الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

كلّية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

مخبر البحث حول فعليّة القاعدة القانونية

جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون

الميدان: الحقوق والعلوم السياسية **فرع:** الحقوق

تخصّص القانون العام: القانون العام للأعمال

إعداد الطّالبة:
رحمان أمينة

اشراف الاستاذ:
أ. د زوايمية رشيد

بعنوان

النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي

لجنة المناقشة:

- د. قبايلي طيب، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية---------- **رئيسا**؛
- أ.د. زوايمية رشيد، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية----------**مشرفا ومقرّرا**؛
- د. معيفي لعزيز، أستاذ محاضر "أ"، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ---------- **ممتحنا**؛
- د. حسين فريدة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو---------- **ممتحنا**؛
- د. بلحارث ليندة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة---------- **ممتحنة**.

تاريخ المناقشة : 20 جانفي 2020.

" وما أوتيتم من العلم إلاّ قليلا"

الآية 85 من سورة الإسراء

إهـــــداء

إلى والدي الكريمين

إلى إخوتي

إلى زوجي

إلى جميع الأصدقاء والزملاء كل باسمه

إلى كل من له فضل في تعليمي

أهدي هذا العمل المتواضع راجية من المولى عزوجل أن يجد القبول والنجاح.

أمينة

شكر وعرفان

بعد حمد الله وشكره كثيرا

اعترافا بالفضل والجميل أتوجّه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى الأستاذ الفاضل

الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد

الذي تفضّل بالإشراف على هذه الأطروحة، وتعهدها بالتصويب في جميع مراحلها، وزودني بالنصائح والإرشادات القيّمة التي أنارت طريقي لإتمام هذا البحث .

فجزاه الله خيرا

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

قائمة لأهم المختصرات

أولا : باللغة العربية

01	ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
02	د ب ن	دون بلد نشر
03	د د ن	دون دار نشر
04	ص	صفحة
05	ص ص	من الصفحة إلى الصفحة

ثانيا: باللغة الأجنبية

01	ANDI	Agence National de Développement de L'investissement.
02	ARAMCO	Arabian American Oil Company
03	BOT	Built Operate and transfert.
04	CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.
05	CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement.
06	CPJI	Cour Permanente de justice Internationale
07	Ed	Edition .
08	Ibid	Même référence précédente.
09	JDI	Journal du Droit International.
10	JORA	Journal Officiel de la République Algérienne.
11	LGDJ	Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence.
12	Litec	Librairies techniques.

13	N°	Numéro.
14	OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique.
15	Op. Cit.	Référence précédemment citée.
16	OPU	OFFICE des Publications Universitaires.
17	P	Page.
18	PP	de la page à la page.
19	RASJEP	Revue Algérienne des Sciences juridiques, Economiques et Politiques..
20	UNISTRAL	United Nations Commission of International Trade Law.
21	V	Volume.

مقدمة

تعدّ التنمية الاقتصادية إحدى الظواهر المهمّة، ويشير مصطلح التنمية الاقتصادية إلى عملية تغيير اقتصادي تتجلى في زيادة الدخل القومي للدولة ودرجة عالية من الإنتاج فيها وارتفاع عام في مستوى معيشة سكانها[1].

في إطار التطوّرات الحاصلة في العلاقات الاقتصادية الدولية، ومع ظهور عولمة اقتصادية واسعة الأبعاد، تسعى جل الدول لاسيما الدول النامية لكسب مكانة تنافسية في الأسواق العالمية، وذلك من خلال استقطاب وجذب أكبر كم من الاستثمارات والتي تمثّل أهم مصدر للتنمية.

يعتبر الاستثمار الدعامة الأساسية للتنمية الاقتصادية، نظرا للدّور الهام الّذي يمكن أن يلعبه في توفير التمويل المطلوب لإقامة المشاريع التنموية، كما يمثّل أحد الوسائل الرئيسية التي تسمح بالحصول على موارد جديدة وهامة تتمثل في التكنولوجيا، المهارات والخبرة الفنية، بالإضافة إلى المساهمة في رفع مستويات الدخل والمعيشة، وتعزيز قواعد الإنتاج وخلق جو تنافسي في الدولة المضيفة وفي ذلك زيادة فرص العمل وتحسين الكفاءة، وتعتبر هذه الخصائص السّمة المميّزة لهذا الاستثمار التي لا تتوفر لغيره من مصادر التمويل الأخرى.

تسعى الدول النامية إلى تحقيق كل ما يؤدي إلى زيادة مواردها اللاّزمة لوضع خططها التّنموية غير أنّ تحقيق ذلك يتطلّب موارد مالية تفوق في الغالب ما يمكن تعبئته من مدخراتها الوطنية، والتي تتميز أصلا بالضعف، الأمر الّذي أدّى بهذه الدول إلى اللجوء والاستعانة بمصادر

[1] – مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 70.

التمويل الدولي[2]، من بينه الاستثمار الأجنبي[3]، والّذي يعتبر الوسيلة الأنجع من بين وسائل التمويل الأجنبي في تحقيق أهدافها نحو التنمية الاقتصادية.

وتبعا لما يعيشه العالم من تحوّلات سريعة، تحكمه قوانين العولمة الاقتصادية، واحتدام التنافس على رؤوس الأموال الأجنبية، أضحى من المسلم به أن الاستثمار الأجنبي أحد أهم الآليات والأدوات الأساسية للإقلاع الاقتصادي.

لذلك أصبح من الثابت أنّ أهم الخصائص المميّزة للسياسة الاقتصادية في الدول النامية على وجه الخصوص هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس مال الأجنبي في تمويل مشاريعها وتحقيق تنميتها الاقتصادية سواءً أكان ذلك في صورة استثمارات خاصة أم عامة، ذلك أنّ هذه الدول تلجأ في أغلب الحالات إلى تجسيد صورة تلك المعاملات في إطار عقود تبرم مع أصحاب المشاريع الاستثمارية والمساهمين في تمويل التنمية الاقتصادية لهذه البلدان[4].

2- يمكن أن يأخذ التمويل الدولي العديد من الوسائل والتي يمكن أن نذكر أهمها فيما يلي:

- القروض الخارجية: عبارة عن مبالغ مالية تحصل عليها الدولة النامية من دولة أو من هيئة دولية أو من الأفراد، وتتعهد بسدادها في آجال محددة، وتؤدي عليها فوائد متفق عليها أثناء إصدار القرض.

-المنح والإعانات: إذ تقدّم الدول المتقدمة إلى الدول النامية منحا وإعانات سواءً كانت نقدية في شكل عملات قابلة للتحويل أو عينية في شكل سلع وخدمات استهلاكية وإنتاجية.

-الاستثمارات الأجنبية: عبارة عن انتقال رؤوس الأموال من دولة معينة لدولة أخرى للمساهمة في المشروعات التي تعمل على توسيع نشاطاتها. أنظر في ذلك:

- حامد عبد المجيد دراز، السياسات المالية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2000، ص 197 .

3- يعرّف الاستثمار الأجنبي على أنّه:

"كل إسهام نقدي أو كيفي يقوم به شخص طبيعي، أو معنوي خاص غير تابع للدولة المضيفة، ويمكن أن يأخذ شكل إمّا إنشاء مؤسسة جديدة أو الإسهام في رأس مال مؤسسة قائمة كالمؤسسات العمومية المعروضة للخوصصة".

- نقلا عن:

- TERKI Nour-Eddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASJEP, n° 02, 2001, p 09.

4- قصوري رفيقة، عيواج طالب، "النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 05، 2016، ص 181.

تعتبر عقود الاستثمار بالنسبة للدول النامية الرّكيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة لها، وتنظيم بيئتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة.[5]، ونتيجة لذلك تلجأ هذه الدول إلى إبرام اتفاقيات وعقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب، حيث تشكّل هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الاقتصادية، والخيار الوحيد للتحرر والخروج من أسر التخلف .

باعتبار أنّ عقود الاستثمار بمثابة رافعة أساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلدان النامية، أصبحت هذه الأخيرة تتسابق في جذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها على الانسياب إليها، ذلك أنّ المستثمر الأجنبي يطمح دائما لإيجاد المناطق التي يتوفر فيها عنصر الربح، وأكبر قدر ممكن من الاطمئنان والأمان على مشروعه الاستثماري، وترتيبا لذلك عمدت أغلب الدول النامية إلى العمل على تهيئة المناخ المناسب أو الأنسب للاستثمار من خلال سن العديد من التشريعات التي تهدف إلى بعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب وتبديد مخاوفهم، وكذا إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف التي تتضمن العديد من الضمانات القانونية من بينها:

- مبدأ حرية الاستثمار
- مبدأ تجميد التشريع
- مبدأ المساواة
- مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال
- مبدأ اعتماد اللجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات.

يثير عقد الاستثمار الأجنبي خصوصية، تتجلى بعدم التكافؤ الذي يغلب على أطراف العلاقة العقدية حيث أنّ المستثمر الأجنبي يتمتع بخبرة فنية، ومهارات عالية، وتخصص دقيق في مجال تخصصه، في حين أن الطرف الثاني يجهل هذا الاختصاص وهذه الخبرة[6].

---

[5]– عبد الخالق الدحماني، "عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية)"، مجلة العلوم القانونية، المغرب العدد الأول، 2013، ص90.

[6]– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 15.

بقدر ما لعقد الاستثمار الأجنبي من أهمية، فإنّ مسألة دراستها تثير صعوبة ناتجة عن التفاوت وعدم المساواة القانونية بين طرفي العقد، حيث ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر فمن جهة الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي، وفي الوقت ذاته شخص من أشخاص القانون الداخلي تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتّع بها المستثمر الأجنبي، وفي مقابل ذلك نجد أنّ الدولة في مركز اقتصادي أضعف من الّذي يتمتع به المستثمر الأجنبي المتعاقد معها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تضارب مصالح بين الطرفين، مما يصعب التوفيق بين المصالح العامة للدولة المتمثلة في تحقيق التنمية من خلال ممارسة حقوقها في السيادة، وبين الأهداف والمصالح التي يطمح إليها المستثمر الأجنبي المتمثلة تحقيق الأرباح.

إنّ الأهمية البالغة لعقود الاستثمار الأجنبي كانت من أهم الدّوافع والأسباب وراء اختيار الموضوع، حيث أنّها تلعب دورا في بناء اقتصاد الدولة المضيفة ، فتمثل بالنسبة لها عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق أهدافها الاقتصادية، زيادة على ذلك يعتبر الاستثمار من أهم قطاعات التنمية، كذلك من بين الأسباب التي تدفع بنا إلى دراسة موضوع النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي هو وجود العديد من الآراء الفقهية المتنوّعة والمختلفة التي يمكن أن تصل إلى حد التناقض مما استوجب الأمر دراستها ومحاولة إيضاح الحجج التي استندت إليها ومختلف الانتقادات التي تعرضت لها، مع الخلاف والخلط الكبير بين عقود الاستثمار الأجنبي والعقود الدولية الأخرى، بالإضافة إلى الطبيعة الفنية المعقدة لهذه العقود الناجمة عن طبيعة أطرافها وكذا ارتباطها بخطط التنمية للدولة المضيفة أدّت إلى ظهور حساسية بالغة وثقلها على العلاقة التعاقدية خاصة فيما يخص القانون الواجب التطبيق ، حيث أنّها تمس بسيادة الدولة في حالة تطبيق قانون أجنبي الّذي تتعارض في هذه الحالة مع مبدأ إقليمية القوانين المعترف بها دوليا هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تمسّ بمصالح المستثمر الأجنبي في حالة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة.

وباعتبار أنّ الدولة الجزائرية من البلدان النامية فهي تعاني من قصور في مواردها المحلية التي يجعلها غير قادرة على المضي قدماً في برامج التنمية الاقتصادية، خاصة عقب الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها سنة 1986 بسبب انخفاض أسعار البترول وثقل المديونية الخارجية، وضعف المؤسسات

الوطنية العمومية منها والخاصة على إحداث أيّة قفزة تنموية، ما ترتب عن ذلك من نتائج وخيمة كانخفاض الدخل الفردي والمستوى المعيشي الأمر الّذي أدى إلى إحداث ثوران شعبي.

وعلى هذا الأساس كان لزاما على الدولة الجزائرية ابتداءً من نهاية الثمانينات الشروع في التخلي بشكل تدريجي عن نظام الاقتصاد الموجّه بتحرير التجارة الخارجية عن طريق إصدار مجموعة من النصوص القانونية التي تعكس التّوجه نحو الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية وفق أساليب مختلفة تمثّلت أساسا في عقود الاستثمار، التي حلت محل الأشكال التعاقدية التقليدية.

تعد هذه الإصلاحات والتّحولات كنتيجة حتمية للضغوطات التي عاشتها الجزائر فكان اللجوء إلى إبرام عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب كخيار حتمي للنهوض بالاقتصاد الوطني، وفي ظل المنافسة الشديدة بين الدول لجذب أكبر قدر من الاستثمارات الأجنبية بين الدول باعتباره محركاً للنمو الاقتصادي الذي يساهم في زيادة القدرات الإنتاجية للاقتصاد المحلي وإيجاد فرص عمل وزيادة معدلات التشغيل وإدخال التقنية ومد هذه الدول بأساليب إدارية أكثر فاعلية ، نتساءل عن:

مدى فعالية ونجاعة النّظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي الذي كرّسه المشرّع الجزائري للتوفيق والتوازن بين الأهداف الاقتصادية المسطرة من جهة وجذب الاستثمارات الأجنبية من جهة أخرى ؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية إتباع منهج قانوني يجمع بين الوصف، التحليل والنقد، نظرا لمتطلبات هذا الموضوع الّذي يعتبر من المواضيع المعقّدة والمتشعبة ويعود ذلك إلى كثرة الأشكال في مجال العقود الدولية للاستثمار، مع الاعتماد في بعض الأحيان على المنهج التجريبي بعرض مختلف التطبيقات العملية المأخوذة من عقود الاستثمار الأجنبي.

تتجلى أهمية هذا البحث في التّعرف والكشف عن الطبيعة الحقيقية لعقود الاستثمار الأجنبي ومفهومها الّذي يتصف بالغموض، كما أنّه لا يوجد عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار لا في التشريع الوطني ولا الدولي ينظم أحكامه بصورة مفصّلة، كما تتبلور أهميتها من ناحية أخرى في العائد المالي الكبير الّذي تحققه هذه العقود، مما يسمح بالدول النامية بالنهوض باقتصادها الوطني والدفع بعجلة التنمية .

وحتى يكون هذا البحث ملمّا بموضوع النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، ومجيبا للإشكالية المتعلقة به، ارتأينا تقسيمه إلى شقين، بحيث نتعرض في الشق الأول للطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي (الباب الأوّل)، لنتطرق في الشق الثاني للنظام القانوني لهذا العقد (الباب الثاني).

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي

عرفت العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص اهتماما منذ زمن طويل، إلاّ أنّ الفقه لم يتمكن من تحديد مفهومها بشكل دقيق بالرغم من الدراسات الوفيرة بشأنها وهذا راجع إلى الخصائص التي تميزها عن باقي العقود الدولية الأخرى، وللتطور الذي شهدته المعاملات الاقتصادية الدولية على العموم ومجال الاستثمارات الدولية على الخصوص. إنّ صعوبة وضع تعريف جامع ومانع لعقود الاستثمار يرجع أساسا إلى الاختلاف حول طوائف هذه العقود وتكييفها القانوني، وكذا الخلاف حول القانون الواجب التطبيق عليها، كما أن هناك عقود متنوعة تتعلق بكلّ ما يمكن أن يؤدي إلى إحداث التقدم الاقتصادي للدولة[7].

ومن أهم العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية بغية تمويل مشاريعها وتحقيق تنميتها الاقتصادية نجد عقود الاستثمار.

ويعتبر عقد الاستثمار الدولي ثمرة التطور الطبيعي لدور الدولة و وظائفها في العصر الحديث، حيث انتقلت وظيفة الدولة من الدولة الحارسة التي تحقق الأمن والدفاع والعدل إلى الدولة المتدخلة في كافة مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لتحقيق رفاهية المواطن، ومن ثمّة أصبحت عقود الاستثمار هي الأداة الفاعلة في تحقيق التنمية في مختلف المجالات في دول العالم عامة والدول النامية خاصة[8].

تلعب عقود الاستثمار دورا فعّالا في التّجارة الدولية، وتعتبر الرّكيزة الأساسية التي تستند عليها معظم الدول والمنظمات والأفراد، وذلك لتحقيقها لمصالحها التجارية، على الصعيد الدولي، ومن بين الأسباب التي أرجعت إلى تزايد في انتشار هذه العقود[9] :

- سرعة وتطوّر وازدهار التجارة العالمية.
- تقدم الاقتصاد وانتشار استخدام التكنولوجيا

---

[7] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار"التجربة الجزائرية نموذجا"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 91.

[8] – إبراهيم محمد القعود، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد 07، 2015، ص 284.

[9] – أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2006، ص 27.

- ازدياد حجم التبادل التجاري وتوسع نطاق الشركات المتعددة الجنسيات

ورغم المكانة الهامة التي تحتلها عقود الاستثمار في العلاقات الاقتصادية الدولية، والاهتمام الّذي لاقته من قبل الفقه إلاّ أنّه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، حيث أنّ معظم الدراسات الواردة على الاستثمار يغلب عليها الطابع الاقتصادي، ضف إلى ذلك فإنّ عقود الاستثمار تتشابك مع عقود الدولة، مما يتعين علينا تحديد ضوابط عقد الاستثمار الأجنبي (الفصل الأول)، وبعد أن نتمكن من توضيح ذلك، نحاول الوقوف على خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي نتيجة التفاوت في المراكز القانونية والشروط المميّزة المدرجة فيها (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تحديد ضوابط عقد الاستثمار الأجنبي

تلعب المشاريع الاستثمارية دوراً هاماً في تحريك عجلة التّنمية الاقتصادية، فهي مصدر للتّوسع في الطاقة الإنتاجية من جانب، وجزء مهم في الطلب الكلي من جانب آخر، وعليه فكان من الضروري على الاقتصاديين على وضع تعريف محددا لهذا النشاط الاقتصادي نظرا لأهميته.

وبالرغم من الاهتمام الفقهي بعقود الاستثمار، إلا أنّه لم يتم الاتفاق إلى حد الآن على تعريف قانوني، ذلك أنّ أغلب التعريفات التي قيلت في هذا الشأن هي تعاريف اقتصادية أقرب منه للقانونية. تقوم عقود الاستثمار كباقي العقود الأخرى على تقابل إرادتين بهدف إحداث أثر قانوني، إلاّ أنه ما يميّزها عنها هو عدم تساوي المراكز القانونية بين أطرافها، فالطرف الأول يتمثل في الدولة كشخص سيادي من أشخاص القانون الدولي، ويتمتع في نفس الوقت بامتيازات السلطة العامة في المجال الداخلي، أمّا الطرف الآخر في العلاقة العقدية هو الشخص الأجنبي لا يتمتع بالسيادة (المبحث الأوّل).

ولعقود الاستثمار نماذج وأصناف مختلفة، تختلف باختلاف الخطط التنموية التي تتبعها الدولة، ذلك أنّ هذه الخطط التنموية لها دور كبير في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة المضيفة للاستثمار مع المستثمرين الأجانب لذلك سنحاول أن نتعرض إلى أشكال وأنواع هذه العقود ثم ننتقل للحديث عن التكييف القانوني لها نظرا لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف سواءً فيما يتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بها أو تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات (المبحث الثاني) ،

المبحث الأول

غموض مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي

تلجأ الدول النامية بغية إنجاز عملية الإنماء الاقتصادي فيها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، من خلال إبرام العقود مع ذوي رؤوس الأموال الأجنبية بحسب ما اقتضته خططها التنموية، وتعتبر من الاستثمارات الأجنبية تلك المتعلقة بعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود إنجاز المشاريع التي تستلزمها لبنيتها التحتية، كإنجاز الطرق والمطارات وغيرها، مما يدخل في إطار عقود الاستثمار.

تؤدي العقود التي يتم إبرامها في إطار مشاريع الاستثمار، دورا أساسيا في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة، إلاّ أنّ مسألة تعريفها تبقى تطرح بعض الإشكالات نظرًا لتشابك جوانبها الاقتصادية، القانونية، والسياسية. وحتّى يتسنّى لنا الإلمام الشامل بعقد الاستثمار والخوض في التفاصيل النظرية، التقنية والقانونية المؤطرة له والتي من خلالها سنتوصل إلى توضيح نسبي لدلالة عقود الاستثمار، التي لم تتحدد بعد ملامحها، ارتأينا إبراز مضمون عقد الاستثمار الأجنبي وتحديد موضوعه **(المطلب الأوّل)**، ثمّ تبيان أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاستثمار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مضمون فكرة عقد الاستثمار الأجنبي وموضوعه

تعدّ عقود الاستثمار المبرمة بين الشخص الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار من الوسائل الفعاّلة التي تؤدي إلى عملية الإنماء الاقتصادي للدولة المضيفة، وهذا من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي للقدوم إليها.

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبي نوع جديد من العقود التي لم تتضح إلى اليوم معالمها القانونية، ويعود ذلك إلى عجز الدول في التوصل إلى تحديد إطار اتفاقي يتمّ من خلاله تنظيم هذا النوع من العقود، ليبقى بالتالي التضارب والتجاذب قائما بين الدولة المضيفة التي تسعى إلى فرض سياستها

التنموية بكل ما تتمتع به من سيادة، والمستثمر الأجنبي الّذي بدوره يسعى إلى تحقيق الربح في ظل إطار قانوني يتّسم بالوضوح والاستقرار[10].

وقصد توضيح هذه العلاقة المعقدة فسنتناول مضمون فكرة عقد الاستثمار الأجنبي في مقام أول (الفرع الأوّل)، ثم نتطرق إلى تحديد موضوع عقد الاستثمار الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون فكرة عقد الاستثمار الأجنبي

بالرغم من اتخاذ الاستثمارات الدولية أشكالا مختلفة وقيامها بأساليب متنوعة، فيبقى العقد الوسيلة القانونية المتاحة لتجسيدها في هذا المجال. ولقد أشارت جميع التعاريف المنساقة لعقود الاستثمار رغم اختلاف وجهاتها ومدلولاتها، أنّها عقود تبرم بين توافق إرادتين أو أكثر وهي إرادة أحد أشخاص القانون العام مع إرادة أحد أشخاص القانون الخاص بقصد ترتيب آثار قانونية[11].

لذلك سنحاول البحث عن أهم التعاريف والمفاهيم المنساقة لعقد الاستثمار مما يستلزم الأمر الإشارة إلى مختلف الآراء الفقهية التي وردت في هذا الشأن (أولا)، أو في قضاء التحكيم الذي اختلفت فيه الحلول التي عرفتها منازعات عقود الاستثمار(ثانيا)، بل حتّى في النّصوص القانونية الوطنية (ثالثا) لنتطرق بعد ذلك لمسألة التّمييز بين عقد الاستثمار والاتفاقية الدولية في مجال الاستثمار(رابعا).

[10] – هاشمي أعمر، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص 8.

[11] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 182.

أولا: اختلاف الآراء الفقهية حول الإلمام بتعريف عقود الاستثمار الأجنبي

ليس من السّهل وضع تعريف جامع ومانع وشامل لعقود الاستثمار الأجنبي، ويعود ذلك إلى الطبيعة المعقّدة التي تتصف بها هذا النوع من العقود لاسيما فيما يخص العناصر المكونة لها ولقد وردت في هذا الصدد العديد من التعريفات الفقهية التي حاولت الإلمام بمعنى هذه العقود[12].

في إطار البحث عن تعريف القانون الدولي لعقد الاستثمار فقد اعتمد أغلب الفقه التعريف الّذي أوردته محكمة النقد الفرنسية الّتي عرفت العقد الدّولي بأنّه: " **ذلك العقد الّذي يتجاوز الإطار الاقتصادي الدّاخلي ويتضمّن في محتواه انتقالا للأموال والسلع و الخدمات عبر الحدود الجغرافية للدول، بمعنى يكون العقد دوليا حين ترجح كفة ميزان مصالح التّجارة الدّولية**"[13].

ويعرف الأستاذ G. Cohen JONATHAN عقد الاستثمار على أنّه: "**اتفاق استثمار رؤوس أموال خاصة لمدى طويل، بين الدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي، وشخص أجنبي، يكون الهدف منه استغلال مرفق عمومي أو موارد طبيعية أو إنشاء منشآت صناعية**"[14].

يعرف البعض الآخر عقود الاستثمار بأنها: " **كلّ العقود الّتي تبرمها الدّولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي والّتي تتعلق بمباشرة الأنشطة الّتي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد**" [15].

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنّة يبيّن دولية عقد التنمية الاقتصادية لاتّصاله بأكثر من نظام قانوني وتستبعد من دائرة عقود التنمية العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص حتّى ولو كان لاتفاق

---

[12] – هاشمي أعمر، مرجع سابق، ص9 .

[13] – مرجع نفسه، ص 182.

[14] – Cité par BAL Lider, Le mythe de la souveraineté en droit international, thèse de doctorat en droit, spécialité droit international, université de Strasbourg, 2012, p 608.

[15] – عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 10

الأطراف صفة دولية، فعقود التنمية الاقتصادية أو اتفاقات التنمية ترتكز على الغاية التي أبرمت من أجلها وهي تحقيق التنمية الاقتصادية الدولية [16].

في حين ذهب جانب من الفقه من بينهم الأستاذ Macnair ، حيث عرّف هذا النوع من العقود انطلاقا من تعداد العناصر الّتي تعتبر من وجهة نظره مرجحة لاعتباره عقدا من عقود الدولة، ومن أهم هذه العناصر المميّزة لهذه العقود نذكر منها ما يلي:

- يتم إبرام هذه العقود بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتّع بالشخصية القانونية بناءً على أحكام قانون الدولة الّتي يتبعها هذا الشخص.
- تتسم هذه العقود بطول مدّتها فهي لا تنصب على عملية واحدة، وإنّما تتعلّق باستغلال للموارد الطبيعية يتم في خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة، تظلّ مملوكة للطرف الأجنبي طوال مدّة العقد.
- يتمتع الطرف الأجنبي طبقا لهذه العقود، ببعض الحقوق غير مألوفة، والّتي لها طابع شبه سياسي، كحريته في الاستيراد والتصدير، الإعفاء سواءً من كل أو بعض الضرائب...[17]

وفي رأي آخر أنّه: " **عقد يبرم بين دولة ذات سيادة وهي في الغالب مستوردة لرأس المال من جهة، والفرد أو الشخص الأجنبي من جهة أخرى والّذي قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، وهو رعية دولة أخرى مصدرة لرأس المال، ويتمثل موضوع عقد الاستثمار في إقامة أو إنشاء استثمار من طرف ذلك الشخص في إقليم الدولة المضيفة**"[18].

هناك من وضع تعريف شامل ومانع لعقود الاستثمار فحسب هذا الرأي فهي "**عقود شبيهة بعقود القانون العام طرفاها الدولة أو جهاز حكومي من جهة، و شخص طبيعي أو اعتباري من جهة**

---

[16] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 95.

[17] – لمزيد من الإطّلاع حول هذا الجانب من الفقه: أنظر حفيظة السيّد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنّظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص 27.

[18] – JUILLARD Patrick, « Les conventions bilatérales d'investissements conclus par la France », JDI, N° 02, 1979, pp 274-275.

أخرى، وتتعلّق هذه العقود ببناء مجمع صناعي، يكون مصحوبا باتّفاق بالمساعدة الفنية، وقد ينصب موضوع هذا العقد على استخراج ونقل وتسويق الموارد الطبيعية وهو ما يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة تتطلب استثمارات على قدر كبير من الأهمية وتحتم أن تكون مدّة هذه العقود طويلة نسبيا"[19].

أمّا بالنسبة للفقه الجزائري واستنادا إلى التجربة الجزائرية يعرف عقد الاستثمار الأجنبي بناءً على معيارين هما: المعيار العضوي الّذي يرتكز على أطراف العلاقة التعاقدية، المتمثلة أساسا في الدولة أو الأجهزة التابعة لها. والمعيار المادي، ذلك أنّ هذا العقد مرتبط بالاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية للدولة التي تتعاقد مع المستثمر الأجنبي الّذي يمتلك رؤوس الأموال والتكنولوجيا. فعقد الاستثمار إذن، هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة، أو إحدى أجهزتها، مع متعامل أجنبي لتحقيق الأهداف التي سطرتها خطة التنمية، وهو يخضع لنظام استثنائي يجعله بعيدًا عن قانون الصفقات العمومية، لأنه يتطلب وسائل وعوامل هامة، ومدة تنفيذ طويلة إلى جانب عامل الاعتبار الشخصي الذي يميّز اختيار الطرف الأجنبي[20].

ثانيا: المقصود بعقد الاستثمار في قضاء التحكيم

إذا كانت التعاريف السابقة مستوحاة من رأي واستنباط الفقه، فللعديد من المحكمين أيضا دورا في تجسيد تعاريف مختلفة لهذا العقد من خلال الأحكام الصادرة بشأن العقود الأجنبية الّتي تكون الدولة طرفا فيها.

من أهم وأبرز الأحكام التحكيمية الّتي يمكن الاستدلال بها والتي تطرقت إلى وصف عقد الاستثمار، الحكم الصادر عن المحكم " **Cavin**" في تحكيم " **Sapphire**" وهي شركة كندية ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية أين عرّف عقد الاستثمار الأجنبي بأنّه: " **عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة أجنبية تجارية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد لا ينصب على**

[19] – حفيظة السيّد الحداد، مرجع سابق، ص 30.

[20] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 95.

العمليات التجارية، إذ أنّه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، و يلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام"[21] .

لقد تميز هذا الحكم من خلال إبرازه لأهم خصائص عقد محل النزاع والتي من خلالها يمكن تمييزه عن باقي العقود التجارية العادية التي تخضع في تنظيمها إلى القواعد التقليدية للقانون الخاص.

كما ورد في تحكيم " **Texaco** " للأستاذ " **Dupuy** " ضد الحكومة الليبية مركزا على ذاتية عقود الدولة "عقود الاستثمار" من خلال الدور الذي تلعبه في تحقيق التنمية الاقتصادية باعتبارها الهدف الأساسي للدولة المتعاقدة وذلك عند وصفه لهذه العقود بأنها: "**عقود اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون طويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو لقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة"[22] .**

في قضية Aminoil، الوارد بشأنها النزاع بين الحكومة الكويتية وشركة Aminoil الأمريكية [(23)]، أين أشار المحكمون الثلاثة بأن " **العقد هو إحدى الأدوات الأساسية للتطوّر الاقتصادي والاجتماعي للمجموعة الوطنية ويكون في صلب العملية الاقتصادية".**

من خلال ما سبق يمكن القول أنّ مختلف التعريفات التي وردت في أحكام التحكيم قد أبرزت عدّة عناصر لعقد الاستثمار كالتنمية والتطوّر الاقتصادي كما ساهمت بعض الأحكام في تطوّر تعريف عقد الاستثمار مثل تحكيم " **Texaco** " الّذي حاول أن يدرجها ضمن التصرفات القانونية الخاضعة للقانون

---

[21] – أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة شندي، 2012، ص 116.

[22] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها–القانون الواجب التطبيق عليها–وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 13.

[23] – Sentence Koweit/Aminoil du 24 mars 1982 Répertoire N° 3623, 3151, Clunet, 1982, p 869.

الدولي العام، ولقد اتّبع هذا الاتّجاه العديد من الفقهاء والغرض من ذلك هو الهروب من القوانين الوطنية وذلك لخدمة مصالح المستثمرين الأجانب[24].

ثالثا: عدم دقة تحديد معالم عقد الاستثمار في القانون الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري في إطار النصوص القانونية المختلفة التي كانت تؤطر وتنظم العملية الاستثمارية قبل مرحلة الإصلاحات الاقتصادية إلى فكرة العقد[25] إلاّ بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلّق بترقية الاستثمار[26] حيث تمّ تكريسه بطريقة ضمنية، وقد أصبح أكثر الأساليب استعمالا خاصة عندما يتعلّق الأمر باستثمارات تمثّل أهمية وطنية كبيرة .

لقد نصّ المشرّع الجزائري على ذلك من خلال نص المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلّق بترقية الاستثمار، حيث تنص على أنّه:

" **يمكن أن تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لاسيما من حيث حجم المشروع، ومميزات التكنولوجيا المستعملة، وارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجري تطويره، وارتفاع**

---

[24]- إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 120.

[25]- المقصود تلك القوانين المؤطِّرة للاستثمار قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرّخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلّق بترقية الاستثمار وتتمثّل هذه القوانين أساسا في:

- Loi n° 63-277 du 26 juillet 1963, portant code des investissements, JORA , n° 53 du 02 aout 1963 (abrogée).

- أمر رقم 66-284 مؤرّخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمّن قانون الاستثمارات، ج ر ج ج، عدد 80، صادر في 17 سبتمبر 1966. (ملغى).

- قانون رقم 82-11 مؤرّخ في 21 أوت 1982، يتعلّق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر ج ج، عدد 34، صادر في 24 أوت 1982. (ملغى) .

- قانون رقم 88-25 مؤرّخ في 12 جويلية 1988، يتعلّق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصّة والوطنيّة، ج ر ج ج، عدد 29، صادر في 13 جويلية 1988. (ملغى)

- قانون رقم 90-10، مؤرّخ في 10 أفريل 1990، يتعلّق بالنّقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990. (ملغى).

[26] - مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرّخ في 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 64، صادر في10 أكتوبر 1993، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 98-12 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1998 يتضمّن قانون المالية لسنة 1998، ج ر ج ج، عدد 98 صادر في 31 ديسمبر 1998 (ملغى).

الأرباح بالعملة الصعبة أو من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات إضافية طبقا للتشريع المعمول به. ويترتب عليها إبرام اتفاقية بين الوكالة لحساب الدولة والمستثمر.

تبرم اتفاقية الاستثمار بعد موافقة مجلس الحكومة وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ".

