح وواضح ينتفي معه أي لبس أو غموض وذلك بإدراجه كبند أو شرط في وثيقة العقد أو في المشاركة التحكيمية والسؤال الذي يطرح نفسه الاختيارات التي يمكن للأطراف إتباعها في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق؟

سنحاول معالجة هذا التساؤل من خلال تقسيم المبحث الى مطلبين:

المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية

المطلب الثاني: اختيار قانون التجارة العالمية أو قانون عبر دولي

المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية

-لقد ذهبت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكميها 14 15 اللذين أصدرتهما بخصوص قضيتي القروض البرازيلية والقروض الصربية عام 1929 إلى أنه (كل عقد ليس عقد بين دولتين بصفتهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في قانون وطني...)، وهذا ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، بتاريخ 21 يونيو / حزيران 1950 على أنه (كل عقد يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة)[410]، وهذا ما يستند عليه في إخضاع عقد الاستثمار لقانون وطني لدولة معينة، وذلك أما بإخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أو قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة ثالثة محايدة:

الفرع الأول : اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي

وقد وجدت لهذه الحالة أمثلة عديدة عرضت على التحكيم على مستوى المؤسسات التحكيمية، وقد وجدت لهذه الحالة أمثلة عديدة عرضت على التحكيم، على مستوى المؤسسات التحكيمية، وبرغم من أنها تعد أقل من حالات اختيار قانون الدولة المضيفة، ومن تلك الأمثلة، النزاع الذي نشأ عن الاتفاق المبرم بين الشركة الكاميرونية للاتصالات اللاسلكية وإحدى الشركات الأمريكية على أن تقوم الشركة الأمريكية بإنشاء محطة أربطة للاتصالات بالأقمار الصناعية لصالح الشركة الكاميرونية في وجمهورية الكاميرون على أن تزود الشركة الأمريكية وتركيبها وتسليمها جاهزة للتشغيل، ثم تبين عدم صلاحيتها لعيوب فنية نتيجة خطأ في الشركة الأمريكية، حيث تبين للمحكمة أن العقد قد تضمن شرطا للتحكيم واتفاقا على تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية[411].

الفرع الثاني: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار

يكشف الواقع العلمي لعقود الاستثمار على أن أغلبية هذه العقود، وقد تم فيها اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة ليكون هو القانون الواجب التطبيق على موضوع بالعقد، وهذا ما تؤكده الإحصائيات التي أورها الفقه المهتم بعقود الدولة[412].

---

[410] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 487.

[411] صلاح الدين جمال الدين، (التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص ص، 205 – 206.

[412] محمد الروبي، المرجع السابق، ص 25.

ومن الأمثلة على الاختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ما نصف عليه المادة 25 من العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية مع الشركة اليابانية ELCRICCO NIPPON إلا إنشاء محطة أرضية للاتصالات التجارية بالأقمار الصناعية والذي جاء على النحو التالي: تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود تحرر وفق للقوانين السيرلانكية).

وأيضا الاتفاق بين إحدى الشركات الإنجليزية وإحدى الشركات العمانية في عقد توريد وتشييد وتصميم وتشغيل وصيانة مصنع لإنتاج الجير المائي والجير المحروق لفائدة الشركة العمانية والذي أبرم سنة 1978 وكان من مضمون العقد، شرط يقضي باتفاق المتعاقدين على إسناد موضوع النزاع إلى القانون العماني باعتباره القانون الواجب التطبيق عليه[413].

وكذلك الحال بالنسبة لقضية شركة أجيب Agip ضد الحكومة الكونغولية حيث اتفق الطرفين في العقد على أنه (تسوى الخلافات التي قد تنشأ بين الأطراف بشأن تطبيق أو تفسير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفقا لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، على أن تطبيق هيئة التحكيم القانون الكونغولي...)[414].

وهذا أيضا ما جاءت به المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا ، بأن القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وكذلك العقد المبرم بين شركة Corporation and Mobil Petropum Company Inc Mobil oil وحكومة نيوزيلندا على أن يخضع العقد حسب نص المادة 7/7 إلى القانون النيوزيلندي، وأيضا العقد المبرم بين شركة LTD Vacoum Salt Products وحكومة غانا، حيث نصت المادة 39 منه على أن القانون الغاني هو القانون الواجب التطبيق[415].

هذا في الحالات التي نص فيها صراحة على القانون الواجب التطبيق أي بإرادة المتعاقدين الصريحة أما في حالة عدم توافر هذا الاختيار الصريح فأوجب على المحكم أن يبحث على الإرادة الضمنية بأطراف العلاقة التعاقدية من الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، وقد أوضح الفقه وقضاء التحكيم أنه توجد عدة قرائن لدلالة على الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، ومثال ذلك يمكن الأخذ بقانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم[416].

إن في عقود الاستثمار فإن وجود الدولة طرفا في العقد يجعل القانون الذي تربطه صلة جوهرية بالعقد هو قانونها الوطني، إذ يكاد أن يكون هذا الأمر لا مفر منه، وهو قانون دولة التنفيذ، وفي الغالب هو

---

[413] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، المرجع السابق، ص ص، 206 - 207.

[414] صلاح الدين جمال الدين، (دور) أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص 69.

[415] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص، 120 - 121.

[416] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق، ص 351.

قانون محل إبرام وقانون موضوع العقد[417]، وقد طبقت الكثير من الأحكام التحكيمية لمنازعات عقود الاستثمار هذا الاتجاه ومن الأمثلة على الأحكام التحكيم التي طبقت فيها قوانين الدولة المضيفة للاستثمار باعتبارها القوانين الأكثر صلة أو القوانين التي انصرفت إليها الإرادة الضمنية لطرفين:

ومنه Amiriol ضد الحكومة الكويتية على الرغم من إنعدام النص الصريح على القانون الواجب التطبيق إلا أن محكمة التحكيم قد استشرفت ضمنا أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي لأنه القانون الأكثر ارتباطا بالعقد.

وقضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وإحدى الشركات الأمريكية، وبرغم من عدم وجود اختيار صريح، إلا أن محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC قامت بتطبيق القانون الجزائري لأنه مكان إبرام وتنفيذ العقد[418].

وفي النزاع بين إحدى الدول الإفريقية وشخص بلجيكي بشأن الامتياز الممنوح له، في شراء منتجات المناجم ، انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة باعتبار العقد بتركيز في قانون الدولة المتعاقدة[419].

وفي قضية LETCO ضد ليبيريا، التي تم النظر فيها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وحيث أن الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق لم تكن واضحة، فقد رأت هيئة التحكيم أن الاتفاق المبرم بين الشركة وليبيريا، ما هو إلا عقد مبرم وفق قانون الأعمال الليبيري استنادا لما ورد في دباجة هذا العقد وقد استدلت الهيئة من ذلك أن الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الليبيري على العلاقة وما نشأ عنها من منازعات[420].

أولا : استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

على الرغم من أن قانون الدولة المضيفة الذي يكون مختار من قبل الأطراف العقد أو اعتباره الأكثر صلة بهذه العقود فإن الملاحظ لبعض الأحكام التحكيمية بشأن منازعات الاستثمار يرى أنها استبعدت قواعد قوانين الدول المضيفة للاستثمار استنادا إلى ذرائع و شبهات ومنها:

على الرغم من أن قانون الدولة المضيفة الذي يكون مختار من قبل الأطراف العقد أو اعتباره الأكثر صلة بهذه العقود فإن الملاحظ لبعض الأحكام التحكيمية بشأن منازعات الاستثمار يرى أنها استبعدت قواعد قوانين الدول المضيفة للاستثمار استنادا إلى ذرائع وشبهات ومنها:

[417] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 121.

[418] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص ص، 353 – 354.

[419] عصام أحمد البهجي، (الطبيعة) القانونية لعقود (Bot)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، سنة 2014، ص 139.

[420] عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 139.

-1- عدم ملاءمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية.

استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات الاستثمار تطبيق القانون الوطني للدول المضيفة للاستثمار بالرغم من أنه القانون المختص الأنسب لحكم مثل هذه العقود بذريعة وحجة أن هذه القوانين الوطنية غير المتمشية مع حاجات المعاملات الدولية، لما يشبوها من قصور في التشريع نظرا لطبيعتها الدينية لا سيما القوانين الوطنية للدول الإسلامية والتي لا تتضمن بحسب رأيهم القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود مثل العقود البترولية وإضافة إلى قوانين الدول النامية التي لا تتضمن قواعد لتنظيم العمليات الحديثة كنقل التكنولوجيا [421].

مثال ذلك قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Petroleum Development عام 1951 حيث قام المحكم Asquitk باستبعاد قانون أبو ظبي المستمد من الشريعة الإسلامية وتطبيق القانون الإنجليزي بحجة بدائية وعدم ملاءمته لحكم النزاع وطبق القانون الإنجليزي باعتباره من قوانين الأمم المتمدنة[422].

(وأيضا قضية حاكم قطر ضد شركة International Marine Oilcoltj عام 1953 حيث قام المحكم Alfred باستبعاد قانون قطر بحجة أنه لا يشتمل على قواعد قانونية تكفي لحكم هذه النوعية الحديثة من العقود)[423].

2- النقص في قواعد القانون الوطني.

قامت أحكام التحكيم للاستبعاد تطبيق القانون الداخلي بالرغم من وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيقه وذلك بحجة استكمال النقص الذي قد يوجد في قواعد هذا القانون من خلال اللجوء على قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص[424].

ومثال ذلك قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة Gold Filas حيث استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد، بحجة أن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي[425]. وقام الحكمين البريطاني والألماني بتطبيق المبادئ العامة للقانون [426].

---

[421] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 125.

[422] محمد الروبي، مرجع سابق، ص 254.

[423] .محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 254.

[424] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 125.

[425] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 348.

[426] عصام أحمد البهجي، مرجع سابق ، ص 133.

3- تعارض القانون الوطني للدولة المستضيفة مع المبادئ العامة للقانون الدولي: لقد اتجهت بعض أحكام التحكيم بشأن منازعات الاستثمار الدولية إلى استبعاد بعض قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار بذريعة أن فكرة النظام العام الدولي يؤدي تطبيقها إلى استبعاد بعض قواعد هذا القانون إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي ومثال ذلك قضية دولة الكويت مع شركة Aminoil حيث قامت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد العامة للقانون بحجة أن القانون الكويتي قد يتعارض في بعض القواعد القانونية مع النظام العام الدولي.

الفرع الثالث : اختيار قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد.

يمكن للمتعاقد ان أن يختارا قانون داخلي لدولة ثالثة أجنبية على العقد لذا كان يريان أن هذا القانون يعتبر ملائما لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها، وذلك نظرا لما يتضمن من أحكام تنظم عقدهما بصورة معينة أو بصورة أكثر تفصيلا وأفضل من النتيجة التي كانت ستحققها الأحكام التي وردت في قوانينهم الشخصية كان يقوما الطرفان باختيار القانون السويسري نظرا لما يحققه ذلك من قيود أقل كما هو الشأن في الكثير من عقود الاستثمار التي تبرمها الشركات الأوربية مع الدول النامية لا سيما بعد صدور قانون جديد للالتزامات العقدية سنة 1985[427].

و هو أيضا ما تعمل به المشروعات الصناعية الأمريكية والأوربية في تعاملاتها على التكنولوجيا مع دول العالم الثالث ودول أوربا الشرقية حيث تتضمن أغلب عقودها بند أو شرط ينص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون السويسري للالتزامات.

وهو نفس المنهج الذي اتبعته الشركات الصناعية الأوربية مع الحكومة المصرية والشركات التابعة لها، وعلى سبيل المثال المادة 12/2 من العقد المبرم بين الهيئة العربية للتصنيع مع شركة ويست لاند للهليكوبتر والتي نصت على أنه يخضع ذلك الاتفاق وينشأ وفقا للقوانين السويسرية)[428].

المطلب الثاني: اختيار قانون التجارة العالمية أو قانون عبر دولي

استند إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يتمتع بتحرر كبير أمام التحكيم الدولي فإنه يمكن للأطراف عقد الاستثمار إخضاع عقدهم لمجموعة من القواعد عبر الدولية والتي لا تعتبر قواعد داخلية ولا قواعد دولية، إذ هي مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية والتي تمثل الأعراف والممارسات

[427] صلاح الدين جمال الدين ،دور أحكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 55.

[428] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق ، ص 208.

السائدة في ميدان التجارة الدولية ويطلق عليها الفقه الغربي المصطلح اللاتيني Lex Mercaria أو لكس مركانوريا[429].

كما يطلق تأتي هذه القواعد تحت عدة تسميات نذكر منها المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار وقواعد قانون التجار وقانون التجار ذو الطابع الدولي وقانون التجارة الدولية وقانون التجاري الدولي والقانون الغير وطني والقواعد فوق الوطنية و قانون عبر الدول والقانون التجاري الدولي الجديد [430]، القانون التجاري بين الشعوب والقانون العرفي عبر الحدود[431]، وغيرها من التسميات المتشابهة التي تصب في نفس المعنى.

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.

لقد وجدت عدة تعريفات لقانون التجارة الدولية ويرجع هذا التعدد الإختلاف في التعريفات التي حاولت تحديد مفهوم قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي للإختلاف مرجعية وإنتماء الفقهاء الذين تطرقوا لموضوع التجارة الدولية.

يعتبر القانون عبر الدولي، القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحد ومن ثمة فهو يتضمن قواعد القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص وكذلك القواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين الفرعين من فروع القانون الدولي[432]، ويعرف البعض هذا النظام القانوني بأنه نظام قانوني لا هو بالقانون الدولي العام ولا هو قانون وطني محدد يمكن تطبيقه على المسألة المتعلقة بعقود التنمية الإقتصادية إذ لم يتركز العقد في النظام القانوني الدولي أو أحد النظم القانونية الوطنية[433].

وعرفه البعض أيضا على أنه مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونيا وحلول ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا على القانون الذي يحكم الروابط البحتة وهو أيضا قانون تلقائي يتكون من مجموعة قواعد غير وطنية مستمدة من العادات المهنية وأحكام التحكيم الصادرة في مجال التجارة الدولية التي تضع المبادئ العامة لحل المنازعات الدولية[434].

---

[429] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 145.

[430] أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية)، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص ص، 184-185.

[431] مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010 ، ص 261.

[432] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص ص ، 375-376.

[433] صلاح الدين جمال الدين، دور احكام التحكيم في حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 43.

[434] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 260.

ويعتبر قانون التجار هو مجموعة من القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها[435].

تتمثل القواعد القانونية في القرارات التي تصدرها الهيئات المعنية بالتجارة الدولية مثال ذلك: القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس فيما يتعلق بالإعتمادات المستندية أو تغيير مصطلحات البيوع الدولية (INCOTERMS) أو تحصيل الأوراق التجارية. القواعد الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDC فيما يخص عقود الإنشاءات الهندسية.

القواعد القانونية الصادرة عن معهد روما لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT والتي تتمثل في الاتفاقيات الدولية.

القوانين الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL، وتتمثل في المبادئ العامة للقانون في التوجيهات والأوامر العامة القابلة للتطبيق في مجال التجارة

الدولية، والتي يمكن استخلاصها من مقارنة القوانين الوطنية والمصادر الدولية.

وقد أورد الأستاذ Mustill بهذا الخصوص قائمة تتضمن حوالي عشرين مبدأ عالميا والتي تم تطبيقها من قبل هيئات الدولية ومن أمثلة على هذه المبادئ مبدأ التعهدات الملزمة، مبدأ تفسير العقد وفق للإرادة المشتركة للأطراف، مبدأ التوازن في الآداءات[436]، وبإضافة إلى هذه المبادئ توجد عدة مبادئ عامة أخرى نذكر منها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الضرر يزال، مبدأ عدم جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ حسن النية[437].

إن هذه المبادئ وإن كانت معروفة في التشريعات الوطنية إلا أن تكتسب قوة إلزامية جديدة لها الصفة الدولية والعالمية عند إنتقالها وإندماجها بقانون التجارة العالمة أو القانون عبر الدولي، أما العادات التجارية الدولية يقصد بها كل ما تواتر عليه العمل في الأوساط التجارية الدولية وانتشر المتعاملين فيها[438].

الفرع الثاني: موقف الفقه من قانون التجارة الدولية أو القانون عبر دولي.

لقد انقسم الفقه بين مؤيد ومناهض للقانون العبر دولي أو قانون التجارة الدولية وذلك بخصوص مدى اعتباره نظام قانون وسوف نعرض كل من الاتجاهين ونبين الحجج التي استند إليها كل من الاتجاهين.

---

[435] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 185

[436] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 186.

[437] عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص ص، 128- 129.

[438] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 177.

أولا: الاتجاه المؤيد لقانون التجارة الدولية.

يرى أنصار هذا الاتجاه في قانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي بأنها قواعد قانونية بالمفهوم المتعارف عليه، إذ تعتبر نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية وقد استند أنصار هذا الاتجاه لعدت حجج أهمها إستفاء قواعد قانون التجارة الدولية لركن الوضعي إذ تعتبر قواعد عامة ومجردة وترتبط بأجزاء ذو طبيعة خاصة بالإضافة إلا أنها غير متناقضة وتحتوي على حلول ملائمة تفتقد لها النظم القانونية الداخلية فضلا على أن قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون العابر الدولي تستوفي الركن المؤسسي حيث تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم ووحدت المصلحة.

ثانيا: الاتجاه المناهض لقانون التجارة الدولية.

أنكر أصحاب هذا الاتجاه على قواعد قانون التجارة الدولية تمتعها بالصفة القانونية إذ اعتبروها مجرد عادات وممارسات تجارية لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام وأن هيئة التحكيم تضل ملزمة باستبعادها إذا ما تعارضت مع قواعد النظام العام الدولي حتى ولو اختيرت صراحة من قبل الطرفين وتمثلت حجج أنصار هذا الاتجاه في عدم استفاء الركن الموضوعي وأنها لا تتصف بتجرد العمومية ولا ترتبط بجزاء مادي كما أنها متناقضة إذ تعتبر مجرد إحساس شخصي بالعادلة وإضافة إلى عدم إستفائها الركن المؤسسي حيث أنها لا تنتمي إلى مجتمع منظم متجانس[439].

الفرع الثالث: مدى حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون عبر دولي كقانون واجب التطبيق.

لقد وجد بخصوص مدى حرية الأطراف عقد الإستثمار فاختيار تطبيق قانون العبر دولي رائين يختلفان في مدى حرية الأطراف اختيار هذا القانون فالرأي الأول يرفض وتنكر على طرفي العقد اختيارهما قانون التجارة الدولية أما الرأي الثاني فيمنح طرفي العقد حرية في اختيار القانون العبر دولي أو قانون التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق:

الرأي الأول:

رفض أصحاب هذا الرأي الاعتراف بتطبيق قواعد التجارة العالمية على عقود الاستثمار وانطلاقا من خصوصية عقود الاستثمار فقد اعتبروا أن اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة غير ملزم، أي رفضوا فكرة سلطان الإرادة في حالة اختيار للمتعاقدين لقواعد قانون التجارة الدولية، بينما اشترط بعضهم لتطبيق قواعد قانون التجارة العالمية، سماح القانون الواجب التطبيق، أي أن اتفاق أطراف عقد

[439] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 149.

الاستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية هو مجرد اختيار تطبيق قواعد تعاقدية لا يمكن الاكتفاء بها بل يجب على الأطراف اختيار قانون واجب التطبيق لتكملة النقص، إضافة إلى عدم تعارض هذه القواعد مع هذا القانون[440].

إذ يعتبر من أهم الحجج التي استند إليها هذا الرأي افتقار قانون التجارة الدولي إلى النظام القانوني المتكامل فهو غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية مثل أهلية الأطراف أو عيوب الإرادة أو تكوين الشركات أو طرق نقل الملكية[441]، بالإضافة إلى أنه غير مقنن في مجموعات خاصة ولا يستند إلى سلطة معينة أي أنه يعتبر كعرفا وبالتالي فإن هذا القانون لا يمكن أن يطبق على موضوع النزاع الناشئ عن تلك العقود بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية غير متجانس فالأهداف والمصالح ليست في المستوى[442].

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه بالاستناد لمبدأ سلطان الإرادة أنه يمكن للأطراف عقود الاستثمار أن يتفقوا على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على العقد المبرم بينهما حيث أن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار تتفق مع منهج تطبيق قواعد القانون التجارة الدولية على الأقل عند الاتفاق على تطبيقه في الاتجاه العام يسير نحو منح الأطراف حرية تدويل العقد ولو كانت عقود الاستثمار وذلك بإخضاعها ولو بشكل جزئي لقواعد قانون التجارة الدولية.

إذ أنه ليست هناك أي منافع في عقود الاستثمار يمنع أطرافها من اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية إذ من الصعوبة بما كان تقييد حرية الأطراف إذا ما ارتضوا بأنفسهم تطبيق هذه القواعد ذلك مع وجوب مراعاتهم لخصوصية عقود الاستثمار[443]

الفرع الثالث : موقف التشريعات والمعاهدات الدولية من تطبيق قانون العبر دولي: حسب نص الفقرة الأولى من المادة 42 : (تفصل المحكمة في النزاع المعروض عليها وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليه الأطراف فإن لم يوجد الاتفاق فإن للمحكمة أن تطبق قانون الدولة في النزاع ...)[444].

---

[440] بشار محمد الأسعد المرجع السابق، ص 151.

[441] أحمد مخلوف ، مرجع سابق، ص190.

[442] مراد محمود المواجدة، المرجع السابق، ص 263.

[443] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 152.

[444] المادة 1/42 اتفاقية واشنطن 1965.

استنادا إلى نص المادة 1/42 من الاتفاقية فإن من قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم يتعدى ذلك الاختيار المبادئ العامة للقانون وإمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم[445].

وقد اتخذت بهذا التشريع الفرنسي حيث نصت المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي على أنه (يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...)

إضافة إلى ذلك نصت المادة 39 من القانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه (تطبيق هيئة التحكيم على موضوع نزاع التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون معين...)، كما نصت المادة 187 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أنه (تفصل هيأة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف...)[446].

الفرع الرابع : اختيار الأطراف لقانون العبر دولي أو قواعد قانون التجارة الدولية.

إن اختيار طرفي عقود الاستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية أو قانون عبر دولي قد يكون إما بالصورة الصريحة أو بصورة ضمنية.

أولا: الاختيار الصريح على تطبيق القانون عبر الدولي.

في أغلب الحالات التي يختار فيها طرفي عقد الاستثمار قانون العبر دولي ليكون قانون واجب التطبيق على عقدهم وذلك بغيت التخلص من القانون الداخلي، فإنهم يتفوقون على إخضاع العقد المبرم بينهم لأحد أنواع قواعد التجارة الدولية بصفة منفردة أو بصفة مجتمعة مع القانون الدولي.

ثانيا : أمثلة على الاختيار الصريح للقانون عبر الدولي.

أمثلة على ذلك العقد المبرم بين حكومة الكويت Aminoil حيث نص على أن (القانون الواجب التطبيق على المسأل الموضوعية بين الأطراف سيتم تحديده من قبل الهيئة أخذت في الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة وصفة عبر الدولية علاقتهم والمبادئ القانون والعادات السائدة في العالم المتقدم).

[445] عمر هاشم محمد صدقة، المرجع سابق، ص 213.

[446] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 488.

وأيضا العقد المبرم بين حكم أبو ظبي وشركة Petroleum Development Ltd حيث نص على أنه يعلن كل من الحاكم والشركة أنهما يؤسسان عملهما بموجب هذا الاتفاق على الود الوثيقة الخالصة وعلى تفسير هذا الاتفاق بما يوافق الصواب.[447]

ثالثا : الاتفاق الضمني على تطبيق القانون عبر الدولي.

يمكن أن يكون اتفاق الأطراف على اختيار تطبيق قواعد التجارة الدولية ضمنيا إذ يمكن استخلاصه واستنتاجه من بعض المؤشرات فقد استند المحكم أحيانا إلى بعض الشروط المدرجة في العقد لتحديد إرادة الأطراف الضمنية التي تتجه إلى تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية مثال ذلك إدراج قواعد تلزم المحكم بصراعات الأعراف التجارية أو إتفاق على التحكيم بالصلح[448].

وفي الأخير أن عادات وأعراف التجارة الدولية وإن كانت تشكل قواعد قانونية قادرة على تنظيم وحكم العقود الدولية إلا أن هذه القواعد ليس إلا قواعد تخيرية أو تكميلية، فهي لا تطبق بقوة سريانها، بل يجب أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة والضمنية رغبتهم في سريان أحكامها، بما أن عادات وأعراف التجارة الدولية لا تطبق إلا على أساس قاعدة التنازع المعروفة بقاعدة حرية الإرادة.

إن ما يمكن استخلاصه في نهاية هذا الفصل، أن حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الواجب التطبيق، حق معترف في كل النظم القانونية، وتمتد هذه الحرية حتى إلى اختيار قواعد قانونية لا تنتمي إلى نظم قانونية وطنية معينة، ويمكن أن يرد هذا الاختيار بشكل صريح وذلك بإدراجه ضمن بنو العقد أو في المشارطة التحكيمية كما يمكن أن يرد بشكل ضمني والذي يجب أن يتم الكشف عنه بصفة مؤكدة وحقيقية.

كما أن أهم النظم التي يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق من بينها، هي القوانين الوطنية، كقانون الدولة المضيفة للاستثمار أقانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد كالقانون السويسري أو قانون دولة المحكم، إضافة إلى إمكانية اختيار القانون الدولي العام أو اختيار القواعد العامة للتجارة الدولية أو ما يعرف بالقانون العبر دولي.

[447] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 155.

[448] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 155.