باستقراء نص هذه المادة نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أخذ بالمعيار العضوي، بمعنى أنّه قد استثنى من دائرة العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، الهيئات أو الأجهزة التابعة للدولة، وفي هذه الحالة فإنّ الدول هي صاحبة السيادة وشخص من أشخاص القانون الدولي، بالإضافة إلى أنّ إبرام اتفاقية الاستثمار بين الوكالة والمستثمر الأجنبي، يكون لحساب الدولة الجزائرية[27].

بل هناك من يرى بأن الوكالة لا تؤدي إلى إبرام اتفاقية وإنّما إلى وثيقة تقدم إلى مجلس الحكومة، فالوكالة تتفاوض لحساب الدولة، كما أنّ اتفاقية الاستثمار لا يتم إبرامها إلا بعد موافقة مجلس الحكومة[28] .

إلى جانب اعتماد المشرّع المعيار العضوي في تعريف العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ركّز كذلك على المعيار المادي أو الموضوعي، وذلك بالنّظر إلى موضوع العقد ذي البعد الاستثنائي المتمثل في العملية الاستثمارية التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، من خلال حجم المشروع، والتمويل ومن ثمّ المساهمة في التنمية الاقتصادية وهذه من الالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر الأجنبي[29].

---

[27] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 121

[28] – عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999، ص 48.

[29] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 122.

في هذا الصدد تمّ إبرام اتّفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها APSI، وشركة أوراسكوم تيلكوم الجزائر[30] كما تمّ إبرام اتفاقية أخرى مع شركة LMN Holding N.V[31]، وتم نشرهما على مستوى الجريدة الرسمية .

بإلغاء المرسوم التشريعي 12/93 وتعويضه بالأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار[32] فقد اعترفت المادة 10[33] منه لفائدة بعض المستثمرين بامتيازات، وضمانات إضافية بالنسبة للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، كما أولت اهتماما ببعض المسائل لم تشر إليها المادة 15 السالفة الذكر.

---

[30] – اتّفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01–416، مؤرّخ في 20 ديسمبر 2001، ج ر ج ج، عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

[31] – اتّفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها وشركة LMN Holding N.V ، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02–108 مؤرخ في 03 أفريل 2002، ج ر ج ج، عدد 22 صادر في 03 أفريل 2002.

[32] – أمر رقم 01–03، مؤرخ في 20 أوت2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدّل و متمم بالأمر 06–08 المؤرّخ في 15 جويلية سنة 2006، ج ر ج ج، عدد 47 الصادر في 19 جويلية 2006 و الأمر رقم 09–01 المؤرّخ في 22 جويلية 2009، يتضمّن قانون الماليّة التّكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44 صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10–06 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمّن قانون الماليّة التّكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، و القانون رقم 11–16 المؤرّخ في 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمّن قانون الماليّة لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، و القانون رقم 12–12 المؤرّخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمّن قانون الماليّة لسنة 2013، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012، و القانون رقم 13–08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2018، والقانون رقم 14–10 المؤرخ قي 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014 . والأمر رقم 15–01 المؤرّخ في 23 جويلية سنة 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 40، صادر بتاريخ 13 جويلية 2015، والقانون رقم 15–18 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر (استدراك في ج ر ج ج، عدد 05، صادر في 31 جانفي 2016) (ملغى جزئيا).

[33] – تنص المادة 10 من الأمر رقم 01–03، المتعلّق بتطوير الاستثمار على أنّه : **' تستفيد من مزايا خاصة**

1–.....

2–.... وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعة، وتذخر الطاقة وتضفي إلى تنمية مستديمة".

كما نصت المادة 12 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار أنّ إبرام اتفاقية الاستثمار بين الوكالة والمستثمر الأجنبي تكون بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.[34]

في هذا الإطار تمّ إبرام العديد من اتفاقيات الاستثمار نذكر على سبيل المثال اتفاقية استثمار بين الدولة الجزائرية ممثلة من طرف وكالة تطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)[35] ، الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)[36].

لم تختلف المادة 10 كثيرًا عن المادة 17 من الأمر رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار[37] الذي ألغى جزئيا القانون السابق، التي منحت أيضا مزايا استثنائية للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني حيث نصت على أنّه:

" **تستفيد من مزايا استثنائية الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، والمعدة على أساس اتّفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة.**

تبرم الوكالة هذه الاتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار."

على هذا الأساس يبرم المستثمر الأجنبي عقدًا مع الدولة التي تعترف له ببعض الامتيازات الاستثنائية، ضريبية، مالية، اجتماعية وتكون لها كذلك حماية خاصة.

من خلال ما سبق ما يمكن قوله أنّ المادة 15 من المرسوم التشريعي 12/93 السالف الذكر تشترط موافقة مجلس الحكومة أماّ المادة 10 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار والمادة 17 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار فتشترط موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

---

[34] – أنظر المادة 12 من الأمر رقم 01–03، مؤرخ في 20 أوت2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

[35] – اتّفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، مؤرّخة في 30 أكتوبر 2003، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 13 نوفمبر 2007.

[36] – اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[37] – قانون رقم 16–09، مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46 صادر في 03 أوت سنة 2016، معدل ومتمم بالقانون رقم 18–13، المؤرخ في جويلية سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر ج ج، عدد 42، صادر في 15 جويلية 2018.

وعليه، فإنّ تعريف العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي حسب النصوص القانونية الجزائرية الخاصة بالاستثمار يقترب من الاتجاه الذي ذهب إليه بعض الفقهاء، منهم **BOCKESTIEGEL**، **HOHENVELDERN**، **Mc NAIR** الذين يعتبرون بأن اتفاقيات الاستثمار تنتمي بطبيعتها للقانون الدولي العام لاسيما إذا توفرت فيها بعض الشروط، ويقترب كذلك من اتّجاه الأستاذ **LEBEN** في تدويل عقود الدولة واعتبارها تصرفات قانونية دولية، بالتالي فإنّ المستثمر الأجنبي يتمتع بشخصية قانونية ولو محدودة. وهذا ينطبق على المركز القانوني الذي أصبح يتمتّع به المستثمر الأجنبي في الجزائر والذي قد يفوق مركز المستثمر الوطني[38] خاصة فيما يخص الامتيازات الاستثنائية التي قد تمنح له تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون رقم 09/16 والتي تتعلق بالاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

رابعا: التمييز بين عقد الاستثمار والاتفاقية الدولية في مجال الاستثمار:

وكما تمّ الإشارة إليه مسبقا فإن عقد الاستثمار هو اتفاق بين دولة مضيفة لرؤوس الأموال مع مستثمر أجنبي يلتزم ويتعهّد بمقتضاها القيام بانجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني ونقل القيم الاقتصادية، بهدف المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة[39]، في حين أنّ اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وهو ما يعرف بالمعاهدة الدولية فتبرم بين دولتين أو أكثر (ثنائية أو متعددة الأطراف) باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي.

ضف إلى ذلك فإنّ عقد الاستثمار يخضع للقانون الدولي الخاص وبالتالي فهي تختلف عن المعاهدة الدولية التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام.

وعليه فباستقراء نص المادة 1/2 من معاهدة فيينا حول قانون المعاهدات[40]، فإنّ عقد الاستثمار ليس بمعاهدة دولية، ذلك أنّ هذه الأخيرة ، تشترط جمع شخصين من أشخاص القانون الدولي

---

[38] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 124.

[39]- ZEYEN Gaétan, « Les immunités des Etats dans les contrats d'investissements : du nouveau avec L'arrêt CREIGHTON », JDI, N^{O} 03, 2006, p 342.

[40] – تنص المادة 1/02 من معاهدة فيينا:" **معاهدة تعني اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواءً تم في وثيقة واحدة أو أكثر...**"

العام والأمر ذاته ينطبق على اتّفاقات التّعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التّأميم التي تتمّ عادة بين الدول عادة من جهة، ورعايا الدول الأخرى.

يتميز عقد الاستثمار عن الاتفاقية الثنائية في الاختلاف الموجود في المراكز القانونية، ذلك أنّ الاتفاقية تتم بين دولتين ذات سيادة، أمّا عقد الاستثمار فيتم بين دولة وفرد إمّا شخصا طبيعيا أو معنويا، ويتمثل موضوع العقد في التزام الطرف الأجنبي الخاص بتقديم مشروع أو إقامة أو إنشاء مشروع استثماري في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار.أمّا العلاقة الموجودة بينهما، أنّ اتفاقية الاستثمار الثنائية تعد الإطار العام الذي يتم فيه إبرام عقود الاستثمار، وعليه فهي مختلفة من حيث الأطراف، وليس لهما نفس الأهداف[41].

يتمثل دور المعاهدات الثنائية في حماية وضمان أموال المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة، وسميت هذه المعاهدات بمعاهدات الغطاء، لكونها تمنح للمستثمر حقوق خاصة، كما تضمن أيضا آثار الالتزامات التعاقدية لعقود الاستثمار[42].

ضف إلى ذلك فإنّ الاتفاقية الثنائية تضمن إرساء القواعد القانونية الواضحة حول عقود الاستثمار، فهي تنص على جميع الحقوق و لامتيازات التي يتمتع المستثمر الأجنبي بها مع الدولة المضيفة، لذلك يمكن القول أنّ هذه الحقوق والامتيازات تثبت له بمقتضى الاتفاقية بذاتها، وليس فقط بمقتضى العقد[43].

---

[41] – عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 246.

[42]– شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار(دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009، ص 30.

[43]– صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 454.

الفرع الثاني

موضوع عقد الاستثمار الأجنبي

أصبح من الثّابت أنّ الهدف الأساسي من لجوء الدول النامية إلى إبرام عقود الاستثمار الأجنبية هو تحقيق التنمية الاقتصادية، إذ أنّ المستثمرين الأجانب يقومون بجلب موارد جديدة وهامة، تتمثل في التكنولوجيا، وحتى الإدارة ومهارة التسويق، كما أنّ وجود الاستثمار الأجنبي يزيد من المنافسة في الدولة المضيفة، وفي ذلك تحسين للكفاءة وزيادة في فرص العمل[44]. فكل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يسعيان إلى تحقيق أغراض تخدم مصالحهما على حدا لذلك سنقوم بتحديد موضوع عقد الاستثمار (أوّلا) ثمّ نتطرق في مقام ثان إلى دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تحقيق التنمية(ثانيا).

أوّلا: تحديد موضوع عقد الاستثمار الأجنبي

أصبح صنّاع السياسات الاقتصادية في الدول النامية يولون أهمية بالغة للاستثمار الأجنبي عند صياغتهم لمخططات التنمية الاقتصادية والاجتماعية بهذه الدول، بعد أن أدّت هذه الاستثمارات دورا متميّزا في كل من الدول المتقدمة وحديثة التصنيع على حد سواء،[45] وبالتالي أصبحت الدول النامية تعمل على انجاز وجلب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية باعتبارها أوّل مصدر للتنمية .

ويعتبر الاستثمار الأجنبي حركة من حركات رؤوس الأموال الطويلة الأجل ومظهرا من مظاهر تفتح الاقتصاديات واندماجها في الاقتصاد العالمي، وعاملا أساسيا في ربط وتفعيل العلاقات الاقتصادية الدولية، باعتباره شكلا من أشكال التمويل الخارجي البديل عن القروض الخارجية[46].

---

[44] – بجي فيصل، الوساطة كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، المغرب، 2014، ص 7.

[45] – مرجع نفسه، ص 07.

[46] – بامحمد نفيسة، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربة "OLI"، مذكرة لشهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلم التسيير، جامعة وهران، 2016، ص 02.

ينقسم الاستثمار الأجنبي الخاص عامة إلى شكلين رئيسيين وهما الاستثمار المباشر والاستثمار غير مباشر.

1- الاستثمار الأجنبي غير المباشر:

فبالنسبة للاستثمار الأجنبي غير المباشر فيقتصر دور المستثمر الأجنبي على مجرّد تقديم رأس المال إلى جهة معيّنة في الدولة المضيفة لتقوم هي بهذا الاستثمار دون أن تكون له أيّة سيطرة فعلية أو رقابة على المشروع. وعادة ما يأخذ هذا النوع من الاستثمار صورة قروض تقدّمها الهيئات الخاصة والأفراد أو صورة شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة الأجل، ولا يترتب على هذا الاستثمار نقل المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجيا الحديثة إلى الدولة المضيفة للاستثمار[47].

2- الاستثمار الأجنبي المباشر

أماّ بالنسبة للاستثمار الأجنبي المباشر[48]، فيتميّز بأنّ المستثمر الأجنبي يمتلك فيه حق الرقابة الكاملة أو الشبه الكاملة، على نشاط المشروع، ويتّخذ غالبا إقامة مشروعات استثمارية أو المشاركة فيها. فهو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إنجاز المشاريع التي يمتلكها العنصر الأجنبي سواءً ملكية كاملة، أو ملكية حصص تمنح لهم فرصة السيطرة إدارة هذه المشاريع أو حتى المشاركة فيها.[49]

بالرغم من أنّ الاستثمار الأجنبي بنوعيه غير المباشر والمباشر مازال قائما، إلاّ أنّ هذا الأخير الشكل السائد، حيث تزايد الاهتمام به في السنوات الأخيرة من طرف الدول النامية باعتباره وسيلة حيوية

---

[47] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص39-40.

[48] – ولقد عرّف صندوق النقد الدولي FMI، الاستثمار الأجنبي المباشر، على أنّه نوع من الاستثمارات الدولية التي تعكس المصالح الدائمة التي تتحقق بوجود علاقة طويلة الأمد بين المستثمر المباشر ومؤسسة الاستثمار، بالإضافة إلى تمتع المستثمر بدرجة عالية من النفوذ في الإدارة و تسيير المؤسسة بعد امتلاكه ما يعادل أو يفوق 10% من الأسهم العادية أو القوة التصويتية في مجلس الإدارة. نقلا عن:
– بامحمد نفيسة، مرجع سابق، ص 03.

[49] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 104.

تضمن انتقال التكنولوجيا والتقنيات الحديثة، بما يساهم في تحقيق متطلبات التنمية الاقتصادية و دعم النمو، لذلك سوف تنصب دراستنا على الاستثمار الأجنبي المباشر.

يقوم المستثمرون الأجانب غالبا باللجوء إلى الاستثمار المباشر عن طريق إيجاد فروع للشركات المتعددة الجنسيات " Multi national corporations" أو من خلال إنشاء مشروعات مشتركة.

أ- الشركات المتعددة الجنسيات:

لقد ارتبط الاستثمار الأجنبي المباشر بنشاطات الشركات متعددة الجنسيات التي تعدّ من أهمّ أشكاله والمحرّك الرئيسي له فمن جهة هي تمثل جزء من الإنتاج والعمالة والتبادل التّجاري الدولي[50]، ومن جهة أخرى هي شركات عملاقة تتمتع بقدرات مالية ضخمة وقاعدة تكنولوجية جدّ متطوّرة ومراكز للبحث والتطوير في مختلف المجالات خاصة مجال الإدارة والتسيير واتّخاذ القرارات الإستراتجية.

يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات[51]، مشروعات ضخمة تتكون من شركات وليدة " Filiales تزاول نشاطها في دول متعددة وتتمتع كل منها باستقلال قانوني عن الأخرى، ولكنها تخضع في ممارستها لنشاطها لسيطرة وهيمنة شركة أم تتولى ممارسة الرّقابة عليها لتحقيق إستراتيجية واحدة.[52]

تتميّز هذه الشركات بالكثير من المميّزات التي تساهم في تحديد طبيعة الدور الّذي تقوم به في العلاقات الاقتصادية الدولية، ومن أهم هذه المميّزات ما يلي:

- قوة هذه الشركات، من خلال توسيع هيمنتها التي كانت موزّعة على احتكارات النّفط والطاقة، وامتداد نفوذها ليشمل الاحتكارات المتعلقة بالإنتاج العلمي والتكنولوجيا[53].

---

[50] - LEVASSEUR Sandrine, Investissements Directs à l'étranger et stratégies des Entreprises Multinationales, revue de L'OFCE. Mars, 2002, p 103, (http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/revue/4-hs.pdf) page consultée le 21/01/2015.

[51] – وفقا لمنظمة العمل الدولية" IOT" يقصد بالشركة المتعددة الجنسيات تلك الشركة التي تتكون من عدة كيانات تعود ملكيتها إمّا للقطاع العام أو الخاص أو القطاعين معا، تمارس أنشطتها الاستثمارية في مختلف دول العالم، تتميّز الكيانات التابعة لها بالاستقلالية الذاتية والقدرة على السيطرة والتأثير في نشاطات الدول المضيفة. نقلا عن:

– بامحمد نفيسة، مرجع سابق، ص 19.

[52] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 41.

- التّشتت الجغرافي لنشاط هذه الشركات، حيث تنتشر في عشرات الدول بقصد الحصول على أيّة ميزة نسبية في أي دولة دون أفضلية لبلد المقر القانوني، وذلك دون إخلال بالميزة المركزية لهذه الشركات من حيث وحدة السيطرة الّتي تخضع لها الشركات الوليدة في مختلف أنحاء العالم[54].
- تنوّع أنشطة هذه الشركات دون أدنى رابط فني بين المنتجات المختلفة، حيث تعمد إلى تنوّع شديد في النشاط لاعتبار اقتصادي مهم، المتمثل في تعويض الخسارة المحتملة في نشاط معين بأرباح تتحقق من أنشطة أخرى لها أسواقها المتميّزة. حيث تهدف إلى نمو الربح سنويا بانتظام رغم كل التقلبات في الأسواق[55].
- ازدياد حجم الإنتاج لهذه الشركات على المستوى الدولي، فقد تعاظم دور الشركات المتعددة الجنسيات في الاقتصاد العالمي السائر في طرق العولمة.

ب-المشروع المشترك:

يمكن أن تشترط الدولة المضيفة للاستثمار أن يتم الاستثمار الأجنبي فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني، من خلال النّص في تشريعاتها الوطنية على ضرورة اشتراك القطاع العام أو الخاص الوطنيين في رأسمال المشروع الأجنبي.

إذ أنّ المشروعات المشتركة[56] تعتبر الشّكل الأمثل والأكثر قبولا وملائمة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، حيث يمكن لهذه الأخيرة فرض رقابة فعلية على المشاريع الاستثمارية الأجنبية المنجزة على إقليمها، وذلك من خلال مشاركة ممثليها في إدارة المشروع، فضلا عن استفادة الشركات المحلية من الخبرة الفنية والإدارية لتشغيل المشروعات الاستثمارية الضخمة .

---

[53] – أنظر بشأن الدور الّذي تلعبه هذه الشركات في نقل التكنولوجيا:
– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 201.

[54] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص ص 107-108.

[55] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 42.

[56]– لمزيد من التفصيل حول تعريف المشروع المشترك أنظر:
– صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 41.

ثانيا: دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية بالنسبة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي

تعتبر الاستثمارات الأجنبية وسيلة فعّالة للاستراتيجيات التنموية في البلدان النامية، كما تلعب دورا هاما لفائدة المستثمر الأجنبي، والدول المصدرة للرأسمال فهي تخدم على العموم مصالح الجميع. لذلك عمدت معظم الدول النامية إلى إبرام عقود الاستثمار نظرا لما يؤديه من دور هام في تحقيق تنميتها الاقتصادية.

يساهم الاستثمار الأجنبي في جلب موارد لا يمكن تداولها تجاريا في الأسواق إلاّ بصورة منقوصة، خاصة التكنولوجيا و طرق الاستفادة منها والخبرة الإدارية والوصول إلى الأسواق الكبرى وأسماء العلامات التجارية[57].هذه الأصول من شأنها القيام بدور هام بتحديث الاقتصاد الوطني والدفع بعجلة التنمية .

يساهم الاستثمار الأجنبي المباشر في تطوير ميزان المدفوعات إيجابيا، وذلك أن الشركات الأجنبية بفضل اتصالاتها الدولية ومعرفتها وخبرتها بشبكة الأسواق الدولية، فإنها بذلك تفتح أمام الدول المضيفة إمكانيات أكثر لغزو أسواق التصدير، وزيادة حصيلة صادراتها وهو ما يساهم في تقليل عجز الميزان التجاري الّذي يميّز معظم اقتصاديات الدول النامية[58]. كما يساهم في تنمية البنية التحتية في الدول النامية كالاتصالات والطرق والمطارات، ويساهم في تدريب الأيدي العاملة المحلية وفي تنمية وتطوير مختلف الصناعات[59].

ونظرا لأهمية ودور عقد الاستثمار في تنفيذ الخطة التنموية حرصت الدول النامية على العمل على تهيئة وتوفير المناخ المناسب للاستثمار، ومن ثمّ أصبحت تتسابق في جذب هذه الاستثمارات وتشجيعها على الانسياب إليها، بتوفير المحيط المناسب للاستثمار.

---

[57] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 44.

[58]– زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016، ص 337.

[59] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 109.

وفي هذا الصدد فقد عمدت جل الدول التي تبحث عن التنمية على تحسين منظومتها القانونية، وذلك بتقديم المزايا وكافة الضمانات القانونية التي توفر للمستثمر الأجنبي مناخا ملائما لتوظيف أمواله آمنا مطمئنا، إضافة إلى ذلك توفير ضمانات دولية من خلال إبرام اتّفاقيات دولية الثنائية منها والمتعددة الأطراف والتي تهدف إلى حماية الاستثمارات الأجنبية.

بهذا يضمن المستثمر الأجنبي المستفيد من أحكام المعاهدة عدم تراجع الدولة المضيفة للاستثمار عن التزاماتها المقررة في المعاهدة، باعتبار أنّ هذا التراجع يعتبر إخلالا بالتزام دولي، يترتب عنه تعويض المستثمر عن الأضرار[60].

المطلب الثاني

أطراف عقد الاستثمار الأجنبي

تتميّز عقود الاستثمار عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي والتكافؤ بين الأطراف المتعاقدة ، ذلك أنّ أحد أطراف هذه العلاقة العقدية يتمثل في الدولة أو من يمثلها، وهي شخص ذات سيادة، تتمتع بمزايا خاصة في إطار القانون الداخلي والقانون الدولي العام (الفرع الأول).

أمّا الطرف الثاني في هذه العقود، فيكون شخص أجنبي طبيعي أو معنوي، لا يتمتع بأيّة سيادة على الرغم من امتلاكه إمكانيات مالية وتكنولوجية وفنية كبيرة، ومن ثمة قوّة اقتصادية قد تفوق الدولة المضيفة خاصة ما إذا كانت دولة نامية[61] (الفرع الثاني).

---

[60] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 17.

[61]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 35.

الفرع الأول

الدولة أو أحد أجهزتها

تقوم الدولة من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية بإبرام العديد من العقود اللازمة مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها الاقتصادية، وقد تقوم بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق ممثليها (رئيس الدولة، الوزراء أو أحد الوزراء)، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى المؤسسات التابعة لها بإبرامها[62].

بالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في فقرتها الأولى، التي تنص على أنّه: " **يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة، أو جهاز تابع للدّولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز...**"[63] ، فإنه يتّضح لنا أنّ اختصاص المركز يمتد ليشمل كل النزاعات التي يكون أحد أطرافه هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم هذه الدولة بتحديده، بل ولا يقتصر اختصاصه فقط على النزاعات التي تكون الدولة المتعاقدة طرفا فيه.

مما سبق يمكن القول أنّ عقود الاستثمار تضمّ العقود التي تبرمها الدولة بنفسها من قبل ممثليها والعقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها، وعليه فإنّ البحث في الدولة كطرف رئيسي في عقد الاستثمار الأجنبي يتطلب منّا التطرق إلى مفهومها الواسع (أولا) ثمّ نبيّن الهيئات والأجهزة الجزائرية التابعة لها(ثانيا).

---

[62]– بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 15.

[63]– المادة 25 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 45-346، مؤرّخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج، عدد 66 صادر في 06 نوفمبر 1995.

أولا: الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي

تسعى الدول النامية جاهدة إلى تحقيق التّنمية الاقتصادية للخروج من التّخلف الذي تعاني منه، غير أنّ تحقيق ذلك يتطلب توفير موارد مالية، وهو الأمر الّذي لا يتأتى إلاّ من خلال إقامة المشاريع الاستثمارية التي تساهم في تحقيق ذلك، هذه المشاريع المتعلقة بالتّنمية الاقتصادية تظهر فيها الدولة كطرف ضمن عقد من العقود الدولية للاستثمار الّتي تبرمها لتحقيق وتنفيذ خططها الإنمائية.

تعتبر الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي عندما تنزل إلى ميدان التّجارة الدولية، فترتبط بعقود الاستثمار أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة أو حتى الأشخاص الطبيعية[64].

وعليه فيشمل عقد الاستثمار الأجنبي على العموم طرفًا وطنيًا أو طرفًا عامًا، والمتمثّل في الدولة أو من يسند له القيام بعمل عام أو بوظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، وقد يكون هذا الطرف شخصا من أشخاص القانون الخاص لكنه يعمل لحساب الدولة وباسمه[65].

يقصد بالطرف الوطني الدولة السيادية، وهي شخص من أشخاص القانون الدولي، الّذي كان من المفروض أن يتعاقد مع طرف له نفس المركز القانوني، وفي هذه الحالة لا تثير أيّة صعوبة. و لكن تثور الصعوبة عندما تتعاقد مع شخص أجنبي لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي، والمتمثل في الطرف الأجنبي الخاص.

تقوم الدولة في أغلب الأحيان بإبرام العقود المتعلقة بالتنمية الاقتصادية لاسيما عقود الاستثمار، ويكون ذلك بصورة مباشرة من خلال قيامها بإبرامها بنفسها أو بصورة غير مباشرة من خلال أجهزتها، لاسيما أنّ بعض الدول توكل نشاطاتها إلى أجهزة مستقلة، قد تخضع للقانون العام، أو للقانون الخاص[66].

---

[64] – جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1990، ص 11.

[65] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 141.

[66] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 32.

أثيرت العديد من الإشكالات القانونية فيما يخص الصور الّتي تظهر بها الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي، والّتي تنحصر على وجه الخصوص في الحالة الّتي يكون فيها الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي ليس الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام وإنّما في شكل جهاز تابع لها و يعمل لحسابها.

ولقد انقسمت الآراء في هذا الصدد إلى رأيين، الأوّل يُضيّق من نطاق عقود الاستثمار الأجنبية، بمعنى أنّ خصوصية هذه العقود تكون قاصرة على العقود الّتي تكون الدولة طرفا فيها بطريقة مباشرة، ورأي آخر موسّع لنطاق عقود الاستثمار الأجنبي أي تمديد خصوصيتها إلى العقود الّتي تبرمها الدولة بواسطة الأجهزة التابعة لها.

1. الإتّجاه الضيق لمفهوم الدولة

يقصد بمفهوم الدولة بالمعنى الضيق تلك العقود المبرمة من طرف الدولة فقط، وتستثني من ذلك العقود المبرمة مع المنظمات الدولية أو تلك التي تبرمها الهيئات السياسية والإدارية، والدولة في هذه الحالة طرف مباشر في العقد، تقوم بإبرام العقد بنفسها، من خلال من يمثلها، مع طرف أجنبي فهي تتدخل كشخص من أشخاص القانون الدولي[67] .

2. الإتّجاه الموسّع لمفهوم الدولة:

بالعودة إلى القوانين الداخلية لبعض الدول نلاحظ أنّها تستعمل كلمة حكومة للدلالة فقط على إحدى سلطات الدولة والمتمثلة في السلطة التنفيذية، وعليه فإنّ اعتماد هذا المعنى يؤدي إلى استبعاد السلطات الأخرى، في حين أنّ البعض الآخر فسّر الكلمة تفسيرا واسعا ليشمل كافة سلطات الدولة، التنفيذية، التشريعية والقضائية، كما أنّه في إطار القانون الدولي العام، فمدلول

[67] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 142.

الحكومة واسع بحيث أنّ هذه الأخيرة تمثّل الدولة وتباشر أعمالها باسم ولحساب الدولة، وبالتالي تلزم جميع السلطات العامة المختلفة[68].

إنّ عقود الدولة وفق المعنى الواسع هي تلك الاتفاقات التي تبرمها الأجهزة أو الهيئات نصف العامة ونصف الخاصة، التي تتصرف لحساب الدولة لكن لها شخصية قانونية متميزة[69] . بمعنى أنّ عقود الدولة تشمل علاوة على العقود الّتي تقوم الدولة نفسها بإبرامها، العقود الّتي تبرمها نيابة عنها الأجهزة التابعة لها.

إنّ السيطرة الّتي تمارسها الدولة على هذه الأجهزة ولو بطريقة غير مباشرة يجعل من العقود التي تبرمها عقود دولة، لأن الأجهزة أنشئت خصيصا لتحل محل الدولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية، كما أن الكثير من تلك العقود تخضع لموافقة السلطات التنفيذية أو التشريعية[70].

وبالعودة إلى موقف الفقه والقضاء يتبين لنا عن وجود معيارين لتقرير انصراف آثار عقد المؤسسة العامة للدولة، **فالمعيار القانوني،** يعتمد على العملية المادية للتّوقيع على العقد، والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الّذي قام بالتّوقيع على العقد، بمعنى أنّه طالما كانت هذه المؤسسة أو الهيئة هي من أبرمت العقد لتمتعها بالشخصية القانونية المستقلّة عن الدولة فيجب أن تتحمّل المسؤولية الكاملة دون أن تشاركها الدولة في ذلك[71]، بمعنى أنّ المشروع أو الهيئة التي تتمتع بالشخصية القانونية مستقلة عن الدولة تحجب عنها الحصانة القضائية، وبالتالي تخضع لسيادة القضاء الوطني للدولة الأجنبية، وعليه فوجود أو انعدام هذا المعيار للمشروع أو الهيئة العامة يحدد مدى تمتعها بالحصانة القضائية أو انتفائها[72].

لقد تمّ تعزيز هذا الاتجاه بمجموعة من الأحكام القضائية الّتي اعتمدت في قضائها على معيار الشخصية القانونية كأساس في منح الحصانة القضائية لطالبيها.

---

[68] – قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتّفاقية واشنطن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 65.

[69] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 143.

[70] – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 40.

[71] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 17.

[72] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 187.

ومن الأحكام القضائية التي عبّرت عن هذا الاتّجاه في قضائها، نذكر منها القضاء الصادر عن المحكمة العليا الألمانية في 07 جوان 1955، والتي قضت بما يلي: " **إنّ مثول الدولة الأجنبية أمام القضاء الوطني لدولة أخرى يعدّ انتهاكا لسيادتها، إلاّ أنّ مثل ذلك النظر يجب التغاضي عنه إذا منحت الدولة لأحد المشروعات التي أنشأتها شخصية مستقلّة ليس فقط على الصعيد الاقتصادي ولكن أيضا على الصعيد القانوني** "[73].

في نفس السياق فقد أخذ بهذا المعيار أيضا العديد من أحكام التحكيم نذكر منها الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في قضية هضبة الأهرام والتي تتلخص وقائعها في أنّه تمّ إبرام عقد في 13 سبتمبر 1974 بين وزير السياحة المصري ممثلا للحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق " EGOTH " من جانب وشركة جنوب الباسفيك " SPP " من جانب آخر لإنشاء مركزين سياحيين قرب الأهرامات، ولم يتضمن هذا الاتّفاق أي شرط تحكيم. في 12 ديسمبر 1974 تمّ إبرام عقد تكميلي بين شركة " EGOTH " وشركة " SPP " تطبيق للقوانين المصرية رقم 1 و2 لسنة 1973 و رقم 43 لسنة 1974، واشتمل شرطا تحكيميا وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، وإزاء معارضة الرأي العام حول هذا المشروع اضطرت الحكومة المصرية إلى إلغائه سنة 1978، مما دفع شركة " SPP " اللجوء إلى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ، وقد انتهت محكمة التحكيم في حكمها الصادر في 16 فيفري 1983، إلى إلزام مصر بدفع مبلغ مليون 12,5 دولار لفائدة شركة جنوب الباسفيك ونسبة فوائد تقدّر ب 5% يتم احتسابها ابتداءً من 01 ديسمبر 1978 [74].

لجأت الحكومة المصرية إلى طلب إلغاء الحكم التحكيمي أمام محكمة استئناف باريس التي قضت في حكمها الصادر بتاريخ 12 جوان 1984 بالإلغاء، حيث اعتبرت أنّ :

" **إنّ الهيئة العامة للسياحة والفنادق" EGOTH " لها شخصية قانونية مستقلّة عن الدولة المصرية، وتوقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهذه الشركة**

---

[73] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 187.

[74] – لمزيد من التفاصيل حول حيثيات هذا النزاع راجع:

– إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة ، 2000، ص ص 105-108.

تحمل الشخصية المعنوية الخاصة بها، ولها ميزانية مستقلة، كما أنّها تخضع لقواعد المحاسبات المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية، وبالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد وليست الحكومة المصرية"[75].

وعلية فوفقا لهذا المعيار فلا تعتبر الدولة طرفا في العقود المبرمة من طرف المؤسسات والهيئات العامة وذلك أنّ هذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن الدولة.

رغم تقرير العديد من الأحكام القضائية وأحكام هيئات التحكيم لمعيار الشخصية القانونية، إلاّ أنّه لاقى انتقادا من جانب الفقه، حيث اعتبره معيار تحكمي إذ أنّ إضفاء الشخصية القانونية على مشروع عام أو منعها يعتبر سوى مجرد قرار إداري أو وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها على وجه أفضل ومن ثمّ لا يجوز أن يكون هذا الوضع المتعلّق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في دولة ما سبب في حرمان هذه الدولة من حصانتها المقررة لها وفقا لمبادئ القانون الدولي العام[76].

انطلاقا مما سبق فقد كان من الضروري البحث عن معيار آخر لتحديد مفهوم الطرف في العقود التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة مع الأشخاص الأجنبية والمتمثل في **المعيار الاقتصادي**، مفاده أنّ الهيئات والمؤسسات العامة بالشخصية القانونية لا يؤدي إلى اعتبارها أنّها لا تمثل الدولة طالما أنّ هذه الهيئات تسهر على تطبيق وتنفيذ السياسية الاقتصادية للدولة، فهي في حالة تبعية بالنسبة للدولة ما دام أنّها تمارس عليها سلطة الرّقابة والإشراف والتوجيه بحيث يصعب فصلها عن الدولة[77].