الفصل الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق وفق القواعد العامة لتنازع القوانين

بالإضـــافة للحالة التي يقوم المتعاقدان في عقد الاســـتثمار بتحديد القانون الواجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية بشـكل صـريح أو شـكل ضـمني يمكن من خلاله اسـتخلاص الإرادة الضـمنية بشـكل مؤكد، توجد حالة ثانية ينعدم فيها اتفاق أطراف عقد الاســتثمار بشــأن القانون الواجب التطبيق أي في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، أو تنعدم أي أدلة أو قرائن تشير إلى اتجاه الإرادة الضمنية لأطراف عقد الاستثمار إلى تطبيق قواعد قانون معين وتعذر على القاضي أو المحكم الكشــف واســتخلاص الإرادة الضــمنية على نحو مؤكد وقد يكون ســبب عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق راجعا إلى أن المتعاقدان قد أهملا هذا الاختيار وهذا الأمر نادر الحدوث في ظل عقود الاستثمار الحديثة وقد يكون يرجع إلى رغبة طرفي عقد الاستثمار في تحاشي الوقوع في مسائل خلافية من شأنها أن تؤدي إلى إفشال عملية التعاقد،

إن في هذه يتعين على القاضــي أو المحكم أن يجتهد من أجل الوصـــول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك وفق القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

إن الطبيعة الخاصـــة لعقود الاســـتثمار التي ترجع أما لطبيعة أفرادها بحيث ينعدم التســـاوي في المراكز القانونية لأطرافها والطرف الأول دولة ذات سيادة والطرف الثاني مستثمر أجنبي لا يتمتع بالسيادة أما لطبيعة موضـوعها إذ أن عقود الاسـتثمار تتعلق بشـكل مباشـر بالخطط التنموية للدولة المسـتضـيفة للاستثمار .

إن هذه الطبيعة الخاصـــة التي تتميز عقود الاســـتثمار تجعل من مســـألة تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار الصريح أو الضمني له من قبل أطراف العقد، أمرا في غاية الصعوبة.

وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث سنتطرق في المبحث الأول إلى الاتجاهات الفقهية التي ظهرت بشأن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة ونتطرق في المبحث الثاني إلى تحديد القانون الواجب التطبيق بالاعتماد على مبادئ القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول :

ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار.

لقد انقسم الفقه حول مسألة القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق إلى عدة آراء و اتجاهات، فقد ذهب الرأي الأول إلى وجوب تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بعقد الاستثمار، وذهبت الآراء الأخرى التي تجمعها نفس الغاية وهي استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، فقد ذهب بعدها لتطبيق القانون الذاتي للعقد مستندا إلى مبدأ الغاية الذاتية للعقد، وذهب الرأي الثاني إلى تطبيق القانون الدولي العام استنادا إلى فكرة تدويل عقد الاستثمار، كما ذهب الرأي الأخير إلى تطبيق القانون العبر دولي أو قواعد قانون التاجرة الدولية.

ومن خلال هذا سوف نتطرق إلى كل رأي على حدا مبرزين أهم الحجج التي استند عليها فقهاء كل رأي في تدعيم وجهة نظرهم وآرائهم وكذلك أهم الانتقادات التي عابت هذه الآراء في مطلبين.

المطلب الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد وإخضاع عقود الاستثمارللقانون الوطني.

المطلب الثاني: الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار.

المطلب الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد وإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني

يرى أصحاب هذا الرأي من أجل إخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة، على عدة أسانيد أهمها فكرة الموافقة المفترضة للمستثمر، وفكرة اعتبار عقود الاستثمار عقودا إدارية، وفكرة الاستناد إلى القرارات الأمم المتحدة وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول : اخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا لفكرة الموافقة المفترضة للمستثمر:

لقد ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار يعد أمر جد ضروري في حالة إذا ما لم يقم كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار المبرم بينهما مستندين إلى الحكم الصادر من قبل محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية سنة 1929، حيث ذهبت إلى أنه (كل عقد لا يكون بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما...)[449].

كما أن محكمة العدل الدولية واستنادا إلى فكرة السيادة، قد أكدت في نفس القضية على أنه (لما كان الطرف المفترض في عقود القرض دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها)[450].

بالإضافة إلى ذلك فقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929 على أنه لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة ترتضي أن تستند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص أن بإمكان الدولة أن تختار قانون آخر غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار ...)، ويتضح من خلال هذا الحكم أنه في حالة عدم اختيار قانون ليكون واجب التطبيق على موضوع العقد يكون قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار هو القانون الواجب التطبيق[451] ، ويتضح من هذه الأحكام أن محكمة العدل الدولية قد جعلت أن هناك قرينة مفترضة تشير دائما إلى خضوع عقود الاستثمار المبرمة من طرف الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

---

[449] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 365.

[450] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 209.

[451] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 208.

وقد أخذت بهذه الفكرة محكمة استئناف باريس فقد قضت في حكم له كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده لقوانين هذه الدولة كما ذهبت لذلك أيضا محكمة النقض الفرنسية حيث أقرت أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة، كما ذهبت محكمة التحكيم أرامكو في تبني الاتجاه السابق حيث أقرت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري في المملكة العربية السعودية إذ أنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها حتى يتم إثبات العكس[452].

كما ذهب بعض الفقهاء إلى أن اتجاه المستثمر للاستثمار لدولة المضيفة يتضمن في العادة رضاء المستثمر بالاختصاص القضائي للدولة المضيفة وبتطبيق قانونها الوطني فيما يخص استثماره بما في ذلك تسوية ما ينشأ عنه من المنازعات مبرزين ذلك على أنه من المنطقي أن يكيف المستثمر الأجنبي نفسه مع قوانين الدولة التي يرغب في الدخول معها في علاقة تعاقدية وذلك بالاستثمار فيها.

أي أن الاختيار الإرادي من قبل المستثمر الأجنبي الخاص لأن يكون طرفا في عقد من عقود الاستثمار يؤدي إلى افتراض أنه أخضع نفسه لاختصاص قانون الدولة المضيفة للاستثمار فيما يرتبط بكل المسائل التعاقدية إلى إذا تضمن العقد أو المشارطة التحكيمية بندا يقضي بأن قانونا آخر كان واجب التطبيق أي أن على هيئة التحكيم أن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة دون أن يكون مسموحا لها تطبيق أي قانون آخر مادام العقد لم يتضمن اتفاقا يسمح لها فعل واحد[453].

خالف البعض الرأي القاضي بوجود افتراض مسبق يوجب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بحيث يرى معارضي هذه الفكرة أن القاعدة التي سبق أن أقرتها محكمة العدل الدولي في قضايا القروض الصربية والبرازيلية ولاقت مساندة قوية في الماضي لصالحة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة قد فقدت أسبابها ومنطقيتها وعدم ملائمتها واقع علاقات التجارة الدولية[454].

كما أن قضاء محكمة العدل الدولية قد تم تجاوزه ولم يعد يستجيب لتطلعات ومقتضيات التجارة الدولية وأنه إذا كان مفترض عدم خضوع الدولة المضيفة لقانون غير قانونها الوطني فإنه كذلك لا يجوز إجبار المستثمر الأجنبي على الخضوع لقانون لم يساهم اختياره ما من شأنه تعرضه لعدة مخاطر نتيجة لتغيرات التشريعية والتنفيذية من جانب الدولة[455]، إضافة إلى أن الفقه المعارض لفكرة الافتراض المسبق

---

[452] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 366.

[453] صلاح الدين محي الدين، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2004، ص ص، 22 – 23.

[454] صلاح الدين محي الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق ، ص 210.

[455] مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 209.

لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ذهب إلى أن قضاء محكمة العدل الدولية لم يعد مواكبا للتطورات التي لحقت بالتجارة العالمية أوضح أنه إذا كان من غير المفترض أن الدولة تقبل إخضاع العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي لقانون دولة أخرى أو المبادئ العامة لقانون فإنه من غير المفترض أيضا أن تقبل الشركة الأجنبية التي تتعاقد مع الدولة إخضاع عقدها لقانون الدولة المتعاقدة والذي قد يعرضها لمخاطر السيادة كما أن المعارضين لفكرة الافتراض المسبق تطبيق القانون الوطني لدولة المتعاقدة قد أكد وبعد تسليمهم بوجود مثل هذه القرينة محتجين إلى أن الدولة عندما تتعاقد مع الشركة الأجنبية فإنها لا تتعاقد بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام إنما باعتبارها مجرد شخص عادي ومنه فإن الدولة التي تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد العاديين لا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها التشريعية التي تعفيها من الخضوع إلى قانون غير قانونها الوطني إذ أن ذلك يعتبر خرقا لمبدئ المساواة بين أطراف العقد[456].

كما قد إستند وفي نقدهم لفكرة الإفتراض المسبق لتطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة إلى أن محكمة الإستئناف بباريس ومحكمة النقض الفرنسية قد تنازلت على موقفها السابق إذ ذهبت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر 10 أفريل 1957 في قضية Ship Steam إلى أن وجود الدولة الفرنسية كرف في العقد المبرم مع الشركة الأجنبية لا يترتب عنه بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عدم وجود قرينة خاصة لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد المبرم بينها وبين إحدى الشركات الأجنبية[457].

كما أن رفض وجود قرينة لصالح تطبيق قانون الدولة المتعاقدة لا يعتبر تناقضا المادة 42 الفقرة 1 من اتفاقية واشنطن والتي نصت على أنه (في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين كذلك مبادئ القانون الدولي في هذا الخصوص). واستندوا إلى ما يلي:

إن الإشارة الواردة بالنص على تطبيق قانون الدولة المضيفة على موضوع النزاع تضمنت قواعد تنازع القوانين في قانون هذه الدولة، ومنه يمكن أن يحال إلى قانون دولة أخرى بخلاف قانون الدولة المتعاقدة إضافة أن نصها على تطبيق القانون الدولي العام جاء على قدم المساواة مع قانون الدولة المتعاقدة.

إن الإشارة إلى قانون الدولة المتعاقدة يمكن تفسيره على أساس بفكرة الإسناد إلى مكان التنفيذ الرئيسي[458].

---

[456] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 367.

[457] علاء محي الدين مصطفى أحمد، مرجع سابق ، ص 367.

[458] مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 209.

ثانيا : تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا لاعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الإدارية.

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الاستثمار يجب أن تخضع لقانون وطني للدولة المضيفة استنادا لاعتبار عقود إدارية وكذلك حتى تسري عليها كافة التغييرات والتعديلات الجارية في القانون الوطني ويكون للدولة حق تعديلها بإرادتها المنفردة وقد استند أنصار هذا الرأي في تكييفهم لعقود الاستثمار كعقود إدارية إلى التماثل والتقارب الحاصل بين عقود الاستثمار من جهة والعقود الإدارية من جهة أخرى حيث توفرت فيها المعايير والشروط المميزة في العقد الإداري[459].

ويكاد الفقه والقضاء يجمعان على إسباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرف فيه وارتبط بنشاط مرفق عام وتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص[460].

كما أن إطلاق الصفة الإدارية على عقد الاستثمار أملته مجموعة من الاعتبارات تتمثل في أن الدولة أو أحد مؤسساتها تعد طرف فيه في حين أن الطرف الثاني هو طرف خاص كما أن أغلبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتضمن شروط يمكن اعتبارها غير مألوفة كما أن عقد الاستثمار كثيرا ما ينص على خدمة أحد المرافق العامة للدولة[461].

وقد سوغ أنصار الرأي المنادي لتطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار باعتبارها عقودا إدارية، وذلك بإسباغ الصفة الإدارية عليها ، بأن هذه العقود أي عقود الاستثمار ستهدف مرفق عام وقد يكون مرفقا عام حيويا أو يفترض أن يكون كذلك ، أن أحد أطراف عقد الاستثمار هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة القائمة على النشاط الاقتصادي، يصرف النظر عن أغراضها أو طبيعة عملها صناعية أو زراعية أو تجارية، بإضافة إلى وجود الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في تقرير الموافقة على المشروع الاستثمار أو رفضه أو سحب الامتياز الممنوح للطرف الأجنبي، وكذلك فإن العقد يبرم بعد صدور قرار إداري بشأنه، ومن كل ما سبق يستشف أن هذه العقود هي عقود إدارية[462].

---

[459] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 210.

[460] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 64.

[461] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص76.

[462] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 212.

وعلى هذا النحو فإن عقود الاستثمار وفي منظور هذا الجانب من الفقه لا تعدو أن تكون عقودا إدارية مما يوجب وعلى سبيل الإلزام خضوعها للقانون الوطني للدولة المضيفة[463].

لقد وجهت انتقادات عديدة للاتجاه الفقهي المنادي لتطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار على أساس اعتبارها عقود إدارية وقد قدم الفقه المعارض للفكرة السابقة عدة أسانيد ومبررات من أجل انتزاع الصفة الإدارية من عقود الاستثمار أو تنفيذ وجودها أصلا ويرى أصحابها أن متطلبات التجارة الدولية تفرض اعتبارات علمية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام عند التعاقد، إذ يهدم تمسك الدولة بسيادتها وسلطاتها العلاقة التعاقدية بينها وبين الطرف الأجنبي إضافة إلا أنه قد يؤدي إلى إثارة خلافات سياسية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي إذ ما لجأ هذا الأخير لطلب الحماية الدبلوماسية فهذا يحتم على الدولة النزول لمستوى المتعاقد الخاص إذا كانت تطمح في جذب الاستثمارات الأجنبية من أجل تحقيق مصالحها الخاصة.

إن المنطق يقتضي أن تمارس الدولة سيادتها داخل إقليمها بما لها من حق على رعاياها إذ أن هذه السيادة محددة النطاق داخل هذا الإقليم، أما خارجة فلا تملك هذا الحق حيث تقف على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي وبالتالي لا تتمتع الدولة المضيفة بأية سلطات استثنائية تميزها عن المستثمر الأجنبي إلا بمقدار ما تحدده وتسمح به الشروط العامة[464].

إن بعض القوانين الوطنية لا تعرف ولا تعترف بفكرة العقد الإداري إضافة إلى موقف العداء وتخوف المستثمرين الأجانب منن السلطة العامة في الدول وبالخصوص الدول النامية، وقد اتخذ المستثمر الأجنبي موقفا عدائيا متحفظ اتجاه السلطة العامة في هذه الدول من أجل الحفاظ على حقوقه ومكاسبه ضد المخاطر التشريعية والإدارية مما انعكس بالسلب على تطور فكرة العقد الإداري الدولي[465].

إن اعتبار عقود الاستثمار عقود إدارية وذلك على أساس تكيفها وبصورة مسبقة على أنها عقود إدارية، يخالف المبادئ العامة المعتمدة في مجال تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار إذ أن تحديد الصفة القانونية لها بصورة عامة مسبقة دون أي تحليل لعناصر العقد والتأكد من توافر الشروط وخصائص مسبقة معينة للبت في مسألة تكييفه يعتبر طريقا خاطئا فوجود شرط التثبيت التشريعي يعني إضفاء الطابع الخاص عليه، أما احتفاظها بسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة بعد دلالة لإضفاء الطابع الإداري على العقد[466].

---

[463] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 212.

[464] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 215.

[465] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص ص، 77 - 78.

[466] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص ص، 215 - 216.

إن عقود الاستثمار وإن كانت تحقق الشرطين الأولين الإضفاء الصفة الإدارية المتمثلين في جهة الإدارة طرفا فيه أي الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها العامة أو المؤسسات التابعة لها إضافة إلى ارتباط عقد الاستثمار بأحد المرافق العامة إلى أنها تفتقر إلى تضمين شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد إذ تتعاقد الدولة بصددها بنفس الطريقة التي يتعاقد بها أراد القانون الخاص وتقف وفقها على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي متجردة من سلطتها المتعارف عليها في إطار نظرية العقود الإدارية مما يكون معه العقد خاليا من الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في العقد الخاص وهو ما يجعل عقد الاستثمار عقدا خاصا وليس إداريا[467].

وبالنظر للواقع العلمي نلاحظ صدور عدة أحكام وقرارات تحكيمية لهيئات تحكيمية في قضايا مشهورة لم تعترف بالطبيعة الإدارية للعقود الإدارية قضية taxeco فقد رفض المحكم Dupuy اعتبار الامتيازات محل التنازع عقود إدارية مبررا ذلك بعدم التوفر أركان العقد الإداري فيها وفقا لقانون الليبي إذ اعتبر المحكم أن موضوع الامتياز لا يتصل باستغلال مرفق عام وأن الدولة الليبية لم تبرم العقد على أساس أنها سلطة عامة إذ دخلة العلاقات التعاقدية على قدم المساواة مع الشركات الأجنبية المتعاقدة كما أن عقود الامتياز المذكورة لم تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص بالرغم من إدراج شرط الثبات التشريع في العقود المذكورة فلم يعتبرها المحكم شروط غير مألوفة[468].

قضية أرامكو ففي هذه القضية رفضت هيئة التحكيم اعتبارها العقد المبرم بين الشركة أرامكو وحكومة المملكة العربية السعودية عقدا إداريا استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية لا تفرق بين المعاهدات الدولية وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة بوصفها سلطة عامة طرفا فيها والعقود المدنية التجارية حيث تخضع جميعها لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[469].

قضية Aminoil ضد الحكومة الكويتية وقد رفضت محكمة التحكيم تطبيق نظرية العقد الإداري على الرغم أن القانون الكويتي يأخذ بهذا صراحة مستندا إلا أن إجراء التأميم الذيا تخذه الحكومة الكويتية لا تتسع له نظرية العقد الإداري إضافة إلا أن نظرية العقد الإداري غير معروفة في القانون الدولي ولا ترقى إلى مرتبة المبادئ القانونية العامة[470]. قضية ليامكو Liamco حيث رفض المحكم صبحي محمصاني تكييف العقد المبرم على أنه عقد إداري ورجع تكييفه على أنه من قبيل عقود القانون الخاص معتبرا أن موضوع العقد لا يعد من أعمال المرافق العامة.[471]

---

[467] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 77.

[468] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 79.

[469] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 83.

[470] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 214.

[471] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص86.

قضية Eurolunel ذهبت محكمة التحكيم إلى أن العقد محل النزاع لا يعد عقدا من عقود القانون الإداري الفرنسي وبالتالي فإن الشرط الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق والذي أقر تطبيق القانون الفرنسي هو شرط صحيح إلا أن الشرط لا يشير في تعيينه لقانون الفرنسي إلا على أحكام القانون الخاص الفرنسي وليس إلا القانون الإداري الفرنسي[472].

ثالثا: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقد الاستثمار استنادا القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة.

ذهب جانب من الفقه للدفاع عن فكرة خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني الدولة المتعاقدة معتبرا أية حقا مشروعا للدولة المضيفة مؤسسا ذلك على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول[473]، وتبدأ مقدمات هذا الاتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية فقد نصت المادة 04 من هذا القرار على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة شريطة أن يكون القيام بهذا الإجراء لهدف تحقيق مصلحة وطنية أو منفعة عامة على أن تقوم هذه الدول بدفع التعويضات مناسبة وفقا للقواعد السارية في الدولة التي اتخذت هذه الإجراءات عند ممارسة سيادتها.

يعتبر القرار 3281 دليلا قاطعا على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة فقد نصت المادة 312 منه على أن كل دولة لها الحق في أن تأمم أو تصادر أو تنقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طباقا للقوانين واللوائح النافذة فيها وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقا لقانون الدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سليمة على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية الاختيار الوسائل)[474].

كما أكدت التوصية رقم 3171 من قرارات الأمم المتحدة في دورتها 28 على الاختصاص المانع للدولة والدور المحدود القانون الدولي استنادا إلى مبدأ السيادة[475]، إضافة إلى ذلك فقد أوضحت هذه التوصية

---

[472] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 220.

[473] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 219

[474] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 368.

[475] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 59.

إن إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة التي تعبر عن سيادتها من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية يتضمن أن لكل دولة الحق في أن تحدد وسائل الوفاء بالتعويض وقيمته كما يتم الفصل في المنازعات الناشئة بخصوص هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني[476].

كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة التوصية رقم 3201 بتاريخ 11 ماي 1970 بعنوان بيان بشأن نظام اقتصادي دولي جديد حيث نصت المادة 04 الفقرة 05 منها على (السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية، وعلى نشاطاتها الاقتصادية كافة ولغرض حماية هذه المصادر فإن لكل دولة الحق في ممارسة سيطرة فعالة عليها وعلى استغلالها بوسائل تلائم الوضع القائم فيها، بما في ذلك التأميم ونقل الملكية إلى رعاياها، إذ أن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الدائمة والتامة، ولا يجوز إخضاع أية دولة لإكراه سياسي واقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت)[477].

بموجب التوصية 281 الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 29 والمصادق عليها يوم 14 ديسمبر 1974 وضعت الجمعية العامة ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية الذي يتضمن المبادئ الأساسية لتحقيق نظام اقتصاد دولي جديد وبناء قواعد قانونية جديدة من أجل إزالة القيود الواردة في مجال حرية الدول في التصرف في مواردها الطبيعية أما المادة الثانية من هذا الميثاق فاعتبرت السيادة على الثروات الطبيعية بأنها دائما شاملة لكل الثروات والموارد الطبيعية والنشاطات الاقتصادية كما لم تتضمن هذه المادة أية إشارة للقانون الدولي بحيث تبقى خاضعة للقانون الداخلي احتراما لسيادة الدولة في هذا المجال[478].

لقد تعرض هذا الاتجاه للنقد إذ ذهب بعض الفقهاء للقول إلا أن هذه القرارات ليست إلا مجرد توصيات لا تتمتع بأية قوة ملزمة كما أن غير مصحوبة بأي جزاء[479]، وهي مجرد اجتهادات فقهية ليست ذات صيغة تنفيذية كقرارات مجلس الأمن فطبقا المواد من 10 إلى 14 من ميثاق الأمم المتحدة أن قرارات الجمعية العامة ليس لها أية قوة إلزامية فهي مجرد توصيات لا يترتب عنها أي إلزام قانوني دولي.[480]

أما بخصوص رأي قضاء التحكيم في هذه القضية فقد ذهب المحكم في قضية ليامكو إلا أن هذه القرارات ولو لم تعتبر مصدرا جمعيا لقانون فإنها تعتبر على الأقل دليلا على اتجاه الغالب لدى الرأي العام الدولي

---

[476] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 369.

[477] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص ص، 220 – 221.

[478] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص ص، 62 – 63

[479] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 369.

[480] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 65.

المتعلق بحق الدول في السيادة على ثرواتها بشرط أن يمارس هذا الحق في حدود احترام الاتفاقيات التعاقدية والالتزام بالتعويض[481].

وفي قضية تيكساكو Texaco فقد ذهب الأستاذ المحكم Dupuy إلا أنه من الممكن الإقرار بأن قرارات الأمم المتحدة لها قيمة قانونية إلا أن هذه القيمة تختلف كثيرا بحسب الظروف إصدار القرار ونصوصه والتصويت عليه وعلى فرض أن القرارات ذات طبيعة إعلانية فإن القيمة القانونية متباينة[482].

وفي الأخير وأنه إذا كان القانون الوطني لدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في حالة غياب الاتفاق عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد تثور الصعوبة في الحالة التي ينعدم فيها وجود نص يحكم علاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار [483].

الفرع الثاني: الرأي المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد.

انقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة مبدأ الكفاية الذاتية للعقد استند كل منهما إلى حجج وأدلة من أجل تبرير وجهة نظره وسنتطرق إلى هذا فيما يلي:

أولا: الرأي المؤيد لفكرة الكفاية الذاتية للعقد.

يعتبر أنصار هذا الرأي العقد بمثابة التشريع بالنسبة للمتعاقدين، فإعداده وصياغته وتحضيره اشتبه بسن القوانين، وباعتبار أن إرادة الأطراف هي التي توجد العقد ولا تحتاج أي سلطة لوجوده، فهي وحدها التي تتكفل لهذا التنظيم الموجود وهي كفيلة بتنظيمه بدقة وذلك دون الحاجة للرجوع إلى أي قانون[484] ، إضافة إلى ذلك فن إرادة الأفراد هي شريعتهم الملزمة ولا تحتاج إلى قوة القانون ليكتسب هذا الإلزام، فالعقد ملزم بذاته ويعتمد هذا الإلزام من إرادة المتعاقدين، وإذا كان للقانون دور في هجا المجال فهو مجرد تأكيد الاحترام حرية الأفراد[485].

---

[481] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 369.

[482] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 224.

[483] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق ، ص 216.

[484] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 356.

[485] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص 39.

كما ذهب أنصار هذا الرأي إلى أن عقود الاستثمار لا تخضع لقانون محددة، وذلك أن أطراف العقد لا يحكمهم قانون مشترك، كذلك لا يحكمهم القانون الدولي العام لأن عقد الاستثمار لا يعتبر معاهدة، ومنه فإن هذه العقود يحكمها قانون جديد يستند إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويدعى هذا القانون بقانون العقد أو القانون الذاتي للعقد[486].

وقد دعا أنصار هذا الرأي إلى الاكتفاء بما ورد في العقد ذاته بنود واعتبار ذلك المحتوى بمثابة نظام قانوني خاص بالعقد يمكن من خلاله تغيير العقد وتنفيذه وتسوية ما ينشأ عنه من نزاعات[487]، إذ بإمكان الأطراف وضع تنظيم خاص وقواعد منتقاة لتواجه وعلى نحو واقعي ما ينشئ عن العقد من منازعات، هو الأكثر قدرة على تصورها وعلى وضع حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في نظام قانوني معين، وإنما المصدر الوحيد لها هو إرادة الأطراف[488].

إن الفقه المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد لا يمانع أن يختار المتعاقدان قانون دولة معينة ليكون واجب التطبيق على عقدهم، بشرط أن يعتبر هذا الاختيار منبثق من مبدأ سلطان الإرادة ولم يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين [489]، وفي هذه الحالة يندمج القانون المختار في أحكامه وتصبح مجرد شروط تعاقدية يمكن للطرفين مخالفتها وإن كانت قواعده آمرة[490]، إذ أنت مبدأ سلطان الإرادة يمنح للأطراف فرصة التحكم بالقانون المختار، فيمكنهم مبدأ سلطان الإرادة من تغير طبيعة القانون المختار وذلك بإدراجه ضمن المشارطة التحكيمية ليصير في حكم الشروط العقدية[491].

كما يرى أنصار الرأي المنادي بالكفاية الذاتية للعقد وجوب اندماج أحكام القانون المختار في العقد ومعاملته على نحو معاملة الشروط العقدية، وذلك تصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، يستحيل أبطال العقد وفقا لهذا القانون، إذ من غير الممكن أن تؤدي إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون يبطل العقد المبرم بينهما ، ولهذا فإن القانون المختار يفقد صفته القانونية وذلك بفقدان عنصره الأمر [492]، وفي حالة تطبيق

---

[486] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 356.

[487] صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 195.

[488] بليغ حمدي محمود، الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007، ص 428.

[489] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص 43.

[490] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 489.

[491] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 56.

[492] أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص 43.

هذا الأخير فإنه يطبق الحدود التي يبرمها العقد، دون أن يكون للمشرع إمكانية الاحتجاج بالقواعد الآمرة أو النظام العام[493].

كما يحتج أنصار الاتجاه المؤيد لتطبيق القانون الذاتي لعقد الاستثمار، بأن عقد الاستثمار لا يحكمه أي قانون إذ أن اتصاله بعدة نظم قانونية وهذا يعني وجهة نظرهم إنه لا يمكن لأي قانون الادعاء بأنه صاحب الاختصاص يحكم العلاقة العقدية، إذ يعتبر العقد هو قانون الأطراف[494]، كما يرى البعض أن العقد بالنسبة للمتعاقدين كالقانون الصادر من البرلمان إذ تعد عملية إصداره مشابهة للعملية التشريعية، لذا يكون ما عبرت عنه إرادة طرفي العلاقة التعاقدية هو القانون بالنسبة لهم، والشروط التعاقدية التي يتضمنها العقد تشكل في خد ذاتها قانون خاصا ينضم كافة جوانب العقد، ودون الحاجة لقانون المشرع ، فالعقد يكف في ذاته بتحديد حقوق والتزامات أطرافه دون الحاجة إلى اللجوء إلى نظام قانوني وطنيا كان أو دوليا، إذ يعتبر العقد في حد ذاته نظام مستقل[495].

يذهب أنصار القانون الذاتي للعقد أن هذا القانون يمكنه التصدي لأية اضطرابات تحديث عند تنفيذ هذه الفئة من العقود، إذ تعتبر عقود الاستثمار متشابكة ومعقدة ولذلك وجب على الأطراف تضمين عقدهم حلولا للمسائل التي يمكن أن تثار بينهم، إضافة إلى تحديد حقوق وواجبات كل منهم بصورة واضحة ومفصلة ودقيقة، كما يجب عليهم تفادي الغموض في أفكار العقد، بحيث يكون الأمر ميسورا على القاضي أو المحكم أن يستند في إصداره أحكامه إلى بنود العقد وأحكامه دون الحاجة إلى الرجوع إلى أي قواعد قانونية[496]، إذ يقتصر دون القاضي أو المحكم على تطبيق العقد كما لو أنه كان يطبق قانونا[497].

وقد ذهبت أنصار هذا الاتجاه إلى أن إبرام مثل هذه العقود بطريقة مفصلة ودقيقة أصبح أمرا في غاية السهولة وذلك نتيجة توفر عدة عقود نموذجية والتي يمكن أن تحقق الغاية الذاتية للعقد فعلى سبيل وجود العقود النموذجية لنقل التكنولوجية أو عقود أو عقود بالتعاون الصناعي[498].

ثانيا : الرأي المعارض لفكرة الكفاية الذاتية للعقد.

[493] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ، ص 196.

[494] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص ص، 489 - 490.

[495] سعد الدين محمد ، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2008 ، ص 87.

[496] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 356.

[497] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق ، ص 196.

[498] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 357.

لقد تعرض الرأي المنادي لتطبيق القانون الذاتي للعقد استنادا إلى مبدأ الكفاية الذاتية للعقد إلى عدة انتقادات من قبل الفقهاء المعارضين لفكرة من إطلاق العقد واعتباره عقدا بلا قانون وفكرة اندماج القانون المختار في العقد، ومن أهم هذه الانتقادات نذكر:

إن استخدام الأطراف العقد لسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق لا يمنحهم أي حق في السيطرة على هذا القانون في الحدود التي يتصل فيها بالقواعد الآمرة والنظام العام[499].

إضافة إلى ذلك فإن فكرة الكفاية لذاتية للعقد، تؤدي إلى وقوع المحكمين أو القضاة في مأزق عند خلو العقد أمر قائم، فليس بإمكان طرفي العقد يتنبأ بكل النزاعات التي يمكن أن تثار في المستقبل لكي يوجدوا لها حلولا، إذ أن القانون في حد ذاته يشوبه النقص والقصور فما بالك بالعقد[500]، كما أنه لا يوجد في الواقع العملي وثيقة تقاعدية شاملة يمكنها توقع جميع المشاكل التي بالإمكان أن تنجم مستقبلا عن العقد[501].

كما أن الفقهاء يذهبون إلى القول أنه يوجد عناصر في العقد ليمكن إيجاد مصدرا له إلا في قانون معين إلا وهو عنصر المشروعية[502]، أي أنه لا يمكن لطرفي العقد أن يعتبروا العقد المبرم بينهم مشروعا أو غير مخالف لنظام العام والآداب العامة.

كذلك أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ سلطان الإرادة بطبعتهما يخضعان إلى قانون يمنحهما القوة الملزمة، فالعقد لابد أن يستند إلى قانون وضعي، إذ لا يمكن أن يقع العقد في الفراغ فلا يمكن أن يوجد اتفاق بين الأطراف دون وجود قانون يسبق نشأة هذا الاتفاق، إذ لا تستطيع إنشاء روابط تعاقدية إلا إذا خولها القانون الذي تتعلق به مسبقا هذه السلطة[503]، كما يذهب معارضي فكرة القانون الذاتي للعقد أن القانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يندمج مع العقد وكل شرطا في العقد يخالف القانون الواجب التطبيق النزاع، شرطا باطلا[504].

أما بخصوص العقود النموذجية فما هي إلا قواعد مقترحة وليست واجبة التطبيق فيمكن للأطراف العقد إبرام عقدهم دون استخدام هذه العقود ويكون العقد المبرم صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، كما

---

[499] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 197

[500] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 357.

[501] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 229.

[502] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 198.

[503] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 358.

[504] نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002، ص 44.

أن العقود النموذجية قاصرة ولا يمكن الاكتفاء بها، فهي تحتاج دائما إلى قانون تستند إليه ليستدرك هذا قصورها ، كما أن العقود النموذجية يمكن أن تصبح عادات اتفاقية وذلك بتكرار استعمالها دون أن ترتقي إلى مرتبة القواعد القانونية[505].

المطلب الثاني: الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار.

إن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار عند خلو اتفاق الاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق عند نشوب النزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصها في حالة عدم وجود قواعد تفصل في هذا النزاع في القانون الوطني في الدولة المضيفة ومن المتصور عمليا أن معظم القوانين الوطنية يشوبها قصور في تنظيم عقود الاستثمار إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة مع أحكام القانون الدولي[506].

الفرع الأول: فكرة اخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام.

إن محدودية هذه النظم القانونية الوطنية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات متعددة الجنسيات متمركزة فيها يتمثل هذا الاتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب والفصل في المنازعات الناشئة عنها لا سيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة[507]، إذ أن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة بالتصدي بكافة المنازعات القانونية التي تثيرها عقود الاستثمار فالمحكم لن يجهد نفسه بالبحث عن الحلول في القوانين المختلفة فقواعد القانون الدولي العام كفيلة بحل النزاع[508].

كما أن تطبيق القانون الدولي العام يحرر العلاقة التعاقدية من القوانين الوطنية فيحول بين الدولة المضيفة وإسناد العقد الاستثمار إلى نظامها القانوني الوطني لتبرير تقصيرها في تنفيذ الالتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي كما أن تطبيق القانون الدولي العام يجنبنا المشكلات التي تنجم عن الإسرار الدولة المضيفة على إخضاع العقد لقانونها الوطني ورفض تطبيق قانون أية دولة أخرى رغم ما قد يعيب قانونها

[505] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 358.

[506] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 216 217.

[507] صلاح الدين جمال الدين، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 32.

[508] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 361.

الوطني من نقص في تنظيم المسألة محل التعاقد بالإضافة إلى أن تطبيق هذا القانون على العقد يصير ضروريا في بعض الأحيان لتكملة ما قد يشوب نظام القانون الوطني الواجب التطبيق من نقص وقصور في تنظيم المسألة محل التقاعد[509].

أولا: تطبيق القانون الدولي العام استنادا لطبيعة عقد الاستثمار الذاتية.

يرى أصحاب هذا الرأي أن مشروع الاستثمار يدخل في إطار السياسة الاقتصادية التنموية للبلاد أي أن عقود الاستثمار تندرج في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة التعاقدية لنظام القانون الدولي[510] ، كما أنهم يرون أن من حق المستثمر الأجنبي المتعاقد وبمساهمته في تحقيق خطط التنمية في المجالات الحيوية للدولة المضيفة أن يضمن استقرار مركزه القانوني وحمايته ضد المخاطر غير التجارية وهو ما لا يتحقق إلا بإسناد عقده إلى نظام من النظم القانونية الدولية لسد النقص وتعويض الثغرات في القوانين الوطنية[511].

يذهب الأستاذ Mann وهو من أبرز أنصار هذا الفقه إلا أنه سلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني ألا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق قانون الدولي العام باعتبار القانون المناسب للعقد في خضم رفض كل من المتعاقدين تطبيق قانون الأخر لى العقد المبرم بينهما لذلك فإن اللجوء إلى تطبيق القانون العام من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم[512].

تهدف نظرية Weil إلى تدويل العقد حيث أنها تعتمد أساسا على التفرقة بين النظام القانوني الأساسي للعقد والواجب التطبيق عليه حيث أن هذه التفرقة حسب الأستاذ ويل تتضح عند إعمال قانون الإرادة أثر في تحديد هذا القانون فإن هناك عناصر موضوعية تحدد النظام الأساسي للعقد بعيدا عن الإرادة وبالتالي فإن العقد لا يتضمن اتفاق على اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق لا يتضمن شرط اللجوء للتحكيم الدولي يمكن وصفه بأنه عقد دولي بطبيعته ونظرا للخصائص الموضوعية التي تجعله يدخل ضمن عقود التنمية الاقتصادية طويلة الأمد وهذا ما ذهبت إليه تحكيم Revere، إن العقد المتصل بالقانون الدولي حسب نظرية Weil العقد الذي وتبعا لطبيعته ولموضوعه يتركز بالنظام الدولي بينما يعد العقد المدول هو ذلك العقد الذي تؤدي إرادة الأطراف إلى خضوعه لقواعد القانون الدولي ولو بشكل جزئي وهذه التفرقة تميز بين العقد الخاضع للقانون الدولي العام بناء على اتجاه إرادة الطرفين المتعاقدين إلى ذلك بين العقد كطرف قانوني دولي بطبيعته.

---

[509] صلاح الدين جمال الدين ، مرجع سابق ص 227 - 228.

[510] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 229.

[511] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق ، ص 237.

[512] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 361.

يؤكد الأستاذ Weil أن هذه التفرقة تسمح باستيعاب المشكلة الجوهرية التي تتعلق بعود الدولة والتي ترتبط بمدى سيطرة الدولة المتعاقدة وهيمنتها على قدرات العقد المبرم بينها وبين الشخص الخاص الأجنبي ذلك أن قدرة الدولة على المساس بهذا العقد تتوقف عن القانون الواجب التطبيق على العقد إذ يحدد قدرة الدولة في تعديل الشروط التعاقد بإرادتها المنفردة وقدرتها على إنهاء العقد حيث مخالفة الدولة لالتزاماتها تخضع للقانون الوطني إذا العقد بتركز في هذا القانون ويخضع للقانون الدولي العام إذا كان العقد يتركز في القانون الدولي[513].

وقد ذهب الأستاذ Bourquih أن عقود الاستثمار تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام وأن أي إخلال بالتزام التعاقدي من جانب الدولة يشكل إخلالا بالتزام الدولة على نحو يسبب انعقاد المسؤولية الدولية للدولة لمخالفتها لمبدأ الاحترام المطلق للعقد وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

فالعقد يتصف بالقوة الملزمة على نحو يمنع الدولة منعا باتا من تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة فالدولة بتوقيعها على العقد تتنازل عن تمسك بجميع مزاياها بشكل[514].

ولقد توصل الأستاذ Weil إلا أن النظام الأساسي لعقود الاستثمار ومنه فإن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة أو أحد هيئاتها أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمر الخاص الأجنبي بطبيعتها تتصل بالنظام القانوني الدولي إذ يعتبر القانون الدولي هو النظام القانوني الأساسي لها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود سواء المحدد عن طريق اتفاق الأطراف و بناء عن قاعدة الإسناد، ومنه فإن عقود الاستثمار تخضع برأي الأستاذ Weil لنظام القانوني الأساسي المستمد من القانون الدولي العام بمجرد تحقق بعض السمات الذاتية في هذه الطائفة من العقود وهو ما يترتب عليه وجوب التمييز بين النظام القانوني الأساسي لعقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها[515].

وقد ذهب الأستاذ Prosper Weil إلى القول بأن عدم تنفيذ هذه العقود يعتبر عملا مخالفا للقانون الدولي العام ويترتب عليه مسؤولية الدولة التي رفضت التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الأجنبي فهذه العقود تنتمي بطبيعتها إلى القانون الدولي العام وتفرض مجموعة قواعد ينبغي احترامها من طرف الدولة المضيفة وإلا انعقدت المسؤولية الدولية لها[516].

ثانيا : تطبيق القانون الدولي على عقود الاستثمارباعتبارها معاهدات دولية.

[513] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص ص، 241 - 242.

[514] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 362.

[515] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 235.

[516] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 262 – 263.

يرى بعض الفقه أن عقود الاستثمار من ضمن الاتفاقيات الدولية وذلك بغية تحويل الالتزامات الناشئة من هاذ العقد إلى التزامات دولية لصالح المستثمر الأجنبي ومن ثم انعقاد المسؤولية الدولية على الدولة في حالة إخلالها بالتزاماتها كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية[517]، في المعاهدات هي اتفاقيات تبرم بين الدول المختلفة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام ويحكمها القانون الدولي العام وتنقسم إلى معاهدات ثنائية أو شارعة أو جماعية وقد تكون إقليمية أو دولية[518].

كما تعرف على أهنا توافق إرادة شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي في إحداث آثار قانونية معينة طبقا لقانون الدولي وقد عرفت أيضا بأنها اتفاقات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[519].

وقد اعتبر البعض عقود الاستثمار من قبيل المعاهدات إذا ما توافرت الشروط الشكلية لإبرام المعاهدة وشرط التثبيت إسنادها لنظام قانوني آخر وأن تتوفر بين العقد وبين أعمال السلطة العامة كاستلزامه تعديل تشريع أو القيام بأعمال إدارية أو الامتناع عن ذلك أن يوجد إرادة فعالة لإخراج هذه العقود من نظام قانوني الداخلي[520]، كما أن وجود الدولة بوصفها طرفا رئيسيا في عقود الدولة يحتم تدويلها أي أن تعامل عقود الدولة تعامل معاملة الاتفاقيات الدولية ومن ثم يحكمها القانون الدولي العام بحيث إذا أخلت بما التزمه به بمقتضاه تنعقد مسؤوليتها الدولية[521].

وقد ذهب بعض الفقه أن عقود الاستثمار تأخذ عادة شكل معاهدات دولية ويتم إبرامها من طرف السلطات المختصة في الدولة المضيفة والتي لها صلاحيات إبرام المعاهدات وتتضمن شروطا تمنع من خلالها الدولة المضيفة من اتخاذ أية إجراءات سياسية أو تشريعية من شأنها تعديل القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار وهذه العقود تعبر عن رغبة الأطراف وبصورة واضحة عن تحديد القانون الواجب التطبيق بعيدا عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الداخلي بصفة عامة[522].

ثالثا : الانتقادات الموجهة لفكرة تطبيق القانون الدولي العام على عقود الاستثمار.

[517] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 69.

[518] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 245.

[519] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 70

[520] مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 245.

[521] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 180.

[522] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 362.

لقد تعرض هذا الرأي الذي نادى إلى تطبيق القانون الدولي العام إلى عدة انتقادات تمثلت أهمها في أن عقود الاستثمار تبرم بين دولة وطرف خاص أجنبي لا يملك وفقا الرأي المعتمد في الفقه والقضاء الدولي أي قدر من الشخصية القانونية الدولية أي أنه لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام حتى تطبيق قواعد القانون الدولي العام على تصرفاته القانونية وما يبرمه من عقود[523].

وقد ذهب الأستاذ Wengler إلى أن كل اتفاق مبرم بين طرفين لا يتمتع أحدهما على الأقل بكل الشروط التي يتطلبها القانون الدولي العام لكي يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص هذا القانون ومتمتع بالأهلية التعاقدية الدولية ولم تضف عليه الصفة بواسطة معاهدة دولية فعلية من أجل المساهمة في خلق قانون دولي احتياطي، لا يمكن أن يدمج في النظام القانوني الدولي ولا تسري عليه أحكام القانون الدولي العام[524].

كما أن قواعد القانون الدولي لم تكن أصلا قد نشأت لحكم العلاقات العقدية التي تبرم بين أو مع أشخاص القانون الخاص ومنه بديهي أن يكون ثمة قصور أو نقص في القواعد القانونية التي تحكم مثل هذه النوعية من العلاقات مما يجعل تطبيق القانون الدولي العام مجرد تحايل غير مفيد على تطبيق القوانين الوطنية[525].

و بخصوص الذين استندوا في تبريرهم لتطبيق القانون الدولي العام إلى اعتبار عقود الاستثمار من قبيل معاهدات دولية فعقد الاستثمار ليس اتفاقية بين الدول أو منظمات دولية فالمعاهدات الدولية لا يفيد إلا المعاهدات المبرمة بين أشخاص القانون الدولي إلا أن عقود الاستثمار تبرم بين الدولة التيس هي من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبي الذي هو من أشخاص القانون الخاص لذا لا يمكن إدراج عقد الاستثمار في عداد الاتفاقيات الدولية[526].

أما بخصوص تطبيق القانون الدولي لنظرية Weil فقد تعرضت هذه النظرية إلى عدة انتقادات أهمها:

أثناء اجتماع مجمع القانون الدولي في أوسلو سنة 1977 عبر معظم الفقهاء عن رفضهم التفرقة بين القانون الذي يحكم العقد والنظام الأساسي الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة واصفين أيها بالمصطنعة وعديمة الفائدة العملية، كما أن ذات المجمع في دورته المنعقدة في مدينة أثينا عام 1979 من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية قام بتجاهل فكرة نظرية Weil

[523] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 181.

[524] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 363.

[525] صلاح الدين جمال الدين ، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، الطبعة الأولى، مرجع سابق ، ص 245.

[526] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 71.

بحيث قرر أن هذه العقود تخضع لقواعد القانون المختار من قبل أطراف وفي حالة غياب هذا الاختيار تخضع لقواعد القانون الذي ترتبط بها العقد بصفة أكثر وثاقة[527].

كما أن من بين الانتقادات التي وجهت إلى هذا الاتجاه:

إن تشبيه عقد الاستثمار بالاتفاقيات الدولية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية كما أنها تجسد فكرة تنازل الدولة عن سيادتها واختصاصاتها في المجال التشريعي أن القانون الدولي ليس له القواعد القانونية الكفيلة لتنظيم العلاقات العقدية[528].

كما تعتبر الأفكار التي طرحة من قبل الفقهاء الذي نادوا بتدويل عقود الاستثمار لا تستند إلى أسانيد واقعية لا تعبر إلا عن عدم وجود نظام قانوني مستقر لحكم موضوع هذه العقود ومنه فإنها كبقية العقود يجب خضوعها إلى قانون الإرادة الصريحة وفقا لقانون الدولي الخاص وفيي حالة تخلفها يخضع العقد للقانون الأنسب [529].

كما أن بعض الفقه يرى بأن قواعد القانون الدولي يجب أن تبقى للعلاقات متخصصة لتنظيم العلاقات بين الدول، أما المعاملات الاقتصادية والتجارية فيجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص، حتى ولو كان أحد أطرافها دولة، إذ في الغالب ما يكون إخراج هذه العلاقات من مجال القانون الدولي الخاص وإدخالها في القانون الدولي العام الرغبة في تحقيق نتيجة معينة، بهدف التهرب من قانون الدولة الطرف في العلاقة[530].

برغم من كل الانتقادات التي وجهت إلى تطبيق القانون الدولي العام على موضوع النزاع، إلا أنه يمثل الحل الذي يحقق الفعالية الكاملة لعقود الاستثمار، بحيث أن إسنادها لنظام قانوني دولي يجعلها مبنى عن التغيرات التشريعية والتعديلات التي تقوم بها الدول المطبقة للاستثمار، وذلك تقتضي تحديد قواعد دولية واضحة المعالم أما كافة الدول وخصوصا الدول النامية[531].

الفرع الثاني : اخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد القانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي.

[527] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 244.

[528] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 230.

[529] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 241.

[530] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 241.

[531] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 251.

يعد قانون التجارة الدولية أو قانون العبر دولي، قانونا غير وطني تشكل تلقائيا نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، بعيدا عن تدخل الأجهزة التشريعية للدول المختلفة ويعتبر قضاء التحكيم هو المنشئ لهذه القواعد وهو وحده الذي بإمكانه تغييرها[532] ، كما تأخذ صورة الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي أقرها قضاء التحكيم الاقتصادي الدولي وتتصف بأنها تجاور القواعد القانونية في الأنظمة القانونية الداخلية والقواعد القانونية في القانون الدولي العام، دون أن تخلط في أي منها [533]. إذ يعتبر القانون العبر دولي نظام قانوني لا هو بقانون وطني ولا هو بالقانون الدولي العام، يمكن أن يحكم المسائل المتعلقة بالعقود التنمية الاقتصادية إذ لم يتركز العقد في أحد النظم القانونية الداخلية أو النظام الدولي العام[534].

وقد عرّف الفقه الأمريكي jessup القانون العبر الدولي أو قواعد قانون التجارة الدولية على أنه القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم الوقائع والتصرفات التي تتخطى حدود الدولة الواحدة ومنه فإنه يتضمن القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقواعد الأخرى التي يصعب إدراجها تحت هذين النوعين من فروع القانون، كما يشمل هذا القانون المبادئ العامة للقانون والمعاهدات والأعراف التجارية إضافة إلى التنظيم الداخلي للمؤسسات العامة التي لا تتصل بالنظام القانوني الوطني ولا بالنظام الدولي، ويشمل القانون الإداري الدولي وحكام محاكم التحكيم[535].

وقد أطلق الفقهاء تسميات مختلفة لهذه القواعد القانونية، فيطلق عليها بعض الفقهاء على سبيل المثال، قانون العبر دولي أو القانون الغير وطني أو قانون فوق وطني أو القانون التجاري بين الشعوب أو القانون العرفي عبر الحدود أو القانون الموضوعي للتجارة الدولية أو القواعد الموضوعية عبر الدولية [536]، وكذلك يطلق عليها القواعد السائدة في المجتمع الدولي للتجار وقواعد قانون التجار وقانون التجارة الدولي[537].

تجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقهاء والباحثين يفضلون مصطلح القواعد العبر دولي لعدة أسباب أهمها أنه يشمل على صفة عبر الدولية وهي الصفة المميزة لظاهرة محل الدولة ولأنه يتمتع بسابقة استخدام ويبتعد عن الغموض واللبس ويتمتع بالحيادية[538].

---

[532] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 259.

[533] نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص 11.

[534] صلاح الدين جمال الدين، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين الطبعة الأولى، مرجع سابق ، ص 43.

[535] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ص، 175 – 176.

[536]مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 260 - 261.

[537] أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 184 – 185.

[538] نادر محمد إبراهيم ، مرجع سابق ص 170.

الباب الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمارذات العنصر الأجنبي

أولا: دواعي ومبررات تطبيق القواعد العبر دولية على عقود الاستثمار.

يرى أنصار الفقه المؤيد لتطبيق القانون العبر دولي أن قواعد هذا القانون تعد أكثر ملائمة للتطبيق على عقود الدولة التنمية الاقتصادية أمام هيئات التحكيم، إضافة إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيد أمن الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، وأن اعتبار القانون العبر دولي كقانون أكثر ملائمة للتطبيق على النزاع في هذه العقود يعد أمر منطقي لا سيما إذا اعتبرنا أن التحكيم أفضل الوسائل لتسوية النزاعات المتعلقة بهذه العقود[539].

إضافة إلى ذلك يرى أنصار هذا الرأي أن القانون العبر الدولي يعتبر النظام القانون الطبيعي لحكم العلاقات التعاقدية المختلفة والتي تتم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية كعقود الاستثمار وقد أوضح الفقه Lalive أن القانون العبر دولي هو نظام قانوني مختص لكي يحكم بعض المراكز الاقتصادية التي لا يمكن بصددها تطبيق القانون الداخلي ولا القانون الدولي وقد اقترح الفقيه Lalive إلغاء التقسيم الثنائي للأنظمة القانونية ما بين قانون داخلي وقانون دولي واستحداث تقسيم ثلاثي، وبذلك فإنه في حالة عدم إمكانية اللجوء إلى القانون الوطني أو القانون الدولي فإنه يمكن اللجوء إلى نظام قانوني ثالث يقع في منطقة وسط وهو القانون عبر دولي[540].

وفقا لأصحاب هذه النظرية عندما لا يتضمن عقد الاستثمار أية إشارة إلى القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق أعراف التجارة الدولية أي القانون العبر دولي وذلك لعدة اعتبارات أهمها: ارتباط العقد بعدة أنظمة قانونية واختلاف النظام القانوني للعقد، كما هو ساري العمل به في القانون الداخلي مثل عقود البترول ونقل التكنولوجيا ، هذه العقود يعتبرها بعض الفقهاء مثل M. Kahn عقودا دولية بطبيعتها [541].

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى قرار مجمع القانون الدولي الصادر في سنة 1979 الذي تبنى عدة مبادئ عبر دولية بشكل مباشر بحيث تضمنت المادة الأولى استغلال التحكيم الاقتصادي الدولي ومبدأ التزام المحكم بنظام العبر دولي قد تضمنته المادة الثانية أما المادة الخامسة تضمنت مبدأ عدم جواز دفع الشخص العام بعدم أهميته على الدخول في التحكيم بحجة القيود الداخلية بعد الاتفاق على ذلك.

يتضح من خلال قرار مجمع القانون الدولي لسنة 1989 قد أجاز إخضاع عقود الاستثمار لقواعد العبر دولية، وبرغم من أنه لم يستعمل مصطلح القانون العبر دولي أو القواعد عبر دولية إلا أن القرار استعمل مصطلحات تقيد إلى مضمون القانون العبر دولي كما هو الحال في استخدام "مبادئ النظام العام

---

[539] صلاح الدين جمال الدين ، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، مرجع سابق ، ص 45.