ومن الأحكام التي يمكن الاستدلال بها والتي أخذت بهذا المعيار الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 نوفمبر 1952 في القضية المشهورة للأزواج مارتن ضد البنك الإسباني، وتتلخص وقائعها في أنّ الجنرال فرانكو قام بإصدار قرار بمصادرة النقود الإسبانية القادمة من الخارج لاسيما من فرنسا و استبدالها بكوبونات جديدة صالحة للتعامل بها في اسبانيا. ولقد قام الزوجان بإيداع الأوراق المالية الإسبانية في مكتب الجمارك الإسباني بتمكينهم بما يقابلها من أوراق جديدة مقابل إيداعهم الأوراق القديمة، إلاّ

---

[75] - نقلا عن: - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 19.

[76] - حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 46-47

[77] - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 20.

أنّه لم يتم الإستجابة لهما من قبل البنك. الأمر الّذي دفعهما بالإلتجاء إلى القضاء الفرنسي، أين قررت محكمة النقض ما يلي:" أنّه **على الرغم من أنّ البنك الإسباني يتمتّع بشخصية قانونية مستقلّة وبالتّالي لا يمكنه التّمسك بالحصانة القضائية بالنسبة للتّصرفات الصادرة باسمه ولحسابه، ولكن منذ اللحظة التي يعهد إلى البنك بالقيام بعملية استبدال الأوراق المالية وفقا للشروط الصارمة المفروضة من قبل الدولة الإسبانية، ففي ظل تلك الظروف يعتبر البنك مجرد ممثل للدولة الإسبانية ينفذ عمل من أعمال السلطة العامة، ولا يخضع بهذه المثابة لاختصاص المحاكم الفرنسية**"[78].

يوجد اتّجاها متناميا في أحكام التحكيم لا يتوقف في تحديده لمفهوم الطرف في العقود المبرمة عن طريق المؤسسات العامة المستقلة عند إبرام العقد، وإنما بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية القوية التي تربط بين الدولة والمؤسسة العامة رغم تمتع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية.

لقد تجسّد هذا المعيار في أحكام تحكيمية عديدة نذكر منها الحكم الصادر عن إحدى هيئات التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 94/51 حول النزاع بين إحدى شركات المقاولات الإفريقية ووزير الإسكان وجهاز حكومي إفريقي خاص بالصرف الصحي. تتلخص وقائعه أنّه قد تمّ الاتّفاق على أن تقوم شركة المقاولات بتنفيذ مشروع للصرف الصحي لحساب الجهة الحكومية الإفريقية، وكان الاتفاق يشمل على مادة (المادة 15) تنص على حق المقاول في المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء [79].

وكان قد اعترض تنفيذ الأعمال المتعلّقة بالمشروع عدة عقبات خارجة عن إرادة الشركة، مما أدى بالشركة إلى اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بالتعويض، وقد جاء المحتكم ضدها الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة حيث ورد به أنّ العبرة هي بالعقد الّذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم الماثل ولا توجه الدعوى إلاّ من أحد أطراف العقد. حيث أنّ العقد الّذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الرّاهنة على هدي أحكامه وأسست طلباتها على ما تضمنته من التزامات تعاقدية تحكم طرفية لم يوقع بين الجهاز التنفيذي

---

[78] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 52–53.

[79] – لمزيد من التفاصيل حول حيثيات هذه القضية أنظر في ذلك:

– عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 98.

للصرف الصحي والشركة، وأنّ ذلك الجهاز لم يكن طرف فيه، مما يؤدي إلى عدم قبول التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة .

انتهت هيئة التحكيم في حكمها الّذي أصدرته في 23 مارس 1996، على " أنه كما كانت اعتمادات الجهاز التنفيذي للصرف الصحي للعاصمة التي أدرجت ضمن موازنة الجهاز المركزي للتعمير وذلك في موازنة 1982/81، حتى 1985/84 كما تمّ إدراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الإسكان من موازنة 1986/85، الأمر الّذي يؤكد أنّ الجهاز أضحى واجهة للدولة التي تهيمن على مشروع الصرف الصحي سواءً تحت مضلة الجهاز المركزي للتعمير ثمّ من بعده وزارة الإسكان[80]، وعليه تعتبر الدولة طرفا في العقد.

بالرجوع إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، نلاحظ وجود وسائل أخرى لاعتبار عقود المؤسسات التابعة للدولة عقودا مع الدولة، بحيث جاء في الفقرة الأولى من تلك المادة بأن اختصاص CIRDI لا يمتد إلى النزاعات التي تثور بين الدولة والمستثمر فحسب بل حتّى إلى "الهيئات العامة" أو الأجهزة التابعة للدولة والتي تفوضها هذه الأخيرة أمام المركز.

إلاّ أنّه حتّى تتمكن هذه الهيئات العامة أو الأجهزة إدراج شرط تحكيم يحيل إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، يتطلب موافقة الدولة على ذلك[81]، وهذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 3/25:

"موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدول المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة، فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري"

من خلال ما سبق يمكن القول أنّ الدولة كطرف في عقود الاستثمار بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام، والتي قد تتعاقد مع المستثمر الأجنبي بطريقة مباشرة من خلال حكومتها فتلتزم تجاهه وتكون مسؤولة أمامه، أو تلجأ إلى إبرام العقود عن طريق المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد، باعتبار أنّ مهمة هذه الأجهزة القيام بتنفيذ السياسة العامة للبلاد، رغم

---

[80]– مرجع نفسه، ص 99.

[81] – أنظر: جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص ص 25 – 26.

الاستقلال القانوني الظاهري الذي تتمتع به، وهذا ما حاول الفقه وقضاء التحكيم على إبرازه ، حيث يسعى إلى إيجاد آليات مختلفة لتكييف أو إدخال تصرفات المؤسسات أو الأجهزة التابعة للدولة ضمن عقود الاستثمار والتي تجعلها تتصل بصلة وثيقة مع الدولة، مما يجعل هذه الأخيرة مسؤولة أمام الشخص الأجنبي الخاص الذي تكون له إمكانية مقاضاتها أمام هيئات التحكيم .

ثانيا:الأجهزة التابعة للدولة الجزائرية

في إطار التحوّلات السياسية والاقتصادية التي تعيشها الجزائر منذ سنة 1989 قامت هذه الأخيرة بإدخال مجموعة من الإصلاحات الاقتصادية للاستجابة لمتطلبات الاقتصاد العالمي، حيث تبنت مجموعة من القوانين الليبرالية أكثر مرونة، التي تتماشى والاتجاه الاقتصادي الجديد، من خلال الانسحاب التدريجي للدولة من الحقل الاقتصادي، وفتح المجال أمام المبادرة الخاصة، وبالتالي تطور دور الدولة من صفة الدولة الحارسة إلى دولة ضابطة.

وعلى إثر هذا التحول الهام لدور الدولة يتبادر إلى أذهاننا التساؤل حول كيفية تكييف العقود الّتي لا تكون الدّولة فيها طرفًا مباشرًا، وإنّما تتدخل فيها بأسلوب غير مباشر من خلال هيئاتها أو أجهزتها العامة المستقلّة عن الدّولة من النّاحية العضوية والّتي تتمتع بشخصية قانونية مستقلّة، غير أنّها تخضع من حيث ممارسة نشاطاتها لرقابتها، بل في غالب الأحيان تعمل باسمها ولحسابها.

تماشيا مع هذا الاتّجاه الاقتصادي الجديد، أصبحت الدولة لا تكتف بمهمّة الدّولة الحارسة الّتي يقتصر مهامها القيام بالدور التّقليدي عند حدّ مراقبة وتنظيم النّشاط الاقتصادي، بل جعلت من نفسها طرفا فيه بشكل مباشر أو غير مباشر.

كما أنّ الهيئات أو الأجهزة العامة[82]، وإن كانت تتمتع بالاستقلالية في ممارسة النشاط الاقتصادي، إلاّ أنّها تخضع لرقابة وإشراف الدّولة، حيث تقوم بتنفيذ مخطّط التّنمية الّذي سطّرته الدّولة،

[82] – إنّ الأشخاص العامة التابعة للدّولة تشمل كلّ من الهيئات العمومية (Collectivités publiques)، وكذا الأجهزة التابعة للدولة (Organismes dépendants de l'Etat)، فعبارة الهيئات العمومية تعني الوحدات الدستورية للدولة المتعاقدة أو ما يعرف بالهيئات الإقليمية من بلديات، ولايات، مقاطعات، ودول تابعة لفيدرالية. أمّا الأجهزة التابعة للدولة

ودليل ذلك اشتراط موافقة السّلطة العامة على التّصرفات الّتي تقوم بها. أمّا تمتعتها بالشّخصية القانونية المستقلّة فما ذلك إلاّ وسيلة للقيام بالدّور المخوّل لها ومنه التّعامل مع الغير[83]

ضف إلى ذلك فإنّ الهيئات أو الأجهزة العامة الجزائريّة، تتدخّل في العلاقات الاقتصادية الدّولية لحساب الدّولة، حيث تعمل على تحقيق الأهداف العامة الّتي سطّرتها الدّولة. ومن الدول الّتي تستعين بهذه الأجهزة والهيئات العامة، نجد الدولة الجزائرية حيث تتدخل هذه الأجهزة في المعاملات الاقتصادية الدولية وتعمل لحساب الدولة وتكون تحت إشرافها، لانّ الهدف من وجودها هو تحقيق الأهداف العامة.

وعليه فإنّ المشرّع الجزائري من خلال قوانين الاستثمار قد أخذا بالمفهوم الضّيق للدّولة، وهذا في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، والأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، بالإضافة إلى القانون 09/16 المتعلّق بترقية الاستثمار، إذ أنّ تدخل الدّولة في هذه العقود يعدّ تدخلا باعتبارها شخصا قانونيّا دوليّا، لاسيما مع تزايد عدد الاتّفاقيات الثّنائيّة المتعلّقة بالتّشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.

في إطار التّوجه الجديد الّذي تعرفه الدولة الجزائرية الّذي يميّزه انسحاب الدّولة من النّشاط الاقتصادي والدّخول في إصلاحات اقتصادية، انتهجت السّلطات العامة هيئات جديدة على النّموذج الأمريكي مكلّفة بوظائف عدّة متمثلة في ضبط الاقتصاد وضمان تطبيق التّكنولوجيا القانونيّة الغربيّة المتمثّلة في "المفتاح في اليد"[84]، وتتمثل هذه الهيئات في سلطات الضّبط الاقتصادي، الّتي تجعل الدّولة تُغيّر من طبيعة تدخّلها في الاقتصاد، من وسيلة رقابة اجتماعيّة إلى أشكال جديدة للتّدخل كالضّبط[85]،

فتشير إلى جميع المؤسّسات والمرافق العامة الّتي تتمتّع بقدر من الاستقلالية عن الدولة في أداء مهامها، على أنّه لا يشترط أن تكون تابعة لفرع سياسي في الحكومة أو تتمتّع باستقلال تام عنها، نقلا عن:

– قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 74.

–أنظر في ذلك أيضا: جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مضلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق ص 22.

[83] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 154.

[84] - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005, p 17.

[85] - ZOUAIMIA Rachid, les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005, p 5.

كما أنّ قطاعات النّشاطات الّتي تستقبل هذه الهيئات هي قطاعات عرفت تحوّلات عميقة بغرض جلب الاستثمارات الأجنبيّة في إطار من الفعّاليّة والحياد، وتجنّب البيروقراطية والرّشوة الّتي تميّزت بها الإدارة[86]، ومن بين هذه السلطات الإدارية المستقلة، نذكر على سبيل المثال سلطة البريد والاتصالات الالكترونية، ولجنة الكهرباء والغاز.

1-في مجال البريد و الاتصالات الالكترونية :

يعتبر مجال البريد والاتّصالات الإلكترونية من المجالات الهامة الّذي تمّ فتحه أمام الاستثمار وطبقا لما جاء في القانون رقم18-04[87] في الفصل الثالث المتعلّق بمؤسسات البريد والاتصالات الالكترونية، تنص المادة 11 منه على إنشاء سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، وهي سلطة إدارية مستقلّة[88]، كما تخضع للمراقبة المالية للدولة، طبقا للتشريع المعمول به[89].

وتكلّف سلطة الضبط بما يلي[90]:

- السّهر على وجود منافسة فعلية ومشروعة في سوقي البريد والاتّصالات الإلكترونية ، باتّخاذ بكل التدابير الضرورية لترقية أو استعادة المنافسة في هاتين السوقين.
- السّهر على تجسيد تقاسم منشآت الاتصالات الالكترونية في ظل احترام حق الملكية.
- تخصيص الذبذبات لمتعاملي شبكات الاتصالات الإلكترونية المفتوحة للجمهور في الحزم الّتي تمنحها لها الوكالة الوطنية للذبذبات مع احترام مبدأ عدم التمييز.
- إعداد مخطط وطني للترقيم ودراسة طلبات الأرقام ومنحها للمتعاملين.

---

[86] - ZOUAIMIA Rachid, les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Op. Cit, p 17.

[87] – قانون رقم 18-04 مؤرّخ في 10 ماي سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج ر ج ج، عدد 27، صادر في13 ماي 2018.

[88] – أنظر المادة 11، مرجع نفسه.

[89]– أنظر المادة 12، من القانون رقم18-04 مؤرّخ في 10 ماي سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.

[90]– المادة 13 ، مرجع نفسه.

- إعداد وتحيين وضعية الذبذبات التي تخصصها للمتعاملين وتبليغها بانتظام إلى الوكالة الوطنية للذبذبات.
- المصادقة على العروض المرجعية للتوصيل البيني والنفاذ إلى شبكات الاتصالات الإلكترونية.
- منح ترخيصات العامة لإنشاء و/أو استغلال شبكات الاتصالات الإلكترونية وتوفير خدمات الاتصالات الإلكترونية، وتراخيص الشبكات الخاصة وكذا تقديم خدمات وأداءات البريد...إلخ .

2-في مجال الكهرباء والغاز

طبقا لما جاء في القانون جاء رقم 02-01 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز[91]، لاسيما في الباب الثاني عشر تنص المادة 112[92] منه على إنشاء لجنة الكهرباء والغاز وهي هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي.

تكلّف هذه اللجنة بما يلي[93]:

- مهمة تحقيق المرفق العام للكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ومراقبته
- مهمة استشارية لدى السلطات العمومية فيما يتعلق بتنظيم سوق الكهرباء، والسوق الوطنية للغاز وسيرهم
- مهمة عامة في السهر على احترام القوانين والتنظيمات المتعلقة بها ورقابتها.

[91] – قانون رقم 02-01 مؤرّخ في 05 فبراير سنة 2002، يتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر ج ج، عدد 08 صادر في 06 فيفري 2002.

[92] – أنظر المادة 112، مرجع نفسه.

[93] – المادة 114 من القانون رقم 02-01 مؤرّخ في 05 فبراير سنة 2002، يتعلّق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، مرجع سابق.

الفرع الثاني

المستثمر الأجنبي كطرف ثان في عقد الاستثمار الأجنبي

إذا كان الطرف الأول في عقود الاستثمار الأجنبية يتمثل في الطرف الوطني وهي الدولة المتعاقدة أو إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها، فإنّ الطرف الثاني يتمثل في المستثمر الأجنبي الخاص التابع لدولة أخرى سواءً كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

لم يثر المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي إشكالات أو صعوبات كالتي أثارتها الدولة كطرف وطني في العقد.

أولا: تعريف المستثمر الأجنبي

يعرّف البعض الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار بأنّه:" **الشخص الّذي يتمتع بالشخصية القانونية وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ويستوي الأمر في ذلك بين الشخص الأجنبي الطبيعي "الفرد" والشخص الأجنبي الاعتباري كالشركات**"[94].

يمكن تعريف المستثمر بأنّه كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستثمار رؤوس أمواله في الدول المضيفة من أجل تحقيق أهدافه. بمعنى أنّه يقوم بتنفيذ العمليات الاستثمارية لحسابه الخاص، وقد يتحمل هذا المستثمر جزء أو كل المخاطر أثناء القيام بالعمليات الاستثمارية على حسابه الخاص[95].

إلاّ أنّه نلاحظ في أغلب الأحيان، أنّ المستثمر الأجنبي شخص معنوي، وليس شخصا طبيعيا، ذلك أنّ العقود التي يبرمها خاصة مع الدول النامية تتطلّب رؤوس أموال ضخمة وإمكانيات فنية وتكنولوجيا متطوّرة لا تمتلكها الأشخاص الطبيعية[96].

---

[94] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 190.

[95] - HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-algérienne. Litec, Paris, 2000, p 153.

[96] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 161

تأخذ الأشخاص الاعتبارية عدّة تسميات في الممارسة العملية، فقد نجد تسمية "شركة" société وفي بعض الأحيان يستعمل مصطلح "المشروع" أو "المقاولة" l'entreprise، غير أنّه جرت العادة على استعمال مصطلح "شركة". وقد تكون الشركات الأجنبية خاصة أو عامة، لكن أثبتت الدراسات أن معظم العقود المبرمة من طرف الدول النامية، تتم مع شركات أجنبية[97].

إنّ تحديد مفهوم المستثمر لا يمثّل أي إشكال أو صعوبة، ذلك أنّ جل الاتّفاقيات الثنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركائها، عملت على تحديد مفهوم المستثمر، و نذكر على سبيل المثال لا الحصر الاتّفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية والنمسا، حيث جاء في المادة الأولى، ويقصد بعبارة مستثمر:

أ- كل شخص طبيعي يحمل وفقا لقوانينه النافذة جنسية أحد الطرفين المتعاقدين، أو
ب- كل شركة تمّ تأسيسها وتنظيمها وفقا لقانون أحد الطرفين المتعاقدين والتي تنجز أو أنجزت استثمار على إقليم الطرف المتعاقد.

فإلى جانب الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي، فيعدّ أيضا المستثمر من الأطراف الأساسية والقوية، حيث أنّ أغلبية الشركات تريد الحماية ضد المخاطر السياسية[98].

ثانيا: معايير تحديد جنسية المستثمر الأجنبي

كما أشرنا سالفا فإنّ المستثمر الأجنبي يقصد به الشخص القائم بالعملية الاستثمارية والّذي لا يحمل جنسية الدولة المضيفة[99]، وعليه فإنّ مسألة تحديد جنسية الشخص الطبيعي لا يثير أيّ إشكال حيث يكون متمتّعا بجنسية غير الدولة المضيفة للاستثمار، أماّ بالنسبة لجنسية الشخص المعنوي فقد أثارت

[97] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 38.

[98]- WALDE Thomas, Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisations de l'économie, étude de questions spécifiques, Institut des hautes Etudes internationales de Paris, éd A PEDONE, Paris II, 2004. P26.

[99] – ميهوب يزيد، "الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين الأجانب في ظل اتفاقيات الاستثمار المبرمة من الجزائر"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، يومي 23 و24 أكتوبر 2013، ص 03.(غير منشورة)

الكثير من الاختلاف بين الفقه حول تمتع الأشخاص المعنوية بالجنسية والأسس التي تقوم عليها هذه الجنسية.

1- الشخص الطبيعي:

بالرّغم من أنّ مسألة تحديد جنسية الشخص الطبيعي لا تثير أو لا تطرح صعوبات كتلك التي يثيرها تحديد جنسية الشخص الاعتباري، إلاّ أنّها هي الأخرى تتطلّب بعض التوضيحات

فمن النادر أن يكون الشخص الطبيعي الأجنبي طرفا في عقد الاستثمار، حيث أنّه في الوقت الراهن يكون هذا الطرف المتعاقد مع الدولة في شكل شركات أجنبية، و هذا دليل على أنّ هذا النوع من العقود يتطلب خبرات فنية وموارد عالية قد لا تتوفر في الشخص الطبيعي.

ويرى البعض أن تعريف الأشخاص الطبيعية يتم من خلال تحديد رابطة فعلية تكمن في الجنسية التي تربطهم بدولة متعاقدة طرف في الاتّفاق.

إنّ المعيار المأخوذ للتمييز بين الوطنيين والأجانب في الوقت الحالي، هو الجنسية[100]، ولتحديد الصفة الأجنبية في دولة معينة يكفي أن نرجع إلى التشريعات المتعلقة بالجنسية لهذه الأخيرة للتمييز بين الوطني والأجنبي، فالأجنبية والوطنية صفتين متقابلتين، إذ يكفي معرفة واحدة منها حتى يتسنى لنا معرفة الأخرى، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة والأجنبي هو من لا يتمتع بها[101] .

ولقد كان لاتّفاقية واشنطن لسنة 1956، دورا فعّالا في تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي حتى ينعقد اختصاص المركز، والمتمثلة في شرطين أساسيين هما:

1- أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الّذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الّذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم.

---

[100] – إنّ الجنسية كما عرفها أحد الأساتذة هي:" **رابطة قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة أخرى**"
– أنظر في ذلك: هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص114.

[101] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 101.

2- أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم اتّفاق الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب[102].

إنّ الإشكال الذي يمكن أن يطرح في هذا الشأن هو طبيعة القيد الذي وضعته اتّفاقية واشنطن على الشخص الطبيعي بضرورة تمسكه بجنسية واحدة ضمن فترة محددة ممتدة بين تاريخ الاتّفاق على التحكيم وتاريخ تسجيل الطلب أمام المركز[103]، مما يجعلنا نتساءل هل يشترط وفقا لأحكام اتفاقية واشنطن أن يتمتع الشخص الطبيعي بجنسية واحدة بصورة مستمرة وبشكل غير متقطع طيلة الفترة التي حددتها الاتّفاقية؟

اختلفت بعض الآراء الفقهية[104] حول مسألة اشتراط استمرارية جنسية نفس الدولة في الفترة ما بين الاتفاق على التحكيم وتسجيل الطلب أمام المركز بالنسبة للشخص الطبيعي الأجنبي الطرف في العقد مع الدولة، ولعل التفسير الأقرب لتطبيق مقتضيات المادة 02/25/أ ومواجهتها الحالات الاستثنائية التي تنجم عن قيام أحد الأشخاص التابعين لدولة متعاقدة بعد الاتفاق على التحكيم بتغيير جنسيته وحصوله على جنسية دولة متعاقدة، مما يتعين التعامل مع شرط الجنسية بنوع من المرونة، وذلك بقبول تمتع الشخص الطبيعي بجنسية دولة متعاقدة لحظة الاتّفاق على التحكيم دون اقتضاء أن تكون هي نفس الجنسية التي يتمتع بها هذا الشخص وقت تسجيل الطلب أمام المركز، وهو تفسير يتماشى مع أهداف المعاهدة ويعمل على زيادة حالات انطباقها وتطبيقها[105] .

كما تجدر الإشارة إلى أنّ اتفاقية واشنطن لم تشر إلى معيار التعامل مع الأشخاص مزدوجي الجنسية، إلاّ أنّ الرأي المستقر حول هذا الشأن أنّ المركز لا يختص بصفة مطلقة ودون إيراد أي استثناءات بالنظر في منازعات الأشخاص مزدوجي الجنسية إذا كانت جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة إحدى الجنسيتين التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، كما يحجب عن اختصاص المركز

---

[102] – المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

[103] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 194.

[104] – لمزيد من التفاصيل حول الآراء الفقهية بشأن شرط استمرارية الجنسية للشخص الطبيعي الأجنبي أنظر في ذلك:
– حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 166-168.

[105] – قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 195.

الأشخاص عديمي الجنسية حتى لو اتفقت الدولة الطرف في المنازعة على غير ذلك و رضيت بالخضوع لتحكيم المركز[106].

2-الشخص الاعتباري الأجنبي:

يعرف الفقه القانوني الشخص المعنوي بأنّة وحدة أو كيان إجتماعي ينشأ من أجل تحقيق أغراض معينة ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكونين له ونظام قانوني خاص به وقادر على أن يكون طرفا في العلاقات القانونية [107]، ويتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي شكل الشركة تتعاقد مع الدولة أو إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها بهدف تحقيق تنميتها الاقتصادية.

لقد أثار الكثير من الاختلاف والتباين حول مسألة جنسية الشخص الاعتباري، وحول الأسس التي تقوم عليها هذه الجنسية، وعن المعيار الّذي يمكن بواسطته اعتبار هذا الشخص أجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة.

اتّفق فقه القانون الدولي إلى الاعتراف للشخص المعنوي بالجنسية وترتيب الآثار القانونية، ولقد تعددت المعايير التي يمكن اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركات تتمثل فيما يلي:

أ- معيار التأسيس:

بمقتضاه فإنّ الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بموجب قوانينها، باعتبار أنّ هذة القوانين هي التي تمنح للشخص الاعتباري الشخصية القانونية. وبمعنى آخر أنّ الشّركة تكتسب جنسيّة الدّولة الّتي صدر فيها قرار تأسيسها. فإذا تأسّست في الجزائر وصدر قرار تأسيسها من السّلطات الجزائريّة، اعتبرت جزائريّة، واكتسبت جنسيّتها.

إنّ هذا المعيار يمتاز بطابع الثبات والاستقرار،[108]حيث أنّ المؤيدون لهذا المعيار يؤكدون على أنّه أكثر تحديد وموضوعية، لاعتباره يوفّر كثير من الضمانات والحماية للشركات وغيرها من المشروعات،

---

[106] - حفيظة السّيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 169، 170.

[107] - قصوري رفيقة، عيواج طالب، مرجع سابق، ص 190.

[108] - إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 47.

لأنّها تسند إلى قانون واضح المعالم ومحدد. ويؤخذ على هذا المعيار أنّه يجعل الجنسية مادة متروكة لحرية اختيار الأشخاص الطبيعيين التي تنشئ الشخص المعنوي[109].

ب-معيار جنسية المؤسس:

بموجب هذا المعيار يتمتع الشخص الاعتباري بجنسية الأعضاء المؤسسين له، باعتبار أنّ المشروع هو المعبر عن إرادة الأطراف وهو المحقق لمصالحهم، وتكون تلك الجنسية هي جنسية الدولة التي تنتمي إليها أغلبهم في حالة اختلافهم في الجنسية[110].

ما يعاب على هذا المعيار هو إنكاره للوجود القانوني المستقل للشخص المعنوي، إذ أنّ هذا الأخير لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأعضاء المؤسسين له، كما أنّ هذا المعيار عديم الجدوى بخصوص الأشخاص الاعتبارية التي يغلب عليها تجميع الأموال لا الأشخاص مثل شركات الساهمة[111].

ج- معيار مركز الاستغلال:

طبقا لهذا المعيار فإنّ الشركة تكتسب جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطها الرئيسي باعتباره المكان الّذي تتجمع فيه مصالحها، فإذا وُجد مثلا هذا المركز في الجزائر، تحصل هذه الشّركة على الجنسيّة الجزائريّة. ويتميّز هذا المعيار بأنّه يعبر حقيقة عن ارتباط فعلي بين الشخص الاعتباري و الدولة التي يحمل جنسيتها، وهو ما يقلل من فرص الغش والتحايل نحو القانون[112].

لقد اعتمدت الدولة الجزائرية على هذا المعيار، وإذا كان قانوني الاستثمار لسنة 1963 وسنة 1966، وكذا قانون الشّركات ذات الاقتصاد المختلط[113] ، قد ميّزوا بين المستثمرين الأجانب والوطنيين، فإنّ المادة 125 من الأمر 11/03 المتعلّق بالنّقد والقرض[(114)] قد ميّزت بين المقيمين وغير المقيمين، حيث نصّت على أنّه:

---

[109] – ديدي إبراهيم، الاتّفاقيات الدولية لضمان الاستثمار-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002، ص 140.

[110] – إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، مرجع سابق، ص 46.

[111] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 30.

[112] – إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، مرجع سابق، ص 46.

" **يعتبر مقيما في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كلّ شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرّئيسي لنشاطاته الاقتصاديّة في الجزائر.**

يعتبر غير مقيم في الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كلّ شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرّئيسي لنشاطاته الاقتصاديّة خارج الجزائر ".

د-معيار مركز الإدارة الرئيسي

مفاده أنّ الأشخاص الاعتبارية تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي أو يوجد بها مقرها الاجتماعي. ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي المكان الّذي ترتكز فيه أجهزة الشخص المعنوي المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره. ولقد اعتمدت جل البلدان النامية على معيار مركز الإدارة الرئيسي، باعتباره يتناسب مع ظرفها الاقتصادي

بالرجوع إلى القانون الجزائري فقد نصت المادة 50 من القانون المدني على أنّه: "... **موطن الشّخص الاعتباري هو المكان الّذي يوجد فيه مركز إدارتها** "[115].

وعليه فإنّ الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الوطني في الجزائر.

---

[113]- ZOUAIMIA Rachid, "Le régime des investissements étrangers en Algérie", JDI, N° 3, 1993, p 573.

[114]- أمر رقم 03-11، مؤرّخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلّق بالنّقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 09-01 مؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمّن قانون المالية التّكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44 صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10-04 مؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، ج ر ج ج، عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010، متمم بموجب القانون رقم 13-08 مؤرّخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر ج ج، عدد 77 صادر في 29 ديسمبر 2016، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 17-10 مؤرخ في 11 أكتوبر 2017، ج ر ج ج، عدد 57، مؤرخ في 12 أكتوبر 2017.

[115] – الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمّن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

لقد أخذت بعض اتّفاقيات الاستثمار المبرمة من طرف الجزائر والمستثمرين الأجانب بمعيار المقر الاجتماعي، نذكر منها اتّفاقيّة الاستثمار المبرمة بين الدّولة الجزائريّة وشركة أوراسكوم تليكوم الجزائر الّذي يوجد مقرّها بالجزائر، واتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنيّة لتطوير الاستثمار والشّركة الجزائريّة للإسمنت ACC الكائن مقرّها بالجزائر العاصمة.

هـ-معيار الرقابة أو السيطرة

يقصد بذلك أنّ الشخص الاعتباري يعدّ أجنبيا متى كان خاضعا لرقابة أو سيطرة أجنبية، سواءً إذا تعلّق الأمر بالأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على إدارة المشروع بجنسية دولة أجنبية، حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني.[116]

لقد ظهرت فكرة معيار الرّقابة إبّان الحرب العالمية الأولى فقد ابتدعها كل من الفقه والقضاء، حيث كان القضاء الفرنسي يأخذ بمعيار مركز الإدارة، كضابط للكشف عن جنسية الشخص المعنوي. و قد أدى هذا الوضع إلى نتيجة مفادها ضرورة الاعتراف بالصفة الوطنية للأشخاص الاعتبارية التي يوجد مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا بالرغم من أنّها كانت مملوكة للأعداء وهم الألمان، وبالتالي تحت رقابتهم وإشرافهم[117].

كان هذا الوضع يمثل عقبة في سبيل اتّخاذ الإجراءات الاستثنائية التي تقتضيها ظروف الحرب في مواجهة الألمان مثل وضع أموالها تحت الحراسة. وقد أدى ذلك إلى نتيجة غير مقبولة إذ كان يمكن للسلطات الفرنسية أن تضع أموال رعايا الألمان فيما لو كانوا شركاء في شركات يوجد مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا، على أساس أنّ مثل هذه الشركات تعدّ شركات وطنية طبقا لمعيار مركز الإدارة الرئيسي[118].

---

[116] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 31.

[117] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 94.

[118] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 43.

ولتلافي هذه النتائج الشادة اعتمد القضاء ولأوّل مرة معيار الرقابة فأكّد إخضاع الأشخاص الاعتبارية التي يمتلك رعايا الأعداء معظم أسهمها وحصصها، لرقابة هؤلاء وإشرافهم ولو كان مركز إدارتها الرئيسي في فرنسا[119].

وبالعودة إلى اتّفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمار، وباستقراء المادة 2/25/ب منها يتضح لنا أنّها قد اعتمدت بضابط الرقابة كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للأشخاص الاعتبارية حيث نصّت على أنّه:

" **كلّ شخص معنوي يحمل جنسيّة إحدى الدّول المتعاقدة الأخرى خلاف الدّولة الطّرف في النّزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النّزاع على التّوفيق أو التّحكيم، وأيضا كلّ شخص معنوي يحمل جنسيّة الدّول المتعاقدة الطّرف في النّزاع في ذات التّاريخ، ويتّفق على اعتباره "أحد رعايا الدّولة المتعاقدة الأخرى" بالنّظر إلى الرّقابة الّتي تمارس عليه من المصالح الأجنبيّة** ".

أماّ بالنسبة للمشرّع الجزائري فنجد أنّه قد رفض معيار الرقابة كما ورد في اتّفاقية واشنطن، غير أنّ الاتّفاقيّة الجزائريّة – الفرنسيّة بشأن التّشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات[120]، وإن أخذت بجنسية أحد الطّرفين المتعاقدين بالنّسبة للأشخاص الطّبيعيّة، وبالمقرّ الاجتماعي للشّركات، فإنّها قد أخذت كذلك بمعيار الرّقابة، ونستشف ذلك من خلال نصّ المادة 3/1 منها:

" **عبارة "الشّركات" تشير إلى كلّ شخص معنوي مشكّل على إقليم أحد الطّرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الأخير، وله في نفس الإقليم مقرّ اجتماعي أو أن يكون هذا الشّخص المعنوي مراقبا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطني أحد الطّرفين المتعاقدين أو من طرف أشخاص معنويّة لها مقرّها الاجتماعي على إقليم أحد الطّرفين المتعاقدين والمشكلة طبقا لتشريع هذا الأخير**".

---

[119] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية مرجع سابق، ص 94.

[120]– الاتّفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقع بالجزائر في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرّخ في 02 جانفي 1994، ج ر ج ج عدد 01، صادر في 02 جانفي 1994.

المبحث الثاني

تصنيف عقد الاستثمار وتكييفه

يمكن تمييز عقود الاستثمار عن العقود الأخرى المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية من حيث هدفها، حيث أنّ الدافع الرئيسي للدولة من إبرام هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية بالدّرجة الأولى عن طريق جلب الاستثمارات الأجنبية، بينما يكون هدف المستثمر الأجنبي هو تحقيق الربح من خلال نجاح مشروعه.

ولا يتصوّر بطبيعة الحال أن تكون عقود الاستثمار محددة بنموذج أو قالب قانوني معين، فهذه العقود تتعدد وتتنوّع صورها ونماذجها طبقا لطبيعة موضوع العقد المبرم حيث أصبح لكل صورة أو نموذج منها تسمية مستقلّة يعرف بها[121] (المطلب الأول).