[540] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص ص، 386 – 387.

[541] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 254.

الدولي في المادة الثانية ومصطلح المبادئ العامة لقانون الدولي العام والخاص في المادة الرابعة، ومصطلح المبادئ العامة لتحكيم الدولي في نفس المادة بإضافة إلى مصطلحات مبادئ القانون الدولي ومبادئ القانون وأعراف التجارة الدولية في المادة السادسة"[542].

كما قد ذهبت بعض هيئات التحكيم إلى تركيز عقود الاستثمار في مجال قواعد قانون التجارة الدولية كلية بذريعة أنها أكثر صلة بموضوع النزاع كما هو الحال بشأن بعض منازعات عقود البترول[543]، ومن بين القضايا التحكيمية الشهيرة التي طبقت على موضوع النزاع المبادئ العامة للقانون أو القواعد العبر دولية قضية أرامكو بين شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية حيث من بين القواعد التي طبقتها على موضوع النزاع المبادئ القانون الدولية والعادات المتبعة في صناعة وكذلك قضية ليامكو بين شركة ليامكو والحكومة الليبية فقد استند المحكم إلى المبادئ العامة للقانون[544].

ثانيا : الانتقادات التي تعرض لها الفقه المنادي لتطبيق القانون العبر دولي .

لقد تعرض هذا الرأي الفقهي إلى عدة انتقادات أهمها:

افتقار القانون العبر الدولي متكامل فهو من جهة غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية مثل عيوب الإدارة وأصلية الأطراف وتكوين الشركات وطرق نقل الملكية ومن جهة أخرى غير صادر من سلطة تشريعية تكفل جزاء مخالفاتها[545].

يرى أصحاب الفقه المعارض لتطبيق قانون عبر دولي أنه من الصعب عمليا قبول أنظمة قانونية متنوعة وما يتسبب عن ذلك من خلط وغموض وعراقيل في مجال التنمية للدول المعنية إن محتوى القانون عبر دولي يعتبر غير محدد وبالتالي فإن مهمة القضاء والتحكيم ستزداد تعقيدا كذلك إن العلاقات الاقتصادية الدولية تخضع بصفة ضمنية لقوانين الداخلية وتنفذ في منطقة جغرافية خاضعة لسيادة الدولة كما لا يمكن للقانون عبر دولي تنظيم العلاقات التجارية من كل جوانبها[546] .

ومن بين الانتقادات فإن القانون العبر دولي من ناحية ليس له مصادر قانونية خاصة به بل مصادره مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى فهي مستمدة إما من القانون الداخلي وإما من القانون الدولي من ناحية أخرى لا يجوز هذا القانون على آليات التوقيع الجزاءات على مخالفة قواعده[547].

---

[542] نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص ص، 474 - 477.

[543] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 247.

[544] أشرف عبد الحليم الرفاعي، مرجع سابق ، ص ص، 28 – 29.

[545] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 190.

[546] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 235.

[547] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص377.

كذلك أنه من بين أهم الانتقادات التي وجهت للقانون العبر دولي أن قواعده تحمل مضامين متناقضة على سبيل المثال يعتبر رفض نظرية الظروف الطارئة من قبل التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية استنادا لمبدئي قدسية العقد وقرينة الاحتراف أمر متعارض مع مبدأ المحافظة على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر وهو أحد المبادئ العبر دولية وهو متعارض أيضا مبدأ العدالة بوصفه أيضا من مبادئ العبر دولية وبالإضافة إلى عددها مع المحدود بنظر بعض الفقهاء فإنه توجد صعوبة في الوصول إليها من قبل أطراف عملية التحكيم وهو ما جعل القواعد عبر دولية تعاني من عيب عدم تلبيه التوقعات المشروعة للأطراف[548].

إضافة إلى ذلك أن تطبيق القانون عبر دولي على موضوع النزاع دون اتجاه إرادة الأطراف إلى الاتفاق على تطبيقه اتجاه غير سليم، كذلك تطبيق القانون عبر دولي على عقود الاستثمار أمر منتقد ذلك أن هذا القانون يطبق على العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة وتخرج من نطاق تطبيقه العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة خصوصا إذا ما تعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأمد تتعلق باستغلال الثورات الطبيعية للدول النامية فإنه يصعب معها التسليم لتطبيق قانون عبر دولي على هذه العلاقات التي تخرج من مفهوم التجارة الدولية[549].

كما يرى أنصار هذا الفكر المعارض لتطبيق قانون عبر دولي أن هذا القانون لا يحق الأمان القانوني المطلوب للأطراف المتعاقدة إذ أن أنصار القانون عبر دولي لم يوضح على سبيل المثال قواعد هذا القانون ولا ضوابط إعمالها إذ أن القانون عبر دولي في نظر الفقهاء المعارضين مجرد محاولات ومقترحات فقهية مستندين إلى أن مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة سنة 1977 بمدينة أوسلو رفض إدراج القانون عبر دولي ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز الأطراف اختيارها[550].

كما يستند الفقه المعارض لعدم قبوله لقانون عبر دولي لحجة مفادها أن هاذ القانون إنما يعبر عن مصالح الدول القوية اقتصاديا فهي التي تتمسك به بالنظر إلى سيطرتها على أغلب التجارة الدولية فهو يجسد بذلك قانون الأقوياء[551] ، كما أن الفقه الغربي مدعوما من قبل أوساط رجال الأعمال يعمل على استبعاد قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والعمل على استبداله بنظام قانوني مشكوك في وضعيته يتكون من المبادئ العامة القانون تارة ومن القانون المهني تارة أخرى[552].

---

[548] نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص 220 – 221.

[549] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 272.

[550] . علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 377.

[551] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 192.

[552] مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق ، ص 273.

من جهة مقابلة ، بخصوص القانون عبر دولي فيقول الأستاذ Vincent إن قواعد قانون التجارة الدولية تشكل مجموعة مستقلة من القواعد القانونية التي تخرج عن سيطرة قانون كل دولة لتحكم بطريقة كافية ومكتملة العقود الدولية، كما يضيف الأستاذ Gaillant وبخصوص فكرة أن القانون عبر دولي غير قادر على حل كل المشاكل وعلاج الكثير من المسائل القانونية فإنه يؤكد على أن هذا القانون قادر على حل كافة المسائل التي حلولها في الاتفاقيات الدولية باعتبارها تشكل جزءا أساسيا من القانون عبر دولي حتى وإلم تكن قد دخلت بعد حيز التنفيذ[553].

وبخصوص الانتقاد الذي مفاده عدم ارتباط القانون عبر دولي بجزء فإن الاتجاه المناصر له لتمتعه بجزء يتأثر بطبيعة المجتمع عبر الدولي وطبيعته العلاقات الأعمال دوليته فهو جزء من طبيعة خاصة فيشير الأستاذ FOUCHRD غلا أنه يتمتع بجزأين جزءا نقدي وجزءا معنوي أدبي يتمثل الجزء النقدي في تقديم ضمان لتغطية مصاريف التحكيم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به ذلك التحكيم أما الجزاءات الأدبية نشر أسماء الأطراف المختلفة عن تنفيذ أحكام التحكيم أو إسقاط العضوية أو بعض حقوقها حرمان الطرف المختلف عن تنفيذ التحكيم من خدمة التحكيم الطائفي مستقبلا أو حرمانه من العمل في الأسواق التي تتحكم فيها الطائفة وهذه الجزاءات حتى ولو لم تكن جزاءات مادية إلا أنها جزاءات فعالة تتناسب مع مجتمع الأعمال عبر دولية [554]، إضافة إلى ذلك فعنصر الجزء ليس ركنا في القاعدة القانونية وإنما هو عنصر إضافي لفاعليتها إذ توجد عدة قواعد قانونية معترف بها لا تتمتع بعنصر الجزء مثل قواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي[555].

أما بخصوص التناقض بين المبادئ المشكلة للقانون عبر دولي كما إدعى المعارضين بقولهم أن مبدأ قدسية العقد ومبدأ افتراض الاحتراف ومبدأ التوازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر ومبدأ العدالة يتعارضون مع مبدأ تعديل العقد للملائمة الظروف الطارئة في أن أنصار القانون عبر دولي يرون أن مبدأ تعديل العقد للملائمة الظروف الطارئة محل خلاف من حيث مدى كونه من المبادئ العامة عبر الدولية[556].

وفي الأخير فإن قواعد القانون الداخلي لا يمكن لها أن تساير تطورات الاقتصادية الدولية وإحاطتها من كل جوانبها ، ونقائص الموجودة في القانون الداخلي لا تسمح بتنظيم عقود الاستثمار بشكل كامل وفعال ولا تنظمن الحلول لكل المشاكل المطروحة في هذا المجال كذلك إنها غير قادرة لتوفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي.

---

[553] أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 191.

[554] نادر محمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص ص،237 - 238.

[555].أحمد مخلوف، مرجع سابق ، ص 191.

[556] نادر محمد إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 239

ولذلك وبرغم من خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي، يمكن الاستعانة في نفس الوقت المبادئ العامة للقانون المنصوص عليها في المادة 38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية والأعراف التجارية الدولية والتي يمكن لها أن تجد حلولا للثغرات والنقائص الموجودة في القانون الداخلي في إطار العقود الاقتصادية، وفي الوقت نفسه توفر الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين الأجانب[557]

إن ظاهرة القواعد القانونية العابرة للدول والتي تختص بحكم العلاقات الاقتصادية الدولية ظاهرة والمصطلح على العقود الدولية خصوصا عقود الاستثمار والقرارات التحكيمية الصادرة بشأنها يتحقق من هذه الظاهرة التي بدأت منذ سنوات عديدة إذ يميل كل من الأطراف المتعاقدون والمحكمين الدوليين إلى التحلل من القوانين الداخلية وذلك لاستلهام المبادئ الموجودة في القوانين المقارنة والأعراف التجارية المهيمنة والتي تبدو محلا للاتفاق العام.[558]

[557] عيبوط محند ،وعلي، مرجع سابق ، ص 236.

[558] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 276.

المبحث الثاني

كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارفي حالة انعدام الاختيار.

إن من المستقر عليه، أنه لا يمكن للقاضي أو المحكم ، أن يمتنع عن النظر في النزاع المعروف أمامه بحجة عدم وجود قانون يحكم موضوع النزاع، إذ يعتبر في هذه الحالة منكرا للعدالة، وفي هذا الصدد ظهرت للوجود عدة نظريات تعنى بتحديد القانون الواجب التطبيق في مثل هذه الحالات، من أجل على التصدي من مشكلة وجود العقد في فراغ قانوني في حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق أو تعذر كشف عن إرادتهما الضمنية بصفة مؤكدة.

ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتطرق في المطلب الأول لهذه النظريات والمناهج المتبعة لتحديد القانون الواجب التطبيق، والتي سنتناول فيه كل من نظرية التركيز التشريعي، ونظرية التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي، أما المطلب الثاني سنتطرق فيه إلى آليات فض منازعات الاستثمار الأجنبي وضوابطها و فق أحكام القانون الجزائري 22-18 المتعلق بالاستثمار، مع تبيان موقف المشرع الجزائري في مسألة القانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول: مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار.

إن في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، ذلك لعدم النص عليه صراحتا وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية بشكل مؤكد، فيبرز هنا دور كل من القاضي والمحكم في التصدي لاختيار القانون الواجب التطبيق، فليس من المعقول أن ينكرا العدالة تحت ذريعة عدم وجود قانون ليحكم العقد، وفي هذا الصدد تظهر عدة مناهج أو نظريات يمكن للقاضي أو المحكم إتباعها من أجل تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وإذا كان دور القاضي أو المحكم تركيز العلاقة العقدية في نظام قانوني معين، فإن هذه المناهج تعتبر آليات هذا التركيز.

الفرع الأول: نظرية التركيز التشريعي أو المنهج التشريعي.

يقصد بالتركيز التشريعي قيام المشرع بتحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة، في حالة الاتفاق صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق من قبل أطراف العقد، وفي هذه الحالة فإن المشرع لا يريد ترك الحرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[559].

ومن خلال وضع ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا يمكن الاجتهاد بشأنها عدا ما يلزم لفهم هذه الضوابط التشريعية وإعمالها على نحو سليم[560]، وبقيام المشرع بهذه المهمة فإنه يرى أن تلك الضوابط التي وضعها من شأنها أن تؤدي إلى تعيين القوانين الأكثر ملاءمة لتحكم العقد[561] .

وقد أخذت العديد من التشريعات الوطنية بمنهج التركيز التشريعي عند تخلف الاتفاق على القانون الواجب التطبيق صراحتا أو ضمنا ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه (يسري على الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك تطبيق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري بالعقود المتعلقة بالعقار قانون موقعة)[562].

كذلك المشرع المصري أخذ أيضا بفكرة التركيز التشريعي، حيث جاء في نص المادة 01/19 من القانون المدني المصري على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك

---

[559] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 275

[560] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 255.

[561] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 275

[562] المادة 18 من القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المؤرخ في 20 جوان ،2005 ، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44، لسنة 2005

للمتعاقدين اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد)[563]. كما تضمنت أغلب التشريعات العربية نصوصا متماثلة أو مشابهة، ومن بين هذه القوانين العربية التي تبنت منهج التركيز التشريعي نذكر مثلا: القانون السوري والإماراتي والسوداني والكويتي والأردني واليمني في م 29 من القانون المدني الصادر سنة 2002 والمشرع التركي في المادة 24 من القانون الصادر 1992 [564]

وكذلك المشرع الإسباني حيث نصت المادة 05/11 من القانون المدني الإسباني على أنه (تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن إتحدا الجنسية، وعند تخلفه فالقانون محل إقامتهما العادية المشتركة وإلا فمحل وإلى القانون محل إبرام التصرف)[565].

إن اعتماد منهج التركيز التشريعي من قبل التشريعات الوطنية عند تخلف اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، يرجع إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق بمقتضى هذا المنهج يتصف السهواة المعرفة والإحاطة والإلمام به مسبقا مما يجنب أطراف العقد خطر المفاجئة ذلك بتطبيق قانون لم يكونوا يتوقعون تطبيقه على عقدهم وهو ما يضمن الأمان القانوني لمعاملات الدولية[566]، غير أنه يؤخذ على منهج الإسناد الجامد أو منهج التركيز التشريعي أنه يتجاهل الطبيعة وذلك لأنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، كذلك لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية في كثير من الأحيان [567]، كذلك فإن هذه الضوابط التي يضعها المشرع تتسم بالجمود حيث يجبر القاضي على إعمالها بغض النظر طبيعة الرابطة العقدية أو نوعية العقد وبصرف النظر عما إذا تبينا خلال الفصل في موضوع النزاع أن القانون الواجب التطبيق بالاعتماد على المنهج تربطه مع موضوع النزاع روابط وثيقة وجدية أم روابط ضعيفة وواهية ومفاد ذلك أن منهج التركيز التشريعي يعني إسناد العلاقة التعاقدية لقانون معين إسنادا جامدا على كل العقود التي يختلف فيها الاختيار الصريح والضمني لقانون العقد دون مراعات طبيعة ونوع كل عقد [568]، ومنه فإن منهج التركيز التشريعي أو الإسناد الجامد لا يصلح أن يطبق على عقود الاستثمار وذلك لعدم مراعاته التعقيدات التي تتصف بها كعقود نقل التكنولوجيا أو تسلم المفتاح أو تسليم المنتج في اليد، وهذا ما أوجب إيجاد مناهج جديدة تستجيب التطورات المعاملات الدولية وتطلعات المتعاقدين.

---

[563] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق ، 30.

[564] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 193.

[565] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 256.

[566] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 277.

[567] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 256.

[568] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص277.

الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي

تقوم نظرية التركيز الموضوعي على البحث على القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يعتبر قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة إذ يتم إسناد العقد إلى القانون الأكثر صلة به على ضوء ظروف وملابسات التعاقد في كل حالة على حدى سعيا لتحقيق العدالة على أحسن وجه[569].

إذ يرى أصحاب النظرية الموضوعية أنه في حالة غياب الاختيار الصريح والضمني المؤكد أي انعدام اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف فإنه لابد أن يتم توطين أو تركيز العلاقة التعاقدية وإسنادها إلى القانون الأوثق صلة بها وهو القانون السائد في مركز الثقل العلاقة العقدية[570]، وينحصر عمل القاضي في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في نظام قانوني معين مرتبط به على ضوء مقتضيات التعاقد وظروفه وملابساته ومن خلال هذا التركيز يقوم القاضي بتطبيق القانون السائد في المكان الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية[571].

إن هذه النظرية التي تقوم على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته والتي تتبنى الاتجاه المرن في إسناد والذي قاد الإسناد الفرنسي باتيفول تأثرا بالقضاء الإنجليزي أخذ بها القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا فقد أراد الوصول إلى إسناد العقد بأوثق القوانين صلة به في ضوء ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة[572]، وحسب الفقيه باتيفول فإن العقد يصرف قانوني غير مادي في حد ذاته لا يشغل حيزا مكانيا وصعب معه التركيز المكاني للرابطة العقدية ولكن يحيط بهذا العقد أحداث مادية خارجية يمكن تركيزها مكانيا أي أن تركيز العقد يعني اختيار مقره استنادا لما يحيطه من أحداث خارجية ثم اختيار أحد هذه الأحداث وترجيحه على باقي الأحداث الأخرى واعتبار أن محل وقوع هذا الحدث هو مقر العقد[573].

يرى أنصار هذه النظرية أن مركز ثقل في هذه العلاقة العقدية يتحدد في كل حالة على حدة على ضوء ظروف التعاقد و مجموع العناصر الموضوعية والشخصية للعلاقة التعاقدية ويكون ذلك باستعراض القاضي أو المحكم جميع هذه العناصر ومن تم الموازنة بينها ثم يعين العنصر

الراجح على بقية العناصر بالنظر إلى أهمية وصلته بالعقد وثقله في ميزان العلاقة العقدية بحيث يظهر أن هاذ العنصر يمثل مركز العلاقة ويعكس وجود روابط وثيقة مع نظام قانوني معين ومنه يحدد القاضي أو المحكم القانون الواجب التطبيق إسنادا لهذا العنصر وفي حالة عدم القطع بوجود هذا العنصر

---

[569] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 501

[570] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 285

[571] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 501.

[572] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 257.

[573] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 501.

فيمكن للقاضي أو المحكم أن يزاوج بين عنصرين أو أكثر من عناصر العلاقة التعاقدية التي يراها تتركز في نظام قانوني معين الذي يكون بذلك هو القانون الواجب التطبيق على العقد[574].

ومن النظم القضائية التي قامت بإعمال هذه النظرية النظام القضائي الإنجليزي وكذلك القضاء الفرنسي قبل نفاذ معاهدة روما حيث قررت المحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر سنة 1909 أنه إذا لم يقم المتعاقدون بالاختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا التحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعقد وملابساته[575].

بالرغم من أن هذه النظرية تسعى لإسناد العقد بالقانون الأكثر صلة به من خلال ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة بشكل منفرد وهذا ما يحقق العدالة إلا أنه يفتقد إلى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة وهو ما يؤدي للإخلال بتوقعات المتعاقدين بالنظر لعدم إمكانية علمهم المسبق بما تقرره المحكمة بخصوص القانون الذي سوف يطبق على العقد المبرم بينهما إذ لا يمكنهم التنبؤ بما سيستخلصه القاضي أو المحكم استنادا لظروف الواقعية[576].

وهذا ما أدى إلى وجود منهج جديد، وجد نتيجة الرغبة في إصلاح عيوب المنهجين السابقين التركيز الموضوعي و التركيز التشريعي بحيث لا يكون إسنادا جامدا لا يرتقي إلى متطلبات التجارة الدولية ولا يحتوي على عنصر المفاجأة، فيكون هذا المنهج مرنا من أجل مسايرة متطلبات ومقتضيات التجارة الدولية، بإضافة إلى ذلك يعتمد على إسناد يصون توقعات المتعاقدين، ولا يحتوي على عنصر المفاجأة، وهذا المنهج يعرف بنظرية الأداء المميز.

الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز.

إن ظروف وملابسات التعاقد يختلف تفسيرها من قاض إلى آخر ومن حالة إلى أخرى، فإنه يصعب القول بتوافر العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف إذ لا يتحقق لهم ذلك إلا بعد عرض النزاع على القاضي أو المحكم مما يتسبب في الغالب إلى الإخلال توقعاتهم المشروعة كما أن منهج الإسناد الجامد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف ولا يتماشى مع خصوصية وطبيعة عقد الاستثمار [577]، لذلك نادى جانب من الفقه بتطبيق نظرية الأداء المميز لتجنب كل هذه الإشكاليات، ونظرية الأداء المميز نظرية

[574] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 286.

[575] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 258.

[576] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 508.

[577] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 509 - 510.

سويسرية المنشأ حيث اعتمدها القضاء السويسري ولقيت تأييدا كبيرا من الفقه كما تأثرت بها العديد من النظم القانونية والقضائية والاتفاقيات الدولية. [578]

أولا : مفهوم نظرية الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي

تقوم فكرة الأداء المميز في العقد تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في كل فئة من العقود المتماثلة وذلك حسب الوزن القانوني وأهمية الأداء الواقعية أو الالتزام الرئيسي أو الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه حيث يتميز كل عقد بأداء يحدد خصائصه ويميزه عن بقية العقود مما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة[579].

يرى أنصار نظرية الأداء المميز أنه في حالة تخلف الاختيار الصريح أو الضمني المؤكد للقانون الواجب التطبيق على العقد فإنه بالإمكان وضع قواعد إسناد مسبقة خاصة بكل عقد أو بكل طائفة من العقود المتماثلة بحسب طبيعتها الذاتية ووظيفتها الاقتصادية التي تؤديها في وسط معين[580]، معنى ذلك أنه يتوجب على القاضي في تحديده للقانون الذي يطبق على العقد في حالة انعدام الإرادة أن يقوم بتركيز الموضوعي للرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية والتي من خلالها يمكن منذ البداية أن تحدد الأداء المميز في هذه الرابطة وهو الالتزام الجوهري والرئيسي الذي يفرضه العقد الذي يتم إسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ المفترض لهذا الأداء الرئيسي والذي يعتبر مركز للرابطة العقدية في مجموعه[581].

وبعد أن يتم هذا الالتزام الرئيسي أو الأداء المميز يمكن هذا من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذ أن القانون الواجب التطبيق حسب نظرية الأداء المميز هو القانون محل الإقامة المدين بهذا الأداء المميز أو قانون المكان الذي يزاول فيه نشاطه المهني إذا كان شخصا طبيعي أو قانون مركز إدارته إذا كان شخصا اعتباريا[582]، فقد افترض القضاء السويسري أن محل التنفيذ المفترض الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء فقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في الحكم الصادر في 11 ماي 1966 إلى أنه وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص وعند سكوت المتعاقدين عند اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة إقليمية وهو بصفة عامة محل إقامة الطرف الذي بعد أداءه مميزا في العقد محل النزاع[583].

---

[578] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 291.

[579] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 259.

[580] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 292.

[581] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 259.

[582] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 293

[583] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 259.

وقد ذهب الرأي السائد في الدول المتقدمة بأن الأداء المميز في عقد الاستثمار هو المستثمر وذلك يعني أن القانون الواجب التطبيق هو دولة أو محل الإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المستثمر وبما أن أحد أطراف عقد الاستثمار دولة ثانية هذا يعني خضوع الدول النامية لقوانين الدول المتقدمة والتي قد تعتبر مجحفة وتمس اقتصادها الوطني[584]

يتم تقدير الأداء المميز أو الالتزام المحوري ثم بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وذلك وقت إبرام العقد والتصور لهذا القانون في ذلك الوقت من قبل الأطراف حتى ولم يتم التنفيذ ولم يقم المدين بالوفاء بالأداء أو المميز الذي يقع على ذمته بموجب هذا العقد والسبب في ذلك كما يذهب أنصار النظرية الأداء المميز يمكن في ضمان عدم الإخلال بتوقعات الأطراف وتحقيق الأمان القانوني لمعاملتهم[585].

يرجع ترجيح قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز ، ليكون القانون الواجب التطبيق هو ليس بالضرورة محل تنفيذ هذا الأداء، إلى وضوح هذا المعيار وسهولة تحديده والعلم به، بدلا من الاعتداد على المحل الفعلي والذي قد يكون مجهولا عند التعاقد أو يكون متعددا، فإضافة إلا أن الغالب هو أن يتم التنفيذ الفعلي للالتزام الرئيسي في العقد محل إقامة المدين بهذا الأداء وهو ما يعني تطابق كل من محل التنفيذ الفعلي ومحل التنفيذ المفترض في غالبية الأحوال[586].

يذهب أنصا نظرية الأداء المميز إلى وجود استثناء على القاعدة العامة التي يعني مضمونها إلى أن قانون المدين بالأداء المميز هو الأكثر صلة والواجب التطبيق على العقد وهذا الاستثناء يطلقوا عليه أنصار النظرية بالشرط الاستثنائي أو القيد الاستثنائي بحيث يعطل العمل بالمبدأ العام السابق[587] ، ويتحقق هذا الاستثناء في الحالات الآتية:

الحالة الأولى : إذا تبين للقاضي أن ظروف التعاقد وملابساته تشير إلى وجود قانون آخر يعتبر أوثق صلة بالرابطة التعاقدية[588].

الحالة الثانية: عندما يعتذر فيها تحديد الأداء المميز أو الالتزام الرئيسي في العقد مثال ذلك عقود المقايضة أو تتساوى الاداءات أو الالتزامات التي تقع في ذمة كل من الطرفين .[589]

---

[584] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 513.

[585] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص ص، 293 – 294.

[586] . بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 260.

[587] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 294.

[588] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 261.

[589] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 295.

الحالة الثالثة : إذا تبين للقاضي أو المحكم أن القانون محل إقامة المدين بالأداء المميز منقطع الصلة بالرابطة التعاقدية[590].

الحالة الرابعة: عند قيام المدين بالأداء المميز بتصرفات تؤكد عدم حرصه على تركيز العلاقة التعاقدية في إطار قانون إقامته المعتاد أو مركز نشاطه المهني أو قانون مركز إدارته الرئيسي، ومثال ذلك أن يأخذ زمام المبادرة وينتقل إلى محل إقامته الدائن بالأداء المميز، ويبرم العقد هناك، أو أن يتخذ الشخص المعنوي فرعا له في موطن الطرف الآخر المتعاقد معه في هذه الحالة يجب تطبيق قانون محل إقامة الدائن بالأداء المميز[591].

ثانيا : موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية من نظرية الأداء المميز.

لقد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وكذا العديد من التشريعات الوطنية لبعض الدول نظرية الأداء المميز لمالها من مميزات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود.

1- الاتفاقيات الدولية التي أخذت بنظرية الأداء المميز.

اتفاقية روما لعام 1980 حيث نصت في مادتها الرابعة على أنه (انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكث الروابط وثوقا وتعتبر تلك الروابط ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا)[592] ، ويرى البعض أن نص المادة الرابعة من اتفاقية روما في هذه الحالة تخص الأداء المميز إذا كان هذا الأداء قابلا لتحديد، وهذا يعني أنه في حالة تعذر تحديد الأداء المميز في العقد فيجب على القاضي تطبيق القانون الأوثق صلة عن طريق التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية وفقا لظروف التعاقد وملابساته[593].

-إتفاقية لاهاي المبرمة في أعوام 1955 و 1978 و 1985 والتي جسدت نصوصها نظرية الأداء المميز وأقرتها مبدأ واستثناء، يتبين من خلال المادة الثالثة من إتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المادية المنقولة وكذلك نص المادة السادسة من إتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة والوساطة، إضافة إلى نص المادة الثامنة من إتفاقية لاهاي المبرمة أواخر 1985 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع[594].

---

[590] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 263.

[591] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 295 – 296.

[592] . مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 512.

[593] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 260.

[594] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص ص، 297 -299

2-التشريعات الوطنية التي أخذت بنظرية الأداء المميز.

لقد أخذت العديد من التشريعات المقارنة بنظرية الأداء المميز ، وإعتبار سويسرا كانت الموطن الأصلي لهذه النظرية حيث استقر القضاء بالعمل بها، وأيده في ذلك الفقه السويسري فكان منطقيا أن تقنن في موطنها الأصلي حيث نص القانون الخاص السويسري الصادر 1987 في المادة 117 منه على أنه (1. يسري على العقد عند غياب إختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا . 2. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب عليه أن يقدم الأداء المميز...)[595].

وكذلك القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986 حيث نص في المادة 28 على أنه (1. عند سكوت الإرادة عن إختيار القانون الواجب التطبيق يتم إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية. 2. ويفرض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محل الإقامة المعتاد لطرف الذي يتعين بالأداء المميز في العقد)[596]، والقانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 حيث نصت المادة 29 على أانه (إذا لم يستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق. يسري على العقد قانون موطن أو محل إقامة العادية أو مركز نشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية)، وإضافة إلى القانون الدولي الخاص التركي الصادر سنة 1982 حيث أخذ بنظرية الأداء المميز وذلك يتضح من خلال نص المادة 24 منه[597].

إضافة إلى القوانين السابقة فقد تم الأخذ بنظرية الأداء المميز في كل من القانون الدولي الخاص النمساوي الصادر سنة 1978 في المادتين 36 و 37 ، والقانون الدولي الخاص الروسي الصادر سنة 2001، والقانون الإيطالي في المادة 57 إلى احالة إلى اتفاقية روما وكذلك القانون الدولي الخاص لدولة يوغسلافيا سابقا المادة 20 والقانون الدولي الخاص التونسي الصادر سنة 1998 في المادة 62 منه والقانون الخاص الفنزولي الصادر سنة 1998 في المادة 36 منه[598].

ثالثا: نظرية الأداء المميز الأصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

[595] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص511.

[596] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 261.

[597] . مرتضى جمعة عاشور ، مرجع سابق ، ص 212

[598] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 300 – 301.

لا يمكن لأحد إنكار ما تتسم به نظرية الأداء المميز من مرونة ومعقولية وما تتميز به في مراعاتها لذاتية العلاقة التعاقدية وخصوصياتها في كل حالة على حدة، إذ يترتب على إعمالها والأخذ بها حفظ مصالح الأطراف المتعاقدة واحترام توقعاتهم المشروعة، وتتقلص في ظلها سلطة القاضي أو المحكم، كما أن نظرية الأداء المميز قد تفادت كل الإنتقادات التي وجهت لنظريتين السابقتين[599] ، فهي مرنة بعكس حمود المنهج التشريعي وتمكن من العلم المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقد عكس نظرية التركيز الموضوعي التي لا يمكن من خلالها العلم بالقانون الواجب التطبيق إلى في حالة عرض النزاع على القاضي أو المحكم.

ونظرا لتميز عقود الإستثمار بطبيعة خاصة وذلك لإرتباطها بالخطط التنموية لدولة المضيفة للإستثمار ، مما يوجب إخضاعها لنظام قانوني يراعي هذه الخصوصية، وهو قانون الدولة المضيفة الذي يعتبر القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الإستثمار[600].

ولذلك فإن نظرية الأداء المميز هي النظرية الأنسب في تحديد القانون الواجب التطبيق على

عقود الإستثمار في حالة سكوت الأطراف عن الإختيار ، لما تتسم به هذه النظرية من مزايا ومواصفات عديدة وأهمها مراعاة نظرية الأداء المميز للطبيعة الذاتية للرابطة التعاقدية وما يؤكد ذلك هو الإستثناء الذي أورده أنصار هذه النظرية عن القاعدة العامة وذلك بالسماح للقاضي أو المحكم أن يستند لظروف وملابسات التعاقد على نحو يسمح بإسناد العقد للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إذا تبين له أن قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز مبين الصلة الحقيقية بالأداء المميز[601]

الفرع الرابع : تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمارفي الاتفاقيات والقضاء الدولي.

بإعتبار أن القانون الداخلي للدولة المضيفة للإستثمار هو القانون الأكثر صلة لعقود الإستثمار إذ أن عقد الإستثمار يرتبط بالدولة المستضيفة وقانونها بروابط تعد أكثر قوة ووثوقا من أي روابط أخرى تربطه بقوانين دول أخرى وهو الأمر الذي يحتم لألن يكون قانون الدولة المضيفة هو الواجب التطبيق على عقود الإستثمار وهذا ما تم تكريسه في العديد من الإتفاقيات الدولية والقضاء الدولي.

أولا : تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في الإتفاقيات الدولية.

يعتبر من الإتفاقيات التي كرست تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار والتي أبرمت بشأن القانون الواجب التطبيق هم إتفاقية واشنطن لسنة 1965 بخصوص إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى واتفاقية روما لسنة 1980 المبرمة بشأن القانون

[599] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 202.

[600] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 265.

[601] مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 216.

الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية وإتفاقية تسـوية منازعات الإسـتثمار بين الدول المضـيفة الإسـتثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسـنة 1974، وسـوف نتطرق كل واحدة من هذه الإتفاقيات على حدة:

أ - إتفاقية واشنطن لسنة 1965.

حسب نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن لعام 1965 فإنه (تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع)[602].

نسـتخلص من نص المادة 01/42 من إتفاقية واشـنطن لتسـوية منازعات الإسـتثمار أن محكمة التحكيم تطبق قانون الدولة المتعاقدة عند عدم الإتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من قبل أطراف عقد الإستثمار[603].

إذ أن إتفاقية واشـنطن قد فسـرت وافترضـت أن سـكوت الأطراف المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يفسـر على أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق القانون الوطني لدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ثم إلى تطبيق القانون الدولي، بذلك إزالة هذه الإتفاقيات غموض مشـكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق في غياب الإتفاق الصريح بين الأطراف[604].

إن إلزام المادة 01/42 من الإتفاقية لهيئة التحكيم لتطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي يستفاد منه أن في حالة غياب شرط صحيح على إختيار القانون الواجب التطبيق يمنع تطبيق أي قانون وطني آخر إلا من خلال قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة[605] ، ويرجع ذلك إلى أن القيام بالإستثمار في بلد معين إلى أن اتجاه المستثمر الإستثمار في الدولة المضيفة ينطوي ضمنيا رضاء المستثمر بالاختصاص القضائي للدولة المضيفة وتطبيق قانونها الوطني فيما يتعلق بكل ما يخص استثمار بما في ذلك ما ينشأ عنه من منازعات[606].

---

[602] . المادة 42 من اتفاقية واشنطن 1965 ، السابق الذكر.

[603] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 370.

[604] صلاح الدين جمال الدين، دوراحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 82.

[605] جلال وفاء ،محمدين، مرجع سابق ، ص 61.

[606] صلاح الدين جمال الدين، دور إحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص 22.

ومنه فإن القانون الوطني يصبح هو القانون الواجب تطبيقه في غياب الاختيار، حيث لا يجوز لقواعد القانون الدولي أن تتمتع بأكثر من تطبيق الجزئي على منازعات الإستثمار لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه [607]، وتلتزم الإتفاقية بتطبيق قانون الدولة المضيفة، إضافة إلى التشريع الدولي[608].

ومن القضايا التي قامت فيها هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بتطبيق قانون الدولة المضيفة في حالة غياب إتفاق الأطراف أو سكوتهم عن تحدي القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار المبرم بينهم إستنادا إلى نص المادة 01/42 من إتفاقية واشنطن 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

قضية Benvenue Bonfant ضد حكومة الكونغو . [609]

وبغض النظر عن هذه الأحكام فإن ما ورد في الإتفاقية حول تطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المضيفة قد إستغله المحكمون ووظفوه إلى مصالح الدول المتقدمة فقد استعملوا هذا النص ليس من أجل إتمام وتكملة النقص في قانون الدولة المضيفة أو من أجل تفسيره وإنما إستعملوه من أجل إستبعاد قانون الدولة المضيفة حتى ولو في حالة إختيار متعاقدين في هذا القانون بحجج واهية وذرائع مفبركة تصب أولا وأخيرا في مصلحة الدول المتقدمة[610].

فقد عبر بعض الفقه المصري عن حقيقة نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن الذي يقضي بتطبيق مبادئ القانون الدولي مع قانون الدولة المضيفة في حالة غياب إختيار صريح لقانون واجب التطبيق أن هذا النص كان كارثة على كل دولة لم تختار القانون الذي يحكم العقد بنص صريح وقد استعمل هذا النص ليس لإكمال ما يعتري قانون الدولة المضيفة نقص أو من أجل تفسير وإنما من أجل إستبعاد بحجة تعارضه مع مبادئ القانون الدولي أو نظام العام الدولي الذي تجب حمايته وهكذا فقد انحرفت الكثير من المحاكم التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في أحكامه حيث اتخذت منحى يتناقض مع ظاهر نص المادة 42 من إتفاقية واشنطن 1965 مما يفرق هذا النص من مضمونه ويحيله إلى حبر على ورق[611] .

ومن أمثلة ذلك قضية AMCO ضد حكومة أند ونسيا استندت هيئة التحكيم المركز على نص المادة 01/42 من إتفاقية واشنطن من أجل تطبيق مبادئ القانون الدولي لسد النقص في القانون الوطني ومنح القانون الدولي أولوية في حالة تنازع بين تلك المبادئ والقانون الداخلي فإذا لم يكن هناك نص يعالج المسألة

---

[607] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص276.

[608] علة عمر، حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في القانون العام، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2008، ص 165.

[609] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق ، ص 215.

[610] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 225.

[611] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص ص، 204 - 205.

في القانون الوطني يجب الرجوع إلى القانون الدولي وفي حالة توفر نصوص في القانون في قانون وطني تعالج المسألة المطروحة على الهيئة فيجب تقييمها على حسب القانون الدولي الذي تسمو أحكامه على القوانين الدولة طرف النزاع[612].

ب : إتفاقية روما

إن إتفاقية روما والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 أفريل 1991 والتي تعد بمثابة التقنين الأوربي للعقود، وتسري إتفاقية روما على العقود الدولية بإستثناء ما نصت عليه بنص صريح، وبإعتبار أن عقود الإستثمار لم تكن من بين العقود التي إستبعدتها الإتفاقية من مجال تطبيقها، ومنه فإن الإتفاقية تسري عليها بمفهوم المخالفة[613].

وحسب نص المادة 04 من إتفاقية روما 1980 على أنه (في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن إختيار القانون الواجب التطبيق فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل إقامة المتعاقد للطرف المدين بالأداء المميز ومركز إدارته فيما لو كان شخصا إعتباريا)، يتضح نص المادة 04 أنه في حالة سكوت الأطراف عند إختيار الصريح فإن محكمة التحكيم تعمل على تطبيق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ولا شك أن هذا القانون غالبا ما يكون قانون الدولة المتعاقدة لأنه يرتبط بالعقد بصلة وثيقة بحيث أن العقد يخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة المدين بالأداء المميز إلا أنها هذه القرينة تعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 13 وقد تؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إذ ما إرتبط بالعقد بروابط وثيقة[614]، وبإعتبار أن الدولة ينفذ فيها العقد هي أكثر الدول التي ترتبط بالعقد ومنه يطبق قانون الدولة المضيفة على عقد الإستثمار بإعتبار الدولة التي ينفذ فيها عقد الإستثمار [615].

إن إعمال المادة 04 من إتفاقية روما على عقود الإستثمار يؤدي غالبا إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة إذ يتركز في إقليمها الأداء المميز والإلتزام الرئيسي المدين في عقود الإستثمار وفي حالة ما إذا تم الأداء الرئيسي في عقد الإستثمار خارج إقليم الدولة المضيفة وهو أمر نادر الوقوع فإنه إستنادا إلى الفقرة 05 من المادة 04 من إتفاقية روما فإنه يتم تعطيل مبدأ الأداء المميز وهو ما يعني تطبيق قانون الدولة المضيفة بإعتبار أن عقود الإستثمار ترتبط مع قانون الدولة المضيفة بروابط أكثر ووثوقا من الروابط مع قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون آخر[616].

---

[612] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 225

[613] . مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق ، ص 215.

[614] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 226

[615] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 370.

[616] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 278.

من خلال ما سبق فإنه يمكن القول أن إتفاقية روما لسنة 1980 قد كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار وذلك في حالة سكوت أطراف عقد الاستثمار عن إختيار.

ج - اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة الاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1976.

حسب نص المادة01/16 فإنه (تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي تنص عليها هذه الإتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذالك قواعد تنازع القوانين الخاصة بهاوما يصلح من تطبيق لقواعد القانون الدولي).

يفيد نص الفقرة الأولى من المادة السادسة عشر أن على المحكمة أن تقوم بفصل في النزاع وفقا لقانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع في حالة عدم وجود نص بخصوص القانون الواجب التطبيق كما يكون بإمكان المحكمة تصحيح قواعد قانون الدولة المتعاقدة بقواعد القانون الدولي التي تراها مناسب[617].

ثانيا: تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة في القضاء الدولي.

لقد أرست المحكمة الدائمة للعدل الدولية تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في الحكمين الشهيرين في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية إذ ذهبت محكمة العدل الدولية إلى أن (كل عقد ليس عقدا بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما)[618]، وبناء على ذلك فقد فرضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في أحد هذين الحكمين طلب فرنسيا إعتبار العقد بمثابة معاهدة أو إتفاقية دولية[619] ، من أجل تطبيق القانون الدولي العام وبذلك فقد قامت المحكمة بإستبعاد القانون الدولي العام، إضافة إلى ذلك فقد أكدت المحكمة بأنه أما أن الطرف في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون غير قانونها[620] ، وهكذا فإنه يتضح أن المحكمة قد تبنت قرينة مفترضة تجعل قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حالة إنعدام الإختيار قانون وطني آخر[621].

---

[617] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 227

[618] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 365.

[619] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص ص، 193 – 194.

[620] علاء محي الدين مصطفي أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 365.

[621] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 282.

وكذلك اقتفت محكمة العدل الدولية أثر سالفتها المحكمة الدائمة للعدل الدولي إذ كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والقضية التي رفعتها بريطانيا ضد حكومة إيران سنة 1951 خير مثال على ذلك.

وترجع حيثيات القضية حكومة الدكتور مصدق في إيران بتأميم صناعة النفط وإلغاء عقد الإمتياز إحدى الشركات البترولية البريطانية، وإثر ذلك قامت بريطانيا بعرض الأمر على محكمة العدل الدولية مطالبة بالحكم بإعتبار إلغاء عقد الإمتياز عملا غير مشروع دوليا تنعقد

عليه المسؤولية الدولية لإيران إستنادا لإعتبار العقد ينشئ تعهدات دولية إتجاه بريطانيا ومنه وجب معاملته معاملة المعاهدات الدولية فقامت محكمة العدل الدولية برفض الطلب البريطاني مؤكد أن هذا العقد ليس إلا عقد إمتياز مبرم بين حكومة وشركة أو مؤسسة أجنبية [622]، ولما كانت

مملكة بريطانيا غير ممثلة في العقد فإنه لا توجد رابطة عقدية تربط بين حكومتي إيران والمملكة المتحدة، ومنه ليس بإمكان إخضاع عقد الإمتياز للقانون الدولي العام الذي يحكم العلاقات بين الدول وقد أكدت العديد من أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الإتجاه الذي يحكم العلاقات بين الدول وقد أكدت العديد من أحكام القضاء ومحاكم التحكيم الإتجاه الذي اتبعه كل من المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومحكمة العدل الدولي، وأقرت إخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة[623].

وقد كرس القضاء الفرنسي تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إستنادا للإعتبارات السيادية تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مع الطرف الخاص الأجنبي فقد نصت محكمة الإستئناف الفرنسية بباريس في حكم لها على أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لهذا السبب وحده بقوانين هذه الدولة كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية وفي نفس الصياغ إلى أنه كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة[624].

وكذلك القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية ICC في 18 ديسمبر 1985 بشأن النزاع الذي وقع بين الجزائر وشركة أمريكية حول إنشاء خط للسكك الحديدية ولم يكونوا قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قرر المحكم أن العقد أبرم نفذ في الجزائر أي أنه يتركز في القانون الجزائري ولذلك طبق القانون الجزائري باختياره قانون الدولة المتعاقدة.[625]

---

[622] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 195.

[623] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 283.

[624] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق ، ص 366.

[625] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 222

المطلب الثاني : آليات فض منازعات الاستثمار الأجنبي وضوابطها وفق أحكام القانون الجزائري 22-18 المتعلق بالاستثمار.

لقد أسس المشرع الجزائري في المادة : 12 من القانون رقم: 22-18 المتعلق بالاستثمار لأحقية القضاء الجزائري لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار، عبر تحيين تشريعاتها وجعلها تستجيب لما يطمح إليه المستثمر، تأتي في مقدمتها الضمانات القضائية التي يسعى كل مستثمر الحصول عليها قصد حماية نشاطه الاستثماري، فكان أن نص على :" يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة، ما لم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم" .[626]

من ناحية تاريخية ظلت العقود التي أبرمتها الجزائر بعد الإستقلال تخضع للقانون الذي وضعته السلطات الفرنسية في إتفاقيات إفيان والمسمى بقانون البترول الصحراوي إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، وهذا ما أكده الإتفاق الجزائري الفرنسي في 26 يونيو 1963 بتاريخ 26 يونيو 1963، الذي سعت فرنسا من خلاله إلى إخراج العلاقات البترولية بين الجزائر والشركات الفرنسية م السيادة الجزائرية وإدخالها تحت حكم قانون البترول الصحراوي والأحكام الواردة في15 يونيو 1962 وفي انعدام النص على القانون الواجب التطبيق يتم تطبيق المبادئ العامة للقانون، وهذا ما أثر سلبا على مصالح الدولة الجزائرية إلى غاية تأميم المصالح البترولية سنة 1971، فأصبحت عقود الدولة تخضع للقانون الجزائري كأصل عام سواء كان بشكل صريح أو بشكل نسبي مع وجود حالات إستثنائية على القاعدة العامة[627].

من أجل التفصيل في الدراسة أكثر تناولنا المطلب في فرعين :

الفرع الأول: مجال تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار .

الفرع الثاني: تطبيقات مضمون أحكام القانون 22-18 على منازعات الاستثمار .

---

[626] أنظر المادة: 12 من القانون رقم: 22-2018 المؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 28 جويلية 2022.

[627] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص ص، 238 - 239.

الفرع الأول : مجال تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار

كقاعدة عامة تخضع عقود الاستثمار في الجزائر على غرار باقي الدول المضيفة للاستثمار إلى القانون الوطني للدولة المضيفة أي خضوع عقود الاستثمار الأجنبي القانون الداخلي الجزائري فإنه يعتمد على عدة أسانيد لإقرار المبدأ العام، إضافة إلى ذلك فإن تطبيق القانون الجزائري على عقود الإستثمار يكون بطرق وأساليب مختلفة.

أولا: أسس قاعدة تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الاستثمار

إن علاقة الجزائر بالشركات الاستثمارية الأجنبية تدخل في إطار مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية أكدته العديد من المواثيق الدولية والقرارات الصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة [628]، ومن بين هذه القرارات القرار رقم 3171 الصادر عن الجمعية في دورتها الثانية والعشرين حول السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية ويمثل أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام الاقتصادي الجديد[629]، وقد أوضح إعمال مبدأ التأميم بواسطة الدولة على اعتبار أنه تعبير عن السيادة بغية المحافظة على الثروات، إضافة إلى حقها في تحديد قيمة التعويض وكيفية الوفاء به، وأن تفصل في النزاع الناشئ عن المسألة وفقا لقانونها الوطني، والقرار رقم: 3281 الذي أقر أن المنازعات الناشئة عن التأميم تفصل فيها الدولة وفقا لقانونها الوطني وبواسطة محاكمها.[630]

الملاحظ أنه بعد تأميمات 1971 فإن كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الإقتصادية الدولية والنشاطات المنجمة تؤكد على تطبيق القانون الوطني الجزائري[631].

ثانيا : أساليب تطبيق القانون الجزائري على عقود الإستثمار

:يكون خضوع الإستثمار للقانون الوطني الجزائري وفق أسلوبين، الأسلوب الأول يكون عقد الإستثمار خاضعا للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر والأسلوب الثاني في عقد الإستثمار خاضعا للقانون الجزائري بشكل نسبي :

1- خضوع عقود الإستثمار للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر:

---

[628] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق >، ص 239.

[629] مراد محمود المواجدة ، مرجع سابق >، ص 207.

[630] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، مرجع سابق ، ص 368 – 369.

[631] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 239.

نعلم أنه بالأهمية بمكان أن يضمن المتعاقدون العقد شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي والقواعد القانونية التي تساعد على حل ما سعى أن يثور مستقبلا من منازعات حول العقد، وبذلك يستجبون لقاعدة التنازع الموجهة لهم، وذلك بأن يختاروا أو يعينوا صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم [632]، وهو الملاحظ في الشأن الجزائري إذ تتضمن بعض عقود الإستثمار في الجزائر عبارة واضحة وسريعة مثل "أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري" أو "إن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول في الجزائر".

ومن أمثلة ذلك الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمار ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة المتصرفة بإسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر إذا نصت المادة من هذا الإتفاق صراحتا على أن القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق وإذ جاء في نصها يعترفا لطرفا" أن هذه الإتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيمها.

2- خضوع عقود الإستثمار للقانون الجزائري بشكل نسبي.

في بعض الأوقات تلتزم الدولة والهيئات التابعة لها بعدم تعديل التوازن العقد من خلال ممارستها لسلطاتها التشريعية والتنظيمية وذلك بإدراج ما يسمى بشرط التجميد التشريعي المكرس في المادة 15 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الإستثمار[633]، حيث تنص المادة 15 من الأمر 03/01 على أنه لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحة)[634].

وكنتيجة ذلك فإن الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة الصادرة من قبل الدولة لا تطبق على العلاقات التعاقدية التي تظل خاضعة للنظام القانوني الساري المفعول وقت إبرام العقد إلى إذا طلب المستثمر ذلك صراحة خاصة في الحالة التي تتضمن فيها هذه الأحكام الجديدة إمتيازات إضافية [635]، وتتعدد أشكال شرط الثبات التشريعي إلى :

النص في العقد على أنه لا يمكن أن يحتج بأي قانون جديد في مواجهة المتعاقد الأجنبي ما لم يبدي موافقة على ذلك.

---

[632] محمد الروبي، مرجع سابق ، ص 223

[633] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق ، ص 240

[634] المادة 15 من الأمر 03/01 المؤرخ في : 20 أوت 2001، السابقة الذكر.

إخضاع قانون الدولة المتعاقدة المضيفة إلى شرط عدم مخالفة نصوص الإتفاق المبرم بين الطرفين (قانون) الذاتي للعقد أو الكفاية الذاتية للعقد).

أن يخضع العقد للقانون دولة ثالثة خلال مدة معينة.

قيام الدولة في تجميد قوانين الأمن المدني والتشريعات الإقتصادية الموجودة وقت التعاقد مما يعمل على جذب الطرف الأجنبي للمساهمة في التسمية الإقتصادية[636].

ومثال ذلك المادة 02/06 من إتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الإستثمار وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة سنة 2000 والتي تنص على ما يلي (إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام إستثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الإتفاق يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة إستفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات وتنظيماتها التطبيقية) [637]. من خلال هذه المادة نلاحظ تجسيد مبدأ إستقار النظام الإستثماري بحيث تمنع السلطة على نفسها إتخاذ إجراءات تمس بالحقوق أو الإمتسيازات التي تحصلت عليها الشركة، بالإضافة إلىمنح الشركة حق الحصول على إمتيازات إضافية في حالة إذا ما تضمن نظام إستثمري جديد في المستقبل إمتيازات أفضل[638].

وكذلك المادة 02/04 المبرمة بين الجزائر وإسبانيا التي تنص على (لا تكون المعاملة أدنى إمتياز من التي يمنحها كل الطرفين المتعاقدين للإستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمريه أو تلك المنجزة من طرف المستثمري بلد آخر يتمتع بمعاملة الدولة الأكثر رعاية)[639]، كما ورد هذا الشرط في بعض الإتفاقيات الثنائية الخاصة للترقية وحماية الإستثمارات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول الأجنبية الأخرى والشركات الإستثمارية.