ونظرا لما تلقاه عقود الاستثمار من أهمية خاصة في الآونة الأخيرة سواءً في المجال القانوني أو الاقتصادي،[122] فقد أصبح من المهم البحث في تكييف هذه العقود والأساس القانوني الذي ترتكز عليه، وذلك نظرا لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف، فمن خلاله يمكن تحديد الجهة المختصة للنظر في النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة نتيجة إخلال الدّولة مثلا بالتزاماتها، أو العدول عن تنفيذها، كما يعتبر المعيار الأساسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد(المطب الثاني).

المطلب الأوّل

تصنيف عقد الاستثمار الأجنبي

تتنوّع صور عقد الاستثمار الأجنبي على الصعيد العملي، بحسب الحاجة وبحسب المتاح منها، فنجد أنّ الاستثمار يعرف أنماطا وصيغا متنوعة، غير أنّ هذا التباين والتنوع أدى إلى تعدد معايير تصنيف عقود الاستثمار الأجنبي.

---

[121] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010–2011، ص 33.

[122] – إبراهيم محمد القعود، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مرجع سابق، ص 299.

غير أنّه مهما تعددت هذه المعايير فإنّ الاتّجاه الغالب في الفقه المعاصر يذهب إلى اعتماد معيار موضوع العقد، وهذا راجع للتطور الذي عرفته هذه العقود وللصور المتنوعة التي تلجأ إليها الدول خاصة منها عقود الاستثمار التي أخذت بعدًا جديدًا في السياسات الاقتصادية الوطنية للبلدان النامية، باعتبار أنّ أهداف هذه العقود تبرز من خلال الضرورة والحتمية الاقتصادية التي كانت الدافع وراء إبرامها وذلك باختلاف نوايا وأهداف أطرافها. [123] لذلك كان معيار موضوع العقد هو المعيار المناسب في هذا الصدد فيمكن النظر لموضوع العقد المبرم، وبعد ذلك يكون من السهل تسمية هذا العقد تحت المسميات المختلفة[124] لعقود الاستثمار. ولقد لجأت الجزائر بتكريس هذا الاتّجاه في سياستها الاقتصادية خاصة في الآونة الأخيرة بهدف جلب رؤوس الأموال الأجنبية وفي الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

ومن ثمّ فيعتبر معيار موضوع العقد هو الأكثر ملائمة الذي يساعد في تحديد وتصنيف و تبيان صورها ونماذجها، وهذا ما سنحاول توضيحه في (الفرع الأول).

لقد ظهرت تسمية عقود الدولة جليّا في عقود الاستثمار، لاسيما في عقود الامتيازات البترولية[125]، حيث نجد مثل هذه العقود في المشاريع الكبرى، التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة وخبرة بشرية وفنية ونقل التكنولوجيا الحديثة التي تفتقر إليها الدول المضيفة للاستثمار. وباعتبار أنّ ظهور عقود الدولة يعود ويرتبط بعقود الاستثمار، يستوجب علينا التطرق لمدى اعتبار عقد الاستثمار كنموذج لعقود الدولة (الفرع الثاني).

---

[123]– LEBOULANGER Philippe, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985, p 13 .

[124] – عوض اللّه شيبة الحمد السّيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992، ص 38.

[125] – قادري عبد العزيز، "دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة Le contrat d'Etat) "، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد07، عدد01، 1997، ص 33.

الفرع الأول

نماذج عقد الاستثمار الأجنبي

تتميز العقود التي تبرمها الدولة مع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية عن سائر العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية بالنّظر إلى المحل الذي تنصبّ عليه، وتتعدد وتختلف صورها باختلاف الخطط التنموية التي تتّبعها الدولة المضيفة للاستثمار، إذ أنّ هذه الخطط التنموية تلعب دورا هاما في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة مع المستثمر الأجنبي.

وعموما هناك العديد من النماذج والصور التي يمكن أن يتبلور فيها عقد الاستثمار الأجنبي، ومن أهم هذه النماذج والتي تعتبر أكثر تداولا هي عقود البترول(أوّلا)، عقود التعاون الصناعي (ثانيا) وعقود الأشغال العامة الدولية (ثالثا).

أوّلا: عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية

تعتبر عقود البحث والتنقيب واستخراج الثروات الطبيعية من أقدم وأهم عقود الدولة، وهي تقع على المواد البترولية (العقود البترولية) أو المواد المنجمية غير البترولية (العقود المنجمية) ، وتمثّل هذه الثروة أهميّة بالغة سواءً بالنسبة للدول المنتجة له كما هو الحال بالنسبة لدول الخليج، وبعض دول المغرب العربي، مثل ليبيا والجزائر، أو بالنسبة للدول المستهلكة له والتي تنتمي في أغلب الأحيان إلى الدول الصناعية المتقدمة.[126]

إنّ حاجة الدول النامية لاستغلال الثروات الطبيعية يتعيّن عليها التعاقد بنفسها أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من جهة، وبين الشركات الأجنبية الكبرى من جهة أخرى من أجل التنقيب والإنتاج والتسويق.

إنّ السعي وراء تحقيق قدر من التوازن بين مصالح الدول المنتجة للثروات الطبيعية والشركات الأجنبية أدى إلى تحولات هامة في العلاقة التي كانت تربط بينها، لذلك انتقلت هذه العقود من عقود الامتياز التقليدية، إلى عقود أكثر توازن كعقود المشاركة وعقود المقاولة.

---

[126] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 53

1- عقود الامتياز

عقد الامتياز[127] تصرّف تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه واستغلال هذه الموارد والتّصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة .[128]

تعدّ عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأتها إلى أواخر القرن التاسع عشر و بدايات القرن العشرين، وتتّسم هذه العقود بطول مدّتها، بحيث يمكن أن تصل إلى 100 سنة[129].

إنّ عدم تقدير مادة البترول وأهميتها الاقتصادية من قبل الدول المنتجة له، وافتقارها لرؤوس الأموال والخبرة الفنية الكافية، زيادة على ذلك فقد تمّ إبرامها في ظروف سياسية ، لم تعطي فيها للدولة مانحة الامتياز حق مناقشة شروط الامتياز، إذ كانت أغلب هذه الدول واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى والتي تنتمي إليها الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول، وقد كانت حكومات الدول المستعمرة دائمة التدخل لمساندة هذه الشركات[130].

ولقد اتّسمت عقود الامتياز باختلال التوازن لصالح شركات التنقيب والاستغلال حيث تضمنت في تفاصيلها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة بوجه عام.

---

[127] – يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود المسماة في بعض الدول كفرنسا و مصر، وهو أحد العقود الواردة على العمل، ويصطلح عليه في بعض الحالات "**التزام المرافق العامة**" .

[128] – عدلي محمد عبد الكريم، ص ص 37-38.

– عرّف جانب من الباحثين في الجزائر عقد الامتياز أمثال الدكتور ناصر لباد أنّه: عقد أو اتّفاق تكلّف الإدارة المانحة سواءً كانت الدولة أو الولاية أو البلدية بموجبه شخصا طبيعيا(فردا)، أو شخصا معنويا من أشخاص القانون العام(بلدية)، أو القانون الخاص (شركة مثلا)، يسمى صاحب الامتياز بتسيير واستغلال مرفق عمومي لمدة محددة، ويقوم صاحب الامتياز بإدارة هذا المرفق مستخدما عمّاله وأمواله، ومتحمّلا المسؤولية الناجمة عن ذلك و في مقابل القيام بهذه الخدمة أي تسيير المرفق العمومي، يتقاضى صاحب الامتياز مقابل مبلغ مالي يحدد في العقد يدفعه المنتفعين بخدمات المرفق. أنظر في ذلك : ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، سطيف، 2006، ص 212.

[129]- LEBOULANGER Philippe, Op.Cit., p 14.

[130] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص49- 50.

وبتغيّر الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية لهذه الدول، لجأت هذه الأخيرة إلى إعادة النظر في هذه العقود بما يحقق مصالح الأطراف المتعاقدة واتّخاذها إجراءات مثل إلغاء الامتياز قبل أجله المحدّد، وإجراء التأميم الذي سارت عليه بعض الدول منها الجزائر.

اعتمدت الجزائر منذ الاستقلال على قطاع المحروقات وفق أشكالٍ تعاقدية مختلفة، إلاّ أنّها قد أعادت تحديد النّظام القانوني لنشاطات البحث واستغلال مواردها الطّبيعية ، وفق أسلوب الامتياز[131] .

وفي هذا الإطار صدر القانون رقم 05-07 المتعلّق بالمحروقات والمحدّد للنّظام القانوني لنشاطات البحث عن المحروقات واستغلالها والذي يفتح المجال أمام الشّركات الأجنبية قصد استغلال أكثر للثّروات الباطنية باستعمال تكنولوجية متطوّرة في هذا المجال[(132)].

2- عقود المشاركة:

كانت بعض عقود الامتياز تنص على إمكانية مشاركة الدول المنتجة للشركة في رأسمال الشركة صاحبة الامتياز، إلاّ أنّه لتأكيد السيطرة هذه الشركات على الدول المنتجة للبترول لم توضع موضع التنفيذ[133]. والجدير بالذكر أنّ أوّل المشروعات المشتركة يتمثل في الاتفاق المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول NIOC وAGIP الذي قامت به إيران وانتهى بإنشاء المشروع المشترك « Société Irano- Italienne des pétroles » SIIP وهو الشركة الإيرانية الدولية للبترول[134].

---

[131] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 54.

[132] – أنظر المادة الأولى من القانون رقم 05-07 مؤرّخ في 28 أفريل 2005، يتعلّق بالمحروقات، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 19 جويلية 2005، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-10، المؤرّخ في 29 جويلية سنة 2006، ج ر ج ج عدد 48، صادر في 30 جويلية 2006، والقانون رقم 13-01، المؤرّخ في 20 فيفري 2013، ج ر ج ج، عدد 11، صادر في 24 فيفري 2013، والأمر رقم 14-10 المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، والقانون رقم 15-18 المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد72، صادر في 31 ديسمبر 2015.

[133] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 40.

[134] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 56.

ظهرت عقود المشاركة كبديل لعقود الامتياز التقليدية، حيث تقوم الدولة المنتجة للبترول من خلالها بالاشتراك بحصة من رأسمال الشركة التي تقوم باستثمار البترول، وبالتالي تصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة ويكون لها الحق في ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة[135].

ولقد ازداد ظهور شكل المشاركة في المجال البترولي، نظرا للجوء الدول المنتجة للبترول إلى إنشاء مؤسّسات نفطية عمومية كما هو الحال بالنسبة لـ SONATRACH الجزائرية. كما اقتصرت مساهمة الشركات الأجنبية على إثر التأميمات الجزائرية على نسبة 49% من خلال شركة مساهمة جزائرية [136].

3- عقود المقاولة:

يعرف عقد المقاولة بالعقد الذي بمقتضاه يتعهّد أحد المتعاقدين بصنع شيء ما، أو أن يؤدّي عملا مقابل أجر يتعهّد بدفعه للطرف الآخر[137] وفي المجال البترولي، فهو عقد يتمّ بمقتضاه استعانة الدولة الممثلة في إحدى المؤسسّات المشرفة على النقل بمقاول ممثّل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج، على أن يتحمّل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع.[138]

والجدير بالذكر أنّ أجر المقاول في عقود المقاولة البترولية عبارة عن نصيب في الإنتاج أو الأرباح حسبما اتفق عليه مسبقا، وهذا خلافا بالنسبة لعقود المقاولة العادية.

ثانيا: عقود التعاون الصناعي

تعتبر عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبيا، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن الماضي[139]، حيث أنّ التقدم الاقتصادي الّذي تشهده الدول المتقدمة من جهة، وتفتقد له الدول

---

[135] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص ص 112-113.

[136] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 56.

[137] – المادة 549 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمّن القانون المدني الجزائري، المعدّل والمتمّم، مرجع سابق.

[138] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 41.

[139] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 114.

النامية من جهة أخرى، أدّى بهذه الأخيرة إلى إنشاء علاقات مع هذه الدول المتطوّرة، بغية نقل التكنولوجيا والاستفادة منها، ومن ثمّ تقليص الفجوة بينها وبين الدول المتقدمة.

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنّه: "**صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معيّن بمزيد من الفعالية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة**" [140].

إنّ التطور الصناعي والتكنولوجي لا يمكن تحقيقه إلاّ من خلال تعاون صناعي قوي يربط بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية، وتتّخذ عقود التعاون الصناعي عدّة أشكال أهمّها:

1- عقود نقل التكنولوجيا:

تعدّ هذه العقود من أحدث عقود الدولة، فهي عقود تسمح للدول النامية بالحصول على التقنية الحديثة من الدول المتقدمة أو أحد الأشخاص التابعين له التي تملك هذه التقنية أو براءة اختراعها[141]، وتعرف عقود نقل التكنولوجيا على أنّها اتفاق بتعهّد بمقتضاه مورّد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات، وعليه فلا بيع أو شراء أو تأجير وبيع العلامات التجارية أو التراخيص لاستعمالها نقلا للتكنولوجيا إلاّ في حالة ما إذا كان جزءً من عقد نقل التكنولوجيا أو مرتبطة به[142] .

ولقد تعدّدت تعريفات التكنولوجيا عند الفقه، إذ يعرفها البعض "**بأنّها مجموع المعارف والمهارات التي تمكّن المجتمع من إنتاج السلع والخدمات**"[143] .

---

[140] – أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، مرجع سابق، ص 147.

[141] – إبراهيم محمد القعود، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مرجع سابق، ص 297.

[142] – حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 49.

[143] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 31.

يتم اللجوء إلى نقل التكنولوجيا عن طريق العقد الذي يبرم بين الطرف المورد والمستورد للتكنولوجيا، غير أن موضوع العقد يختلف من عقد إلى آخر، فقد يكون محل العقد هو نقل التكنولوجيا كما هو الحال بالنسبة للدول المتطورة فيما بينها التي تكون على دراية فنية متقاربة، وبالتالي تكون موضوعه الأساسي، وهو ما يسمى عقد نقل المعرفة الفنية[144]. إلاّ أنّ العقود التي تبرم بين الدول المتقدمة والدول النامية معروفة بالضعف في الدراية الفنية مما يستلزم أن تكون متبوعة بتقديم المساعدة الفنية اللازمة للاستغلال الأمثل لهذه المعرفة الفنية[145].

2- عقود المساعدة الفنية:

يقصد بعقد المساعدة الفنية، الاتّفاق الّذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الايجابية والخدمات الضرورية وذلك للأخذ بيد المتلقي لها حتى يبدأ السير على الطريق السليم المرجو من عقد نقل التكنولوجيا[146].

وعليه فإنّ هذه العقود، تشمل الالتزام بتوفير العمالة الفنية والخبراء لتدريب العمالة المحلية، الذين توكل لهم مهمة تشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في عملية الإنتاج، وتلقينهم مختلف الأساليب الفنية لإدارة المشروع.

3- عقود تسليم المفتاح

لقد ظهرت عقود المفتاح في اليد في الولايات المتحدة الأمريكية وكانت ترتبط بمجال المباني المعدة للسكن، حيث يلتزم المقاول ببناء أو إنجاز عمارة ما، ابتداءً من مرحلة التصميمات الخاصة بالبناء، إلى مرحلة انتهائه، وتقديم المفتاح لصاحبه[147].

---

[144] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 58.

[145] – حسان نوفل، مرجع سابق، ص 49.

[146] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 58.

[147] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 61.

يعرّف عقد تسليم المفتاح بأنّه التزام المستثمر أن يسلّم طالب الاستثمار مجمّعا صناعيا في حالة تسمح بتشغيله، مع تحمّل المستثمر المسؤولية الكاملة عن التشييد، وضمان التشغيل بالمعدلات المتفق عليها، لقاء مقابل محدد[148].

وعليه فإنّ الغرض من إبرام عقود تسليم المفتاح هو تجهيز وحدة صناعية، وتسليمه جاهزا للتشغيل، ولقد اعتمدت العديد من البلدان النامية، من بينها الجزائر بهذا النوع من العقود مباشرة بعد الاستقلال.

يتخذ عقود تسليم المفتاح أشكالا مختلفة، حيث نجد عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بتسليم مصنع متكامل من آلات وبراءات اختراع وعلامات تجارية وصناعية، كما نجد عقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل الذي يلتزم الطرف الأجنبي زيادة على التسليم والمساعدة الفنية بتدريب العمالة المحلية فنّيا، وتشغيل المصنع[149].

4- عقود المنتوج في اليد:

يقصد بعقد تسليم المنتج في اليد ذلك الاتّفاق الذي يلتزم من خلاله الطرف الأجنبي علاوة على إقامة المصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج، فإنّه يلتزم بتقديم المعونة التقنية، وتدريب العمالة المحلية حتى تكتمل قدرتها على تشغيل المصنع والإنتاج على نحو أفضل[150].

تعتبر الجزائر دولة رائدة في مجال عقود المنتج في اليد، فبعد أن أثبتت عقود المفتاح في اليد فشلها في اكتساب التكنولوجيا إذ اقتصرت على إنجاز مركبات صناعية مكلفة، عملت الجزائر على إجبار الطرف المورد بتحويل حقيقي لمعارفه[151].

---

[148] – مرتضي جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 53.

[149] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 116.

[150] – حسان نوفل، مرجع سابق، ص 50.

[151] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 62.

ولقد أبرمت الدولة الجزائرية هذا النوع من العقود لأول مرة بين الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية Sonacome والشركة الألمانية DIAG لإنجاز المحركات والجرارات، بالإضافة إلى الاتفاق المبرم بتاريخ 30 جويلية 1970 بين الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية وشركة برلييه Berliet، وهذا الاتفاق بالرغم من عدم إشارة العقد إلى أي نص يبين نوع العقد، إلا أنه اعتبر من عقود الإنتاج في اليد[152].

تهدف عقود المنتج في اليد إلى جعل الطرف الأجنبي يعمل على النقل الفعلي للتكنولوجيا وتظهر على شكل مركب يلتزم الطرف الأجنبي بثلاث التزامات أساسية تتمثل في تسليم أشياء مادية، ونقل التكنولوجيا، ضمان المورد إنتاج معين.

ثالثا: عقود الأشغال العامة الدولية

إنّ التطور الاقتصادي والصناعي لأي دولة يتطلب إنشاء بنية تحتية لخدمة هذا التطور، وذلك من خلال إنشاء محطات للكهرباء وشبكات الاتّصالات وإقامة المستشفيات والمطارات والطرق وغيرها من الإنشاءات، ونظرا لما تحتاجه هذه المشروعات من تكاليف عالية، فلجأت الدولة بهدف تنفيذ هذه المشروعات إلى التعاقد مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة و ذات خبرة وفيرة في هذا المجال[153] .

فعقود الأشغال العامة الدولية، عقود تبرم بين الدولة أو شخص عام تابع لها وشخص أجنبي يلتزم فيها هذا الأخير بتنفيذ عمل عام مقابل إتاوة تدفعها له الدولة[(154)]. وتهدف هذه العقود إلى تحقيق المنفعة العامة.

---

[152] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 62.

[153] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 68.

[154] – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 191.

وتعرف عقود الأشغال العامة الدولية بتلك العقود التي تبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي يهدف إلى إنجاز أعمال ذات طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دول أخرى[155].

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا التعريف هو أن عقد الأشغال العامة الدولي يستلزم بعض الشروط وهي: أن ينصب العقد على عقار ويكون بهدف تحقيق منفعة عامة، كما تتم الأشغال لحساب شخص معنوي عام، بالإضافة إلى توفر صفة الدولية.

تأخذ هذه العقود صورا متعددة ومن أبرزها عقود البناء والتشغيل والتحويل (BOT) Building Operate Transfer.

يقصد بعقود البوت (BOT) تلك المشروعات التي تموّلها الشركة الأجنبية، على أن تظل ملكا للحكومة أو إحدى هيئاتها، حيث تبرم الجهة الحكومية عقدا مع المستثمر لتمويل وتشييد مرفق من المرافق البنية التحتية، على أن يكون لهذا المستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل أرباح التشغيل لفترة معينة، تنتقل فيها بعد ذلك أصول المرفق ومسؤولية إدارته إلى السلطة المتعاقدة وتبقى أصول المشروع للدولة[156] .

عمدت العديد من البلدان إلى إبرام عقود البوت BOT لتمويل مشاريعها في مجالات عدة، مثل بناء المطارات، الموانئ، الطرق، وكذلك المجمعات الصناعية وفق أشكال مختلفة تتمثل في:

- عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT.
- عقود البناء والتملك والتشغيل BOO
- عقود البناء والإيجار ونقل الملكية BLT
- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل DBFO.

تساهم عقود الأشغال العامة الدولية بمختلف صورها، في تحقيق التنمية للدولة المضيفة، وذلك ببناء المرافق الاقتصادية الأساسية، من دون تحمّل ميزانية الدولة للأعباء المالية، بالإضافة إلى امتناع

---

[155] – عبد الخالق الدحماني، مرجع سابق، ص 117.

[156] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 70.

الدول للاقتراض من أجل تغطية هذه الأعباء، ما يساعدها على المضي في إنشاء مرافق اقتصادية جديدة.

الفرع الثاني

عقد الاستثمار الأجنبي كنموذج لعقود الدولة

تعتبر الاستثمارات العنصر الأساسي الّذي ترتكز علية الخطط الاقتصادية العامة في معظم البلدان، لاسيما بلدان العالم الثالث والتي هي في طور تنمية اقتصادها[157]، وتتعدد وتتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها في تحقيق التنمية الاقتصادية.

ونظرًا لارتباط عقود الدولة بالاستثمار وبالتنمية الاقتصادية وذاتية هذه العقود المتميزة عن باقي العقود الدولية الأخرى المستمدة من مبرّرات ودوافع مختلفة. جعل من عقود الاستثمار النموذج الأصيل لها، لذلك يتعيّن علينا توضيح مدى اعتبار كل عقد استثمار عقد دولة (أولا)، ومن ثمّ سنتطرق إلى معايير دولية هذه العقود(ثانيا).

أولا: مدى اعتبار كل عقد استثمار عقد دولة

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة أو الهيئات التابعة لها، ويختلف تكييفها حسب اختلاف الشكل الذي تتدخل فيه في العلاقة التعاقدية، فقد يكون العقد إداريا خاصة بالنسبة للأنظمة التي تعرف هذا النوع أو هذا المفهوم، وقد يتعلق بعقود تجارية داخلية أو بعقود عادية في مجال التجارة الدولية التي تظهر فيها الدولة كتاجر، كما قد يتعلق الأمر بعقود استثمار يستغرق تنفيذها مدّة طويلة، وتتّصل بتنمية القدرات الاقتصادية للدولة، ومن هذه العقود، عقود التنمية الاقتصادية وبصفة أساسية عقود الاستثمار[158].

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبية الدعامة الأساسية للاقتصاد حيث يساهم في تحقيق التطور في المجال الصناعي بنقل التكنولوجيا الحديثة أو في المجال السياحي بنقل المعرفة الفنية، كما يساهم في

---

[157] – لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص 11.

[158]– إقلولي محمد ، مرجع سابق، ص ص 69– 70.

تدريب وتشغيل اليد العاملة والعديد من المزايا التي تعود بالنفع على البلدان النامية، حيث تعتبر من أهم الوسائل التمويلية لها من خلال ما يقدمه من رؤوس أموال ضخمة، ولعلّ هذا ما جعل عقود الاستثمار من نماذج عقود الدولة.

ينصرف مصطلح عقود الاستثمار الأجنبية إلى تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي خاص في مجال الاستثمار، بمعنى أنّه يمثّل أحد عقود الدولة بمعناها الواسع ويشكّل مرادفا لما يطلق عليه عقود التنمية الاقتصادية[159] ولكن هل هذا يعني أنّ كل العقود المبرمة بين الدولة والشركات الأجنبية عقود دولة؟

لقد بحث الفقه عن الشروط التي يجب أن تتوفر في عقود الاستثمار الأجنبية حتى تنتمي إلى فئة عقود الدولة وفكر الفقهاء أنّ بعض عقود الاستثمار لأهميتها و لغاياتها وأهدافها لها طبيعة خاصة، وهي ما اصطلح عليه في الستينات والسبعينات باتّفاقات التنمية الاقتصادية[160]، ولعلّ هذا المفهوم يحيلنا إلى عقود الاستثمار أين نجد بعض الالتزامات الخاصة المفروضة على الشركة الأجنبية والتي تساهم في تنمية الدولة المضيفة للاستثمار، كتشييد الطرق، المطارات...إلخ. إذ أنّ هذه العقود نظرا لخصوصيتها فإنّها تعامل وتستفيد من نظام خاص هو نظام عقد الدولة. [161]

وفي هذا الإطار تضمنت بعض عقود الامتياز في السابق شروطًا لا يمكن وجودها في عقود دولية عادية، كما تضمنتها أيضًا عقود الاستثمار التي غالبا ما تلجأ إليها الدول النامية في إنجاز مشاريع اقتصادية ضخمة، أو مشاريع تتعلق بالبنية التحتية للدولة كبناء موانئ، وإقامة سكك حديدية، طرقات...

---

[159] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 20.

[160] – تستعمل عبارة "اتّفاقات التنمية الاقتصادية" التي كانت قد اشتهرت في بداية الخمسينات في كتابات الرئيس السابق لمحكمة العدل الدولية "اللورد ماك نير Lord Mc Nair"، ثمّ عادت لتحتل مكانا هاما في القانون الدولي للتنمية، وهي منتقدة لكون عبارة "تنمية" إن كانت تعبر عن هدف الدولة فهي لا تعبر عن هدف المستثمر الأجنبي المتمثل في الربح لا تنمية البلد المضيف للاستثمار.أنظر في ذلك:

– قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 33.

[161] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 21–22.

الخ، لأن العقود التجارية الدولية العادية لا تحتوي مثل هذه الشروط لأنّ الدولة تتصرف فيها مثل التاجر العادي بعكس عقود الدولة في مجال الاستثمار[162].

تمّ التأكيد على هذا المعنى في تحكيم Aminoil، حيث ذكر المحكمون فيه، بأن "عقد الامتياز" أصبح أحد الأدوات الأساسية للتطور الاقتصادي والاجتماعي للمجموعة الوطنية التي هي في مرحلة من التّطور[163].

إنّ الالتزامات التي تقع على عاتق شركات الامتياز في مجال البنية التحتية وتكوين اليد العاملة لها أهمية بالغة، الأمر الذي يستوجب تعاون بين الدولة والمتعاقد الأجنبي من أجل الوصول إلى التطور الاقتصادي للدولة المضيفة.

كما تتطلب عقود التنمية الاقتصادية بالنظر لأهميتها بالنسبة للدولة المضيفة لأجل إبرامها تدخل السلطات العليا في الدولة، وإن الذي يتدخل في العلاقة التعاقدية إنما يتدخل باسم الدولة ويمثلها في العلاقات الدولية، لهذا نقول بأنه ليس كل عقد يبرم بين الدول والشخص الأجنبي هو عقد دولة، ولا يمكن تكييف أي عقد بأنه عقد دولة انطلاقا من المفهوم الواسع لعقد التنمية الاقتصادية مثلا، لأنه يمكن لأي عقد من هذا القبيل أن يساهم في تنمية الدولة المضيفة، لكن هناك عقود تنمية تساهم أكثر، لاسيما عندما يتعلق الأمر بعقود تمثل أهمية خاصّة بالنسبة للاقتصاد الوطني وما تتضمنه من مميزات لا نجدها في باقي العقود العادية الأخرى[164].

ثانيا: معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي

إنّ البحث عن معايير دولية العقد ترجع أسبابه إلى صعوبة وضع تعريف جامع ومانع للعقد الدولي. كما أن التطور الذي عرفته العلاقات التعاقدية قد أدى إلى ظهور أنواع كثيرة من العقود الدولية مما جعل من مسألة تصنيفها عملية صعبة المنال.

---

[162] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 70.

[163] – Sentence Aminoil du 24 Mars 1982, JDI, 1982, p. 895.

[164] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 71.

بالرغم من اهتمام فقهاء القانون والاقتصاد بعقود الاستثمار كنوع من العقود الدولية، إلاّ أنّها لم تعرف تعريفًا قانونيًا، بسبب تشابك الجوانب الاقتصادية والقانونية والسياسية التي تفرض نفسها في وضع التعريف[165].

أمام هذه الصعوبة لم يستقر الفقه على وضع معيار محدد لإضفاء صفة الدولية على العقد وتحديد ماهية العقد الدولي، حيث استخدم الفقه ثلاثة معايير لتحديد صفة الدولية، فاتجه جانب منه إلى اعتماد الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية لتحديد دولية العقد وهو المعيار القانوني، في حين ذهب جانب آخر إلى البحث في مدى اتّصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية وهو المعيار الاقتصادي، في حين ظهر إتّجاه ثالث يجمع ما بين المعيارين آخذا مزايا كلّ منهما ومتجاهلا الانتقادات لتبرير فكرة دولية العقد.

1- المعيار القانوني:

يقوم المعيار القانوني في تحديده لدولية العقد على فكرة مفادها أنّ العقد يعتبر دوليا لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية[166] .

أي أنّه بموجب هذا المعيار يعدّ العقد دوليا إذا اتّصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة[167] ، أي إذا تضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الأقل سواءً كان ذلك العنصر شخصيا كجنسية الأطراف المتعاقدة أو موضوعيا كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه[168].

غير أنّ أنصار هذا الاتّجاه قد اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتّصاف هذه الرابطة بالصفة الدولية، ما أدى إلى ظهور صورتين مختلفتين لهذا المعيار القانوني، الأولى تقليدية والثانية حديثة.

---

[165] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 80.

[166] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 78.

[167] – CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3 ème édition Vuibert, Paris, 2007, p 10.

[168] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 60.

أ- المعيار القانوني التقليدي:

يذهب أنصار هذا المذهب إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية من حيث الثقل، بحيث يكفي أن يتضمن العقد عنصرا أجنبيا ليضفي على العقد الطابع الدولي، كأن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن تكون جنسياتهم مختلفة، أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان تنفيذ العقد مختلفا عن دولة القاضي. ويعتبر هذا المعيار وفقا لأنصاره هو القادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص.[169]

ولقد تعرض هذا المعيار للانتقاد ذلك أنّه يعتمد فقط على العنصر الأجنبي لإضفاء صفة الدولية على الرابطة العقدية، مما يجعل هذا المعيار معيارا جامدا، وغير كاف لوحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، لأنّه لم يأخذ في الاعتبار أهمية وفاعلية هذا العنصر وأثره في إضفاء الصفة الدولية على العقد.

ب-المعيار القانوني الحديث:

يرى أنصار هذا المعيار أنّه يتعيّن التفرقة بين العناصر القانونية التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية للعقد، بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية، بحيث لا يعتبر مجرّد العناصر الأولى كافيا لإضفاء الطابع الدولي على هذه الرابطة، بل يتعين على اكتساب الصفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرّقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر[170].

فإذا تطرقت الصفة الأجنبية لعنصر محايد لعناصر العقد، فإنّ ذلك لا يكفي لتوافر الصفة الدولية على هذا العقد، فلا يعقل أن يعتبر العقد على سبيل المثال لمجرد أنّه حرر على ورق صنع في دولة أجنبية.[171]

---

[169] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 79.

[170] – مرجع نفسه، ص 80.

[171] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 75.

إنّ تحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية فمثلا إذا كانت جنسية المتعاقدين تعدّ عنصرا سلبيا غير مؤثر في عقود المعاملات المالية، فهي على العكس تعدّ عنصرا حاسما في عقود الزواج، حيث أنّ تمتّع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء الصفة الدولية على العقد. ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية، أنّ تحديد هذه الصفة يتم من خلال معيار كيفي هو العنصر الأجنبي المؤثر في هذه الرابطة بغض النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تتطرق إليها. [172]

وعليه فقد تتعدد العناصر الأجنبية في العقد إلاّ أنّها تعجز عن إلحاق الوصف الدولي به، بينما قد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية بعنصر وحيد من عناصره ما دام أنّ هذا العنصر يعدّ فاعلا أو مؤثرا، فتكييف العقد لا يتم على أساس "عددي" بل وفق منهج "كيفي"، يقوم على طبيعة ونوعية العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان عنصرا مؤثرا أو دون ذلك، بغض النظر تماما عن الكم العددي لعناصر العقد الذي لحقتها هذه الصفة[173].

2- المعيار الاقتصادي:

يعتمد المعيار الاقتصادي على موضوع العقد ومحتواه المادي والاقتصادي مثل انتقال حركة رؤوس الأموال عبر الحدود، ومدى تأثيرها على الاقتصاد الدّاخلي لمختلف الدول المعنية.[174]

لقد ظهر هذا المعيار في أواخر سنوات العشرينيات من القرن العشرين، وذلك في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية، وارتبط ظهوره في فرنسا على إثر ما اتّجهت إليه محكمة النّقض الفرنسية حيث وضعت بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية، ومن ذلك إقرارها لصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية، رغم بطلان مثل هذا الشرط إذا ورد في عقد داخلي، وإقرارها بسلامة شرط الذهب وغيره من الشروط النقدية التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا

---

[172] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 80.

[173] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 79.

[174] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 82.

تضمنها عقد دولي، على الرغم من بطلان هذه الشروط في المعاملات الداخلية بطلانا مطلقا لتعارضها مع النظام العام الداخلي[175].

يعتبر العقد دوليا وفق هذا المعيار إذا كان متّصلا بمصالح التّجارة الدولية، ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في حدّ ذاته يحتاج إلى تعريف فقد تعددت صور هذا المعيار، حيث كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات اقتصادية معينة يشهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه هذا المعيار[176] .

أ- معيار المد والجزر:

يقصد بذلك أنّ العقد لا يعتبر دوليا إلاّ إذا انطوى على حركة مد و جزر أي ذهاب و إياب للبضائع ورؤوس الأموال عبر حدود دولتين أو أكثر.