ثالثا: الإستثناءات الواردة بخصوص تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار

إذا كان الجانب الشكل للعقد يخضع للقانون محل إبرام العقد طبقا للمادة 19/1 من القانون المدني، حيث نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي للقانون المكان الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الموطن المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها

---

[636] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق ، ص 233.

[637] الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها (AAPSI) المتصرفة بإسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة بإسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائري، العدد 80 الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

[638]محمد سارة، الإستثمار الأجنبي بالجزائر دراسة حالة أوراسكوم ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أعمال، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2009 – 2010، ص 95.

[639] الإتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلقة للترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقعة في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994 منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول الصادر بتاريخ 2 يناير 1995.

الموضوعية)[640]، فإن المادة 01/18 من نفس القانون تجيز للأطراف المتعاقدة للإتفاق حول القانون الواجب التطبيق إلا إذا كان العقد ينصب على عقار حيث نصت المادة 18 في فقرتها الأولى على أنه يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد:

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

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه)[641].

يتضح من نص المادة 18 أن القانون الجزائري يكرس حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لمبدأ سلطان الإرادة[642]. شرط أن يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهذا ما يوضح جليا أن المشرع الجزائري قد حسم مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود وذلك بوضع قاعدة إسناد مرنة ذات خيارات متعددة قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين [643]، أما إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فإن المادة السالفة الذكر تشير إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد وعندما يتضمن العقد الدولي شرط التحكيم فإن المادة 485 مكرر 14 من قانون الإجراءات المدنية كانت تسمح للأطراف الإستعانة بالأعراف التجارة الدولية أو الإتفاقية الدولية أما المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة فإنها تسمح بتطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على إختيار أو المنظم لموضوع النزاع أو الذي يراه المحكم ملائما [644].

حيث تنص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على أنه (تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة [645]، يتضح من نص المادة 1050 أن المشرع الجزائري أخذ بالإتجاه الذي يتسم بإحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، أما في حالة تخلف إتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الأكثر إتصالا بالنزاع أو الأكثر ملائمة فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى إختيار قانون دولة معينة وقد تطبق

---

[640] المادة 19 من القانون10/05 المعدل والمتمم للأمر 75/58، السابق الذكر.

[641] المادة 18 من القانون 10/05 السابق الذكر .

[642] عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص 54.

[643] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص ص، 36 - 37.

[644] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 241.

[645] المادة 1050 من القانون 09/08، السابق الذكر.

العادات والأعراف الجارية بالمعاملة موضوع النزاع[646] ، أما بخصوص إمتناع هيئة التحكيم من تطبيق القانون المختار، فإن المشرع الجزائري وبخصوص تحديده للأسباب التي يمكن من خلالها إبطال الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أو إستئناف الأمر القضائي بإعطاء الصيغة التنفيذية أو الإعتراف بالحكم التحكيمي الدول الصادر خارج الجزائر، فإنه منح هذا الحق للأطراف في حالة إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها إذ يعتبر تطبيق قانون غير القانون المختار خروجا عن المهمة المسندة لمحكمة التحكيم وهو السبب الثالث من الأسباب الستة التي أحصاها المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادتين 1056 و 1058 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وحسب نص المادة 1056 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية [647]فإنه لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :..إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها[648].

ومنه نخلص الى أنه في حالة عدم قيام كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي باختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ، أو عدم تمكن القاضي أو المحكم من الكشف عليه بصورة مؤكدة، وبالرغم من وجود عدة آراء فقهية مختلفة حول القانون أو النظام القانوني الواجب التطبيق، والتي تدور بين تطبيق قانون الدولة المضيفة أو استبعاده وذلك بتطبيق القانون الدولي العام ، أو القانون العبر دولي، أو القانون العبر دولي أي القواعد العامة لقانون التجارة الدولية، أو القانون الذاتي للعقد بحجة كفايتها الذاتية، فإنه من غير المقبول أن يتم رفض الفصل في النزاع بحجة عدم وجود قانتون واجب التطبيق، فهذا فيه إنكار للعدالة، ولذلك ظهرت كل من نظرية التركيز التشريعي ونظرية التركيز الموضوعي ونظرية الآداء المميز ، وتعتبر هذه الأخيرة هي أكثر ملائمة لتطبيق على عقود الإستثمار، لما توفره من علم مسبق بالقانون الواجب التطبيق، إضافة لتوصلها إلى القانون الأكثر صلة بالعقد.

كذلك تعتبر أغلب التشريعات الوطنية قد كرست تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة في حالة عدم وجود إتفاق مسبق لطرفي عقد الإستثمار على القانون الواجب التطبيق.

---

[646] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة دار هومة، الجزائر ، سنة 2012، ص ص، 315 - 316.

[647] مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دون طبعة، دار الهدى الجزائر ، سنة 2010، ص ص، 156 – 157.

[648] المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني : تطبيقات مضمون أحكام القانون 22-18 على منازعات الاستثمار .

لقد أسس المشرع الجزائري من خلال المادة: 12 من القانون رقم : 22-18 لمسألة فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار كاختصاص أصيل للقضاء الوطني، والذي مرده من باب أولى الطابع السيادي للدولة على نحو يضمن استقلالية السلطة القضائية[649]، فطرفي العلاقة القضائية هما الدولة والمستثمر الأجنبي

وهو ما يجعلنا نرجع من خلال هذا الفرع من الدراسة لطبيعة أو ماهية عقود الاستثمار ، والتي تعتبرها الدكتورة: " هبة هزاع": كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تدخل في سياق التنمية الاقتصادية للبلد المضي[650] فهذا وتكتسي عقود الاستثمار أهمية بالغة باعتبارها من المفاهيم المتجددة، فهذه العقود تجمع بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية الدولة المضيفة كطرف أول، والتي تتمتع بحق سيادي، والمستثمر الأجنبي كطرف ثاني الذي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة، كما أن هدف كل من طرفي هذه العلاقة يختلف، فالدولة تسعى إلى تحقيق أهداف التنمية الاقتصادية، بينما يهدف المستثمر الأجنبي إلى تحقيق أهداف شخصية تتمثل في الزيادة في رأس المال[651].

هذا المفهوم الهيكلي يجعل عقد الاستثمار يجمع بين طرفين بالضرورة، أحدهما الدولة المضيفة، والآخر المستثمر الأجنبي، والذين يبرمان اتفاقا مضمونه بعث التنمية الاقتصادية.

وقصد الوقوف على ضوابط فض منازعات الاستثمار، جاءت المادة: 12 السالفة الذكر بالصياغة الآتية : "زيادة على أحكام المادة: 11 أعلاه، يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق أحكام هذا القانون بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة، مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة : 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر ، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم [652].

---

[649] مقرين يوسف، خصوصية فض منازعات الاستثمار ضمن أحكام القانون رقم: 22 -18 المتعلق بالاستثمار التسوية القضائية وتحكيم الاستثمار أنموذجا.

[650] هبة هزاع، عقود الاستثمار الأجنبي بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص64.

[651] حيتم هبة، عقود الاستثمار الدولية مجلة حوليات جامعة الجزائر ،1 مجلة دورية محكمة تصدر عن جامعة الجزائر، المجلد 35 ، العدد 02 لسنة 2021، ص1.

[652] أنظر المادة: 12 من القانون رقم: 22-18 المؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ جويلية 2022.

إنّ ما يمكن ملاحظته للوهلة الأولى هو احتفاظ المادة المذكورة آنفا، بالاختصاص الأصيل للقضاء الوطني، وهو ما يعبر بوضوح عن اظهار الطابع السيادي والرقابي النابع من مبدأ السيادة الإقليمية[653]، والذي يكون موضوعه نزاع في الإقليم الجزائري، ومن المعلوم أن الدول المستثمرة تبحث دائما بواسطة شركاتها عن مبادئ عولمة النظام القانوني في مجال الاستثمار الذي يُسهم لا محالة جلب المستثمرين، وقصد الخوض في المضمون و الإجراءات سنتطرق الى عرض حدود الاختصاص القضائي الوطني في فض منازعات الاستثمار الأجنبي، مع دراسة طبيعة الالتزام الاتفاقي لاختصاص نظام التحكيم في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.

أولا: الاختصاص القضائي الوطني في فض منازعات الاستثمار الأجنبي.

من خلال معرفة طبيعة منازعات الاستثمار والتي تعتبر تلك المنازعات المترتبة عن التغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، والتي ينجم عنها تضارب للمصالح والأعمال كنتيجة حتمية لعدم التوازن في الحقوق والالتزامات[654].

كما يرى البعض أن منازعات الاستثمار هي عبارة عن خصومة تنشأ بين طرفي العلاقة الاستثمارية، والمتمثلة غالبا في الدولة المضيفة للاستثمار من جهة، والمتعامل الأجنبي أو أحد ممثليه من جهة ثانية، كنتيجة لإخلال أحد الطرفين بالالتزامات الاتفاقية، شريطة أن يصنف النزاع بين الطرفين كسبب مباشر خاص بالعلاقة بالاستثمارية، أما ما عدا ذلك فتخرج من دائرة هذا التصنيف[655].

لقد وظف المشرع الجزائري من خلال المادة: 12 من القانون رقم: 22-18 السالفة الذكر لعبارات : " مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة: 18 " والتي تمنح الاختصاص لفض منازعات الاستثمار لجهات أخرى وليس حصرا لاختصاص القضاء الوطني، إلا المتتبع للنظام القانوني الجزائري في شقه الاستثماري، يلحظ من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري أكد على بند إمكانية خضوع منازعات الاستثمار إلى القضاء الوطني، أي المحاكم الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حال عدم وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 فما دام النزاع قد نشب

---

[653] عمرو مراد، معوض حيدر، تسوية منازعات الاستثمار في إطار اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2012، ص88.

[654] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية _ مصر، 2001، ص 132.

[655] شيرزاد حميد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018، ص ص 26-27.

داخل حدود الدولة، فإن اختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني فيها، هذا ما لم يوجد اتفاق خاص يقضي بخلاف ذلك، ونشير في هذا الصدد أن القانون الجزائري لم ينص على إجراءات خاصة للتقاضي في هذا الشأن[656].

ومن بين الأمثلة الذائعة الصيت على استخدام هذا البند نذكر منها: الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وكل من: رومانيا، فرنسا، إيطاليا[657]، إلا أنه وبالرغم من الالتزام تبقى مخاوف المستثمر من هذا البند قائمة للعديد من الاعتبارات نذكر منها:

- اختلاف المركز القانوني ما بين الدولة المضيفة أو أحد وكالاتها، وبين المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا،

- الانجذاب التلقائي الناجم عن التيارات الفكرية والسياسية والوطنية نحو الحؤول عن الحياد القضائي،

- تغليب المصالح الوطنية عن المصلحة الأجنبية في فض النزاع القائم،

- التطبيق القانوني للتشريع الوطني يجسد سياسة الحكم والخصم في نفس الوقت[658]،

- بطئ الإجراءات واستحالة التنفيذ وسيادية القرارات ثالوث يستهدف تمام العملية الاستثمارية[659]،

---

[656] شيرزاد حميد هروري، المرجع السابق، ص ص 26-27

[657] و أنظر المادة: 12 من القانون رقم: 22-18 المؤرخ في: 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 28 جويلية 2022.

أنظر المرسوم الرئاسي رقم : 328/94 المؤرخ في 1994/10/22 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و وورومانيا الموقع بالجزائر بتاريخ: 28/06/1994 ، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد: 69 لسنة: 1994.

أنظر المرسوم الرئاسي رقم: 01/94 المؤرخ في 1994/01/02 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و فرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات، وتبادل الوسائل المتعلقة بهما، الموقعين في الجزائر بتاريخ: 13 فيفري 1993 ، والصادر في الجريدة الرسمية، العدد: 01.

أنظر المرسوم الرئاسي رقم: 346/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة الاستثمارات، ج ر عدد 01 لسنة 1991

[658] Yakout AKROUN, « l' arbitrage sous couvert des conventions d'investissement un phénomène en extension » les modes alternatifs de règlement des conflits, Colloque internationale Alger, 06_07mai 2014, les anales de l'université, d' Alger, N03/2014, P175.

[659] YakoutAKROUN, ibidem.11

- إن البت في منازعات الاستثمار على مستوى القضاء الوطني يثير العديد من الصعوبات في الشق المتعلق بالتنفيذ، مفاد ذلك أن المستثمر الأجنبي حتى في حال حصوله على حكم ضد الدولة المضيفة للاستثمار ، يصطدم بالقواعد المتعلقة بحضر التنفيذ على الأموال العامة، ذلك أن هذا النوع من المنازعات تمتاز بطابعها الخاص ليبقى المستثمر الأجنبي متخوف من الوسائل الداخلية لفض النزاعات وبصفة أساسية القضاء الداخلي.

إذن وقصد تأمين العملية الاستثمارية أسس القانون رقم: 22-21 الجملة من الضمانات الممنوحة للمستثمرين لقاء امتيازات متفاوتة حسب الأنظمة المكرسة، والتي يمكن أن نوجزها فيما يلي:

- المعاملة المنصفة والعادلة للمستثمرين الوطنيين منهم والأجانب، ما تعلق منها بالحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم،

- يستفيد المستثمرين من التحفيز الأفضل، والذي مرده بسط عدة مزايا استثمارية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار[660] ، وهو ما أسس له المشرع الجزائري في المادة: 24 معتبرا :" يمكن أن تستفيد الاستثمارات، بمفهوم المادة: 4، بناءا على طلب من المستثمر، من أحد الأنظمة التحفيزية المذكورة أدناه:

النظام التحفيزي للقطاعات ذات الأولوية، ويدعى في صلب النص نظام القطاعات ،

النظام التحفيزي للمناطق التي توليها الدولة أهمية خاصة، ويدعى في صلب النص نظام المناطق،

النظام التحفيزي للاستثمارات ذات الطابع المهيكل، وي دعى في صلب النص نظام الاستثمارات المهيكلة " [661]

- مبدأ الثبات التشريعي الذي تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تغيير الإطار التشريعي الذي يحكم العملية الاستثمارية. وهو ما أسس له المشرع الجزائري في المادة: 38 من القانون رقم: 22_18 معتبرا: "يحتفظ المستثمر بالحقوق والمزايا المكتسبة بطريقة قانونية بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون"[662]

ثانيا: الالتزام الاتفاقي لاختصاص نظام التحكيم في فض منازعات الاستثمار.

[660] أنظر المادة 03: من القانون رقم: 22-18 المؤرخ في: 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 24 جويلية 2022.

[661] المادة 24: من القانون رقم: 22-18 المؤرخ في: 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 24 جويلية 2022.

[662] المادة: 38 من القانون رقم: 22-2018 المؤرخ في : 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار ، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 24 جويلية .2022.

التحكيم في الاصطلاح القانوني قد ينصرف مدلوله إلى اتفاق الأطراف على علاقة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم البت في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق الأشخاص الذين يتم اختيارهم كمحكمين ، كما قد ينصرف مدلول التحكيم من وجهة نظر الفقه إلى أنه : " وسيلة لفض النزاع في ظل العزوف عن اللجوء إلى القضاء بناء على اتفاق إرادتين، فتحكيم الاستثمار هو إجراء لحل الخلافات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة، وتسمى أيضا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، أو أن إمكانية قيام مستثمر أجنبي بمقاضاة دولة مضيفة هو ضمان للمستثمر الأجنبي في حالة النزاع، سيتمكن من الوصول إلى محكمين مستقلين ومؤهلين قصد البت في موضوع النزاع[663].

هذا وتشير طبيعة الالتزام الاتفاقي إلى وسائل بديلة عن القضاء الوطني، كضمانة إضافية يبتغي من وراءها المستثمر الأجنبي ضمان العدالة ضمن مجريات العلاقة الاستثمارية وفي هذا الخصوص يصبح العقد المبرم بين الطرفين هو الفيصل في تسوية النزاع، وانطلاقا من اعتبار الهيئة التحكيمية، تحمل معنى الإحالة بالاختيار على المحكم أو المحكمين الذين يجلسون لفض النزاع، كونه ضمانة لجلب الاستثمارات الأجنبية، فعقود الاستثمار والاتفاقيات الثنائية للاستثمار، لا تكاد تخلو من شرط يضمن اللجوء إلى التحكيم، باعتباره ميدان خصب للمستثمر الأجنبي[664].

وفي هذا السياق تشير المادة: 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم إلى ما يلي: " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

---

[663] إجراءات التحكيم في مجال الاستثمار حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنظر المواد : 1006-1007 على التوالي من القانون رقم: 08_09 المؤرخ في : 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في 23 أفريل 2008 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22- 13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[664] فتيسي شمامة، الضمانات القضائية لتسوية منازعات الاستثمار في ظل القانون الجزائري، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد: 04 المجلد: 02، ص ص 336-337.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر[665]."

أما المادة: 1042 من نفس القانون فأشارت إلى : " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائر اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ[666]".

من خلال عبارات :

إن البناء القانوني في المادتين السالفتي الذكر يفيد بضمان مبدأ الرضائية القائم على أسس عقدية، والذي ظهر جليا . "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل، إذا لم تجد، يؤول الاختصاص." وبالموازاة مع ذلك وبالرجوع إلى القانون 22-18 المتعلق بترقية الاستثمار السابق الذكر، أين أشار فيها بشكل مباشر للتحكيم التجاري الدولي ، وذلك بموجب نص 12منه التي نصت على أنه : "مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة 18 أدناه، التي تصرف باسم الدولة والمستثمر تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم ".[667]

إذن 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 بمصلحة والتحكيم ، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح لطرفين بالاتفاق على التحكيم الخاص، هذا وتقضي المادة:

---

[665] المادة: 1041 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[666] المادة: 1042 من القانون رقم: 08-2009 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[667] شعبان صوفيان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2018-2019 ، ص 241 وما بعدها.

تقضي المادة: 18 من القانون رقم: 22-18 ما يلي: " تدعى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المنشأة بموجب المادة 6 التي بقيت سارية المفعول ضمن الأمر رقم: 01-03 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422، الموافق لـ: 20 غشت سنة : 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار من الآن فصاعدا "الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار ، وتدعى في صلب هذا النص الوكالة.

38 من القانون رقم: 22 - 18 بما يلي:" يحتفظ المستثمر بالحقوق والمزايا المكتسبة بطريقة قانونية بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون."

يوحي البناء القانوني للمادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري بموجب هذا النص حسم موقفه بشكل مباشر اتجاه الوسائل الودية لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، وبدرجة أدق التسوية عن طريق التحكيم حيث أعطى الإمكانية للأطراف

المتخاصمة على فك خلافهم عن طريق هذا التحكيم الخاص، إذا ما وجد نص أو بند تتضمنه سواء اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو في حالة . وجود أي اتفاق مسبق بينهما يقضي على حل خلافهم عن طريق التحكيم التجاري الدولي[668].

بالوقوف على مدلول المادة: 12 من القانون رقم: 22- 18 نلاحظ أنها أشارت لتقسيمات موضوعية مهمة طيّ مضمونها من خلال عبارات: " مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة: 18 أدناه، التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم " ولذلك ينبغي التمييز بين حالتين نتطرق لهما كالآتي:

أ- حالة اللجوء إلى التحكيم بناء على اتفاقيات الاستثمار.

إن المتتبع لبنود الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار والتي أبرمتها الجزائر تسمح بنودها باللجوء إلى التحكيم كسبيل لفض بعض المنازعات، والذي مرده من باب أولى حرص المشرع الجزائري على العملية الاستثمارية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية عن طريق إثارة هذا البند، ومن بين الأمثلة النماذج نذكر الاتفاقية الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والسويد والتي حملت جملة من التفاصيل نذكر منها:

-التسوية الودية لمنازعات الاستثمار بين الأطراف المتعاقدة،

-ضبط آجال 06 أشهر كاملة قصد رفع موضوع النزاع وفقا لخيارات المستثمرين إلى التحكيم الدولي، ليتولى كل من المركز الدولي المتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار للتسوية بالتحكيم، أو محكمة خاصة يتم تشكيلها طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.[669]

---

[668] شعبان صوفيان، المرجع السابق ، ص 241 وما بعدها.

[669] المرسوم الرئاسي رقم : 04-431 المؤرخ في : 17 ذي القعدة عام 1425 الموافق لـ: 29 ديسمبر 2004 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر بتاريخ: 15 فيفري 2003، والصادر في الجريدة الرسمية العدد: 84 لسنة 2004 ، ص . ص 11-12.

وفي هذا الشأن أشارت الفقرة : 2 من ذات الاتفاقية إلى : " تُشكل الموافقة المعرب عنها من قبل كل طرف متعاقد وفقا للفقرة: 2 وكذلك رفع النزاع من قبل المستثمر وفقا لهذه الفقرة، موافقة كتابية أو اتفاقا كتابيا، من طرفي النزاع بشأن رفعه للتسوية لأغراض الفصل الثاني، من اتفاقية واشنطن."

كما تعد الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية نموذج شائع على توجهات الحكومة الجزائرية ضمن اتفاقيات الاستثمار، مفاد ذلك أن كل خلاف يتعلق بالاستثمار بين الطرفين المتعاقدين يكون عن طريق إشعار كتابي من قبل المتعاقد الذي يقدم المبادرة، أما في حال عدم التوصل إلى تسوية بين الأطراف المتنازعة ضمن آجال 06 أشهر يبادر أحد الطرفين المعنيين بموضوع الخلاف إلى عرضه على المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار[670].

ولتحقيق الفعالية التحكيمية في منازعات عقود الاستثمار يجب تبني المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية وهامة للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة، وتشمل هذه المبادئ كل من : مبدأ استقلال اتفاق التحكيم و مبدأ الاختصاص بالاختصاص. هذا وقد أسست المادة : 1051 الفقرة : 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم إلى الجهة القضائية المختصة بذلك فجاءت صياغتها على النحو التالي:" وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر، وبنفس الشروط بأمر صادر من رئيس المحكمة المختصة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو من محكمة محل التنفيذ، إلا إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني"[671].

لنستنتج من هذا العرض حالتين واردتين على سبيل الحصر يتوقف عليهما تنفيذ أحكام التحكيم في الجزائر وهما:

- صدور حكم التحكيم في الجزائر،
- اختصاص رئيس المحكمة المختصة إقليميا بإصدار حكم التحكيم الصادر خارج الجزائر.

ب- حالة اللجوء إلى التحكيم بناء على عقود الاستثمار:

[670] عبد الملك عبد الرحمان، محمد مطهر، تسوية منازعات الاستثمار في إطار القانون الدولي العام، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2013، ص 113

[671] 1051 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في : 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تمثل عقود الاستثمار التي تجمع ما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وسيلة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا تتوقف فاعلية هذا التوجه إلى تبني الاستثمار الطويل الأمد والتنظيم الدائم المستمر، وفي هذا الصدد ضمن المشرع الجزائري ضمن قانون الاستثمار رقم: 22_18 إمكانية اللجوء إلى التحكيم بموجب عقود الاستثمار.

لقد برز التحكيم كوسيلة هي من أفضل الوسائل في تسوية منازعات الاستثمار لكونه يُمكن أطراف النزاع من تسوية منازعاتهم الاستثمارية عن طريق محكمين يتمتعون بخبرة وكفاءة عالية، الأمر الذي يؤهلهم للفصل في هذا النوع من المنازعات بطريقة فاعلة، كما أن التحكيم لا يتقيد بإجراءات ومواعيد معينه، حيث يكون للأطراف دائما حرية تحديد مكان التحكيم وزمانه بالإضافة إلى إمكانية تحديد النزاع موضوع التحكيم، مع اختيار القواعد الموضوعية والإجرائية الواجبة التطبيق استجابة لطبيعة النزاع، كما أن استجابة التحكيم لتسوية الخلاف بأقل قدر من العلانية في الخصومة يعطي جوا من الصفاء المنشود بين المتنازعين بعيدا عما يمكن أن يتسبب به رفع النزاع إلى القضاء العادي، مما يعمل على الحفاظ على سمعة المتنازعين وإسرار تعاملاتهم كوسيلة لاستئناف علاقاتهم في المستقبل[672].

ثالثا: البعد القضائي لفض منازعات الاستثمار.

يعنى البعد القضائي لفض منازعات الاستثمار التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدولة لضمان حقوق المتقاضين أمامها[673] ، إلا أن المستثمر الأجنبي ، عادة ما يفضل التحكيم الدولي بدل القضاء الوطني لما له من ميزات تمكن هذا الأخير من سيرورة نشاطه الاستثماري، وتفادي جميع العراقيل الإجرائية والقضائية التي تعطل نشاطه، والذي مرده من باب أولى، الاختلاف في المراكز القانونية لطرفي النزاع، والتفرقة ما بين الوطنيين والأجانب، هذا فضلا عن البعد السيادي والتوجه الفكري لقاضي الموضوع، وفي سبيل ذلك أقدمت العديد من الدول النامية على إصلاح أنظمتها الاستثمارية والقانونية والقضائية على نحو يتماشى وإرضاء المستثمرين الأجانب.

لعل السمة البارزة في مجال منازعات الاستثمار هو وجود الدولة، أو أحد هيئاتها الاعتبارية العامة في هذه المنازعات، مما يضفي على النزاع طابعا خاصا، فلم يعد يقتصر دور الدولة الحديثة على ما كان يسمى قديما بالدولة الحارسة ترتاد العديد من الأنشطة الخاصة وتتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية، وقد ترتب على ذلك تطور وتغير في العديد من المبادئ.

---

[672] مبروك نصرالدين، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى 2005، ص ص 55_56.

[673] نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص11.

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة ناتجة عن أطراف هذه العقود، وهم الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي والعملية موضوع العقد من ناحية ثانية، حيث أن العقد يتعلق بمشروع يكلف أموالا باهظة ويتطلب خبرات عالية، وعلى هذا الأساس فإن التحكيم يمثل المجال الخصب لفض المنازعات التي قد تثور في هذا الشأن.

من مميزات التحكيم عدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحتكمين، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين يجب أن يلتزموا بنصوص القانون، فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة[674].

إن الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار وارتباطها بالمصالح الحيوية للدولة المضيفة لاستثمار، والتي تحرص في الغالب على إخضاع المختص في الفصل في هذه المنازعات، إلا أن أغلب مثل هذه المنازعات لقواعدها القضائية الوطنية[675]، مما يجعل قضائها الوطني

الدول المضيفة للاستثمار تعاني من بعض النقائص، والتي نذكر منها:

- الافتقار للقوانين المنظمة للعملية الاستثمارية،

- الحصانة ضد تنفيذ الأحكام التي تستفيد منها الدولة المضيفة،

- العراقيل الإجرائية والقضائية في تسوية موضوع النزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر - الافتقار إلى الخبرة الفنية اللازمة لفض منازعات الاستثمار الأجنبي،

- الافتقار إلى الخبرة الفنية اللازمة لفض منازعات الاستثمار.

- بطء الإجراءات نتيجة لتراكم القضايا المعروضة على القاضي،

- عدم كفاءة العنصر البشري الذي من شأنه تعطيل مصالح المستثمر الأجنبي.

أ- قواعد الاختصاص بشأن دعاوى الاستثمارات الأجنبية

[674] Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign 26 Economic Relations,, Document No 04, Module VIII- Revised, 2001, p 07.

[675] مقارنة إلى بعض التشريعات الوطنية نجد أن المشرع الكويتي في القانون رقم: 08 لسنة 2001 الخاص بتنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت نص في مادته 16 على أن تكون المحاكم الكويتية وحدها المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أي كان، كذلك نص المشرع السوري في قانون الاستثمار 9 لسنة 2000 في مادتها : 26 باللجوء إلى القضاء السوري لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار.

حرص المشرع الجزائري على توفير الأرضية القانونية اللازمة لتشجيع الاستثمار [676]، باعتباره أحسن وسيلة لإنماء المكاسب وتحقيق التطور الاقتصادي والاجتماعي، فالبعد القضائي لمنازعات الاستثمار يطرح اختصاص القانون الدولي الخاص، والذي مرده من باب أولى وجود طرف أجنبي في موضوع النزاع، وعلى هذا الأساس أسس المشرع الجزائري من خلال القانون رقم: 22_18 لنظام قانوني شامل يواءم بين السيادة القضائية الخالصة وعامل جلب المستثمرين الأجانب.

على أن احتكام المستثمر الأجنبي للقضاء الوطني بمناسبة نزاع استثماري عادة ما يكون عن طريق رفعه لدعوى وهذه الأخيرة تحكمها شروط لا بد من توافرها سواء كانت الدعوى منظورة من طرف قاضي الاستعجال أو قاضي الموضوع، كما يمكن للأطراف المتنازعة الاتفاق على اللجوء إلى قضاء دولة أجنبية، لكن كل ذلك له حدود وضحها المشرع الجزائري في المواد من 9 إلى 24 . من القانون المدني الجزائري، في فصله الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"والمتعلقة بمبادئ الاختصاص في مثل هكذا قضايا[677].

[678]واعتبر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم وبالضبط في المادة 32 منه على أن: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وتتشكل من أقسام، يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

ذات القانون على أنه:

وتنص المادة 41 من ذات القانون على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري" [679]

---

[676] Neji Baccouche, Incitations aux investissements et concurrence entre Etats .In OU VA le droit de l'investissement ?Désordre normatif et recherche d équilibre ;Actes du colloque organise a Tunis les 3et4 mars2006 .Editions A. PEDONE.Paris. p 61 »

« l'investissement est a la base de la croissance économique et du bien-être social >>>

[677] أوسهلة عبد الرحيم، الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، فرع قانون اقتصادي، 2015-2016، ص 29.

[678] المادة: 32 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-2013 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-2009 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[679] المادة: 41 من القانون رقم: 08-2009 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب-سلطة قاضي الموضوع في تنفيذ الأحكام الأجنبية

تقضي المادة: 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم بما يلي: "لا يجوز تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط التالية:

أ- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،

ب - حائزة لقوة الشيء المقضي فيه ، طبقا لقانون البلد الذي صدرت به،

ت - أن لا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعي عليه،

ث - ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر[680] .

وحين تحقق هذه الشروط مجتمعة يحكم القاضي حينئذ بتنفيذ هذا الحكم بعد إعطائه الصيغة التنفيذية الجزائرية، طبقا للمادة: 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم والتي أشارت إلى: " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون ، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ممهورة بالصيغة التنفيذية"[681].

وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري في المادة: 296 من قانون المرافعات المصري، وكذلك المشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة: 24 منه.

هذا وتعرف المادة 25 من اتفاقية الرياض لسنة 1983 الحكم الأجنبي بأنه « : كل قرار أيا كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى إحدى الأطراف المتعاقدة .»، ولعل هذا التعريف الذي جاءت به اتفاقية الرياض، هو الأوسع حيث يشمل الأحكام القضائية والولائية أو أي نشاط يشكل عملا قضائيا [682].

---

[680] المادة: 605 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-21 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-2009 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[681] المادة: 601 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في: 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مبررات تنفيذ الأحكام الأجنبية في الجزائر، أنظر المواد: 1055_1056_1058_1061 على التوالي من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق [682].

إن تنفيذ الأحكام الأجنبية ضمن المنظومة القضائية الجزائرية له يبرره، وفق ما يلي:

1- تنمية العلاقة الاقتصادية والاستثمارية، عن طريق سن القواعد القانونية الملائمة لحماية المتعاملين الأجانب،

2- تجنب العراقيل القانونية والإجرائية التي من شأنها عرقلة العملية الاستثمارية، ولا يتأتى إلا عن طريق الاستفادة من قواعد القانون المقارن، والمبادئ العامة للقانون[683]،

3- تقوية العلاقات الاقتصادية وتنمية الروابط الدبلوماسية في الشق المتعلق بالمعاملات الاقتصادية،

4- إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف قصد تجسيد وتطبيق الأحكام الأجنبية في الجزائر والذي مرده من باب أولى حماية العملية الاستثمارية، وتشجيع جلب المتعاملين الأجانب،

6- الاعتراف بحقوق الأفراد ومصالحهم بغض النظر عن جنسيتهم أو مكان تواجدهم.

رابعا: مدى تو افق خيار اللجوء إلى القضاء الوطني مع خصوصية منازعات الاستثمار

لقد أخذ المشرع الجزائري ببعض الاعتبارات الموضوعية في مسألة فض منازعات الاستثمار، رغم إقراره الصريح بالاختصاص الأصيل للقضاء الوطني ، مفاد ذلك أن طبيعة هذا النوع من المنازعات تفرض وجود اعتبارات موضوعية، والتي تكمن في الطبيعة الفنية والاقتصادية لهذه الأخيرة، كما تكمن في خصوصية محل العقد.

تكتسي منازعات الاستثمار خصوصية مدرجة ضمن شروط إبرام العقد، وعلى هذا الأساس عُد اتفاق التحكيم، وضمان شرط الثبات التشريعي، وتفادي إلغاء إبرام العقد بإرادة منفردة ثالوث يستهدف نجاعة هذا النوع من العقود، وفي سبيل ذلك تبنى المشرع الجزائري جملة من الحوافز والمزايا والتسهيلات والإعفاءات (الجمركية والضريبية)، قصد تحسين المناخ الاستثماري، فكان أن أسس لشروط الاستقرار الاقتصادي والقانوني والسياسي، قصد جلب رؤوس الأموال الأجنبية، وإقامة مشاريع اقتصادية ضخمة.

إن المتتبع لمضمون عقود الاستثمار يكاد يُجزم أنها لا تخلو من شرط يضمن اللجوء إلى التحكيم كضمانة قضائية للمتعامل الأجنبي، ثم إن المتصفح لمضمون المادة: 12 من القانون رقم: 22-18 والتي

[683] لقد تبنى القضاء الفرنسي اختصاص قضائي مبني على مكان تنفيذ الالتزام، ورابط الجنسية إلا أنه قد تخلى عنهما وتبنى الطرح التالي:

Toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se de la juridiction n'a 'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix rattaché pas été frauduleux"

استخدمت عبارات: " مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة: 18 "[684] ،يفيد بعدم اشتراط استنفاذ وسائل التسوية الداخلية، وعليه وإن كان المشرع الجزائري نص على الاختصاص للقضاء الوطني، إلا أنه تماشى في نفس الوقت مع مقتضيات العملية الاستثمارية.

والحقيقة أن معظم الدول تتسابق من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك لما لهذه الاستثمارات من آثار إيجابية للدولة المضيفة للاستثمار، حيث يتم تزويدها -أي الدولة المضيفة للاستثمار - ببعض مقومات بناء اقتصاد متطور من خلال ما يقدمه المستثمر من رأس مال وخبرات فنية وحديثة، الأمر الذي من شأنه أن يهيئ لها الأجواء المناسبة للانفتاح على الأسواق العالمية، وايجاد فرص عمل لمواطنيها، وبالتالي تحسين الوضع وزيادة صادراتها كما يحقق الاستثمار عوائد ومزايا اقتصادية للمستثمر ولدولته من خلال بناء علاقات اقتصادية وتجارية وسياسية[685].

أ- الخصوصية المستمدة من أطراف التعاقد

يختلف المركز القانوني لأطراف العقد الاستثماري والقائم بين الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية والشخص الأجنبي الخاص من حيث نوعية الأطراف، وعلى هذا الأساس يسعى الطرف الأجنبي لعدم اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، وعدم تركيز العقد وفقا لنظامها القانوني ومحاولة إخضاعه لقواعد التحكيم الدولي.[686]

أما عن آلية تسوية المنازعات فيستهدف شرط اللجوء إلى التحكيم الاتفاقي ضمانه هامة في هذا الخصوص، لأنه يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب من الخضوع لقضاء الدولة المضيفة[687].

مع مراعاة أهداف المصلحة العامة فالمستثمر وإن كان يسعى لتحقيق أهداف ومصالح خاصة يجب عليه أن يتقبل ويتفهم بأنه يشترك في عملية تنمية الدولة المضيفة، فالتعاون المستمر بين الأطراف يضمن مساهمة المستثمر الأجنبي في تقديم أجود الخدمات وأفضل المواد وأكثرها ملائمة للمشروع والتكنولوجيا

---

[684] أنظر المادة: 12 من القانون رقم: 22-2018 المؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ: 28 جويلية 2022.

[685] محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008، ص12.

[686] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 25.

[687] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 25.

المتطورة، ويتلقى لقاء ذلك التسهيلات اللازمة كالرخص واستقدام الخبراء والعمالة من الخارج وتملك الأراضي وغيرها .) [688].

ب- أهمية التحكيم في عقود الاستثمار

إن التأسيس القانوني لتحكيم الاستثمار بموجب المادة: 12 من القانون رقم: 22_ 18 تزامن ومرحلة الإصلاح الاقتصادي في مرحلة بناء الجزائر الجديدة، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يولي اهتماما خاصا بتحكيم الاستثمار، وتبرز الخصوصية من خلال المادة: 12 عندما وظفت عبارات: " مالم توجد اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف صادقت عليها الدولة الجزائرية تتعلق أحكامها بالمصالحة والوساطة والتحكيم، أو إبرام اتفاق بين الوكالة المذكورة في المادة: 18 أدناه التي تتصرف باسم الدولة والمستثمر، تسمح للأطراف باللجوء إلى التحكيم"، مما يعكس حرص المشرع الجزائري على جلب المتعامل الأجنبي، وبعث ضمانات تشريعية خارج حدود التسوية القضائية والتي تبقى الشغل الشاغل للمستثمر الأجنبي.

والثابت من هذه العلاقة أن ارتفاع حجم الاستثمارات ونجاحها مرتبط بمدى الحماية الممنوحة للمستثمرين، لذلك يتطلب الأمر من الدول المضيفة للاستثمار توفير المناخ المناسب للمستثمر الأجنبي حتى يشعر بالثقة والأمان، ولا يمكن ذلك إلا بتوفير الضمانات التي القانونية التي تحمي حقوقه وتصونها من الضياع، لذلك، يُعد الأخذ بنظام تحكيم الاستثمار كوسيلة لتسوية المنازعات بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي من أحسن الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار.

من خلال ما سبقت الإشارة إليه يمكننا عرض خصوصية تحكيم الاستثمار كأداة لتمام العملية الاستثمارية، وجذب المتعامل الأجنبي وفق ما يلي:

- المرونة والسرعة في الإجراءات : تقوم العملية الاستثمارية على سرعة الإجراءات، ومن ثم وجد التحكيم أصلا من أجل تجنب الإجراءات والأعراف القضائية لفض موضوع النزاع.[689]

- يؤسس حكم التحكيم لحجية الشيء المقضي فيه مع مراعاة أن الطعن لا يوقف التنفيذ،

- سرية وتخصص التحكيم، الذي من شأنه حماية عقود الاستثمار،

[688] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 25.

[689] Paulsson (j) arbitration without privity, review-vol 10 n 02 1995; p05.41

-حياد وعدالة التحكيم، وعدم خضوعه لأي جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحتكمين [690]،

اهتمام المستثمر الأجنبي بالتحكيم ، لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار حيث يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع، وبمحض إرادتهما الحرة ،

- توفير قدر من الحماية لتأمين الاستثمارات الأجنبية، فرأس المال يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق ويحتاج إلى طمأنته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات، ذلك أن عقود الاستثمار الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق في قضاء الدولة المتعاقدة[691].

[690] Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign 42 Economic Relations,, Document No 04, Module VIII-Revised, 2001, p 07.

[691] عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، متاح على الموقع الالكتروني:

https://pmb.univ-saida.dz/budspopac/doc_num.php?explnum_id=1991

تاريخ الولوج للموقع : 19-12-2022، على الساعة: 19:20.

خـــاتمـة

خـــــــاتمـــــة

لعل البحث في موضوع ذو روابط معرفية متعددة ومثيرة للكثير من المسائل القانونية والفقهية كموضوع الحماية القانونية والدولية للاستثمار الأجنبي يصعب معه الوصول الى خلاصة واحدة، وباعتبار مسعانا كان متواضعا منذ البداية، فقد مكنتنا هذه الدراسة الموجزة من اكتساب جملة من المعارف عن نظام قانوني معولم في عالم الاستثمار الأجنبي ، و منه الوقوف على بعض الحقائق المكرسة لمبدأ الحمائية في مجال الاستثمارات الدولية، و التي يمكن أن نستخلص منها ملاحظات عامة كمايلي :

فيما يخص موضوع الاستثمار الأجنبي بشكل عام وقفنا على ملاحظات من أهمها:

1- التوجه الدولي المتسارع إلى توحيد النماذج التشريعية المنظمة لإستقبال وحماية الإستثمار الأجنبي.

2- تركيز العمل الدولي على مسألة التقنية والعملية المرتبطة بالإستثمار الأجنبي وحمايته

3- ظهور مصادر جديدة للقاعدة القانونية تتميز بطبيعة مختلفة و غير محددة الأسبقية، بحيث

4- أصبح العقد يسبق القانون قصد تحقيق التوفيق السياسي على المستوى المحلي والدولي ،

5- على المستوى الدولي إن الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي السائدة عبر النصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية تقدم لنا أولى بوادر التداخل في العلاقات الاقتصادية الدولية عبر آلية العولمة وفكرة النظام القانوني الموحد .

6- دولنة الإشكالات القانونية المرتبطة بالإستثمار الأجنبي من حيث التواجد والحماية.

من الناحية التقنية و القانونية وعلى ضوء القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار فإن المتتبع للإتفاقيات الدولية متعددة الأطراف وكذا الثنائية والقضاء الدولي وقرارات وتوصيات الأمم المتحدة يحدها جميعا تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار.

أما المشرع الجزائري فقد إتخذ موقفا واضحا حيال مسألة القانون وذلك يتضح من خلال قانون الاستثمار الجديد رقم 22-18 و المادة 18 من قانون المدني والمادة 105 من قانون الجزاءات المدنية والإدارية أما في حالة غياب الإختيار فإن المشرع الجزائري تبنى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة غياب الإختيار

بإضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي وذلك ما يقع نتيجة لإنضمام الجزائر مصادقتها سنة 1995 على إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

توصلنا من خلال دراسة الموضوع من خلال شقه المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الى أن القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار هو القانون الواجب على عقود الإستثمار التي تبرمها الدول، إن مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ سيادة الدولة على أراضيها وإقليمها المبادئ المعترف بها والمكرسة دوليا، إضافة إلى ذلك فإن عقود الإستثمار ترتبط بالخطط التنموية للدولة المضيفة وكذلك تتصل بقاعات حيوية وسيادية ولايمكن في طبيعة الحال تصور تطبيق قانون دولة أجنبية مهما كانت الحجج والذرائع خصوصا في حالة عدم الإتفاق على تطبيق قانون معين، لأن في حالة الإتفاق على تطبيق قانون أجنبي غير قانون الدولة المضيفة فإنها تتنازل عن تطبيق قانونها بمحض إرادتها وبقرار سيادي، إلا أن أغلب الحالات التي يتم فيها الإتفاق على القانون الواجب التطبيق، يكون القانون الوطني للدولة المضيفة هو الواجب التطبيق.

أما في الحالات التي يتم الاتفاق فيها على تطبيق قانون آخر ، تكون الدولة المضيفة مجبرة بصفتها الطرف الأضعف وذلك أما بحاجتها لرأس المال أو للتكنولوجيا التي تحتكرها الشركات الاستثمارية الكبرى التي تكون تابعة للدولة المتقدمة، أو عن طريق الضغوط السياسية، وكذلك فإن القانون الوطني لدولة المضيفة هو القانون المناسب بإعتباره الأكثر صلة بالعقد فهو مكان التنفيذ ومكان الإلتزام الرئيسي وفي أغلب الأحيان يكون مكان الإبرام.

إن كل هذه المميزات التي يتميز بها القانون الوطني للدولة المضيفة عن ما سواه من القوانين يجعله القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار وبدون منازع شرط أن يكون قادرا على الإحاطة بكل جوانب المسألة موضوع النزاع لذلك أوجب على كل الدول المضيفة للإستثمار أن تطور قوانينها الداخلية لتكون قادرة على الإلهام من أجل علاج كل ما قد ينتج عن تنفيذ عقد الإستثمار من مشاكل وخلافات ويرقى بذلك إلى مصاف القوانين الوطنية لدول متقدمة أو ما يعرف الدول المتمدنة ولكي يفتح المجال أمام المحكمين أن يستبعدوا تطبيق هذا القانون بحجة القصور أو البدائية وعدم مواكبة مقتضيات التجارة العالمية، ويقوم بتطبيق قوانين أجنبية، الهدف من ورائها ضمان مصلحة المستثمرين الأجانب وليس إحقاق العدالة والإنصاف.

لقد أسس الدستور الجزائري لسنة 2020 بموجب المادة: 61 منه لمبدأ الحرية الاستثمارية فاعتبرها من الحريات العامة والحقوق الأساسية المضمونة للمستثمر الوطني والأجنبي على حد السواء، لتمارس في

خـــــــاتمـــــة

إطار القانون، وهو نفس النهج الذي استجاب له المشرع الجزائري فور تعديل قانون الاستثمار ليتماشى وتطلعات الدولة في ضمان العملية الاستثمارية، وفي هذا الخصوص جسدت المادة: 3 من القانون رقم22_18 لمبدأ الحرية الاستثمارية، معتبرة أن كل شخص طبيعي أو معنوي، وطنيا كان أو أجنبيا، مقيم أو غير مقيم هو حر في اختيار استثماره في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

وعلى ضوء دراسة موضوع خصوصية فض منازعات الاستثمار ضمن مستجدات القانون رقم: 22_18 تم استخلاص عدة نتائج أهمها:

- 1 يختص القضاء الوطني بفض منازعات الاستثمار، على أن يبقى التحكيم المسار الطبيعي لخصوصية جلب المستثمرين الأجانب،

2 التحكيم الدولي ميزة استثمارية تجلب المتعاملين الأجانب،

-3 عزوف المستثمرين الأجانب عن اللجوء إلى القضاء الوطني لفض منازعات الاستثمار،

-4 تضمين بنود عقد الاستثمار الأجنبي شرط التحكيم، والذي مرده من باب أولى اتفاق الأطراف صراحة على التسوية خارج أطوار القضاء الوطني، واستنادا إلى ما سبق يمكن اقتراح ما يلي:

1 - عولمة التشريع الاستثماري تنظيميا وإجرائيا الذي يتماشى والتطورات الاقتصادية الراهنة،

2- إعادة النظر في نص المادة: 12 من القانون رقم: 22-18 وفك القيد القضائي التي تفرضه المادة في حال عدم وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف الذي من شأنه دفع وعرقلة الاستثمار الأجنبي.

3 - تكثيف وتنسيق الجهود الوطنية والإقليمية والدولية على نحو يستهدف تشجيع جلب الاستثمارات الأجنبية ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق التخلص من بقايا المعاملات التقليدية في مقدمتها مبدأ السيادة القضائية.

4- خلق بيئة استثمارية عبر كامل التراب الوطني، وتعزيز التدابير الأمنية لاستقرار المتعاملين،.

5- تذليل الصعوبات والعراقيل والقضاء على البيروقراطية التي من شأنها عرقلة العملية الاستثمارية.

تمّت بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

اللغة العربية:

- القرآن الكريم

أولا: الكتب

1. إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية، 1981.
2. إبراهيم محمد الفار اتفاقيات منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية، دار النهضة العربية، 1999.
3. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات عقود التجارة الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
4. أحمد عبد الحميد عشوشي، التحكيم كوسيلة لفظ المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة الشباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990.
5. أحمد هليل الشمري، معوقات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، العراق، مصر، السعودية، الأردن، الجزائر، اليمن، دار الأيام، الطبعة الأولى، الأردن، 2016.
6. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته ، الطبعة الأولى، دار ينبور، العراق، 2011.
7. أشراف السيد حامد قبال، الاستثمار الأجنبي المباشر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2013.
8. أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
9. السيد محمد الجوهري، دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي، إسكندرية، مصر، 2009.
10. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية: الاستثمار الجزء السادس، الاتجاه الدولي للبنوك الإسلامية، 1982.
11. النووي، المجموع في الشرح المهذب، مطبعة الحلبي، بيروت، لبنان، د س ن.
12. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.

13. بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، سنة 2006.

14. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2011.

15. بليغ حمدي محمود، الدعوة ببطلان أحكام التحكيم الدولية، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007

16. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار)، بدون طبعة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2001.

17. جيل برتن، ترجمة مقلد على الاستثمار الدولي، الطبعة الثانية ،بيروت، لبنان، 1982.

18. حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.

19. حسان نوفل، التحكم في عقود الاستثمار، دار هومة ، الجزائر، 2010.

20. حسين الموجي، دور الاتفاقات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ،دار العربية القاهرة، مصر، 1992.

21. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

22. حيتم هبة، عقود الاستثمار الدولية مجلة حوليات جامعة الجزائر ،1 مجلة دورية محكمة تصدر عن جامعة الجزائر، المجلد 35 ، العدد ، 02، 2021.

23. دردير، "الشرح الصغير"، أقرب المسائل إلى المذهب المالكي، مطبعة الحلبي. د س ن.

24. رضا عبد السلام، محددات الاستثمار الأجنبي في عصر العولمة، منشورات كلية الحقوق جامعة المنصورة، 2002.

25. سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.

26. سليمان عمرعبد الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان ، 2009.

27. شيرزاد حميد هروري، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2018.

28. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

29. طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016.

30. طه علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة جديد، مهر، 2008.

31. عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية، طبعة 2017، مصر.

32. عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية "دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري"، دار الجامعة الجديدة، مصر،2013.

33. عبد العزيز سعد يحي النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر " دراسة قانونية مقارنة" ، دار النهضة العربية، 2002.

34. عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار الأيام للنشر وتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن ، 2016.

35. عبد الواحد الفار ، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية عالم الكتب، القاهرة، د س ن.

36. عصام أحمد البهجي، عصام أحمد البهجي، (الطبيعة) القانونية لعقود (Bot)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2014..

37. عصام الدين القصبي، خصوصة التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار الهضبة مصر، 1997

38. عصام الدين بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972.

39. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

40. عليوش قربوع كمال، قانون الإستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر،1999

41. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

42. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

43. عيبوط محند وعلي الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2012.

44. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات ، دار هومة ، الجزائر،2004.

45. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، دار هومة، الجزائر، 2004.

46. قدري عبد المجيد المدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ط.

47. كاظم جاسم العيساوي، دراسات الجداول الاقتصادية وتقسيم المشروعات، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

48. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة دار هومة، الجزائر ، 2012.

49. لوران عبد الله الدياب، انعكاسات اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية، دار الفكر القانوني، مصر، 2017.

50. مبروك نصرالدين، تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2005.

51. محبوب لبيب شقير، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر، صندوق النقد العربي، الكويت، 1981.

52. مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010.

53. مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

54. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT ، دار النهضة العربي، القاهرة، 2004.

55. محمد عبد العزيز عبد الله، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدولة الإسلامية في ضوء الاقتصادي الإسلامي، دار النفاتس، الطبعة الأولى، الأردن، 2005.

56. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2008.

57. مصطفى سلامة حسين، التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسيات، دراسة تحليلية و تأصيلية لقواعد السلوك الدولي المنظمة لنشاطات الشركات المتعددة الجنسية، القاهرة، دار النهضة العربية ، 1982.

58. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر ، 2010.

59. موحد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.

60. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002

61. نادية فضيل، (تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء (الوطني)، بدون طبعة دار هومة، الجزائر، 2004.

62. نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

63. هبة هزاع، عقود الاستثمار الأجنبي بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

64. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار للقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، مصر 2000.

ثانيا: الأطروحات و المذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

1. أوسهلة عبد الرحيم، الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، فرع قانون اقتصادي، 2015-2016.

2. ثلجون "ميشة، التشريعات المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر في دول المغرب العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر 2017.

3. خالد أحمد محمد عبد الحميد، فسخ عقود البيع الدولي لبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام 1980، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، د س ن.

4. رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2001.

5. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، لأطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2009.

6. شعبان صوفيان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2018-2019 ، ص 241 وما بعدها.

7. عبد اللاوي خديجة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر وفي فرنسا، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، الجزائر، 2018.

8. عبد الملك عبد الرحمان، محمد مطهر، تسوية منازعات الاستثمار في إطار القانون الدولي العام، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2013.

9. عمرو مراد، معوض حيدر، تسوية منازعات الاستثمار في إطار اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2012.