ولقد ارتبط ظهور فكرة هذا المعيار بالقضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة عرضت على محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي1927[177]، وتتمثل وقائع هذه القضية في أن نزاعا قد ثار بصدد مشروعية الاتّفاق على الوفاء بالأجرة بالجنيه الإسترليني بشأن عقد إيجار عقار موجود في الجزائر، تمّ إبرامه بين شخص إنجليزي وهو المؤجر وآخر فرنسي وهو المستأجر، وتمّ الاتّفاق في العقد على أن يكون مكان الأجرة في لندن أو في الجزائر.

لم تكتف المحكمة بالأخذ باختلاف جنسية الأطراف، أو اختلاف مكان التنفيذ لاعتبار العقد دوليا، أي المعيار القانوني التقليدي، فقضت بعدم مشروعية ذلك الشّرط، لأنّ النّزاع ليس دولي حيث أنّ استئجار العقار لم يؤدِّ إلى دخول بضائع أو أموال إلى فرنسا. وقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية أنّ "**العقد يعتبر دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية، ولو كان خاليا من العنصر الأجنبي، ويعتبر العقد داخليا إذا لم يترتب عليه مدفوعات دولية**"[178].

---

[175] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 104.

[176] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 81.

[177] – مرجع نفسه، ص 81.

[178] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 65.

ولقد تعرض هذا المعيار للنقد لانعدام قدرته على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية المالية، كما لا يمكن اعتبار كل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثّل في مبلغ الوفاء، لأنّ هناك عدّة طرق أخرى وعديدة للوفاء، لذلك فلا مناص من تطوير هذا المعيار.

ب- معيار مصالح التجارة الدولية

حسب هذا المعيار يعدّ العقد دوليا إذا ارتبط بمصالح التجارة الدولية، أي إذا انطوى العقد على رابطة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، كأن يتضمّن استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، وكل ما يترتب عليه حركة ذهاب و إياب للأموال عبر الحدود. [179]

ارتبط هذا المعيار بحكم صادر من محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 19 فيفري 1930 في قضية تتمثّل وقائعها في أن عقد بيع أبرم في فرنسا بين فرنسيين بشأن بيع مائة طن قمح بموجب عقد بيع (C.A.F) وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والذي تضمّن شرط تحكيم، وتمّ عرض النّزاع الذي ثار بين الطرفين أمام القضاء الفرنسي، وبالرّغم من أن العقد قد أبرم في فرنسا وبين فرنسيين، ومكان التنفيذ في فرنسا، فإنّ محكمة النّقض قد نقضت ما انتهت إليه محكمة الاستئناف في أن العقد يخضع لأحكام القانون الفرنسي، ولا يمكنه أن يتخلّص من القاعدة الآمرة في القانون الفرنسي التي تقضي ببطلان شرط التحكيم الذي يتضمّنه العقد، فقرّرت محكمة النّقض أن بطلان شرط التّحكيم الذي نصّت عليه المادة 1006، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا يتعلّق بالنّظام العام في فرنسا، وعليه إذا كان هذا البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية، فإنّه لا يسري في نطاق العقود الدولية التي تكتسب الصفة الدولية، لاتّصالها بمصالح التجارة الدولية حتى وإن كان انتقال القيم الاقتصادية فيها يتمّ في اتّجاه واحد[180].

[179] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 105.

[180] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 82-83.

3- المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط):

يقرّ القضاء الفرنسي الحديث بضرورة الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ذلك لعدم كفاية وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) لتحديد دولية العقد، بل لابد أنّ يرتبط بمصالح ومقتضيات التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) .

وقد اتّجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي بخصوص إصباغ الصفة الدولية على العقد من خلال هذا المعيار المزدوج بالجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي معا، وهذا ما نستشفه في حكم محكمة النّقض الفرنسيّة الصّادر بتاريخ 4 جويلية 1972 الذي أكّد دولية العقد ومن ثم شرط التّحكيم المدرج في العقد المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاها وكيلا للشركة الهولنديّة مما يجبز له تسويق منتجاتها قي فرنسا، الأمر الذي يبيّن اتّصال الرّابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني، (النّظام القانوني الهولندي والنّظام الفرنسي).

لم تكتفِ المحكمة بتوافر المعيار القانوني من خلال وجود العناصر الأجنبيّة لتقرير دولية العقد، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من خلال انتقال الأموال عبر الحدود يمس على هذا النحو مصالح التّجارة الدوليّة (المعيار الاقتصادي) [181]، وبالتّالي فإنّ الصّفة الدولية للعقد لا تتحقّق إلاّ بتوافر المعيارين القانوني والاقتصادي.

4-موقف المشرع الجزائري من معايير دولية العقد:

بخصوص موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية للعقد فنجد أنّه لم يتطرق لمسألة تعريف العقد الدولي، غير أنّه بالعودة إلى ما جاء به المرسوم التشريعي 09/93 [182]، نجد أنّه أعطى تعريفا للتحكيم التجاري الدولي، حيث جاء في المادة 458 مكرر على أنّه: " **يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخصّ النّزاعات المتعلّقة بمصالح التّجارة الدولية والذي يكون فيه مقرّ أو موطن أحد الطّرفين على الأقل في الخارج** ".

---

[181] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 84.

[182] – مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرّخ في 25 أفريل 1993، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-154 مؤرّخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ج ج عدد 27، صادر في 27 أفريل سنة 1993.(ملغى).

وبما أنّ التحكيم التجاري الدولي يتعلّق بالعقود الدولية فإنّه من الممكن أن ينقل هذا التعريف للعقود الدولية.

انطلاقا من نص المادة أعلاه نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الاقتصادي، وبذلك يكون قد حذا حذو المشرع الفرنسي في اعتماده المعيار الاقتصادي من خلال نص المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تنصّ على: " **يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية**".

بالعودة إلى الفقرة الثانية من نص المادة 458 مكرّر التي تنص بأنّه " **على أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل موجودًا بالخارج** " فنلاحظ أن المشرّع الجزائري لم يكتف بالمعيار الاقتصادي فقط بل أخذ كذلك بالعنصر الأجنبي المتعلق بالمقر أو موطن أحد الأطراف.

بمعنى أنّه إذا كانت الأطراف المتعاقدة مقيمة في الجزائر، فلا نكون بصدد عقد دولي، حتى ولو تحقق المعيار الاقتصادي، فحتى يكون التحكيم دوليا، يجب أن يخص مصالح التجارة الدولية، وأن لا يكون مقر كل الأطراف في الجزائر.

وقد أخذ المشرع الجزائري كذلك بما أخذ به القانون السويسري عندما اعتمد المعيار القانوني، غير أنّه لم يحدّد الوقت الذي يتمّ فيه تحديد العنصر الأجنبي على خلاف ما جاء في القانون السويسري الذي حدّده بوقت إبرام العقد حيث تنص المادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص على أنّه: " **يطبق القانون الجديد:**

- **إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا**
- **أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشارطة التحكيم**".

و بهذا تكون المادة 458 مكرر قد أخذت بمعيارين معا، المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي.

إلاّ أنّه بصدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[183]، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تراجع عن موقفه، بحيث أصبح يتبنى المعيار الاقتصادي و هذا ما نستشفه من خلال نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص على أنّه: " **يعدّ التحكيم**

[183] – قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فيفري 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الّذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

المطلب الثاني

تكييف عقد الاستثمار الأجنبي وتمييزه عن بعض العقود المشابهة

يعتبر عقد الاستثمار الأجنبي من الآليات والأدوات الّتي لجأت إليها الدول النامية من أجل تحقيق أهدافها التنموية، ولانعقاد هذا العقد يجب توافر ثلاثة(03) أركان لا تقوم من دونها فالركن الأول هو أن تكون الدولة أو إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها طرفا في العقد، أماّ الركن الثاني فيتمثل في المستثمر الأجنبي سواءً كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أمّا الركن الثالث فيتمثل في العقد بحدّ ذاته الّذي يتضمن أحكاما تنظم حقوق والتزامات الطرفين، غير أنّ وجود الدّولة أو إحدى الهيئات التابعة لها طرفا في العقد أدى إلى اختلاف الفقهاء حول تحديد التكييف القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي (الفرع الأول)، وغالبا ما يحدث من اللبس بينه وبين بعض العقود المشابهة له، مما يتعين علينا تمييزه عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تكييف عقد الاستثمار الأجنبي

تثير مسألة تحديد تكييف العقود المبرمة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص العديد من الإشكالات القانونية الّتي تتميّز بصعوبتها، وتنتج هذه الصعوبة عن التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، حيث أنّ كلاهما ينتميان لنظام قانوني مختلف ويدخلان في المعاملات التعاقدية بمفاهيم خاصة فالدولة كسلطة عامة ذات سيادة تتمتع بمزايا خاصة، أمّا الشخص

الأجنبي فيتعاقد بمفهوم العلاقات التعاقدية الخاصة وفقا لمبدأ "**العقد شريعة المتعاقدين**" [184]على قدم من المساواة.

بالإضافة إلى عدم التكافؤ في المراكز الاقتصادية بين الدولة كطرف في هذا النوع من العقود وذلك نظرا لإمكانياتها الاقتصادية والمعرفية المحدودة وبين الطرف الثاني في العقود والمتمثل في الشركات العملاقة الاقتصادية، وما تملكه من قدرات على جميع المجالات الّتي تتركها تتفوق على الدول أو طرف الثاني للعقد الّذي يسعى لجلب الاستثمارات الأجنبية للعمل في مثل هذه المشروعات، حيث يتحتّم عليها في تقديم بعض التنازلات والحوافز للمستثمر الأجنبي وهو ما قامت به الدول في تشريعاتها[185].

ولقد ترتّب عن كلّ هذه المميزات جدلا فقهيا كبيرا حول تكييف هذه العقود وانقسم إلى عدّة اتّجاهات فالاتّجاه الأول يرى أنّ عقد الاستثمار اتّفاقية دولية وذلك من أجل سحب الاختصاص من القانون الوطني للدول المضيفة للاستثمار لصالح نظم قانونية أجنبية(أوّلا)، أما الاتّجاه الثاني فيعتبره من عقود القانون الخاص(ثانيا)، في حين يذهب فريق ثالث إلى اعتبارها عقود إدارية وذلك لثبات إنفراد القانون الداخلي لهذه الدول بالاختصاص(ثالثا) غير أنّ الفقه الغالب في القانون الدولي يذهب إلى اعتبار عقود الدولة ذات طبيعة مختلطة(رابعا).

أولا: عقد الاستثمار الأجنبي اتّفاقية دولية

يرى بعض الفقه أنّ عقود الاستثمار من ضمن الاتفاقيات الدولية وذلك من أجل جعل الالتزامات الناشئة من عقد الاستثمار التزامات دولية، وذلك لصالح المتعاقد الأجنبي أي أنّه يترتب عن إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها اتّجاه المستثمر الأجنبي طرف في العقد مسؤولية دولية، كما لو أنّها أخلت

---

[184] – لقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا المبدأ من خلال نص المادة 109 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الّتي تنص على أنّ: "**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب الّتي يقررها القانون**".

[185] – أزاد شكور صالح، مرجع سابق، ص ص38–39.

بإحدى اتّفاقياتها الدولية[186]، ويعتبر أصحاب هذا الاتّجاه الّذين ينادون بتدويل عقد الاستثمار من المدافعين على مصالح الشركات المهيمنة في مجال التّجارة العالمية حيث ذهبوا إلى أنّ وجود الدّولة بوصفها طرفا رئيسيا في عقود الاستثمار، يجعل أنّ لا مناص من تدويل عقد الاستثمار، بالتالي تعامل عقود الاستثمار معاملة الاتّفاقية الدولية، ومنه يختص القانون الدولي العام بحكمها، ويترتّب عليه إذا ما أخلّت الدولة المتعاقدة بما ألزمت به بمقتضاها تنعقد مسؤوليتها الدولية[187]، إذ يُسوّي أصحاب هذا الاتّجاه بين عقود الاستثمار والاتّفاقيات الدولية.

ولقد تم تكريس الرأي الرامي إلى تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة في مجال الاستثمار في قضاء التحكيم، ففي تحكيم Texaco Calasiatic توصل المحكم الوحيد DUPUY إلى أنّ العقد محل النزاع ما هو إلاّ عقد مدول، فهو يعادل المعاهدة الدولية، ولقد نتج عن ذلك مسؤولية الحكومة الليبية، على أساس أنّ العمل الذي قامت به يعد عملا غير مشروع، ولقد توّصل كذلك إلى إمكانية تطبيق القانون الدولي العام على العلاقات التي تتم بين الدول والأشخاص الخاصة[188].

ومن أجل تفادي الفكرة السائدة في الفقه والقضاء الدوليين الّتي مفادها أنّ العقود الّتي تبرم بين الدولة وطرف خاص أجنبي لا يملك أدنى قدر من الشخصية القانونية الدولية، الّذي لا يُعتبر شخصا من أشخاص القانون الدولي العام، حتّى يكون مخاطبا بأحكامه وتطبيق قواعد القانون الدّولي على تصرفاته القانونية وما يبرمه من تعاقدات، فذهبوا إلى أنّ تدويل العقود المبرمة بين الدولة والشخص الخاص الأجنبي، لا يعني بالضرورة إعطائه اختصاصات مماثلة لاختصاصات الدولة، ولكنه يهدف إلى تمتعه بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى الدولي والدفاع عن حقوقه بالاستناد إلى القانون الدولي العام، واعتبروا أنّ صفة الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي لا تخوّله إلاّ الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد[189]

---

[186]- مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 69.

[187]- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 180.

[188]- إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 177.

[189]- محمد الروبي، مرجع سابق، ص 181.

تعد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى خطوة هامة باتجاه خلق نظام قانوني دولي حقيقي، يتضمن قواعد قانونية دولية ملزمة تتعلّق بنوع معين من عقود الدولة ألا و هي عقود الاستثمار، فإنّ التحكيم تحت مظلة المركز يقوم بتطبيق القانون الدولي العام بالإضافة إلى أنّ أحكام التحكيم الصادرة عنها تعدّ بمثابة أحكام دولية أو متصلة بالقانون الدولي وتعدّ أحكاما نهائية ملزمة للطرفين، وتُمكّن الطرف الخاص من تنفيذ الحكم الصادر لصالحه في جميع الدول المُنظمة في الاتفاقية وتمنع الدولة الصادر الحكم ضدّها من التّمسك بخصائصها القضائية أمام محاكم الدول الأخرى الطرف في المعاهدة المنشئة للمركز[190]، وهذا ما تضمّنه نص المادة 54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965[191].

ويرى الأستاذ **Dominique Berlin** أنّ ذلك يدل على بداية وجود نظام قانوني وجزاءات تطبيق على فئة محددة من العقود، ألا وهي عقود الاستثمار، وهذا ما يساند فقهاء الذين ينادون بتدويل العقد واعتبار عقد الاستثمار من المعاهدات الدولية لتدعيم وجهة نظرهم إذ يقولون بأنه بزغ في الأفق فرع جديد من فروع القانون الدولي العام يحكم عقود الدولة أطلقوا عليه تسمية القانون الدولي للعقود[192] .

لكن بالرغم من أهمية هذه الآراء وتكريسها في مجال قضاء التحكيم، إلاّ أنّ هذا التوجه يبقى محل انتقاد من قبل الدول النامية على اعتبار أنّه يخالف التعريف الأساسي للمعاهدة الدولية المبرمة بين الدول أساسا، كما أنّه يركز على قوة الطرف الأجنبي على حساب الدولة، مما يجعله يكتسب شخصية قانونية دولية وهذا يخالف الواقع[193].

---

[190]– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص70.

[191]– تنص المادة 54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أنّه : "**يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأيّ حكم صدر في نطاق هذه الاتّفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية الّتي يفرضها الحكم على نحو يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة وإذا كانت الدولة المتعاقدة ذات طابع فيدرالي فإنّها تضمن تنفيذ الحكم عن طريف تدخل محاكمها الفيدرلية**" .

[192]– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 71.

[193] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 179.

ثانيا:عقد الاستثمار الأجنبي من العقود الإدارية:

ذهب جانب من الفقه إلى أنّ عقود الدولة وفي مقدمتها عقود الاستثمار ليست اتفاقيات دولية، أو عقودا خاصة، وإنّما هي من قبيل العقود الإدارية ليتسنى للدولة المضيفة الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة من أجل تحقيق المنفعة العامة.

إنّ العقد الإداري حسب هؤلاء، لا يتعارض مع مقتضيات النمو الاقتصادي للدولة[194]، ولا غاية العقد خاصة مع تعاظم دور الدولة الحديثة في الحياة الاقتصادية، وتوجهاتها الاقتصادية، فهذه الأهداف والتوجهات عززت نمو قواعد القانون العام في إطار العقد الإداري، وأكّدت إدارية تلك العقود، وذلك حماية للمصلحة العامة. والدولة في مزاولتها لنشاطها قد تتعاقد مع الغير، وقد تتولى إشباع حاجياتها بنفسها، ويأخذ شكل هذا التعاقد شكل العقد الإداري ليس كون الإدارة طرفا فيه فحسب بل موضوع العقد ذاته.

يعرّف العقد الإداري بأنّه: "العقد أو الاتّفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا غير مألوفة في القانون الخاص" [195]. ويتضح من خلال هذا التعريف أنّ العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في :

- أن يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون االعام.
- أن يتصل العقد بمرفق عام.
- أن يتضمّن شرطا أو شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

وعليه فقد أسند فقهاء هذه الاتّجاه إلى مجموعة من الاعتبارات الّتي تجمع بين العقد الإداري وبين عقد الاستثمار نذكر منها:

أنّ أحد أطراف العقد الدولة أو أيّ جهاز من الأجهزة التابعة لها والّتي تمثلها، فالعقد الّذي لا تكون فيه الدولة أو إحدى هيئاتها لا يمكن أن يعدّ من قبيل العقود الإدارية.

---

[194] – محمد عبد الله المؤيد، "التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها"، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد 16، 2003، ص 161.

[195] – عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود Bot، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 92.

إنّ الهدف الأساسي من إبرام عقد الاستثمار الأجنبي هو تحقيق منفعة عامة أو تسيير مرفق عام، كما أنّه يقوم على أساس فكرة المصلحة العامة، فهذا ما يؤدي إلى غض النظر عن ما يحققه عقد الاستثمار إلى الربح أم لا.

تعتبر عقود الاستثمار الّتي تبرمها الدولة أنّها من قبيل العقود الإدارية، ذلك أنّها تحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه الشروط الاستثنائية إنّما هي الشروط التي تمنح أحد الأطراف المتعاقدين حقوقا أو تحمّله بالتزامات غريبة في طبيعتها عن العقود المدنية والتّجارية، ومن أشهر هذه الشروط تلك التي تخول المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة الّتي تمارسها جهة الإدارة عادة، وبالقدر الّذي يتطلبه العقد الإداري، مثل الحق في شغل بعض العقارات الخاصة لمدة محدودة دون رضى ملاّكها، أو استعمال الأملاك العامة بشكل يجعله صاحب احتكار فعلي،[196] وكذا الحق في إعفاء الضرائب وتخفيض الجمارك أو تضمين العقد شرط التحكيم و شرط الثبات التشريعي، في المقابل نجد الشروط الاستثنائية التي تتضمن امتيازات للدولة، مثل الحق في الرقابة والتفتيش وكذا حقها في تأميم المشروع إذا استدعت المصلحة العامة لذلك.

باعتبار أنّ عقود البوت من عقود الاستثمار فيضيف أنصار هذا الاتّجاه أنّه بإسقاط ما تقدّم من الاعتبارات التي تتوفر في العقد الإداري على عقود البوت نجد ا أنّ الشروط الثلاثة للعقد الإداري تجتمع في عقود البوت، إذ تعتبر الدولة الطرف الأوّل في عقود البوت تحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ضف إلى ذلك أن عقود البوت ترد دائما على مرفق عام [197]

ويخلص أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ عقود الاستثمار الأجنبية هي عقود إدارية، ومقتضى هذا التعريف أن تخضع لقضاء وقانون الدولة المضيفة للاستثمار.

بالرّغم من أهمّية هذا الاتجاه، الذي حاول تطبيق نظرية القانون الإداري على المستوى الدولي، وفي عقود الاستثمار إلاّ أنّه عند التمعن في هذه العقود يثبت إمكانية عدم توفر هذه الاعتبارات المتمثلة في الشروط الثلاث الأساسية للعقود الإدارية، الأمر الّذي يؤدي إلى انهيار نظرية إطلاق صفة العقد

---

[196] – عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 82.

[197] – مرجع نفسه، ص 93.

الإداري على عقد الاستثمار، بحيث أن توفر الشرطين الأولين –شرط أن تكون الدولة طرفا فيه، وأن يتصل العقد بمرفق عام– غير كاف ليعدّ هذا العقد عقدا إداريا، إذ يعتبر الشرط الثالث المتمثل في إدراج شروط غير مألوفة شرطا أساسيا للقول بأن العقد من قبيل العقود الإدارية[198].

وبالرغم من إدراج عقود الاستثمار ضمن العقود الإدارية، فإنّ ذلك لا يؤدي إلى إزالة التّعارض في الأهداف والمصالح التي تختلف مبدئيّا بين الأطراف المتعاقدة ، كما أنّ قيام الدولة بوضع قيود على سلطتها العامة لصالح المستثمر الأجنبي – وخلافا للعقود الإدارية– بغرض تشجيع وجذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، لاسيما ما يتعلق بسلطتها في تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة عن طريق شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، كما أنّ قبول الدولة لمثل هذه الشروط من شأنها إزالة الطابع الإداري على العقد، ذلك أنّها تصبح على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، بل قد يفوقها في بعض الأحيان نفوذا وسيطرة[199].

تأكيدا لما سبق فإنّ مسألة موضوع العقد والقانون الواجب تطبيقه عند حصول نزاع ما، والثابت أنّ الكثير من هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنية أو التجارية، وأنّ معظم المؤسسات التحكيمية تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف، من ثمّ قانون الدولة المتعاقدة أو القانون الدولي، في حين أنّ القانون الإداري يبقى عقدا وطنيا يخضع في كلّ الأحوال لقانون الدولة الطرف في النزاع[200].

وقد برر المنتقدون لفكرة العقد الإداري الدولي، إلى وجود عدّة نظم قانونية لا تعرف فكرة العقد الإداري وإلى موقف العداء من جانب المستثمرين الأجانب اتّجاه السلطة العامة في الدول خاصة الدول النامية للحفاظ على حقوقه و منافعه ضدّ المخاطر التشريعية والإدارية، مما انعكس على عدم تطوّر فكرة العقد الإداري الدولي[201].

---

[198] – بعلي محمد صغير، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، 2005، ص 19.

[199] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 77.

[200] – مرجع نفسه، ص 77.

[201] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص ص، 78.

ثالثا: عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون الخاص:

يتفق الفقه على أنّ الدولة قد تبرم عقودا عامة وأخرى خاصة، غير أنهم اختلفوا حول تكييف بعض أنواع العقود منها عقود الاستثمار[202]، حيث اعتبرها جانب من الفقه من قبيل العقود التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص، ويستندون في تبرير أفكارهم إلى كون أنّ مقتضيات التجارة الدولية تستلزم عدم التمسك بأساليب القانون العام في التعاقد، ذلك أنّ الدولة في حالة تمسكها بسلطاتها والامتيازات الممنوحة لها، فإنّها بذلك تهدم العلاقات التعاقدية مع الطرف الأجنبي، كما أنّ ذلك يثير مشاكل سياسية بين الدولة المضيفة و دولة المتعاقد الأجنبي، في حالة لجوئه إلى الحماية الدبلوماسية لدولته، و من هنا يستوجب على الدولة أن تنزل لمستوى المتعاقد الخاص حتى تحقق مصالحها الخاصة إذا كانت الدولة جالبة للاستثمار[203].

كما يرى أنصار الخصخصة إلى أنّ عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمّنها الدولة شروط استثنائية، فمتطلبات التّجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد مع غيرها كسائر الأشخاص العاديين دون أن تمارس سلطتها وتميّزها الإداري في العقد، وعليه تتعاقد الإدارة وفقا لأحكام القانون الخاص، ولا يمكن لها أن تُضمّن العقد شروطا استثنائية، فإذا كانت الدولة تستطيع أن تضمّن عقودها الداخلية شروطا استثنائية وفقا لأحكام القانون العام، فلا يمكنها تطبيق هذه الشروط على الأطراف الأجانب في العقد على اعتبار أنّ سيادة الدولة محددة داخل إقليمها الجعرافي.[204]

ضف إلى ذلك فإنّ عقد الاستثمار يقوم على حقوق والتزامات متعادلة بين طرفي العقد، حيث أنّ المستثمر الأجنبي في الغالب ما يكون من القوة وبالتالي يفرض شروطه و يكون ندا للدولة، وعندئذ يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الّذي يحكم عقود القانون الخاص[205].

---

[202] – محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 158.

[203] – مرجع نفسه، ص ص 158–159.

[204] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 82.

[205] – مرجع نفسه، ص ص 81– 82.

كما يذهب أنصار هذا الاتجاه أنّ اعتبار عقود الاستثمار من قبيل العقود الإدارية من شأنه أن يؤدي إلى تخوف المستثمرين الأجانب و ترددهم من استثمار أموالهم في البلدان التي تعتمد هذا التكييف، وذلك تجنبا للمخاطر التشريعية، القضائية، والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها، لذلك يرى أنصار الفكر المنادي بخصخصة عقود الاستثمار، أنّه ينبغي على الدولة التي تسعى لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها، والحفاظ على العلاقات اقتصادية قوية في الخارج أن تبتعد عن أساليب القانون العام وتلجأ إلى العقود المدنية والتّجارية، وهو ما ينسجم مع مقتضيات التجارة الدولية ومتطلبات التعامل الدولي[206].

إنّ حاجة الدول النامية للنمو الاقتصادي تقتضي التعاقد بأسلوب القانون الخاص، إذ أنّ الغالبية الاقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية، ضف إلى ذلك فإنّ المتعاقد مع الدولة غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبيرة تتمتع بحماية دولية وسياسية، تمنع بذلك تطبيق النظرية العامة للعقود الادارية [207].

من الأحكام التحكيمية التي اعتبرت عقود الاستثمار من عقود القانون الخاص خاصة الليبيّة منها، نذكر منها حكم BP، حيث أكّد المحكم الوحيد Lagergren بأنّ عقد الامتياز محلّ النّزاع هو عقد من القانون الخاص، مما يؤكّد الطبيعة التعاقديّة له، لأنّ له معنى خاص يتميّز عن المعنى الموجود في القانون الدّاخلي[208].

وفي تحكيم Liamco ، بين الشركة الأمريكية Liamco والحكومة الليبية، حيث ذهب المحكّم Mahmassami، إلى أنّ الفقه الحديث والقواعد العامة السائدة بخصوص عقود الامتياز البترولية تُوح تكييف هذه العقود على أنّها من قبيل عقود القانون الخاص، حيث أنّ الأنشطة التي يقوم بها المستثمر المتعاقد لا

[206] – محمد الروبي، مرجع سابق، ص 79.

[207] – حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص ص 60-61

[208] – STERN Brigitte, « Trois arbitres, un même problème, trois solutions, les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitre international », Revue de l'arbitrage, N° 1, 1980, p 17.

تعتبر من الأعمال المتعلقة بالمرفق العام، كما أنها مشروعات لها طبيعة خاصة، وبالتالي يحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود. [209]

أمّا في تحكيم Aramco، الذي يتعلّق النزاع فيه، بين المملكة العربية السعودية وشركة Aramco، توصلت محكمة التحكيم أنّ العقد المبرم بين الطرفين ليس عقدا إداريا إذ أنّ القانون السعودي المنبثق من الشريعة الإسلامية لا يتضمّن أيّة قواعد محددة تنظّم الثروة البترولية، كما أضاف المحكم أنّه لا يمكن اعتبار العقد المبرم بين شركة Aramco والحكومة السعودية عقدا إداريا ذلك أنّ شركة Aramco، حال قيامها باستغلال الثروة البترولية لم تكن تقوم بأداء خدمة عامة للجمهور وبالتالي ينتفي وصف امتياز المرفق العام، وينتفي بذلك الطابع الإداري لهذا العقد[210]، وعليه حكمت لصالح شركة Aramco، ومنه فإنّ عقد الامتياز ذو طبيعة تعاقديّة.

ولقد تأكّد الطابع الخاص لعقود الاستثمار في تحكيم Texaco[211]، حيث أكّد صراحة المحكم الوحيد Dupuy الطابع التّعاقدي لأعمال الامتياز، حيث رفض الطبيعة العامة لها، لعدم توفر أركان العقد الإداري فيها وفقا للقانون الليبي، إذ يرى المحكم أنّ موضوع الامتياز ليس استغلال لمرفق عام، وأنّ الدولة الليبية تعاقدت مع الشركات المدعية على قدم المساواة، وليس بصفتها سلطة عامة، كما أنّ هذه الامتيازات لم تتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص، حيث ذهب المحكم إلى أنّ اعتبار شروط الثبات الموجودة في العقد على أنّها شروط غير مألوفة، أمر لا تقرّه المحكمة، وإذا كانت أهم ميزة في القانون الإداري هو طابع عدم المساواة، فإنّ شرط الثبات التشريعي يعدّ شرطا سلبيا، تتعهّد الدولة بمقتضاه بعدم استعمال سلطاتها التي تتمتع بها أصلا دون موافقة المتعاقد الآخر، وبالتالي فإدراج مثل هذه الشروط تعبر عن إرادة الدولة على التعاقد مع الطرف الآخر في العقد على قدم المساواة[212] ، وعليه فلقد تمّ استبعاد فكرة العقد الإداري في هذا الحكم عند تكييفه للعلاقة العقدية.

---

[209] – محمد الروبي، مرجع سابق، ص 86.

[210] – مرجع نفسه، ص 83.

[211] - Sentence Texaco, Clunet 1977, pp 364 -366.

– لمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك: حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 375–377.

[212] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 79.

من خلال ما سبق نلاحظ أنّ التحكيمات السالفة الذّكر قد أخذت بفكرة تخصيص عقود الدولة بصفة عامة، ضف إلى ذلك فإنّ تحكيمات المركز الدولي اعتبرت هي الأخرى كلّ النزاعات المتعلّقة بالاستثمار عقودًا خاصة، حيث كرّست سمو قواعد القانون الخاص على قواعد القانون العام، وهذا يسير في الاتّجاه الرّامي إلى تشبيه الدولة المتعاقدة بالشخص الخاص وجعل عقود الدولة من العقود الدولية العادية [213].

لكنّ بالرّغم من سيطرة فقه خصخصة عقود الاستثمار، وتكريس ذلك في مختلف التحكيمات، برفض تطبيق نظريّة العقد الإداري عليها، إلاّ أنّ هناك جانب من الفقه قد أظهر معارضة شديدة لهذه الفكرة، إذ يرى أنّ هذه الفكرة لا تتلاءم مع ذاتية وخصائص عقود الاستثمار، خاصة وأنّها تتضمّن ملامح للسلطات العامة –أيّا كان قدرهها– لمساسها بالضرورة بتحقيق المصلحة العامة[214]، ومن ثمّ لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار ذات طبيعة خاصة، ولا يمكن إدراجها في إطار الأشكال التقليدية للعقود في القانون الخاص المحض.

كما أنّ شرط الثبات التشريعي يعتبر شرطا من شروط الاستثنائية التي تعد دليلا قويا على إدارية العقد لا على خصخصته، لأن تضمين العقد الّذي تبرمه الدولة بشرط الثبات التشريعي دليل على أنّ العقد يحتوي على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، إذ أنّ أطراف هذه الأخيرة لا يمكن لهم التعهّد بعدم تعديل التشريعات السارية وقت إبرام العقد، أو القانون الواجب التطبيق[215].

ويضيف المعارضين لفكرة اعتبار عقود الاستثمار من قبيل عقود القانون الخاص إلى أنّ شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، تثبت إدارية عقود الاستثمار ولا تنفيها، إذ لا يوجد مثل هذه الشروط في القانون الخاص، بل أنّ شرط الثبات يعتبر بمثابة اعتراف غير مباشر للمستثمر الأجنبي بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في أيّ وقت، إلاّ في حالة الاتّفاق على غير ذلك، كما أنّ الفكرة التي استند عليها أنصار الخصخصة و التي مفادها أن عقود القانون الخاص تنسجم مع متطلبات التجارة الدولية وما

---

[213] - OPPETIT Bruno, « Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage Framatome et autres C/ Atomic Energy organisation of Iran », Clunet, 1984, N° 1, p 56.

[214] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 83.

[215] – محمد الروبي، مرجع سابق، ص 117.

تقتضيه التوجهات الاقتصادية وتشييع الاستثمارات الدولية لا تعدوا إلاّ أن تكون مجرد مناشدة الدولة لتتبع أساليب القانون الخاص من قبل الفقه.[216]

رابعا:الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار الأجنبي

من خلال الآراء السابقة يتّضح لنا، بأنّ الفقه لم يستقر على تكييف معيّن لعقود الاستثمار، فلا هي اتفاقيات دولية تخضع للقانون الدولي العام، ولا هي عقدا من عقود القانون الخاص تخضع للقانون الخاص، ولا عقدا إداريا يخضع للقانون العام، لذلك يذهب رأي إلى اعتبار عقد الاستثمار ذات طبيعة مختلطة، حيث يمكن أن يكون ذات طبيعة تعاقدية أو غير تعاقدية، كما يمكن أن يجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص.

إنّ الشروط الجديدة في هذا العقد تجعل له طابعا مختلطا ذو طبيعة خاصة، إذ أنّ هذه الشروط تتضمّن تطورات جديدة تقيّد سيادة الدولة وتقلص سلطتها، فتسلب العقد من قضائها الوطني المختص بالنظر في نزاعه، وتمنع الدولة بالظهور بمظهر السلطة العامة في العقد، إذ لا يمكن لها أن تعدل هذا العقد بإرادتها المنفردة، كما أنّها تقوم بتحصين المستثمر الأجنبي ضد التغيير في تشريعات الضرائب والجمارك، والتي قد تضرُّ بالجانب المالي للمستثمر الأجنبي.[217]

وفي ضوء عناصر عقود الاستثمار نجد أنّ واقع هذه العقود تحتوي على عنصر السلطة في القانون العام وعنصر المساواة المعروف في القانون الخاص فهي عمل قانوني خاص ذو طبيعة مختلطة، فعقود الامتياز تجمع بين صفة القانون العام بالنسبة للسلطة المانحة للامتياز، وصفة القانون الخاص بالنسبة لصاحب الامتياز. وهناك من يرى أنّ امتياز البترول هو عمل قانوني ذو طابع مزدوج، حيث يقول الأستاذ "LEBOULANGER "إنّه لا يمكن إنكار أنّ التعاقد مع شركة وطنية محلية لتنفيذ نفس العقد سيوصف أنّه عقدا من العقود الإدارية، ولا يمكن التسليم بأنّ وصف العقد يتغيّر بمجرد وجود الجنسية الأجنبية للمشروع المتعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار"[218] .