10. فارس رشيد البياني، "التنمية الاقتصادية والسياسية في الوطن العربي، أطروحة مقدمة لمجلس كلية الإدارة والاقتصاد أكاديمية العربية المفتوحة في الدانمرك ، عمان الأردن، س د ص.

11. قبايلي طيب التحكم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، الجزائر، 2012.

12. محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

13. محمد يونس يحي الطائع، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي الحالي، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، 2005.

14. نور الدين بوسهوة، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، 2005.

15. والي نادية: النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب استثمارات أجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، ب.س. ن، ص 168..

ب- مذكرات الماجستير

1. بركات عبد الغاني، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2010.

2. بلال بوجمعة ، تحليل واقع الاستثمارات الأجنبية المباشرة وآفاقها في ظلّ اتفاقية الأورومتوسطية، دراسة حالة الجزائر، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2007.

3. بن الزوخ جمعة، (شرط) الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي)، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2014 – 2015.

4. سعد الدين محمد ،العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون العام، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، سنة 2008 .

5. شتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار: "دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2009.

6. صرح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة ماجيستر، جامعة تيزي وزو، كلية الح1قوق، الجزائر، 2012.

7. عمر هاشم محمد صدقاة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة أسواط ، مصر، حسن ، 2014.

8. علة عمر كاظم جاسم العيساوي ، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، مذكرة ماجستير جامعة المنتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008.

9. علي عبد الوهاب إبراهيم نجا، الاستثمار المباشر وأثره على التنمية الاقتصادية في مصر خلال فترة 1974-1990، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، مصر، بس ت.

10. محمد سارة، الاستثمار الأجنبي بالجزائر دراسة حالة أوراسكوم ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أعمال، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2009 – 2010.

11. محمد طاهر القرعان، النظام القانوني لحماية وضمان الاستثمارات العربية الخاصة، جامعة مؤتة، الأردن، 2004.

ثالثا: المقالات و المداخلات

ا- المقالات

1. أديب قاسم شندي، دور الاستثمار الأجنبي في تفعيل الاقتصاد العراقي، مجلة الدراسات الاقتصادية، بين الحكمة، بغداد، العدد 21، سنة 2009.

2. بوسماحه الشيخ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل العقود الاقتصادية الدولية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العراق، السنة (7)، المجلد(2)، العدد (28)، 2015.

3. جفال عمار، طرق ومؤسسات العولمة، التجليات والاستجابة ، العربية المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والإعلام، 2001-2002.

4. رحماني أمينة، الحماية القانونية لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني العدد 08، 2018، بجاية، الجزائر.

5. زياني صالح العولمة ونهاية السياسة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد خاص، 1999-2000، الجزائر.

6. سهير إبراهيم حاجي، الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة(7)، العدد(27).

7. عبد المعز عبد الغفار نجم الدين مشكلات وأساليب تنظيم المشروعات المجلة القانونية، القاهرة، مصر، العدد التاسع(9)، 1987.

8. علي عبد القادر علي محددات الاستثمار الأجنبية المباشر، قضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد 31، 2004.

9. فتيسي شمامة، الضمانات القضائية لتسوية منازعات الاستثمار في ظل القانون الجزائري، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد: 04 المجلد: 02.

10. كمال عبد الحامد آل زيارة الاستثمار الأجنبي المباشر، المنافع والمساوئ مجلة جامعة أهل اليب، العدد آذار، 2009، ص75.

11. مقرين يوسف، خصوصية فض منازعات الاستثمار ضمن أحكام القانون رقم: 22 -18 المتعلق بالاستثمار التسوية القضائية وتحكيم الاستثمار أنموذجا، مجلة القانون و العلوم السياسية ،العدد01،سنة 2022.

قائمة المصادر والمراجع

رابعا النصوص القانونية:

النصوص القانونية الوطنية:

أ- الدستور

1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، ج ر ج ج، عدد 19، صادرة في 01 مارس 1989.

2-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج ر ج ج، عدد 76، صادرة في 09 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أفريل سنة 2002، ج ر ج ج، عدد 25، صادرة في 14 أفريل 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج ر ج ج، عدد 63، صادرة في 16 نوفمبر 2008، و القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، ج ر ج ج، عدد 14، صادرة في 07 مارس 2016،(استدرك في ج ر ج ج عدد 46 صادر في 03 أوت 2016)، معدل بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، صادر في ج ر ج ج، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020،ج ر ج ج، عدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

3- الاتفاقيات الدولية

1. الاتفاق الرامي لتشجيع الاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية الموقعة عليه في واشنطن في 22 جوان 1990 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-1989 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 ، ج ر ج ج عدد 45 الصادر في 24 أكتوبر 1990.

2. الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي المرقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، ، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، ج ر ج ج، عدد 6، صادر في 06 فيفري 1991.

3. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 34691 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1991، ج رج ج، عدد 46، صادر في 6 أكتوبر 1991.

4. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، وتبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين

بمدينة الجزائر في 13 فيفري سنة 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-94 المؤرخ في 02 جانفي سنة 1994 . ج ر ج ج، عدد 02 ، صادر في 03 جانفي 1994.

5. اتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية الموقعة عليه في مدريد في 23 ديسمبر 1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-288 المؤرخ في 25 مارس 1995 ، ج ر ج ج عدد 23 صادر بتاريخ 26 أفريل 1995.

6. الاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية رومانيا الموقعة بالجزائر بتاريخ 28 جوان 1994 ، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328 المؤرخ بتاريخ 22 أكتوبر 1994 ج ر ج ج عدد 96 صادر بتاريخ 11 أكتوبر 1995.

7. اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج رج ج، عدد66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

8. اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعاية الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج رج ج، عدد 66، صادر في 05 نوفمبر 1995.

9. الاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الأردينة الهاشمية الموقعة بعمان بتاريخ أول غشت 1996 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10397 المؤرخ في 05 أفريل 1997، ج ر ج ج عدد 20 مؤرخة في 06 أفريل سنة 1997.

10. الاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 430-98 المؤرخ في 27 سبتمبر 1998 ، ج ر ج ج عدد 97 الصادر في 9 رمضان 1419 الموافق 14 سبتمبر سنة 1997.

11. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية، الموقع بالقاهرة في 29 مارس سنة 1997، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 11 أكتوبر 1998.

12. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مالي الموقع في باماكو في 11 جويلية سنة 1996، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-431 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 1998، ج ر ج.ج د ،عدد 97، صادر في 27 ديسمبر 1998.

13. الاتفاق حول ترقية وحماية الاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية كوريا الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-2004 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2001 ج . رج ج عدد 40، صادر في 25 جويلية 2001.

14. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية، الموقع بصنعاء في 25 نوفمبر 1999، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-211 الملح في 23 جويلية سنة 2001، ج رج ج، عدد 42، مصادر في 01 أوت 2001.

15. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليونانية، الموقع في الجزائر في 20 فيفري سنة 2000 ، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-205 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2001 ج رج ج، عدد 41، صادر في 20 جويلية 2001.

16. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية بلغاريا الموقع بالجزائر في 25 أكتوبر سنة 1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-123 المؤرخ في 07 أفريل سنة 2002، ج رج ج، عدد 25 لسنة 2002.

17. الاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادليتين للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الصينية الشعبية الموقعة ببكين يوم 20 أكتوبر 1996 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 27 صادر في 26 نوفمبر 2002.

18. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات بين حكومية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك، الموقع بالجزائر في 25 جانفي سنة 1999، وتب الرسائل المؤرخة في 12 جوان 2002 و 28 أكتوبر 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2003، ج ر ج ج ، عدد، صادر في 07 جانفي 2004.

19. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النساء المرقع بفيينا في 17 جوان سنة 2003 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 المؤرخ في 10 أكتوبر سنة 2004 ، ج ر ج ج، عدد 65، صادر في 13 أكتوبر 2004.

20. الإتفاق حول ترقية والحماية المتبادلة للاستثمارت بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد ، الموقعة بالجزائر في 15 فبراير 2003، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 4-431 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 . ج ر ج ج عدد 84 ، الصادرة في 29 ديسمبر 2004.

21. الاتفاقية بشان تشجيع وحماية الاستثمار، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة البحرين، الموقع بالجزائر في 11 جوان سنة 2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-65 المؤرخ في 08 فيفري سنة 2003، ج رج ج: عدد 10، صادر في 16 فيفري 2005.

22. لاتفاق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان الموقعة عليها بطهران بتاريخ 09 أفريل 2000 والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-75 المؤرخ في 26 فبراير سنة 2005 ، ج ر ج ج، عدد 5 الصادرة في 27 فبراير 2005.

23. الاتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، وكذا ملاحقه من 1 إلى 6 والبروتوكولات من 1 إلى رقم 7 والوثيقة النهائية المرفقة به الموقع بفالونسيا في 22 أفريل 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 أفريل سنة 2005. ج رج ج، عدد 31، صادر في 30 أفريل 2005.

24. الاتفاق حول العلاقات التجارية والاقتصادية والمالية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة فيدرالية روسيا المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-129 المؤرخ في 28 ماي 2005 جرج ج عدد 21 ل 15 أفريل سنة 2005.

25. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة حول الاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية الموقع بلشبونة في 15 سبتمبر 2004، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 28 ماي سنة 2005 . ج ر ج ج عدد 37 المؤرخ في 02 ماي 2005.

26. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسرية الموقع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235 ، المؤرخ في 23 جوان سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 45، صادر في 29 جوان 2005.

27. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية الموقع بتونس في 16 فيفري سنة 2006، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ، ج رج ج، عدد 73، صادر في 19 نوفمبر 2006.

28. الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة هولندا الموقع بلاهاي في 20 مارس سنة 2007 ، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-378 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 2007، ج رج ج، عدد 78، صادر في 12 ديسمبر 2007.

قائمة المصـادر و المـراجــع

النصوص التشريعية

- التشريع العادي:

1. أمر رقم 66/284، المؤرخ في 15/09/1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر. ج. ج عدد 75 لسنة 1966.

2. القانون رقم 90/10 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد والقرض، ج. ر. ج. ج ، عدد 16 الصادرة بتاريخ 18/04/1990.

3. القانون 05/10 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44 لسنة 2005 .

4. الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 47، المعدل والمتمم بالأمر 08/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006.

5. وتقابلها م 126 من الأمر رقم 03/11 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض ج. ر.ج. ج، عدد 52، الصادر بتاريخ 27/08/2003 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 09/11 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر. ج. ج 44 الصادرة بتاريخ 26/07/2009 والأمر رقم 10/04 المؤرخ في 26/08/2010، المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر عدد 50، صادرة، 2010/09/01.

6. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخ في 23 أفريل 2008 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 22- 13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- القانون رقم: 22-18 المؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم: 50 بتاريخ جويلية 2022.

4- النصوص التنظيمية:

1- المراسيم الرئاسية

1. أنظر المرسوم الرئاسي رقم : 346/91 المؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا حول الترقية و الحماية المتبادلة الاستثمارات، ج ر عدد 01، لسنة 1991.

2. مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 15 أكتو بر1991 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الموقعة بالجزائر بتاريخ 24أفريل 1991.

3. مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 18 مايو 1991.

4. المرسوم التشريعي رقم 12/93 ، المؤرخ في 10/08 ، المتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ج. ج عدد 64 ، لسنة 1993.

5. مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 يناير 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الجمهورية الفرنسية بشان التشجيع و الحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعة بالجزائر في 13 فبراير 1993.

6. المرسوم الرئاسي رقم : 01/94 المؤرخ في 1994/01/02 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و فرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات، وتبادل الوسائل المتعلقة بهما، الموقعين في الجزائر بتاريخ: 13 فيفري 1993 ، والصادر في الجريدة الرسمية، العدد: 01.

7. المرسوم الرئاسي رقم : 328/94 المؤرخ في 1994/10/22 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و ورومانيا الموقع بالجزائر بتاريخ: 28/06/1994 ، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، الصادر في الجريدة الرسمية، العدد: 69 لسنة: 1994.

8. المرسوم الرئاسي رقم -95-345 ، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، الجريدة الرسمية، . عدد 66، الصادر في تاريخ 05-11-1995.

9. مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995، يتضمن المصادقة على اتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائري الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، ج عدد23، المؤرخ في 1995.

10. المرسوم الرئاسي 97- 103 المؤرخ في 05/04/1997، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والمملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بعمان في 01/08/1996، ج ر ج ج ،عدد 20 لسنة 1997 .

11. المرسوم الرئاسي رقم98-334 ، المؤرخ في 1996/10/26. ج ج ع، العدد 80 ، الصادر سنة 1998.

12. المرسوم الرئاسي رقم 01-366 مؤرخ في 13 نوفمبر سنة 2001 ، المتضمن اتفاق المبرم بين حكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهوري الأرجنتينية، المتعلق حول ترقية والحماية المتبادلة الاستثمارات ج.ر عدد 69، الصادر في 18 نوفمبر 2001.

13. مرسوم رئاسي رقم 02-223 مؤرخ في 22 يونيو لسنة 2002، المتضمن الاتفاق بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة سلطنة عمان، بتاريخ 09 أفريل 2002، عدد 44 الصادر في 26 يونيو 2002.

14. المرسوم الرئاسي رقم : 04-431 المؤرخ في : 17 ذي القعدة عام 1425 الموافق لـ: 29 ديسمبر 2004 المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر بتاريخ: 15 فيفري 2003، والصادر في الجريدة الرسمية العدد: 84 لسنة 2004.

15. المرسوم الرئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26/02/2005 ، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين الجزائر وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بطهران في 19/10/2003، ج. ر. ج. ج، عدد 15 لسنة 2005.

16. المرسوم الرئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2005، المتضمن الاتفاق بين الحكومة الجزائرية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران سنة 2005، المتعلق حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ج ر ج ج ، العدد 05، الصادرة في 27 فبراير 2005.

ثانيا باللغة الفرنسية

OUVRAGES

1. Dictionnaire « Vocabulaire juridique » PUF ،Paris.

2. Ahmed MAHIOU -Cours de Contentieux Administratif – Alger. OPU. 1978

3. A-KASSIS, Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale: les déviations de l'arbitrage international. Paris, LGDJ,1988.

4. Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international (traduit de l'anglais par Eric Robine) L.G.D.J 1994.

5. B.COLAS, répertoire des accords et des institutions, Paris , la documentation Françaises Wilson la fleur, 1990 .

6. Charvin Rebert, l'investissement international et le droit de développement. L'hanahan. Paris, France, 2002.

7. Francisco J.P.Vives, Shaping the EU Investment Rigime : choice of Forum and Applicabl Law in International Investment Agreement, G Cuadrvos Derecho Transnational . 2014.

8. G.I TURKIN, Droit International Public problème théoriques. Paris, Editions A.PEDONE, 1965.

9. Jean Derupe ،Droit international privé ،02ème édition Dalloz ،paris ،France .1997.

10. JUILLARD Patrick: chronique de droit international économique investissement privés. AFDI. 1986.

1. Mahfoud BOUHACENE - Droit International de la Coopération Industrielle- OPU. 1982.

2. Maria BETATI - Le Nouvel Ordre International- que sais-je PUF. Alger .Edition DAHLEB 1985.

3. Merciai PATRIZIO - Les Entreprise multinationales en Droit International- Bruxelles .BUYLANT. 1993.

4. Neji Baccouche, Incitations aux investissements et concurrence entre Etats .In OU VA le droit de l'investissement ?Désordre normatif et recherche d équilibre ;Actes du colloque organise a Tunis les 3et4 mars2006 .Editions A. PEDONE.Paris.

5. P.fouchard, E.gaillard et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage COMMERCIAL INTERNATIONAL. Paris, litec, 1996.

6. PRESTRE Philippe protection de l'environnement et relation internationales : les défis de l'éco politique mondial. Armand colin. 2005.

7. R-David - l'arbitrage dans le commerce International- Paris Economica, 1982

8. Réni BERCHAUD – Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements L'ALENA comme modèle Groupe de recherche en économie et sécurité – GRES. FEVRIER .2000.

9. Yakout AKROUN, « l' arbitrage sous couvert des conventions d'investissement un phénomène en extension » les modes alternatifs de règlement des conflits, Colloque internationale Alger, 06_07mai 2014, les anales de l'université, d' Alger, N03/2014,

10. Y BERNARD :Dictionnaire économique et Financière édition Seuil .Paris. ،1975.

ARTICLES

1. Ahmed MAHIOU -Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie-. Revue mutation No 44.

2. FOUCHARD, Où va l'arbitrage international ? 1989, Revue de Droit MCGILL, La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ? ENA .France, 2003

3. ISSAD M. Le décret législative du 23.04.1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Paris 1993, No 03.

4. Kalthoum MEZIOU – Le Droit de l'Arbitrage International en Tunisie- Revue Tunisienne de l'Arbitrage Année. 2004.

5. Mohand ISSAD Le décret législative du 23.04.1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Paris. 1993.

6. SASKIA K.S Wilhelns et STANLY Morgane Dean Witter – Document publié par l'agence des Etats-Unis pour le Développement International – Bureau d'Afrique-

7. ZAOUIMIA Rachid : « le régime des investissements étrangers Algérie »‹ journal du droit international ،n°3/1993.

THESES

1. HAROUN (m). le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco- Algériennes ،Thèse de doctorat Université de Montpellier.1998.

DOCUMENTS

1. ABS et Shawscross « The Proposed Convention to Protect Foreign Investiment cite dans "la Norme du traitement juste et équitable dans le droit International des investissements » Document OCDE, Septembre 2004.

2. Relation entre les accords internationaux sur l'investissement - document de travail sur l'investissement international - Publication OCDE No 01. Mai 2004.

3. Relation entre les accords internationaux sur l'investissement - document de travail sur l'investissement international - Publication OCDE No 01. Mai 2004.

4. CNUCED Base de donnée 1959-1999 -Word Investment report 2002-2003

5. Francisco J.P.Vives, Shaping the EU Investment Rigime : choice of Forum and Applicabl Law in International Investment Agreement, G Cuadrvos Derecho Transnational (2014),.

6. 0M.Somarajah the International low on Foreign investment. Cambridge. University press. 2004.

7. Unctad ،Froreign Direct Investment and development (vol1،) New Yor،1999

SITES WEB

1. https:/icsid.word bank.org/en Pages/Database-of-Member-States.aspx (retrived on 9 march 2020).

2. www.ICC.org

3. https:/icsid.word bank.org/en Pages/Database-of-Member-States.aspx (retrived on 9 march 2020).

4. www.woelodbouk.orjlicid/treati

5. http://www.un.org/french/?http://www.unorg/fench/documents/resga.htm.

6. : http://www.un.prz/french/documents/resza.htm.

7. https://pmb.univ-saida.dz/budspopac/doc_num.php?explnum_id=1991

الفهرس

الفهرس

البسملة	
آية قرآنية	
شكر و تقدير	ث
إهداء	ج
أهم المختصرات في البحث	ح
مقدمة	08
الباب الأول: الاستثمار الأجنبي بين تحديد المفاهيم و المقاربات الدولية.....	**17**
الفصل الأول: المحددات المفاهمية للاستثمار الأجنبي	**19**
المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي و أنواعه	**21**
المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار	22
الفرع الأول: التعريف اللغوي و الشرعي للاستثمار	22
الفرع الثاني: التعريف الاقتصادي للاستثمار	24
الفرع الثالث: المفهوم القانوني للاستثمار	25
المطلب الثاني: التقسيم القانوني للاستثمار الأجنبي .	37
الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي المباشر (FDI)	39
الفرع الثاني: الاستثمار الأجنبي غير المباشر	46
المبحث الثاني: هياكل العقد الاستثماري الأجنبي وأهميته.	**52**
المطلب الأول: أطراف العقد الاستثماري الأجنبي	53
الفرع الأول: الدول كطرف في العقد	53
الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي.	58
المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي	67

الفرع الأول: أهمية الاستثمار الأجنبي على الدول المستقبلة له:	67
الفرع الثاني : أهمية الاستثمار الأجنبي بالنسبة للمستثمر الأجنبي:	75
الفصل الثاني: آليات حماية الاستثمار الأجنبي وفق قواعد القانون الدولي الاتفاقي	**81**
المبحث الأول : دور الاتفاقيات الدولية في تشجيع و حماية الاستثمار الأجنبي	**83**
المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات	84
الفرع الأول : تطور مضمون الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات	85
الفرع الثاني: العناصر المكونة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية	90
الفرع الثالث: الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر في مجال ترقية وحماية الاستثمارات	94
المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الشاملة	100
الفرع الأول : التنظيم الأممي في اطار جهود منظمة الأمم المتحدة	102
الفرع ثاني: التنظيم الجهوي والإقليمي	107
المبحث الثاني : آليات التحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي	**116**
المطلب الأول: التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي	119
الفرع الأول : التحكيم الدولي في التشريع الجزائري	120
الفرع الثاني: القوانين العربية و التحكيم الدولي	129
المطلب الثاني : الأنظمة و الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار الدولي	133
الفرع الأول: النظام التحكيمي الدولي لغرفة التجارة الدولية	135

الفرع الثاني : اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.	138
الفرع الثالث : اتفاقية واشنطن - المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات cirdi-	139
الفرع الرابع : نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI	143
الباب الثاني : القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار ذات العنصر الأجنبي	**146**
الفصل الأول: تكريس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	**148**
المبحث الأول : خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة	**150**
المطلب الأول : تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار	**151**
الفرع الأول: وقت اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار	153
الفرع الثاني: شرط الثبات التشريعي	155
الفرع الثالث : مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للقاضي الوطني	156
الفرع الرابع : مدى إلزامية القانون المختار بالنسبة للمحكم	158
المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.	**161**
الفرع الأول: بحسب معيار الصلة بموضوع النزاع	161
الفرع الثاني: بحسب معيار طبيعة القانون المختار	162

المبحث الثاني : الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار	**165**
المطلب الأول: اختيار أحد القوانين الداخلية	**166**
الفرع الأول : اختيار تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي	166
الفرع الثاني: اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار	166
الفرع الثالث : اختيار قانون دولة ثالثة أجنبية على العقد.	170
المطلب الثاني: اختيار قانون التجارة العالمية أو قانون عبر دولي	170
الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولي.	171
الفرع الثاني: موقف الفقه من قانون التجارة الدولية أو القانون عبر دولي	172
الفرع الثالث: مدى حرية أطراف عقد الإستثمار في إختيار القانون عبر دولي كقانون واجب التطبيق.	173
الفرع الرابع : اختيار الأطراف لقانون العبر دولي أو قواعد قانون التجارة الدولية.	175
الفصل الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وفق القواعد العامة لتنازع القوانين	**177**
المبحث الأول : ضوابط تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار.	179
المطلب الأول : مبدأ الكفاية الذاتية للعقد وإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني	180
الفرع الأول : اخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة:	180
الفرع الثاني: الرأي المؤيد لتطبيق القانون الذاتي للعقد أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد	188

المطلب الثاني: الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار.	192
الفرع الأول: فكرة اخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام.	192
الفرع الثاني : اخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد القانون التجارة الدولية أو القانون العبر دولي.	197
المبحث الثاني: كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمارفي حالة انعدام الاختيار.	204
المطلب الأول: مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار.	205
الفرع الأول: نظرية التركيز التشريعي أو المنهج التشريعي.	205
الفرع الثاني: نظرية التركيز الموضوعي	207
الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز.	208
الفرع الرابع : تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار في الاتفاقيات والقضاء الدولي.	213
المطلب الثاني : آليات فض منازعات الاستثمار الأجنبي وضوابطها وفق أحكام القانون الجزائري 22-18 المتعلق بالاستثمار.	219
الفرع الأول : مجال تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقود الإستثمار	220
الفرع الثاني : تطبيقات مضمون أحكام القانون 22-18 على منازعات الاستثمار .	225
خاتمة .	241
قائمة المصادر و المراجع.	245
الفهرس.	264

الفهرس

ملخص.	

ملخص:

تعنى قواعد القانون الدولي الخاص بمعالجة المسائل ذات البعد القضائي لمنازعات الاستثمار الناجمة عن المركز السيادي للدولة، و قد دأب المشرع الجزائري على توفير الأرضية القانونية اللازمة لتشجيع حماية الاستثمار الأجنبي من خلال التأسيس القانوني لتحكيم الاستثمار بموجب المادة 12 من القانون 22-18 تزامنا مع مرحلة الإصلاح الاقتصادي من أجل بناء الجزائر الجديدة ، و سعيا منه على المواءمة ما بين مبدأ السيادة القضائية و عامل جلب الاستثمارات الأجنبية من خلال المصادقة على المعاهدات الدولية المتضمنة الحماية القانونية ، مواكبة للتوجه العالمي الجديد نحو عولمة التشريع الاستثماري.

الكلمات المفتاحية: *الاستثمار الأجنبي – الحماية الدولية – منازعات الاستثمار – التحكيم – السيادة القضائية .*

Résumé :

Les règles du droit international privé visent à traiter les questions ayant une dimension judiciaire dans les litiges en matière d'investissement découlant de la position souveraine de l'État. Le législateur algérien a fourni la base juridique nécessaire pour encourager la protection des investissements étrangers à travers l'institution juridique des investissements. l'arbitrage au titre de l'article 12 de la loi 22-18 coïncidant avec la phase de réforme .Le développement économique en vue de construire une Algérie nouvelle, et dans un effort d'harmoniser le principe de souveraineté judiciaire avec le facteur d'attraction des investissements étrangers à travers la ratification des traités internationaux qui inclure une protection juridique, en suivant le rythme de la nouvelle tendance mondiale vers la mondialisation de la législation sur les investissements.

Mots clés : *investissement étranger - protection internationale - Litiges en matière d'investissement - arbitrage - souveraineté judiciaire.*

Abstract :

The rules of private international law aim to address issues with a judicial dimension in investment disputes arising from the sovereign position of the State. The Algerian legislator has provided the necessary legal basis to encourage the protection of foreign investments through the legal institution of investments. arbitration under article 12 of law 22-18 coinciding with the reform phase. Economic development with a view to building a new Algeria, and in an effort to harmonize the principle of judicial sovereignty with the factor of attracting foreign investment through the ratification of international treaties which include legal protection, keeping pace with the new global trend towards the globalization of investment legislation.

Keywords: *foreign investment - international protection - Investment disputes - arbitration - judicial sovereignty.*