---

[216] – حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 62.

[217] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 84.

[218] – محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 181.

وقد أيّدت العديد من الأحكام التحكيمية الطبيعة المختلطة لعقود الاستثمار في أكثر من مناسبة ففي قضية Aramco، أشار المحكم إلى أنّ امتياز المناجم هو عقد ذو طبيعة مزدوجة خاصة لا يمكن أن ينتمي بالكامل إلى أي صنف آخر من العقود، بمعنى أنّه تصرف يحمل طبيعة العمل المنفرد، لأنّه يعتمد من جانب على ترخيص الدولة ومن جانب آخر يتطلب اتّفاق أو توافق إرادة متبادلة لكل من الدولة وصاحب الامتياز[219]. ولقد ذهب في نفس الاتجاه المحكم Cavain.

وعموما تبقى فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار ليست إلاّ حلاّ جزئيا للمشكلة، في أحسن الظروف، حيث أنّه من الصعب تحديد الغلبة لعناصر القانون العام أو الخاص فيه، إذ يختلف الأمر من عقد لآخر، حيث نستشف أهم عناصر القانون الخاص من خلال الطبيعة العقدية والتجارية للصفقة حيث تناقش بنودها عادة من قبل الطرفين، ولا تفرض من قبل أحدهم على الآخر، ضف إلى ذلك فإنّها تحتوي على شروط متعلقة بالقانون الواجب التطبيق و تسوية النزاعات عن طريق التحكيم[220]. و تهدف شروط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى استبعاد القانون الداخلي للدولة المتعاقدة، أمّا بالنسبة لشرط تسوية النزاعات عن طريق اللجوء إلى التحكيم فهو يهدف إلى توفير وسائل محايدة و فعاّلة لتسوية النزاعات التي قد تنجم عن هذه العقود، إذ أنّ التحكيم من شأنه تبديد مخاوف المستثمرين الأجانب حول خضوع نزاعاتهم لقضاء الدولة المضيفة الّذي قلّما يكون مرحبا به بالنسبة للمستثمرين الأجانب،[221] وهذا ما يوجد أصلا في العقود التي يبرمها أطراف متساوون في المراكز القانونية، في حين تعد أهم عناصر القانون العام في عقد الاستثمار في الدولة المتعاقدة بحد ذاتها ومنح المستثمر الأجنبي امتيازات وتسهيلات سلطات استثنائية، واشتراط المصادقة التشريعية على بعض العقود[222] .

وبالرغم من الصعوبة في تحديد غلبة عناصر القانون العام أو الخاص فإنّ الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار تبقى حقيقة لا يمكن إنكارها، وهو ما يستوجب تطبيق القواعد القانونية الملائمة سواءً

---

[219] – محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 181.

[220] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 85.

[221] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 67.

[222]– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 85.

كانت مما يتعلق بالقانون العام أو الخاص، ولكن مع مراعاة أنّ قواعد القانون الخاص هي القواعد الأساسية والأكثر تطبيق لتلاؤمها مع مرونة شروط العقد واحتياجات المشروع لبعض الامتيازات.[223]

تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة وذلك راجع إلى طبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، الأمر الّذي يستدعي الاعتراف لعقد الاستثمار ببعض المبادئ العامة لتحقيق الهدف المنشود من إبرامها بغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه، ذلك أنّ الطبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، وإنّما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، إذ أنها تهدف بشكل رئيسي في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.[224]

أمّا فيما يخص تكييف عقود الاستثمار الأجنبي في الجزائر، فبالعودة إلى الشروط العقدية التي تتضمّنها اتّفاقيات الاستثمار المبرمة من طرف الدولة الجزائرية، خاصة فيما يتعلق بشرط الثبات التشريعي و شرط التحكيم والامتيازات الخاصة الممنوحة للمستثمر الأجنبي يمكن أن نخلص أنّها تقترب من القانون الخاص، أكثر من القانون العام، وبالتالي فهي لا تعتبر من قبيل العقود الإدارية لأنّها لا تحتوي على معايير نظرية العقد الإداري ولا يطبق عليها قانون الصفقات العمومية، وبموجب هذه الشروط تتنازل الدولة عن الامتيازات التي تستمدها من القانون العام و تتعامل مع الأفراد على قدم المساواة بهدف تحقيق مصالحها، وعليه فإنّ هذا لا ينطبق على نظرية العقد الإداري[225].

---

[223] – بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 75.

[224]– مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص ص 85– 86.

[225] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 189.

ضف إلى ذلك فإنّ اتفاقيات الاستثمار المبرمة من طرف الدولة الجزائرية قد تمّت باسمها، كما أنّ إبرامها يستوجب موافقة السلطة العامة في الدولة، والتزامها بعدم الإخلال بشروط العقد استنادًا لاتفاقية ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات، فإنّ ذلك يجعل تلك الاتفاقيات تقترب من الاتفاقيات الدولية، حتى وإن كانت هذه العقود تتصل بطرف أجنبيً خاص، بمعنى أن تدخل الدولة في هذه الحالة يعتبر تدخلاً بصفتها شخصًا قانونيا دوليًا[226].

الفرع الثاني

تمييز عقد الاستثمار عن بعض العقود المشابهة

يتضمن عقد الاستثمار طبيعة خاصة تميّزه عن العقود الأخرى، ولقد اختلف الفقه حوله، حيث ذهب البعض إلى أنّه عقد إعارة، أو أنّه ينطوي تحت صيغة عقد الإيجار، وإيضاحا لذلك سوف نحاول تمييزه عن هذه العقود .

أولا: تمييز عقد الاستثمار عن عقد الإعارة

عرفت المادة 538 من القانون المدني الجزائري عقد الإعارة بأنه " **عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم إلى المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك بلا عوض لمدة معينة، على أن يرده بعد الاستعمال**"[227].

و عليه من خلال هذا التعريف يتّضح لنا أنّ عقد الإعارة له عدّة خصائص نذكر منها :

- أنه يرد على مال منقول أو عقار.
- تكون المدة في عقد الإعارة محددة أو بانتهاء الشيء فيما أعير من أجله.
- عقد الإعارة من عقود التبرع أي بدون عوض.

---

[226] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 189.

[227] – المادة 538 من الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمّن القانون المدني، معدل ومتمم، مرجع سابق.

بناءا على ما سبق يمكن لعقد الإعارة أن يرد على مال منقول أو عقار فالمعير يمكن أن يعير منزله للمستعير لينتفع من السكن فيه، ، كذلك فإن عقد الاستثمار يمكن أن يرد على عقار أو منقول معا دون التفريق بينهما.كذلك إنّ عقد الإعارة قد يكون محدد المدة أو ينتهي بانتهاء الانتفاع من الشيء فيما أُعير من أجله[228].

ويتشابه عقد الاستثمار مع عقد الإعارة في كونه محدد المدّة، أمّا في حالة عدم تحديد المدّة له وهذا أمر وارد فيكون إنهاؤه في هذه الحالة بإرادة المتعاقدين أو بإرادة أحدهما.

وإذا كان عقد الاستثمار يقترب من عقد الإعارة، إلاّ أنّ هذا الأخير من عقود التبرع (يكون مجاني أي لا يمكن للمعير تلقي أي عوض من المستعير مقابل إعارته الشيء)، فإذا اقترن العقد بعوض محدد مقطوع أو نسبي فقد صفة الإعارة، وأصبح له صفة أخرى قد يكون فيها عقد استثمار، لأن الأخير يقوم على تثمير الأموال و جني الأرباح من وراء ذلك[229].

ثانيا: تمييز عقد الاستثمار الأجنبي عن عقد الإيجار

إذا ما اطلعنا على نص المادة المادة 467 من القانون المدني الجزائري نراه تعرّف عقد الإيجار بأنّه :" **عقد يُمكّن بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدّة محددة مقابل بدل إيجار معلوم**".

وقد يتفق عقد الاستثمار مع عقد الإيجار في أنّ كل منهما يخول لصاحبه الانتفاع المؤقت بالعين المؤجرة إلا أن هناك فروقا بين العقدين، فعقد الإيجار ينصب فقط على منفعة العين وليس هناك أي

[228] – أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت،2017، ص 50.

[229] – مرجع نفسه، ص 50.

اعتبار لأية مزايا أخرى، وهو حق شخصي للمستأجر ولا ينقضي بوفاته وإنما ينتقل إلى الورثة، وإبرام هذا العقد هو من قبيل أعمال الإدارة ويكفي أهلية الإدارة في من يبرم عقد الإيجار، أما عقد الاستثمار فهو من قبيل أعمال التصرف في المال، لذلك يجب أن تتوافر أهلية التصرف في من يقوم بإبرامه[230].

وبغية التفريق بين عقد الاستثمار و عقد الإيجار نقول أنّه إذا انصرف العقد إلى مال منقول متقوم وحده، وإن كان قد وضع هذا المال في عقار أو جزء منه فالعقد يكون هنا في الغالب عقد استثمار لأن محله هو المال المنقول لا العقار و مثال ذلك مدينة الألعاب، حيث أن الألعاب المختلفة الموضوعة في أرض فضاء مسورة، فالعقد الّذي ينصرف إليها يكون المقصود منه استثمار تلك الألعاب و من ثمّ فالأرض الّتي تحوي مدينة الألعاب تعدّ جزءا يسيرا من أجزاء ذلك المال المستثمر[231].

إلاّ أنّ الأمر ليس بهذه السهولة فقد يتوازن في العقد المال المنقول بالمال غير المنقول من حيث الأهمية و لا يمكن التفريق بينهما ولا يمكن حل هذا الأمر إلاّ من خلال خبرة القاضي وفطنته الّذي يميز بين العقار و المنقول ويحدد أهمية كل منهما في العقد، لأنّه لابد من التمييز بين ما إذا كان موضوع العقد عقارا والعقار يعدّ مأجورا ومن ثمّ يكون العقد عقد إيجار و إذا كان الموضوع متجرا أو مصنعا فننظر إلى العقد، فإذا رجحت العناصر المنقولة جميعها أو جزء منها أو حتّى بعنصر واحد منها على العنصر المادي الّذي هو المحل التّجاري(الموضوع) كان العقد عقد استثمار[232].

كما قد يتحد عقد الاستثمار مع عقد الإيجار في أنّ كلاهما متعلق بدفع الأجرة، ففي عقد الإيجار لابد من الأجرة الّتي يمكن أن تكون مبلغا من النقود أو أي مال آخر، أمّا في عقد الاستثمار فالأمر يختلف لأنّ المتعاقدين يسمّون العائد المالي أجرا ولا تنصرف إليه نية المتعاقدين، فصاحب المحل التّجاري الّذي يضعه موضع الاستثمار عند شخص آخر يتقاضى مقابلا، وهذا المقابل قد يكون مقطوعا

---

[230] – عبد الرزاق عبد الله، الفرق بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار، جريدة القبس، 27 جانفي 2018، https://alqabas.com/493794/، تم الإطلاع عليه بتاريخ 14 فيفري 2018.

[231] – أحمد حسين جلاب الفتلاوي، مرجع سابق، ص ص 45-46.

[232] – مرجع نفسه، ص 46.

عن مدّك التعاقد بكاملها وقد تكون نسبة معيّنة من أرباح المحل وقد يكون سنويا أو شهريا طوال مدّة التعاقد[233].

وتجدر الإشارة إلى أنّه من أهم الفوارق بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار أن عقد الإيجار لا ينتهي بنهاية المدة الأصلية المنصوص عليها في عقد الإيجار، بل يمتد امتداداً قانونياً ولا يحق للمؤجر طلب الإخلاء، أما عقد الاستثمار فإنه ينتهي بانتهاء مدته ويحق للمالك طلب الإخلاء.

[233] – أحمد حسين جلاب الفتلاوي، مرجع سابق، ص 46.

الفصل الثاني

خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي

على إثر تطور التجارة الدولية والتدخل المستمر للدول في مجالات المعاملات الاقتصادية لاسيما البلدان النامية، أصبحت هذه الأخيرة تلجأ إلى إبرام عقود الاستثمار، قصد تنمية واستغلال ثرواتها الطبيعية، وإذا كانت هذه العقود تتسم بتعددها وتنوّعها، حيث تسعى إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية، فإنّها تهدف إلى تحقيق غاية واحدة وهي الدفع بعجلة التنمية على جميع الأصعدة. وفي مقابل ذلك يستوجب توفير حماية وضمانات وامتيازات للمستثمر الأجنبي، والتي تمثّل أهم انشغالاته.

تحظى عقود الاستثمار بأهمية خاصة تبررها طبيعتها كونها تبرم بين أحد أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة تتمتع بمزايا السلطة السيادية، وبين أحد أشخاص القانون الخاص سواءً كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يتمتع بقوة اقتصادية قد تفوق الدولة المضيفة، وعليه هذا ما يوضح التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لطرفي العقد، الأمر الذي يستوجب التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من جانب، والمصالح والأغراض التي ينشدها المستثمر الأجنبي من جهة أخرى.

كما يعتبر عقد الاستثمار من العقود الملزمة لجانبين، فثمة حقوق والتزامات تلقى على عاتق طرفي عقد الاستثمار ذات الطبيعة الخاصة التي تعطي لهذه العقود ذاتية مستمدة من مركز هذه الأطراف على الصعيد القانوني (المبحث الأوّل).

كما تبرز الخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار، في الشروط المدرجة فيها، التي تميّزها عن العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية، حيث يشترط المستثمر الأجنبي شروط معينة لتوفير الحماية اللازمة لمشاريعه الاستثمارية وحماية العقد، والتي يمكن أن تحد من سبل الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة، كشرط الثبات التشريعي، وشرط اللجوء إلى التحكيم الّذي يرد ضمن عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

عقد الاستثمار الأجنبي: أطراف غير متجانسة وأسباب أخرى مميّزة

نظرا لعدم توفر رؤوس الأموال الكافية واللازمة التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية لجأت غالبية البلدان النامية بفتح الباب واسعا أمام رؤوس الأموال الأجنبية في شكل عقود استثمار[234].

ويعتبر عقد الاستثمار من العقود الدولية التي تتمتع بطبيعة قانونية خاصة وترجع من جهة إلى موضوعها كونها تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة طالبة الاستثمار، ومن جهة أخرى إلى طبيعة أطرافها غير متجانسة (المطلب الأول)، كما يرجع تميّز هذه العقود من خلال عدة أسباب والتي سنحاول توضيحها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى أطرافه

تقوم عقود الاستثمار كأيّ عقود أخرى عند تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، حيث أنّها تتميّز في أغلبها بحقيقة هامة المتمثلة في التفاوت في المراكز القانونية[235]، الأمر الّذي يؤدي إلى تضارب مصالح طرفي العقد، وخلق وضع يكون فيه الطرف الأجنبي دائم المواجهة مع سلطة حكومية دائمة التدخل بفضل نفوذها كسلطة سيادية (الفرع الأول).

ويقع على طرفي عقد الاستثمار عدة التزامات كما يثبت لها بعض الحقوق وهذا ما سنحاول توضيحه والتعرض إليها (الفرع الثاني).

---

[234] – أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، مرجع سابق، ص 133.

[235]– مرجع نفسه، ص 199.

الفرع الأول

الطبيعة غير المتجانسة لطرفي عقد الاستثمار الأجنبي

قصد تنفيذ الخطة الاقتصادية الوطنية تلجأ الدولة لإبرام عقود مع المستثمرين الأجانب، حيث أصبحت هذه العقود تمثل إحدى الأدوات الأساسية التي لا يمكن للبلدان النامية الاستغناء عنها في تحقيق تنميتها الاقتصادية.

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين، كل منهما ينتمي إلى نظام قانوني يختلف عن الآخر، الدولة من جهة والمستثمر التابع لدولة أخرى من جهة ثانية، وتتميز هذه العقود بخصائص تميّزها عن عقود الدولة الأخرى.

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشاكل، فإنّه من باب أولى أن تتعقّد المشاكل التي تثيرها تلك العقود التي تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية مع المتعاقد الأجنبي المنتمي لدولة أخرى[236].

إنّ الاختلاف في أطراف العلاقة العقدية في مجال الاستثمار[237]، جعلت من عقود الاستثمار الأجنبي تتميز بخصوصية التفاوت في المراكز القانونية، ذلك أنّها تبرم بين طرفين غير متكافئين. حيث أنّ الدولة تعتبر شخص من أشخاص القانون العام الداخلي، كما تعدّ شخص من أشخاص القانون الدولي العام في آن واحد، ومركز الدولة في هذه العلاقة التعاقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات التي لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي المتعاقد معها[238]، والّذي يعد شخصا من أشخاص القانون الخاص كأصل عام[239].

---

[236] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 01-02.

[237] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 224.

[238] – عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مجلة إدارة، عدد 41، 2011، ص 53.

[239] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 08.

ضف إلى ذلك كون الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي من جانب[240]، وأنّ تنفيذ العقد يتمّ في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة من جانب آخر، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية[241]، مما قد يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي، ويجعل الطرف الأجنبي في موقع ضعيف في مواجهة الدولة[242].

في مقابل ذلك لا تزال الدولة في مركز اقتصادي أضعف بكثير من ذلك الّذي يتمتع به الطرف الأجنبي المتعاقد معها، حيث يبقى القول في الغالب بالمركز الأقوى للمستثمر الأجنبي صاحب رؤوس الأموال والمعرفة التكنولوجية الّذي بإمكانه أن يستثمر تلك الأموال والمعرفة أينما يشاء[243].

إنّ افتقار الدول النامية للتكنولوجيا الحديثة والتقنيات العالية جعلها في حاجة للتعاقد مع المستثمر الأجنبي قصد المساهمة في تنميتها الاقتصادية، وهذا لا يأتي إلاّ بتقديم تنازلات وامتيازات خاصة للمستثمر، وبهذا فإنّ القوة الاقتصادية للمستثمر الأجنبي تطغى على القوة الاقتصادية للدولة المضيفة، وعليه هناك من يقول بأنّ سيادة الدولة سيادة شكلية نتيجة ضعفها الاقتصادي والمالي[244].

الفرع الثاني

حقوق والتزامات طرفي عقد الاستثمار الأجنبي

يعتبر عقد الاستثمار الأجنبي من أهم العقود الكبرى التي تسمح بإقامة مشاريع ضخمة تكتسي أهمية بالغة لاقتصاديات الدولة المضيفة، ويترتب عن هذه العقود، آثار قانونية تنشئ على أطرافه بعض الحقوق والالتزامات شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة بين الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية. غير أنّ الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الاستثمار، تختلف وتتباين عن غيرها من الحقوق والالتزامات الأخرى مما يضفي خصوصية على العقود المنشئة لها.

---

[240] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 37.

[241] – عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مرجع سابق، ص 53.

[242] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 37.

[243] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص ص 13- 14.

[244] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 37.

تختلف حقوق والتزامات هذه العقود تبعا لاختلاف نوع العقد المبرم بين الدولة المستقبلة والمستثمر الأجنبي، إلاّ أنّه رغم ذلك الاختلاف يمكن جمعها على نحو يمكن القول معه أنّها تنشأ عن معظم عقود الاستثمار بغض النظر عن نوعها ومهما كان الطرف الملتزم بها سواءً كانت ملقاة على عاتق المستثمر الأجنبي أو على الدولة المضيفة للاستثمار[245] .

وعليه تشمل عقود الاستثمار حقوق والتزامات متنوعة، لذلك ومن أجل دراستها وتوضيحها أكثر لابد من التعرض أولا لحقوق والتزامات الدولة المصيفة (أولا)، ثمّ التطرق إلى حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي (ثانيا).

أولا: حقوق والتزامات الدولة المضيفة

إنّ عقد الاستثمار كأيّ عقد آخر يولد التزامات متقابلة على أطرافه، فبمجرّد إبرام العقد بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي فينتج عنه حقوق والتزامات تقع على عاتق طرفيه، لذلك سوف نبيّن فيما يأتي حقوق الدولة المضيفة للاستثمار، ثمّ نبين في مقام ثان التزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي.

1- حقوق الدولة المضيفة

تتمتع الدولة المضيفة للاستثمار كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي بجملة من الحقوق، ومن بين أهم هذه الحقوق، حق الإشراف والرقابة، الحق في تعديل العقد أو فسخه، والحق في إنهاء العقد.

أ- حق الدولة في الإشراف والرقابة على أعمال الشركة:

إذا قامت الدولة المضيفة بتشجيع الاستثمار الأجنبي، فهذا لا يعني أنّها تطلق يد المستثمر الأجنبي بغير حدود، وإنّما هذا التشجيع يجب أن يتمّ خدمة لأهداف معينة، وأن تتم هذه الاستثمارات الأجنبية في

[245] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 216.

الإطار الّذي يحقق ما استهدفته الدولة[246].ويقصد من سلطة الرقابة، التحقق من أنّ المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه، وتسمح للإدارة بالسّهر على حسن تنفيذ العقد[247] .

إنّ الأصل أنّ للطرف الخاص الحرية المطلقة في الكيفية التي ينفّذ بها التزاماته، إلاّ أنّه يخضع لسلطة الدولة من حيث الإشراف والتوجيه والرقابة[248] على الإنجاز الجيّد للمشروع الاستثماري والتي تعتبر مظهر من مظاهر سيادة الدولة، خاصة أنّ العقود التي تكون الدولة طرفا فيها تهدف أساسا إلى تحقيق التنمية الاقتصادية.

ويتنوع حق الرقابة والإشراف حسب نوعية العقود، فللدولة في عقود البترول حق زيارة المواقع ورقابة البترول الخام وفحص الدفاتر والبيانات، وحق مراقبة العمليات النفطية وتوجيهها، بالإضافة إلى حق المراقبة والإشراف على الإنشاءات الصناعية وفقا للمواصفات المتفق عليها في العقد، كما لها أيضا حق التوجيه والتعديل في التنفيذ، وبالتالي لوكلاء الدولة الحق في الحصول على الوثائق الفنية وذلك قصد التنفيذ الأمثل لالتزامات الشركة الأجنبية ، خاصة عندما يتعلق الأمر بالتنمية الاقتصادية لأيّة دولة[249].

كما للدولة في عقود الأشغال الدولية أو التنمية الصناعية، الرقابة على تنفيذها وفقا لدفاتر المواصفات، ولإصدار الأوامر في ذلك، وأيضا حقها في الموافقة على التنازل في تنفيذ جزء أو كل العقود لطرف آخر والحق في رقابة سير العمليات التنفيذية وفقا للمدة المحددة في العقد[250].

تتنوع وتختلف أشكال الرقابة على الاستثمارات الأجنبية باختلاف مداها وأهدافها من دولة إلى أخرى ومن ظروف لأخرى. فيمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة

---

[246] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 47.

[247] – أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 97.

[248] – يقصد بذلك رقابة التنفيذ، وليس ضابط الرقابة الخاص بالشركة الأجنبية لتحديد جنسيتها والتي نشأت في فرنسا أعقاب الحرب العالمية الثانية. لمزيد من التفصيل حول الشركات التي تحمل الجنسية الفرنسية، أنظر في ذلك: محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية" أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، 2000، ص 110.

[249] – مرجع نفسه، ص 111.

[250] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 127

المشروعات، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأسمال كل مشروع أو في إدارته، أو مع اشتراطها حماية الأيدي العاملة في الداخل، من أيّة منافسة تصطحب الاستثمار الأجنبي الحفاظ على نسبة عالية من العمال والموظفين المتمتعين بجنسية الدولة[251].

كما أنّ هناك الرقابة المترتبة عن ما تستلزمه قوانين الشركات وقوانين الضرائب عامة، كالإطّلاع على حسابات ودفاتر المستثمرين ومراجعتها بدقة تكفل تحقيق ما تستهدفه هذه القوانين من ضمان سلامة العمل واجتناب المضاربات السلبية والإفلاس، وما يترتب عنها من حصول الحكومة على ما تستحقه من ضرائب ورسوم[252].

ب-حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه:

تسعى الدولة المضيفة إلى تضمين العقود المبرمة مع المستثمرين الأجانب على حقها في تعديل العقد حتى يتسنى لها التكيّف مع تغيّر الظروف الاقتصادية والاجتماعية السياسية، في حين أن المستثمر الأجنبي يتمسك بضرورة الثبات في النصوص العقدية دون إجراء أي تعديل فيها.

وكمبدأ عام لا يجوز تعديل العقد إلاّ بموافقة الطرف الآخر، غير أنّه في عقود الاستثمار، يمكن للدولة أن تلجأ إلى تعديل العقد دون الحاجة للموافقة المسبقة للمستثمر الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة، و يعود ذلك إلى أنّ عقود الاستثمار ذات آجال طويلة وبالتالي قد يطرأ من خلالها تغيرات سياسية واقتصادية، مما يستوجب ضرورة إحداث تغييرات وتعديلات في العقد تبعا لهذه الظروف، حتى ولم ينص في العقد على ذلك.

للدولة الحق في فسخ عقد الاستثمار إذا ما أخلت الشركات الأجنبية بالتزاماتها التعاقدية، ويتضمن العقد عادة شروطا مفصلة تبين الحالات التي يكون فيها للدولة حق فسخه كعقوبة. ويعتبر فسخ العقد قمّة الجزاءات التي يمكن للدولة توقيعها على المتعاقد معها نتيجة لإخلاله التعاقدي[253]. ومن بين حالات الفسخ عدم تنفيذ الأعمال طبقا لمواصفات العقد، توقف الشركة عن دفع الرسوم والضرائب المفروضة، تنازل الشركة

---

[251] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 47.

[252] – مرجع نفسه، ص 47.

[253] – أكلي نعيمة، مرجع سابق، ص 112.

عن تنفيذ أعمال العقد لطرف آخر دون موافقة الدولة، وحالة الإعلان عن إفلاس الشركة الأجنبية، وعدم التزام الشركة بالحد الأدنى بالاستثمار...إلخ. ويعتبر الفسخ من النظام العام بذلك فهو قائم ولو لم ينص عليه العقد[254].

ج- حق الدولة في إنهاء العقد:

يحق للدولة المضيفة القيام بإنهاء العقد، وذلك في حالة قيامها أولا بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون بنقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة المضيفة للاستثمار ثم القيام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع ومنع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، وقد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي من أراضي الدولة المضيفة للاستثمار[255]، وقد يتخذ هذا العمل عدة أشكال كلجوء الدولة إلى التأميم، المصادرة ، وتصفية الاستثمار.

2- التزامات الدولة المضيفة

يترتب عن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، حيث تحرص هذه الأخيرة بإزالة كافة العقبات والعراقيل التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر الأجنبي ومساعدته في ذلك، حتى يتم تنفيذ العقد تنفيذا حسنا، بالإضافة إلى التزام الدولة المتعاقدة بمنح المستثمر الأجنبي الحماية الكافية للمشروع الاستثماري.

أ- التزام الدولة بمساعدة المستثمر الأجنبي على القيام بمشروعه الاستثماري

غالبا ما تنص عقود الاستثمار الأجنبية على مجموعة من التسهيلات بما يتعيّن من الدولة الالتزام بتنفيذها، حيث تتعهد الدولة بتقديم المساعدة اللازمة للمستثمر الأجنبي من أجل قيامه بالاستثمار والتمركز

---

[254] - VINCENT Jean-Yeves, CRUCIS Henry-Michel, DE VILLIERS Michel, DE BERRANGER Thibaut, CADEAU Emmaneul, EUDE Catherine, MONDIELLI Eric,YVON le Gall, BACHELIER Gilles, droit public général, institutions politiques, administratives et communautaires, droit administratif finances publics, 3eme édition, édition de Juris-Classeur, Paris, 2003, p 678.

[255] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 128.

على إقليمها، وتقربه من الإدارة وذلك عن طريق تسهيل دخول العمال المكلفين بالقيام بالمشروع بمنحهم مختلف الوثائق الضرورية لمزاولة نشاطهم بصفة قانونية، مثل تأشيرة الدخول ووثائق الإقامة، وغيرها.

كما يجب على الدولة المتعاقدة أن تعمل على تسهيل نقل التجهيزات والمعدات الداخلة في إقامة المشروع الاستثماري من خلال منح التراخيص المتعلقة بالاستيراد أو الاستفادة من العقارات التي يتطلّبها تشييد المشروع بالإضافة إلى منح الرخص الخاصة بالبناء[256].

فضلا عن هذا تلتزم الدولة المضيفة في إطار العقود التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب بإزالة مختلف المعوّقات الفنية التي يمكن أن تعترض السير الحسن لإقامة المشروع الاستثماري، إذ يتعيّن على الدولة المتعاقدة أن تمكّن وتزوّد المستثمر الأجنبي بجميع المعطيات الفنية والمعلومات الضرورية المتعلقة بالمشروع[257].

ب- **التزام الدولة بتوفير الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:**

يعتبر التزام الدولة المتعاقدة بتوفير الحماية الكافية للاستثمار خلال فترة تنفيذ العقد ذات أهمية بالغة سواءً بالنسبة للمستثمر الأجنبي الّذي يبحث على أكبر قدر ممكن من الأمان والاطمئنان على المشروع الاستثماري والظروف التي يؤدي فيها عمله، أو بالنسبة للدولة المضيفة نظرا لما يمثّل من تحفيزات مشجعة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية إليها.

وعادة ما تنص القوانين الداخلية للدول النامية المتعلقة بتشجيع الاستثمارات الأجنبية على تقرير مثل تلك الحماية، سواءً كانت مقررة بشكل عام أو كانت حماية موصوفة بأوصاف خاصة، كأن تكون فعالة وأكيدة. كما أبرمت الدول فيما بينها العديد من الاتفاقيات سواءً كانت ثنائية أو متعددة الأطراف بغرض حماية الاستثمارات التي يقوم مواطني إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى[258] .

---

[256] – أنظر في ذلك: محمد عبد العزيز بكر، مرجع سابق، ص 139.

[257] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 216.

[258] – حفيظة السّيد الحداد، مرجع سابق، ص 237.

توفر عقود الاستثمار الأجنبية ضمانات عديدة بهدف طمأنة المستثمرين، تتمثل في ضمانات قانونية قضائية أو مالية، وفي هذا الإطار تنص المادة 04 من اتفاقية الاستثمار بين وكالة تطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت ACC على أنّه:

" **يستفيد المستثمرون الأجانب المساهمون في رأس مال الشركة من الضمانات الممنوحة للاستثمارات، والمقررة في الباب الثالث من الأمر رقم 01-03، وكذا من الضمانات والحقوق والامتيازات المعترف له بها في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات، الممضاة بين الدولة التي هم رعاياها وبين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية** ".

وباعتبار أنّ الجزائر من الدول التي تسعى إلى جلب الاستثمارات الأجنبية، فيمكن أن نذكر على سبيل المثال التزامها بضمان الحماية للمستثمرين الأجانب في إطار الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في مجال الاستثمار، فقد جاء في اتفاقية الجزائر مع مملكة السويد ما يلي:

"**تحظى الاستثمارات التي أنجزت وفقا لقوانين وتنظيمات الطرف المتعاقد الّذي يتم في إقليمه الاستثمار، بالحماية الكاملة لهذا الاتفاق، ولا يجب على أي طرف متعاقد أن يمنح في أيّ حال من الأحوال معاملة تكون أقل امتيازا من التي يمنحها القانون الدولي الّذي يلزم الطرفين. يجب على كل طرف متعاقد احترام التزاماته تجاه مستثمري الطرف المتعاقد الآخر فيما يخص استثماراتهم**" .

غير أنّه غالبا ما قد تثور في مجال الحماية بعض المشاكل القانونية عند التزام الدولة بحماية الاستثمارات الأجنبية على إقليمها سواءً من حيث طبيعة هذا الالتزام، أو مضمونه والأسباب التي قد تعفي الدولة من المسؤولية عند عدم الوفاء به[259] ، ولنا بشأن هذه المسألة قضية AAPL ضد دولة سريلانكا.

حيث تقدمت الشركة الأسيوية للمنتوجات الزراعية AAPL بطلب التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI، لإلزام حكومة سريلانكا بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء تدمير منشآتها الخاصة، والتي كانت القوات المتمردة قد استولت عليها، مما اضطر قوات الأمن السريلانكية إلى القيام بعمليات عسكرية ضدها الأمر الّذي أدى إلى تخريب الإنتاج الرئيسي للشركة. استندت شركة AAPL، في طلبها على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وحكومة سريلانكا، إذ تضمّنت المادة 02 منها نصّا عامًا يقضي بتوفير

[259] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 265.

الحماية الكاملة والأمن للاستثمارات على إقليم أحد الأطراف المتعاقدة. كما تضمنت المادة 04 من هذه الاتفاقية كيفيات التعويض عن الأضرار التي تلحق الاستثمارات الأجنبية في حالة الاستيلاء، النزاعات المسلحة، الثورة والعصيان المدني وكذا تدمير الأموال المستثمرة بواسطة القوّات المسلّحة إن لم يكن ناتجا عن أعمال قتالية[260].

ولقد تمسّكت الشركة المدّعية بتطبيق ما تنص علية المادة 02 من الاتفاقية التي تقضي بالتزام الدولة المضيفة بالحماية الكاملة وتوفير الأمن للاستثمار، إذ ترى أنّه يقع على عاتق الدولة مسؤولية قانونية كاملة عن الأضرار في حالة تدمير الأموال المستثمرة على أرضها حتى ولو كان التدمير ناتجًا عن أشخاص لا يمتون بصلة للدولة، وكانت الظروف خارجة عن سيطرتها، لذلك ترى الشركة المدعية أنّ الاتفاقية قد وضعت على عاتق الدولة المضيفة التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية كالذي يتطلبه القانون الدولي العام[261] . ولقد رفضت المحكمة هذا الاتّجاه بحيث فسّرت المصطلح الذي تضمنته الاتفاقية المتمثل في "الحماية الكاملة والأمن" حسب مبدأ إعطاء المصطلحات القانونية المعنى المتعارف على إعطائه إيّاها، وهذا لا يعني أنّ إرادة الأطراف قد انصرفت إلى وضع المسؤولية القانونية كاملة على عاتق الدولة المضيفة، كما عنيت المحكمة بالإشارة إلى أنّه لا يوجد سوابق قضائية، تمّ بموجبها تفسير التزام الدولة المضيفة بالحماية الكاملة والأمن أنّه التزام مطلق يضمن عدم حدوث أيّة أضرار، وأنّ مخالفة هذا الالتزام ينشئ تلقائيا مسؤولية قانونية على عاتق الدولة:

Le tribunal ne connait aucune décision dans laquelle l'obligation de l'Etat d'accueil d'assurer aux nationaux d'un autre Etat contractant « pleine protection et sécurité » a été interprétée comme une obligation absolue garantissant qu'aucun dommage ne sera subi et dont la violation créerait automatiquement une « responsabilité de plein droit de l'Etat d'accueil ».[262]

ولقد أكّدت المحكمة أنّ الأضرار التي أُلحقت بممتلكات الشركة المدعية قد نجمت عن أفعال قتالية، وبالتالي فإنّ المحكمة استبعدت مسؤولية الدولة تطبيقا لنص المادة الرابعة من الاتّفاقية الثنائية. وإذا كانت

---

[260] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 219.

[261] – حفيظة السّيد الحداد، مرجع سابق، ص 240.

[262] – sentence du 27 juin 1990, citée par : GAILLAR Emmanuel : CIRDI, chronique des sentences arbitrales, JDI, N° 1, 1992, p 220.

محكمة التحكيم قد استبعدت مسؤولية الدولة، فإنّها لم تتوقف إلى هذا الحد، حيث بحثت عما إذا كانت هذه المسؤولية تتحقق بالإعمال بالالتزام العام بالعناية واليقظة المستقر في القانون الدولي العام، حيث اعتبرت أنّ معيار العناية المعقولة يستوجب من الدولة اتّخاذ جميع التدابير الضرورية من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية، وأنّ عدم الالتزام بتقديم الحماية يُرتّب مسؤولية الدولة عن الخسائر الحاصلة.[263]

لقد استندت المحكمة في تحليلها على القضاء الدولي في قضية الأموال البريطانية في الغرب الإسباني سنة 1923 الذي علّق عليها الأستاذ Max Huber ، حيث أنّه يرى أنّ عدم مسؤولية الدولة لا يعني استبعاد الالتزام بممارسة درجة معينة من العناية واليقظة، فلا يمكن نفي المسؤولية كاملة عن الدولة، فقد كان يتعين على سلطاتها تحاشي الآثار المترتبة على الإجراءات الثورية، وعليه قضت المحكمة بمسؤولية حكومة سريلانكا إذ تبيّن لها أنّ السلطات الحكومية لم تتخذ إجراءات وقائية باهتمام كبير قبل شن الهجوم على المتمردين[264].

على عكس ما ذهبت إليه محكمة التحكيم، انفرد المحكم الغاني المعين من طرف سريلانكا الأستاذ Samuel Asante برأي مخالف، حيث قرر عدم مسؤولية دولة سريلانكا عن الأضرار التي لحقت شركة AAPL، نظرًا لعدم مخالفة الدولة لأي التزام يقرره القانون الدولي العام عليها، كما أنّ الاتّفاقية الثنائية لا يضمن على نحو مطلق الاستثمارات الأجنبية ضد أي أضرار تلحق بها. إضافة إلى ذلك فإنّ المحكمة قد أخطأت عند استنادها على المادة 2/2 من الاتّفاقية الثنائية الّذي يقرر المبدأ العام لحماية الاستثمارات الأجنبية، وفي الوقت ذاته أهملت نص المادة 2/4 من نفس الاتفاقية الذي يضع القواعد الخاصة الواجب إعمالها في حالة الخسائر والأضرار الناجمة عن العصيان المدني، وعليه فإنّ هيئة التحكيم قد أهملت المبدأ الّذي يقضي أنّ النص الخاص يقيد العام، كما تقضي قواعد التفسير القانونية، لذلك فقد ذهب المحكم الغاني أنّ المحكمة قد وقعت في تناقض، فمن ناحية أقرّت بعدم مسؤولية الحكومة عن أعمال التدمير، ومن ناحية أخرى تقرر مسؤوليتها عن عدم اتّخاذ الإجراءات الوقائية اللازمة[265].

وبذلك فبعد أن نفت المحكمة الخطأ من جهة حكومة سريلانكا، قامت بإثباته من جهة أخرى مقررة بذلك مسؤوليتها، بحيث تجاهلت كلّيا حالة القوّة القاهرة، نظرا لعدم قيام الدولة بالإجراءات الوقائية الضرورية.إلاّ

---

[263]–sentence du 27 juin 1990, citée par : GAILLAR Emmanuel, Op. Cit, p 222.

[264] - Ibid, p 223.

[265] - Voir : Opinion dissidente de Mr Asante : JDI, N °01, Op. Cit., p 224.

أنّ هذه الحجة لا أساس لها من الصّحة، فإذا توقّعت الدولة الحدث وقت إبرام العقد واتّخذت إجراءات وقائية ضدّه، فلا تكون أمام حالة القوة القاهرة، ويجمع الفقه في هذه الحالة هي حادث فجائي مستقل عن إرادة المتعاقدين لم يكن متوقّعا عند إبرام العقد، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام وهو ما يتحقّق في حالة النزاعات المسلّحة أو العصيان المدني[266].

ثانيا: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي

إذا أبرم عقد الاستثمار الأجنبي فإنّه يترتب عليه جملة من الآثار على طرفيه تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تتمتع بها الدولة من جهة وما يقابلها من حقوق والتزامات يتمتع بها المتعاقد من جهة أخرى والمتمثل في المستثمر الأجنبي، لذلك بعد تعرضنا لحقوق والتزامات الدولة المضيفة في مقام أوّل، نحاول أن نسلط الضوء في مقام ثان عن حقوق المستثمر الأجنبي الناجمة عن عقد الاستثمار، بالاضافة إلى التزاماته تجاه الدولة المضيفة.

1- حقوق المستثمر الأجنبي

ينتج عن عقد الاستثمار العديد من الالتزامات التي تقع على الدولة أثناء مرحلة تنفيذه، وتمثل هذه الالتزامات في حد ذاته بمثابة حقوق يتمتع بها الطرف الأجنبي، كالتزام الدولة بمنح التراخيص لاستيراد المواد الضرورية للقيام بالمشروع الاستثماري، بالإضافة إلى إلتزامها بحماية وأمن الاستثمارات الأجنبية وغيرها. وكما يمنح عقد الاستثمار حقوقا للدولة المضيفة للاستثمار، فإنّها كذلك تمنح المستثمر الأجنبي حقوقا يتمتع بها.

أ- الحق في توظيف الأجانب:

تخول معظم عقود الاستثمار، المستثمر الأجنبي في توظيف أشخاص أجانب خاصة المتمتعين بكفاءة تنفيذ العمليات الموكلة إليه بموجب العقد، غير أنّ هذا العقد ليس مطلقا، حيث يمكن للدولة المضيفة للاستثمار تقييد هذا الحق متى توفّرت القدرة البشرية الوطنية المؤهلة للقيام بمثل هذه الأعمال.

[266] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص ص 221- 222.

ب-الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية

لقد خولت غالبية عقود الاستثمار الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في استيراد الآلات والمعدات وغيرها مما تحتاجه في تنفيذ العقد، مع الإعفاء من كافة الضرائب والرسوم الجمركية[267] .

وبما أنّ أساس جذب المستثمر الأجنبي هو توفير المزايا لتحفيزهم على الاستثمار في الجزائر، إذ تشكل الحوافز عاملا مهما لتحقيق الأمن القانوني للاستثمار[268]. فقد اتخذت الجزائر عدة آليات من أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية الوطنية، وذلك من خلال العديد من الحوافز الضريبية، وكذا الحوافز التمويلية، بالإضاقة إلى حوافز تتعلق بإمكانية تملّك الأراضي والمشروعات الاستثمارية، وكذا تخفيض قيمة إيجار العقارات والأراضي المتعلّقة بالاستثمارات، علاوة على إمكانية تحويل الأرباح إلى الخارج[269].

ج- الحق في التنازل عن العقد

من أهم حقوق الملكية إجازة التصرف بمشتملاتها، فالقواعد العامة في الالتزامات، ومعظم عقود الاستثمار تجيز لأحد أطراف العلاقة أن يحيل جزءًا أو كلاً من أصوله الناشئة عن العقد إلى متعامل آخر[270]، غير أنّ حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل عن العقد ليس حقا مطلقا وإنّما تقيّده شروط.

وهنا نميّز بين طائفتين من العقود، فالطائفة الأولى تشمل العقود الّتي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية، حيث يكون مباحا لهذه الأخيرة أن تتنازل على كل أو بعض حقوقها أو التزاماتها العقدية سواءً كانت تابعة لها أو مستقلّة عنها، بعد توفّر الشروط التالية:

- أن توفي الشركة المتعاقدة بكامل التزاماتها حتى تاريخ الطلب.

---

[267] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 136.

[268] – دحو مختار، " دور الأمن القانوني في دعم مناخ الاستثمار"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمانة للاستثمار ودعم لمناخ الأعمال في الجزائر، معسكر، يومي 15 و 22 أفريل 2009، ص 01. (غير منشورة)

[269] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 136

[270] – زروال معزوزة، مرجع سابق، ص 532.

- أن تقدّم الشركة الأدلة التي تقبلها حكومة الدولة المتعاقدة والتي تثبت قدرتها المالية .
- أن تشمل وثيقة التنازل على نصوص تقرّر صراحة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد، وما يكون قد أدخل عليه تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل[271] .

أمّا الطائفة الثانية فقد ميّزت بين حالتين: تتمثّل الحالة الأولى في تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة مستقلة عنها. في حين تتمثل الحالة الثانية في تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها لمصلحة شركة تابعة لها، وذلك دون الحاجة إلى موافقة مسبقة من طرف الحكومة المتعاقدة، عكس الحالة الأولى أين اشترطت هذه الطائفة على ضرورة حصول الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقا.

1- التزامات المستثمر الأجنبي

يقع على عاتق المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار التزاما جوهريا يتمثّل في التعهّد بتنفيذ المشروع الاستثماري، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، باعتبار أنّه السبب الأساسي الّذي يدفع الدولة للتعاقد معه.

ويتفرّع عن هذا الالتزام الرئيسي مجموعة من الالتزامات والتي ينبغي على المستثمر الأجنبي إنجازها وفقا لما اتفق عليه في العقد. فضلا عن المحافظة على البيئة كالتزام تتضمّنه عقود الاستثمار الحديثة[272]، يلتزم المستثمر الأجنبي باحترام القواعد الفنية في المجال موضوع التعاقد، والالتزام بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار وإعلام الدولة المتعاقدة حول جدوى المشروع، كما يقع على عاتق المستثمر الأجنبي الالتزام بتشغيل و تكوين اليد العاملة المحلية.

---

[271] – زروال معزوزة، مرجع سابق، ص 532.

[272]– نظرا للتطوّر التكنولوجي، والصناعي الحاصل في العالم، أصبحت عقود الدولة في مجال الاستثمار تتضمّن أحكاما خاصة تنص على ضرورة حماية البيئة. لمزيد من التفصيل راجع:

- إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 261.

أ- الالتزام باحترام القواعد الفنية في مجال التعاقد

يلتزم المستثمر الأجنبي في تنفيذه لعقد الاستثمار باحترام القواعد الفنية السائدة وما يجري عليه العمل في إطار العلاقات الدولية في المجال المعني التعاقد، وهذا ما تحرص عليه غالبية عقود الاستثمار الأجنبي، حيث تنص صراحة على أن المشروع الأجنبي يجب عليه احترام الشروط الفنية المعمول بها في الدولة والمعترف بها دوليا في مجال التعاقد[273].

نظرًا للمحل الذي تقع عليه عقود الاستثمار الأجنبية، تركز الدولة المتعاقدة على هذا الالتزام عندما يتعلق الأمر بمشروع هام يقتضي استعمال تكنولوجيا عالية وخدمات رفيعة، وهذا ما يميزها عن عقود التجارة الدولية الأخرى، على اعتبار أنّه يتفرع عن الالتزام الرئيسي المتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة[274] .

وإن كانت القواعد الفنية تختلف من مجال لآخر، فإنّ الشركات الأجنبية في مجال البترول تلتزم بالاستغلال والإنتاج، كما تلتزم بمباشرة الأشغال الضرورية لضمان التطوّر الجيّد للآبار ومواقع البترول وفقا لقواعد ومعايير الصناعة البترولية، بهدف تحقيق إنتاج وفير خلال فترة طويلة في ظل ظروف اقتصادية جيّدة[275].

عادة ما يؤدي التزام الطرف الأجنبي بتنفيذ العقد وفقا للقواعد والمعايير الفنية المعترف بها إلى وجود اختلافات حول التنفيذ الكامل والصحيح للالتزامات، لاسيما ما يتعلق بجودة المشروع التي اتفق الأطراف على أن يتم تنفيذ العقد وفقا لها، الأمر الّذي يؤدي إلى نشوب نزاعات بين الأطراف المتعاقدة[276].

في هذا الصدد عرض على قضاء التحكيم قضية[277] قائمة بين حكومة دولة الكويت والشركة الأمريكية Aminoil، حيث تمثل النزاع فيها في إخلال أحد أطراف العقد باحترام القواعد الفنية، اتهمت

---

[273] – حفيظة السّيد الحداد، مرجع سابق، ص 205

[274] – LEBOULANGER Philippe, Op. Cit, p 65.

[275] -NADJALI Ahmed-Ali, L'arbitrage et les contrats pétroliers dans le monde arabe, thèse de doctorat, Paris II, 2004, P 159.

[276] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 234.

[277] - Sentence Aminoil C/le gouvernement du Koweït, Clunet 1982.

على إثرها حكومة دولة الكويت الشركة الأمريكية Aminoil نتيجة قيامها بممارسات خطيرة، غير مطابقة لقواعد الاستغلال السائدة في الصناعة البترولية، مما أفضى إلى خسائر معتبرة، وهو ما جعل الحكومة الكويتية تُطالب بمبلغ 6 مليار دولار كتعويض[278].

ولقد أشارت المحكمة على عدم توفر أي مأخذ على الشركة الأمريكية خلال فترة الامتياز، فضلا عن ذلك فإنّ الخبراء لم يتوصلوا إلى إثبات عدم مطابقة شركة Aminoil للممارسة السائدة آنذاك، وللشروط الخاصة لمنطقة الاستغلال، وانطلاقا مما سبق قضت المحكمة باحترام الشركة للقواعد الفنية وفق الممارسات الدولية في هذا المجال.

ب-الالتزام بالتنفيذ وفق أفضل المعايير الدولية السائدة

تنص معظم عقود الاستثمار بالتزام الطرف الأجنبي بتنفيذ المشروع الاستثماري وفق أفضل المواصفات والمعايير الدولية، سواءً كانت هذه الأعمال إنشاء أو توريد أو استغلال.

ويثير اتّفاق الأطراف على تنفيذ العقد وفقا لأفضل المعايير السائدة في المجال محل التعاقد إلى العديد من الإشكالات التي تعكر صفو العلاقة بين الأطراف، إذ لا يمكن التحديد بدقة المقصود بالتنفيذ وفق أفضل المعايير الدولية، لذلك ينبغي على الأطراف تجنب استعمال العبارات الفضفاضة والعامة التي لا تعبر عن مضمون هذا الالتزام[279].

في هذا الصدد فقد تعرّض قضاء التحكيم لمثل هذا الإشكال في قضية Holiday Inns، المطروحة على المركز الدولي CIRDI. حيث قامت الحكومة المغربية بغية تطوير السياحة ومجال الفندقة بالتعاقد مع الشركة الأمريكية Holiday Inns، لبناء مجموعة من الفنادق الضخمة وفقا للمواصفات المتفق عليها على نحو يتماشى مع المستوى المعهود بفنادق الخمس نجوم المعروفة في المغرب. لمّا ثار النزاع بين الطرفين وعرضه على تحكيم المركز الدولي، اتضح من خلال المرافعات اختلاف الطرفان حول تفسير عبارة خمس نجوم، فهل يقصد بها مستوى الفنادق ذات الخمس نجوم المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية أو أنّ المقصود من ذلك المستوى المعروف في المغرب؟ وقد

---

[278]- إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 252.

[279] - قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 236.

قضت هيئة التحكيم إلى تأييد وجهة نظر المغرب، معتبرة أنّ الطرف الأجنبي قد تعهّد بإقامة فنادق ذات خمس نجوم وفقا لما هو متعارف عليه في ظل القانون والعادات المغربية وقت إبرام العقد[280].

ج- التزام المستثمر الأجنبي بتنفيذ الحد الأدنى من الاستثمار

تشترط الدولة على المستثمر الأجنبي المتعاقد معها الالتزام بضرورة القيام باستثمار رأس مال محدد القيمة والمدّة، يتفق عليه أطراف العقد. والغرض من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار، والتأكد من أنّ الهدف المنشود من المشروع الاستثماري المتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية لتلك الدولة.

وإذا كانت عقود الدولة تختلف في تصنيفاتها، فإنّ الالتزامات الناجمة عنها تختلف هي الأخرى بحسب محل أو موضوع العقد، فمثلا في العقود البترولية المتعلّقة بتقسيم الإنتاج، يلتزم المستثمر أثناء فترة التنقيب القيام بالأشغال الضروريّة، على أن يقوم بعملية البحث في مساحة معيّنة يتم تحديدها في العقد[281]. ينص هذا النوع من عقود البترول على ضرورة قيام المستثمر بالحد الأدنى من الاستثمار من أجل انجاز نشاطات وأعمال محددة خلال مدة زمنية محددة. ونذكر مثال ذلك ما تضمنه إحدى العقود حيث جاء وفق الشكل التالي:

« Pendant la première période de cinq ans la société s'engage à dépensé l'équivalant de… en travaux actifs de prospection, de recherches et d'essais de traitement du minerai, et plus généralement, pour obtenir tous renseignement pour déterminé l'existence et la valeur économique des gisements de minerai dans les zones exclusives de recherche »[282]

ولقد تضمّن هذا الالتزام اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم، حيث نصت المادة 02 على أنّه: " **الحدّ الأدنى للأموال الخاصة المشترطة على الشركة تقدّر بـ 30% من مبلغ الاستثمار، ولقد جاء في ملحق الاتفاقية أنّ مبلغ الإسهامات بالأموال الخاصة هو 600 مليون دولار أمريكي** ".

---

[280] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 192.

[281] إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 254.

[282] - NADJALI Ahmed-Ali, Op. Cit , p 160.

د- التزام الطرف الأجنبي بإعلام الدولة المتعاقدة

تتميّز عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي بطول مدّة تنفيذها، لذلك تخول هذه العقود الدولة حقا في معرفة كل المعلومات المتعلقة بتسيير العلاقة الاستثمارية وممارسة الرقابة عليها.

ومن هنا فإنّه يقع على عاتق المستثمر الأجنبي التزام بالإعلام والإخبار، ويتفرّع عنه أيضا ضرورة إعطاء الدولة أو الجهاز التابع لها تقارير دورية تفصيلية تتعلق بالحالة التي تسير عليها الأعمال[283]. وقد ينص في العقد أنّه في حالة الإخلال بهذا الالتزام، فإنّه يحق للدولة المطالبة بفسخ العقد.

إنّ الالتزام بالإعلام وإخبار الدولة بمختلف المعلومات التي تحيط بموضوع العقد يثير الكثير من المشاكل القانونية. وفي هذا الصدد نذكر قضية KLOCKNER [284] والتي تعتبر من أهم وأبرز القضايا

---

[283] - حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 221.

[284]- تتمثّل وقائع هذه القضية في التزام الشركة الألمانية KLOCKNER ببناء مصنع لتصنيع الأسمدة مقابل دفع حكومة الكاميرون مقابل ذلك، حيث يشكّل هذا المشروع أهميّة خاصة بالنسبة للزّراعة في الكامرون وهي في حدّ ذاتها تشكّل القاعدة الأساسية لاقتصادها، الأمر الذي تطلّب قيام شركة KLOCKNER بإمداد كلّ ما هو ضروري لإنجاح المشروع، أي تقديم كل المعلومات الضرورية، المتعلّقة بموضوع العقد.إلاّ أنّ إلاّ أنّ حكومة الكاميرون رفضت الوفاء بالقيمة الكاملة للمصنع متمسكة بأنّ الشركة قد تصرّفت بنوع من التدليس والخداع، وأخلّت بالتزامها بتقديم المعلومات اللازمة المحيطة بظروف العقد، وهو ما يؤدّي إلى إعفاء الكاميرون من الوفاء بقيمة المصنع خاصة وأنّ الشركة قد توقّعت بأنّها سوف تتوصّل إلى تحقيق الرّبح، وهو ما لم يتحقّق، ولو تمّ الكشف عن مختلف المعلومات لامتنعت حكومة الكاميرون عن الاستمرار في المشروع. وبناءً على ذلك، أصدرت محكمة تحكيم المركز حكما لصالح حكومة الكاميرون بتعويضها عن خسارتها لعدم التنفيذ السّليم لبنود اتفاق الاستثمار، باعتبار أنّ الشركة الألمانية لم تتعامل مع حكومة الكاميرون على نحو صريح إذ أنّها أخفت عنها عناصر معلوماتية ذات أهمية حيوية في أوقات صعبة من حياة المشروع، حيث امتنعت في مناسبات عديدة الكشف عن وقائع لو علمت بها الحكومة لوضعت حدا للمشروع وأنهت العقد قبل أن تتكبد المبالغ لإنجازه والتي تطالب بها الشركة.

أقامت شركة KLOCKNER إجراءات إبطال الحكم أمام اللجنة المؤقتة والتابعة للمركز، ولقد أبطلت هذه اللّجنة كلّيا الحكم التحكيمي الصادر لمصلحة حكومة الكاميرون، على أساس أنّ محكمة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها في الحكم في القضيّة بناءً على مبادئ العدالة، بدلا من القضاء طبقًا للقانون الفرنسي، والذي كان القانون الذي يحكم موضوع النّزاع طبقا لاتّفاق الاستثمار، كما أنّها عند تعرّضها لالتزام شركة KLOCKNER بواجب الإعلام، حرصت على أن تشير إلى أنّه من الصعوبة القبول بوجود التزام عام يقع على عاتق كل طرف متعاقد، بأن يعلم المتعاقد الآخر ويكشف له كلّ شيء سواءً كان مصدر هذا الالتزام القانوني المدني الفرنسي، أو قوانين دول أخرى. كان قرار اللجنة هو إلغاء حكم التحكيم كاملا، وذلك على أساس أنّ هذا الحكم يشكل وحدة واحدة لا يمكن تجزئته، وترتب على ذلك إقامة إجراءات التحكيم مرة أخرى لافتقاد الحكم الأوّل حجية الشيء المقضي فيه، وفي التحكيم الثاني صدر الحكم لصالح شركة KLOCKNER، وإن لم

المعروضة على المركز الدولي لتسوية النزاعات، التي أظهرت بأنّ المبادئ العامة لا تكون في كل الأحوال في صالح الشركات الأجنبية على حساب مؤسّسات الدول النامية للوضعية التكنولوجية الضعيفة لهذه الأخيرة مقارنة مع المتعاقد معها، الأمر الذي يقتضي احترام رضاها وإرادتها[285].

هـ-الالتزام بتشغيل و تكوين اليد العاملة المحلية

ينص عادة في عقود الاستثمار الأجنبية على أن يتعهّد المستثمر الأجنبي بتشغيل وتكوين اليد العاملة المحلّية، أي أنّه يساهم في خلق مناصب شغل من خلال مشروعه الاستثماري، ممّا يؤدّي إلى تخفيض أثار المشاكل الاجتماعية للدولة المضيفة لاسيما مشكل البطالة الذي يعتبر من بين إحدى أولوياته[286].

يتعهّد الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار الّتي تستدعي الرقابة والإدارة الدائمتين، لاسيما عقود البوت، بتدريب وتكوين العمالة المحلية، لتصبح جاهزة لتشغيل وإدارة المشروع، وتحل محل اليد العاملة الأجنبية في ذلك، وفي هذا المجال تلتزم شركة المشروع قبل نقل الملكية بوضع برنامج تكوين وتدريب العمال والموظفين من رعايا الدولة المستقبلة لتلقينهم تدريبا نظريا وعمليا فيما يتعلق بتشغيل وإدارة وصيانة المشروع [287].

من خلال ما سبق يتبين لنا من خلال استعراض الحقوق والالتزامات الواجبة على طرفي عقد الاستثمار التعقيد الّذي يكتنفه، وذلك راجع إلى عدم التكافؤ في المراكز القانونية، وما ينتج عنها من

تجبها المحكمة لجميع الطلبات. ولقد رفضت اللجنة طلبات الإبطال التي أقيمت بعد صدور الحكم التحكيمي الثاني. أنظر في ذلك:

-علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص ص 194-196.

- حفيظة السّيّد الحداد، مرجع سابق، ص ص 222- 232.

- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، مرجع سابق، ص ص 71- 72.

[285] - MEBROUKINE Ali, Les modes de conclusion des contrats, dans les rapports commerciaux nord-sud, in : Contrats internationaux et pays développement sous la direction de Hervé Cassan, Economica Paris, 1989,p 8.

[286] - إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 259

[287] - قبايلي الطيب، مرجع سابق، ص 734.

تضارب للمصالح والأغراض المتوخاة. وأمام شعور المستثمر الأجنبي بالضعف اتجاه ما تتمتع به الدولة من قوة، فيلجأ المستثمر إلى إدراج شروط غير مألوفة في عقود الاستثمار كشرط الثبات و شرط التحكيم.

المطلب الثاني

خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى أسباب أخرى مميّزة

تتميّز عقود الاستثمار الأجنبي بعدد من السّمات والخصائص ممّا يجعلها تتميّز عن باقي العلاقات التعاقدية الأخرى وتعطيها طبيعتها الخاصة، ولعل تميّز هذه العقود ينبع من خلال عدّة أسباب تتمثل أساسا في دوافع إبرامها (الفرع الأول)، وآجالها الطويلة إذ أنّ عامل الوقت ذات أهمية بالغة في مثل هذه العقود (الفرع الثاني)، كما تختلف هذه الأخيرة عن غيرها من العقود من حيث تدويل وسائل الحماية فيها (الفرع الثالث)، وتمتع المستثمرين الأجانب فيها بامتيازات استثنائية (الفرع الرابع).

الفرع الأول

دوافع إبرام عقد الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي

إنّ الهدف الأساسي من خلال إبرام عقود الاستثمار الأجنبية على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية الاقتصادية وذلك من خلال ما تقدمه هذه العقود من قدرات تكنولوجية، مالية، وأخرى إدارية التي يتمتع بها الطرف الأجنبي، مما يدفع بالاقتصاد الوطني إلى نموه وحداثته.

فتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة هو السبب الّذي يدفعها إلى إبرام مثل هذه العقود، وهذا بالرغم من اختلاف وتنوع هذه الأخيرة وتطورها، عبر مختلف المراحل بداية من الامتيازات البترولية إلى عقود التنمية الاقتصادية[288].

[288] – لمزيد من التفصيل: أنظر

– إقلولي محمد، مرجع سابق، ص ص 196 –197.

ويتباين السبب الّذي يدفع الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة، إلى إبرام هذه العقود، نظرا لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للدول المتعاقدة، فبعد أن كان تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح الناتجة عن استغلال حقول البترول في وقت قصير نسبيا، تطور هذا الهدف[289] من خلال إبرام العديد من عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب للمساهمة والمشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة المضيفة من خلال استغلال قدراتهم المالية والتكنولوجية، وحصول المستثمرين الأجانب على الأرباح الناجمة من تلك المساهمة والمشاركة [290]. لذلك بالعودة إلى مختلف الاتفاقيات الاستثمار المبرمة في الوقت الراهن، وعقود الدولة التقليدية نلاحظ وجود اختلاف وتباين من حيث الدافع لإبرام هذه العقود[291].

الفرع الثاني

استمرار عقد الاستثمار الأجنبي على المدى الطويل

يمتدّ تنفيذ عقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية لسنوات طويلة[292]، وهذا راجع إلى رغبة الأطراف في تحقيق نوع من الاستقرار في معاملاتهم التجارية والدولية، إلى جانب ضخامة مبالغها المالية

---

[289] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 173.

[290] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 197.

[291] – أنظر في ذلك:

– المادة 07 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت(A.C.C)، مرجع سابق.

– المادة 06 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار) شركة ذات مسؤولية محدودة، مرجع سابق.

– المادة 06 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، شركة ذات أسهم، مرجع سابق.

[292]– نصت العقود الأولى المتعلقة بالامتيازات البترولية على أن مدة تنفيذها تتراوح بين 60 إلى 75 سنة، كما نصت العقود التي عرفتها بلدان الشرق الأوسط في المجال البترولي، على مدة تتراوح بين 25 إلى 50 سنة. أنظر في ذلك:

– إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 198.

ومواردها البشرية وقدراتها الاقتصادية والتجارية الهائلة[293].

إنّ طبيعة عقود الاستثمار الأجنبية وارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة تستلزم نوع من التعاون طويل الأجل بين الأطراف، لذلك تعتبر مسألة الوقت في هذا النوع من العقود عاملا أساسيا سواءً بالنسبة للمستثمر الأجنبي الّذي لا يتعاقد إلاّ بعد الحصول على الضمانات التي تضمن له البقاء لفترة تمكنه من الحصول على الأرباح، أو بالنسبة للدولة المضيفة التي تسعى من خلال هذه العقود إلى تحقيق التنمية المنشودة.

ضف إلى ذلك تتميّز عقود الاستثمار بطول مدتها كذلك، نظرا لكونها عقود متعددة العمليات، إذ أنّها لا تنصب على عملية واحدة، كالبيع والشراء، وإنّما تتعلق باستغلال للموارد الطبيعية يتم في خلال مدة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة، تظل مملوكة للمستثمر الأجنبي خلال فترة العقد[294]

وفي هذا الصدد نذكر على سبيل المثال العقد المبرم بين الشركة الأمريكية Occidental Petroleum والاتحاد السوفييتي سابقا، الّذي تمّ إبرامه في سنوات السبعينات، والّذي يتضمن توريد المواد الكيماوية الموجّهة لإنتاج الأسمدة حيث تمّ تحديد مدته بـ 20 سنة [295].

أمّا بالنسبة للدولة الجزائرية فبالعودة إلى القانون رقم 05-07 المتضمّن قانون المحروقات فنجد أنّ المادة 35 منه تنص على ما يلي:

"**يتضمّن عقد البحث والاستغلال مرحلتين، مرحلة البحث ومرحلة الاستغلال.**

تحدّد المدّة القصوى لعقد البحث والاستغلال باثنين وثلاثين سنة (32) ".

---

[293]– بجي فيصل، "إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغيّر الظروف"، مجلة القانون والأعمال، 02 نوفمبر 2018، منشور على الموقع:

http://www.droitetentreprise.com

[294] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 27- 28

[295] – إقلولي محمد ، مرجع سابق، ص 198.

في ذات السياق نصت المادة 19 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت (A.C.C) على أنه:

"**يتم إبرام الاتفاقية الحالية بين الطرفين لمدة عشر سنوات (10) بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار وسيتم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية...**"

أما بخصوص اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) فقد حددت مدة الاتفاقية ب خمس عشر (15) سنة[296]، في حين أن اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، فقد حددت مدتها ب ثلاث عشر سنة (13)[297].

والجدير بالذكر أنّ الظروف المحيطة بإبرام عقد الاستثمار الّذي يمتد تنفيذه لمدة طويلة، لا يعقل أن يبقى على حاله طوال هذه الفترة، فإذا طرأ أيّ تغير في الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد فإنّ ذلك يؤدي إلى عرقلة الأطراف في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية من جهة، وعرقلة عجلة النمو والازدهار الاقتصادي والاجتماعي[298]، لذلك فإنّ مبدأ سلطان إرادة المتعاقدين يلعب دورا محوريا للحد من تغيرات الظروف من خلال إدراج شروط تعاقدية في عقد الاستثمار كشرط الثبات التشريعي الّذي تتعّهد الدولة بموجبه باستمرار هذه العقود حتى بعد تعديل هذا القانون، وشرط إعادة التفاوض[299] حيث تلتزم الدولة

---

[296] – أنظر المادة 10 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، شركة ذات أسهم، مرجع سابق

[297] – أنظر المادة 13 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار) شركة ذات مسؤولية محدودة، مرجع سابق.

[298] – بجي فيصل، "إشكالية إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار بسبب تغيّر الظروف"، مرجع سابق.

[299] – يقصد بشروط إعادة التفاوض تلك الشروط التي بمقتضاها يتعهد الأطراف في حالة التغيّر الجوهري في الظروف التي تمّ التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى قصد خلق التوازن التعاقدي الجديد، ومن ثم إعادة تكييف اتّفاقهم المبدئي الّذي فقد مبرراته التعاقدية نقلا عن:

– بوخالفة عبد الكريم، خويلدي السعيد، "دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، 2017، ص 190.

المتعاقدة بإعادة التفاوض عند حدوث ظروف طارئة أو قوة قاهرة قد تؤدي بالإخلال بالتوازن العقدي[300] .

الفرع الثالث

تدويل وسائل حماية الاستثمار في عقد الاستثمار الأجنبي

على إثر التأميمات الّتي لجأت إليها الدول النامية في إطار مبدأ السيادة على ثرواتها ومواردها الطبيعية، أدى ذلك إلى خلق جو غير ملائم للاستثمار الدولي، بسبب عدم الثقة الّذي تميّز العلاقة بين المستثمرين، والدول المضيفة، إذ أنّ الضمانات والامتيازات الواردة في التشريعات الوطنية لهذه الدول لم تعد كافية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية اللازمة لتحقيق التنمية الاقتصادية، لذلك ظهرت الحاجة إلى تدويل وسائل الحماية من خلال اللجوء إلى اتفاقيات دولية[301]. ولقد تضمنت هذه الأخيرة أحكاما تتعلق بمعاملة الاستثمارات الأجنبية (أولا)، حمايتها وضمانها (ثانيا)، واختيار القانون الواجب التطبيق (ثالثا) بالإضافة إلى مسألة حل النزاعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي (رابعا).

أولا: معاملة الاستثمارات

نظرا لمساهمة الاستثمارات الأجنبية في عملية التنمية الاقتصادية، كان لزاما على الدولة الجزائرية تبني إستراتيجية تمكنها من جذب هذه الاستثمارات، لذلك عمدت على إرساء إطار قانوني يعمل على تهيئة البيئة الملائمة لها، كما بينت المعاملة التي يحظى بها المستثمرين الأجانب، بحيث يستفيدون من معاملة عادلة ومنصفة مثلهم مثل الوطنيين[302].

زيادة إلى المعاملة التي منحتها الجزائر للمستثمرين الأجانب في إطار المنظومة القانونية الوطنية المتصلة بالاستثمار، فقد منحت لهم معاملة مساوية أخرى من خلال الاتفاقيات المبرمة والمصادق عليها في مجال الاستثمار من طرف الدولة الجزائرية، مما يضفي على نظام معاملة الاستثمار الطابع الدولي.

---

[300] – بوخالفة عبد الكريم، خويلدي السعيد، مرجع سابق، ص 186.

[301] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 110-111.

[302] – تنص المادة 12 من قانون رقم 16-09، مؤرّخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية على ما يلي, "**مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة، تلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم**".

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي صادقت عليها الجزائر في مجال الاستثمار، نجد أنّها قد أقرت بمبدأ المعاملة الوطنية حيث استعملت صيغ متنوعة للتعبير عن ذلك، ونذكر على سبيل المثال المادة 04 من الاتفاق بين الجزائر ومصر التي نصت على أنّه:

1- "يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات دولة ثالثة.

2- يمنح كل طرف متعاقد مواطني **وشركات الطّرف المتعاقد الآخر، لاسيما فيما يخص إدارة واستغلال أو الانتفاع باستثماراتهم معاملة لن تكون أقلّ امتيازا من تلك التي تخصص لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات دولة ثالثة"** [303].

كما أكّدت الدولة الجزائرية على شرط الدولة الأولى بالرعاية[304] كذلك في العديد من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وترقية الاستثمار منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسويسرا حيث نصت في مادتها 04 فقرة 02 على أنّه:

"يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لاستثمارات وعائدات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات أو عائدات مستثمري أية دولة أخرى وتكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة". [305]

---

[303] – الاتفاق حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية، الموقع بالقاهرة في 29 مارس سنة 1997، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320، المؤرّخ في 11 أكتوبر سنة 1998، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 11 أكتوبر 1998.

[304] – لقد حاولت لجنة القانون الدولي تعريف شرط الدولة الأولى بالرعاية في المادة 04 من مشروع المواد الّذي قامت بإعداده على أنّه: "**حكم من الأحكام الاتفاقية، والّذي تلتزم بموجبه دولة، في مواجهة دولة أخرى، بمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال معين**".أنظر:

- CNUCED, Traitement de la notion la plus favorisée, Nations Unies, New York et Genève, 2010, p 13, dispinible sur le site, http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf consulté le 02/01/2017.

[305] – الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري، الموقع ببرن في 30 نوفمبر سنة 2004، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235، المؤرّخ في 23 جوان سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 45، صادر في 29 جوان 2005.

ثانيا: حماية الاستثمارات الأجنبية

إنّ انتقال رؤوس الأموال من الدولة المصدرة إلى الدولة المضيفة يرتبط أساسا بعامل الحماية، وتتأتى هذه الأخيرة من خلال التشريعات الداخلية للدولة المستقطبة للاستثمار، بالإضافة إلى مختلف الاتفاقيات الدولية الثنائية والتي تعتبر من بين الآليات الفعالة لاستقطاب المستثمرين الأجانب بمنحهم ضمانات وحماية أكبر بموجبها.

مما لا ريب فيه أن المخاطر غير التجارية كالتأميم ونزع الملكية تعد من أهم العقبات والعراقيل التي تحول دون تدفق رؤوس الأموال إلى هذه الدول، لذلك فقد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة للضمانات الاتفاقية ويبرز ذلك من خلال إبرامه للعديد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية المستثمر الأجنبي.

وعليه فقد حاولت الجزائر من خلال الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها، الإحاطة الجيّدة بمجال حماية الاستثمارات الأجنبية التي تضمنها بصفة متبادلة مع الدولة المصدرة لهذه الأخيرة [306]. وفي هذا الصدد نذكر على سبيل المثال الاتفاق الجزائري الدّانماركي، الّذي تنص المادة الرابعة فقرة أولى منه على أنّه:

"لا يمكن أن تكون ملكية استثمارات مستثمري كل طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، موضوع نزع ملكية أو تأميم أو تخضع لتدابير ذات آثار مماثلة للتأميم أو لنزع الملكية (المشار إليهما في ما يأتي ب "نزع الملكية")، إلاّ لغرض المنفعة العامة، وعلى أساس غير تمييزي وبناء على الإجراء القانوني المطلوب ومقابل تعويض سريع مناسب وفعلي"[307].

بالعودة إلى مختلف عقود الاستثمار نجد أنّها تحيل إلى القواعد والأحكام المتعلقة بحماية الاستثمارات التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ومن بين

---

[306] – HAROUN Mehdi, Op. Cit, p 572.

[307] – الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الدنمارك، الموقع بالجزائر في 25 جانفي سنة 1999، وتبادل الرسائل المؤرّخة في 12 جوان 2002 و 28 أكتوبر 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2003، ج ر ج ج، مرجع سابق.

هذه العقود نذكر: اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، حيث تنص المادة الرابعة منها على أنّه:

"**يستفيد المستثمرون الأجانب المساهمون في رأسمال الشركة، من الضمانات الممنوحة للاستثمارات، والمقررة في الباب الثالث من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه، وكذا من الضمانات والحقوق والامتيازات المعترف لهم بها في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات، الممضاة بين الدولة التي هم رعاياها وبين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**" .

عليه من خلال ما سبق يظهر أنّ الدولة تسعى لتحسين مناخ الاستثمار من خلال اتّخاذ إجراءات مستقطبة ومؤطرة بضمانات قانونية تهدف فعلا إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، إذ أنّ اهتمام المستثمر الأجنبي وانشغاله يندرج حول مدى الحماية القانونية عند إبرامه لعقد الاستثمار، لذلك تحرص الدول على توفير مجموعة من الضمانات ضد مختلف المخاطر غير التجارية كنزع الملكية والتأميم وكل التدابير المماثلة كالإجراءات المقيّدة لحركة رؤوس الأموال، وهذا ما نستشفه من خلال مختلف الاتفاقيات الثنائية المبرمة في هذا الصدد.

وفي حالة لجوء الدولة إلى الاستيلاء وتأميم المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي، لأهداف اقتصادية وتنموية، فوفقا لأحكام القانون الدولي يجب على الدولة الالتزام بدفع التعويض إلى المستثمر، وإلاّ اعتبر الاستيلاء غير مشروع يترتب عنه المسؤولية الدولية للدولة المقصرة عن الدفع[308] .

ثالثا: اختيار القانون واجب التطبيق

عند التزام الدولة في عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي، فإنّها بذلك تتنازل عن سيادتها باعتبار أنّ الدولة عند قيامها بمنح المستثمر الأجنبي بعض الحقوق في إطار العقد، وجب عليها كذلك أن تتخلى عن ممارسة حقوقها المرتبطة بالسيادة، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ (Pierre Noel)، بأنّ: "**الالتزام والسيادة أمران متناقضان،...فضرورة الالتزام التعاقدي يترتب عليه أنّ السيادة تختفي**" . ويمكن أن نستشف هذا التنازل من خلال الشروط الاستثنائية المدرجة في مختلف عقود الاستثمار كشرط اختيار

[308] – ديدي إبراهيم، مرجع سابق، ص 187.

القانون واجب التطبيق، والّذي يمكن أن يكون غير قانون الدولة المضيفة بهدف إبعاد سيطرة هذه الأخيرة[309].

إنّ الغرض من هذا الشرط هو تحييد النظام القانوني الداخلي للدّولة المضيفة وتحرير العقد من سلطان القانون الوطني وبالتّالي تدويله، بالإضافة إلى ذلك فإنّه يهدف أيضا إلى تجريد الدولة من سلطاتها من خلال إخراج عقد الاستثمار من النظام القانوني الوطني، بل أكثر من ذلك فبالرغم من نص العقد على ضرورة تطبيق هذا القانون، فيمكن أن يكون ذلك يكون مجمدًا أو مستقرًا في تاريخ معين، أو يكون متبوعا بمبادئ القانون الدّولي أو المبادئ العامة للقانون ولقد ساهم وساعد هذا التوجه الفقه الغربي الّذي أثرّ بشكل كبير على هيئات التحكيم عند البت في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار[310].

وفي السياق نفسه فقد نصت المادة التاسعة في فقرته الرابعة من الاتّفاق الجزائري البرتغالي حول التّرقية والحماية المتبادلة للاستثمارات على:

" **ولتسوية الخلاف يؤخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتّفاق وأحكام الترتيب الخاص الذي يمكن أن يكون موقّع بخصوص الاستثمار والقانون الوطني للطّرف المتعاقد المعني بالخلاف بما في ذلك قواعد تنازع القوانين**"[311].

انطلاقا من نص المادة أعلاه يتبيّن لنا أنّ الاتفاقية قد منحت الخيارات الممكنة لطرفي عقد الاستثمار الأجنبي.

رابعا: آلية لحل النزاعات(التحكيم)

تعتبر مسألة وجود الاستثمارات في أيّ مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية، ذلك أنّ التعامل بين الأشخاص بصورة عامة يولد تصادم وخلافات بينهم، نتيجة لتعارض المصالح التي يبتغونها من وراء

---

[309] – شوشو عاشور، الحماية الاتّفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 17.

[310] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 220.

[311] – الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية، الموقع بلشبونة في 15 سبتمبر سنة 2004، أكتوبر 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، المؤرّخ في 28 ماي سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 37، صادر في 29 ماي 2005.

ذلك، فإذا كانت مسألة وجود المنازعات بين أشخاص أي نظام قانوني لا يمكن إنكاره، فإنّ التعامل في إطار عقود الاستثمار لابد أنّ تنشأ عنه العديد من النزاعات، لاسيما أنّ هذه العقود في غالبية الأحيان بين دولة ومستثمر أجنبي ينتمي إلى نظام قانوني آخر ويحمل جنسية دولة أخرى، وهذا ما يثير الكثير من النزاعات[312].

وعلى هذا الأساس كان لزاما البحث عن إيجاد وسائل معينة للفصل في النزاعات التي تثور بصدد هذه العقود إذ أن وجود الدولة طرفا في العقد تتمتع بمركز سيادي يجعلها في مركز قوة في حين أن المستثمر الأجنبي المتعاقد معها لا يتمتع بأي مركز سيادي بالرغم من قوته الاقتصادية، لذلك فإن الأمر يتطلب اللجوء إلى وسيلة فعّالة مستقلة تضمن للمستثمرين الأجانب حماية ، والتي تتمثل في التحكيم الدولي.

نظرا لأهمية وفعالية التحكيم التجاري الدولي فقد تمّ فرضه على الساحة الدولية كوسيلة لحل النزاعات لاسيما في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية حيث أصبحت معظم العقود التجارية الدولية تكاد تتضمن شرط إحالة جميع منازعاتها إلى التحكيم التجاري، نظرا للمزايا التي يوفرها والمتمثلة في:

- سرعة البث في النزاعات، إذ أنّ المحكم مدعو إلى القيام بمهمته في خلال مدة محددة يتفق عليها الخصوم وعادة ما تكون قصيرة في غالب الأحيان بين ثلاثة (03) أشهر كحد أدنى، و ستة (06) أشهر كحد أقصى، بينما القاضي لا يتقيّد بأيّ مهلة من هذا النوع[313].
- قلة مصاريفه وكفاءة المحكمين وقدرتهم على الفصل في هذا النوع الجديد من المنازعات[314].
- الرغبة في حل عادل للنزاع والّذي من شأنه ضمان استمرارية العلاقة التعاقدية رغم نشوب النزاع، حيث أنّ يكون التحكيم في ظروف ومناخ تتبدد فيه بعض حدة الخصوم[315].

---

[312] – محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، "الوسائل القانونية لتجنب منازعات الاستثمار"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، عدد 02، 2016، ص 27.

[313] – والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية والمتعددة الأطراف، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة بومرداس، 2006، ص 05.

[314] – بدر علي بن علي جمرة، ضمانات الاستثمار وفقا للقانونين اليمني والمصري، دراسة مقارنة، دار الكتاب، صنعاء، 2013، ص 377.

[315] – والي نادية، مرجع سابق، ص 05.

نظرا لاشتداد حاجة الدول لرؤوس الأموال الأجنبية ونتيجة التسابق والتنافس بين الدول لجأت أغلب الدول حتى تضمن استقطاب أكبر قدر من ممكن الاستثمارات الأجنبية إلى توفير ضمانة التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لحل النزاعات بينها وبين الطرف الأجنبي ولا يخفى أنّ هذا الأخير لا يجازف باستثماراته إذا لم يكن متاحا له وضع شرط التحكيم، لأن ذلك من شأنه بعث الطمأنينة في أنفسهم وتشجيعهم على استثمار أموالهم، وهو الأمر الّذي لن يتحقق فيما لو أجبر هؤلاء على مواجهة العدالة الوطنية[316] .

يرجع رغبة فرض التحكيم الدولي لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار[317]، إلى رغبة الأطراف القوية والمسيطرة على حركة التجارة الدولية في تجاوز القوانين الوطنية التي يعتبرونه غير مؤهلة لتقديم الحلول الملائمة لطبيعة المنازعات التي تثيرها هذه العقود، مما دفعهم باللجوء إلى التحكيم الدولي، سواءً على مستوى التشريعات الوطنية أو الاتفاقية أو الفقه، بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية وتضمينها حلولا لبعض مختلف المعاملات الاقتصادية الدولية منها اتفاقية واشنطن CIRDI، التي أنشئت خصيصا لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات[318].

إن اللجوء إلى شرط التحكيم في الوقت الراهن ضرورة تفرضها معطيات التعامل التجاري الدولي، حيث أصبح مرجع أساسي لحل النزاعات الناجمة عن عقود الاستثمار، فلا تكاد تخلو هذه العقود في بنودها على شرط التحكيم.

---

316 – نعيمي فوزي، "التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر"، مجلة التحكيم العالمية، عدد 02، 2011، ص 201.

317 – يمكن تعريف النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار : أنّها تلك النزاعات التي تنشأ بين أطراف عقد الاستثمار (الدولة المضيفة للاستثمار من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى)، والتي تكون نتيجة لانتهاك أحد الأطراف لحقوق الطرف الآخر أو خرقه للالتزامات الواردة في العقد، أو إنهاء العقد إنهاءً مبتسرا، أو اتّخاذ أي إجراء إنفرادي من قبل أحد الأطراف مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف المقابل يستلزم عنها تعويض الطرف المتضرر عما أصابه من أضرار بسبب تلك الانتهاكات والإجراءات. أنظر في ذلك:

– محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، مرجع سابق، ص 27.

318 – صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص ص 83–84.

يقوم التحكيم التجاري الدولي أساسا على إرادة الأطراف، فهو مسار اتفاقي مرهون بقبول الأطراف اللجوء إليه للفصل في النزاعات الناشئة بينهم، وأنّ سلطة المحكم مستمدة وتحدد بموجب هذا الاتفاق، على عكس القضاء الّذي يستمد ولايته وسلطاتها من قبل الدولة [319].

إنّ الغرض من شرط التحكيم هو تدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار، وذلك من خلال إعماله لقواعد قانونية لا تنتمي للأنظمة القانونية الوطنية عند الفصل في المنازعات المتعلقة في مثل هذه العقود وهو ما يعتبره البعض بمثابة عولمة للقانون الواجب التطبيق على تلك العقود[320].

الفرع الرابع

استفادة المستثمر الأجنبي من مزايا خاصة

أضحت التنمية الاقتصادية والاجتماعية محل اهتمام مختلف الدول وخاصة النامية منها، ذلك أنّها عملية شاقة تحتاج إلى جهد كبير ونفقات طائلة ووقت طويل، لذلك فإنّ إمكانية تحقيقها لا يتمّ إلاّ من خلال إتباع السياسات والاستراتيجيات الملائمة ووضع البرامج المناسبة لها[321].

وأمام الأهمية البالغة للتنمية الاقتصادية بالنسبة للدول النامية تبيّن لها أنّ الوسيلة الأفضل لتطوير مجتمعاتها وتنميتها لا يتمّ إلاّ من خلال استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، وهذا الأمر لا يتحقق من دون إيجاد بيئة ملائمة لهذا الاستثمار.

وتعتبر الضمانات والحوافز والمزايا التي من شأنها حماية المستثمر من المخاطر غير التجارية[322]، إحدى الأساليب والطرق التي تستخدمها الدول النامية بهدف جذب المستثمرين إليها، حيث تهدف إلى تشجيع المستثمر الأجنبي عن طريق تدعيم نشاطه الاستثماري وتوسيعه[323].

---

[319] – نعيمي فوزي، مرجع سابق، ص 195.

[320] – مرجع نفسه، ص 202.

[321] – عبد الإله عدبيطار، ضمانات الاستثمار–التحكيم التجاري نموذجا، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة وجدة، 2015، ص 01.

[322]– يتم التمييز عادة بين المخاطر التجارية، والمخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها رأس المال المستثمر في الدول المضيفة حيث تشمل "**المخاطر التّجارية**": تغيّر كلفة الإنتاج، وحجم الطلب، ودرجة المنافسة، أمَّا "**المخاطر غير التجارية**"

وعلى هذا الأساس اتخذت بلدان العالم الثالث قرارات جديدة لتحسين مناخ الاستثمار، حيث اهتمت كثيرا بمعاملة الاستثمار وتوفير الضمانات اللازمة له والتي من شأنها تشجيع الاستثمار وتحقيق التوازن بين المصالح التجارية المتعارضة بموضوعية وحيادية من دون المساس بالحقوق المشروعة للأطراف المتعاقدة، الدول المستقطبة لرأس المال الأجنبي والمستثمر على حد السواء[324].

لقد انتهجت أغلب هذه الدول سياسة تحفيزية بإصدار قوانين تحتوي على مجموعة من التسهيلات، التي تعمل على تحييد المعوقات التي يمكن أن تؤدي إلى تحجيم الاستثمار وعزوف المستثمرين الأجانب على الإقبال على الاستثمار إلى الدول المضيفة، وتشمل هذه التسهيلات تسهيلات إدارية، مالية، وأخرى ضريبية.

بالعودة إلى النصوص القانونية المختلفة التي تؤطر وتنظم العملية الاستثمارية والتي تكرّس عقود الاستثمار، نحد أنّها خصّتها بامتيازات استثنائية دون غيرها.

وفي هذا السياق فقد نصت المادة 10 في فقرتها 02 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار على:

"**تستفيد من مزايا خاصة...**

فهي المخاطر التي تنجم عادة عن الإجراءات الّتي تتخذها الدولة المستضيفة للاستثمار ذات الصلة بالأوضاع السياسية أو الاقتصادية أو الأمنية العامة، نقلا عن:

– محمد طاهر القرعان، النظام القانوني لحماية وضمان الاستثمارات العربية الخاصة في المملكة الأردنية الهاشمية دراسة مقارنة بالقانون المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2004، ص ص 3–21.

[323] – معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 109.

[324] – دحو مختار، مرجع سابق، ص 01.

1- وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني...." [325].

وهو ما ورد في المادة 17 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار حيث نصت على ما يلي:

" **تستفيد من مزايا استثنائية الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، والمعدة على أساس اتّفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة.**

تبرم الوكالة هذه الاتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار.

تحدد معايير تأهيل الاستثمارات المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه وكذا محتوى وإجراءات معالجة ملف طلب الاستفادة من المزايا الاستثنائية، عن طريق التنظيم"

كما سبق لنا وأشرنا أنّه ينجر عن الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني[326] إبرام عقد بين الوكالة الوطنية للاستثمار[327] والمستثمر بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، وفي هذا

---

[325] – الجدير بالذكر أنّ العبارة الوارد في مضمون المادة "أهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني" هي فكرة عامة ومطلقة يرجع أمر تحديدها وتقديرها للتنظيم، غير أنّه ينبغي على هذا الأخير الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من العناصر عند تحديده للمشاريع الاستثمارية الّتي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني والتي يتمثل فيما يلي:

– حجم المشروع الاستثماري.

– المميزات التكنولوجية المستعملة التي تحافظ على البيئة وتدخر الطاقة وتحمي الموارد الطبيعية والمشاريع التي تهدف إلى تنمية مستديمة.

– ارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة.

– مردودية المشاريع الاستثمارية على المدى الطويل.

– ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الّذي يجرى تطويره.

–نقلا عن : – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 186.

[326] – يقصد بالاستثمارات ذات الأهمية الوطنية بالنسبة للاقتصاد الوطني أو ما يسمى بمناطق التوسع الاقتصادي، تلك الفضاءات الجيواقتصادية التي تنطوي على خصائص مشتركة من التجانس الاقتصادي والاجتماعي، والتي تزخر بطاقات من الموارد الطبيعية والبشرية أو الهياكل القاعدية المطلوب حشدها والكفيلة بتسهيل إقامة الأنشطة لإنتاج السلع والخدمات وتطويرها. والهدف الأساسي من هذه من تكوين هذه المناطق، هو الوصول إلى إبراز بعض المناطق المشتملة على عناصر حيوية اقتصادية بواسطة مجموعة من الإعانات المكيفة ذات الطابع الاقتصادي، المالي والضريبي.

– أنظر في ذلك: عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص ص 27–28.

–أنظر كذلك: معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 181–182.

الإطار نذكر على سبيل المثال اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) والّتي تمّ الموافقة عليها من طرف المجلس الوطني للاستثمار في 21 جوان 2004.

بالتالي فإنّ سريان اتفاقية الاستثمار متوقف على قرار المجلس الوطني للاستثمار(**CNI**)[328]، حيث أنّ هذا الأخير له السلطة التقديرية الواسعة في الفصل فيها[329]، لذلك فإنّ دوره في مجال منح مزايا النظام الاستثنائي هو دور محوري وتقييدي في الوقت ذاته[330].

وفي السياق نفسه تنص المادة 14 في فقرتها الأولى من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار على أنّه:

"**بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه يخضع منح المزايا لفائدة الاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايير دينار (5.000.000.000)، للموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار الذكور في المادة 18 من الأمر 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق 20 غشت 2001 المعدل والمتمم المذكور أعلاه**"

إنطلاقا من مضمون المادة، فنلاحظ أنّها أوردت مهام يختص بها المجلس الوطني للاستثمار، حيث يتدخل أيضا في مجال منح المزايا من خلال منح المزايا لفائدة الاستثمارات التي يساوي مبلغها

---

[327] – لقد تمّ تحديد صلاحيات الوكالة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 17–100، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يعدّل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 06–356، مؤرّخ في 09 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.

[328]– للتطرق لتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار أنظر: – المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06– 355، مؤرّخ 09 أكتوبر 2006، يتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، ج ر ج ج، عدد 64، صادر في 11 أكتوبر 2006.

[329] – معيفي لعزيز مرجع سابق، ص 187.

[330] – حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017، ص 209.

أو يفوق خمسة ملايير دينار(5.000.000.000 دج) للموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار[331] .

إذن زيادة عن صلاحيات المجلس المتعلقة بمنح المزايا، فيمكن له كذلك منح مزايا إضافية غير واردة في في قانون الاستثمار، لذلك يمكن القول أنّ المشرع بمنحه لمثل هذه الصلاحيات ذات الطابع الإداري للمجلس الوطني للاستثمار تحت رئاسة الوزير الأول يعدّ مصادرة للمهام التقليدية والكلاسيكية للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وبالتالي فإنّ هذا الأمر لا يضمن التسيير الفعال للاستثمار، ذلك أنّ إضافة صلاحيات إدارية للمجلس الوطني للاستثمار الّذي يوضع تحت سلطة الوزير الأول لا يجعل القرارات مركزية فقط، بل يؤدي ذلك أيضا دون شك إلى تعقيد الإجراءات وتعزيز البيروقراطية ووضع عراقيل أمام المستثمرين لا يمكن تخطيها في كثير من الأحيان[332].

أمّا فيما يخص المزايا الاستثنائية التي أقرّها المشرع الجزائري لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني فقد تضمنتها المادة 18 فقرة 01 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، وتتضمن المزايا الاستثنائية ما يأتي:

- تمديد مدة مزايا الاستغلال لفترة يمكن أن تصل إلى عشرة (10) سنوات
- منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعمول به، للحقوق الجمركية أو الجبائية والرسوم وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي.

---

[331] – منح المشرع الجزائري للمجلس الوطني للاستثمار في ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى جزئيا اختصاص التدخل في مجال منح مزايا النظام العام المتعلقة بالاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق 2.000.000.000 دج طبقا لنص المادة 97 من قانون المالية لسنة 2015 حيث نصت على أنّه: " **تخضع الاستثمارات الّتي تساوي مبلغها أو يفوق 2.000.000.00 دج، لقرار مسبق يتخذه المجلس الوطني للاستثمار، وذلك بعنوان الاستفادة من مزايا النظام العام**". أنظر في ذلك:

– قانون رقم 14-10، مؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014.

[332] – ZOUAIMIA Rachid, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression », revue académique de la recherche juridique, faculté de droit et des sciences politiques, université de Bejaia, Vol 08, N^{O} 02, 2013, pp 18-19.

كما تجدر الإشارة إلى أنه زيادة على المزايا الاستثنائية التي تستفيد منها الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، فيمكن لها الاستفادة أيضا من تلك المنصوص عليها في المواد 12، 13، 15، 16 من قانون ترقية الاستثمار الجديد [333] .

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية نجد أنّها تتضمن مثل هذه التعهدات الخاصة، ونذكر على سبيل المثال ما جاءت به المادة 04 من الاتّفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي[334] على أن:

"**يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو لتأميمها أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها المستثمر والطّرف المتعاقد الآخر على إقليمه وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة**".

وأمام الأهمية البالغة للامتيازات الاستثنائية ، أصبحت هذه الاتفاقيات تضع على عاتق الدولة المتعاقدة التزامًا باحترام تعهداتها الخاصة تجاه المستثمر المتعاقد معها ، وذلك بأن يعطي الحق الذي تضمنته الاتفاقية الثنائية قيمة قانونية أسمى[335] وهذا ما جاء في نص المادة 08 من الاتفاق بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي على أنّه:

1 – ″ **تخضع الاستثمارات التي كانت موضوع اتفاق خاص بين أحد الأطراف المتعاقدة ومستثمري الطرف المتعاقد الآخر لأحكام هذا الاتفاق وأحكام الاتفاق الخاص.**

2 – يضمن كل طرف من الأطراف المتعاقدة في كل وقت احترام الالتزامات التي تبناها تجاه مستثمري الطرف المتعاقد الآخر ".

---

[333] – تنص المادة 19 من القانون رقم 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي: " **تضاف المزايا المنصوص عليها في المادة 18 أعلاه، إلى تلك الّتي يمكن الحصول عليها في المواد 12 و13 و15 و16، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه**".

[334] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتّشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 24 أفريل 1991، المصادق عليه بموجب المرسوم رئاسي رقم 91–345 مؤرّخ في 5 أكتوبر 1991 ، ج ر ج ج، عدد 46، صادر بتاريخ 6 أكتوبر 1991

[335] – إقلولي محمد، مرجع سابق، ص 225.

أمّا بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار المبرمة من طرف الدولة الجزائرية، فقد تضمنت هي الأخرى على امتيازات إضافية، فبالرجوع إلى الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، فإنّه زيادة على المزايا التي تمنح لهذا المشروع الاستثماري في ظل الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار الممنوحة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، فإنّه سيستفيد كذلك من مزايا إضافية حددتها المادة 02 من هذه الاتفاقية[336].

والأحكام نفسها التي تضمنتها الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع كل من الشركة الجزائرية للإسمنت (A.C.C)[337]، حامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)[338]، مع قواس دو سكيكدة (A.D.S)[339]...إلخ.

---

[336] – أنظر المادة 02 من اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[337] – اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت(A.C.C)، مرجع سابق.

[338] – اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديسالنايشن(H.W.D)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[339] – اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (A.D.S)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

المبحث الثاني

إدراج شروط خاصة في عقد الاستثمار الأجنبي

يعتبر الاستثمار في وقتنا الراهن من أهم أساليب التنمية الاقتصادية في معظم الدول خاصة الدول النامية، مما أدى بهذه الأخيرة إلى تعاظم التنافس بينها، وذلك من خلال وضع نظما جاذبة يهدف إلى استقطاب المستثمرين المحليين منهم والأجانب.

بعد انخفاض عائدات البترول وتزايد النفقات العمومية، اعتمدت الجزائر إجراءات للخروج من أزمتها الاقتصادية، بتوفير مناخ استثماري ملائم[340]، من خلال وضع إطار تنظيمي واقتصادي للاستثمار الأجنبي والعمل على توفير ضمانات وتسهيلات تبعث فيه الثقة والأمن، ومن بين هذه الضمانات الممنوحة للمستثمرين، اتفاق الأطراف على إدراج شروط استثنائية في عقد الاستثمار، بهدف درء اختلال التوازن التعاقدي الذي تمليه الطبيعة غير متجانسة لأطراف هذا العقد . وتعدّ هذه الشروط غير مألوفة في العقود الدولية الأخرى، وإن وجدت فيها فإنّ مبرر وجودها يختلف عن مبرر وجودها في عقود الاستثمار[341]. فهي ضمانات يقررها عقد الاستثمار تعتبر في حقيقتها استثناء من النظام القانوني للاستثمار في الدولة، فمنح هذه الضمانات يرتبط بمدى حاجة الدولة المتعاقدة للمشروع الاستثماري محل العقد، وذلك أن يحظى بأهمية خاصة في تنمية اقتصادها الوطني[342].

ومن بين الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب شرط الثبات الذي يهدف إلى تثبيت النظام القانوني للدولة المتعاقدة (المطلب الأول)، بالإضافة

---

[340] – يعرف مناخ الاستثمار على أنّه: " **مجمل الأوضاع والاتّجاهات الاقتصادية والسّياسية والتشريعية والإدارية الّتي تؤثّر في جذب وتنشيط الاستثمارات، ولا تتوقف العوامل المحدّدة لبيئة الاستثمار على الأوضاع الحالية فقط وإنّما تمتد إلى التوقعات المستقبلية المتعلّقة بها** ".

لمزيد من التفصيل أنظر: – عبد المجيد أونيس، " مناخ الاستثمار "، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الأوّل حول المؤسّسة الاقتصادية الجزائرية وتحدّيات المناخ الاقتصادي الجديد، سكيكدة، يومي 22 و 23 أفريل 2003، منشورة في أعمال الملتقى، ص ص 8 – 29.

[341] – حفيظة السّيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 320–321.

[342] – دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 239.

إلى شرط التحكيم كضمانة من تعسف الدولة المضيفة للاستثمار في حالة وقوع خلاف بين الطرفين(المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تكريس شرط الثبات في عقد الاستثمار الأجنبي

قد يلجأ المستثمر الأجنبي في إطار الاتّفاق مع الدولة المضيفة لاستثماره في عقود الاستثمار الأجنبية إلى فرض بعض الشروط أو البنود التي تضمن له قدر من الثبات في العلاقات في القانونية، لاسيما أن الطرف المتعاقد معه هو دولة تتمتع ببعض الامتيازات المستمدة من سيادتها الإقليمية ، كما أنّ تنفيذ العقد يتمّ في إطار نظامها القانوني، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع على مصالح شعبها وتحقيق أهدافه التنموية[343]، وهو ما يعرف بشرط الثبات في عقود الاستثمار.

وكما أسلفنا سابقا، فإنّ شرط الثبات من الضمانات الجاذبة لرؤوس الأموال الأجنبية، خاصة في البلدان النامية، فتحاول الشركات الأجنبية البحث عن التكافؤ والتوازن العقدي من خلال اشتراط الاستقرار التشريعي في الدول المستقبلة التي تلتزم بعدم تغيير أو تعديل النظام القانوني الساري وقت إبرام العقد، بما يؤدي إلى المساس به بصورة تضر الطرف الأجنبي المتعاقد[344]، وقد يكون هذا الالتزام في صلب العقد كما قد يرد في قانون الدولة الطرف، كما تلتزم بعدم المساس بالعقد بإرادتها المنفردة، بعدم استعمال سلطاتها التنفيذية والإدارية في تعديل العقد أو إلغائه[345].

وانطلاقا مما سبق، لدراسة شروط الثبات التشريعي بنوع من التفصيل وتوضيح مضمونه أكثر، يقتضي منّا الأمر التطرق إلى الطبيعة القانونية لشرط الثبات المدرج في عقود الاستثمار(الفرع الأول)، ثمّ نعرج إلى تقييم دور الشرط في تعزيز الاستثمار بالجزائر(الفرع الثاني).

---

[343] – لعماري وليد، " استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد 09، 2016، ص 337.

[344] – كسال سامية، "دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي–عقود البترول نموذجا–"، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 03، 2006، ص ص 177– 178.

[345] – محمد عبد العزيز بكر، مرجع سابق، ص 149.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لشرط الثبات

من الأسباب الرئيسية التي تؤدي بالمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى إدراج شرط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد، تكمن في أنّ الدولة تتمتع ببعض الصلاحيات التي لا يتمتع بها الطرف الخاص كإصدار نصوص تشريعية تمس بالعقد، لذلك فإنّ الغرض من هذه الشروط هو تحجيم من سلطة الدولة على الصعيد التشريعي من جانب، ومن جانب آخر فإنّ هذه الشروط تهدف أيضا إلى الحد من سلطة الدولة كسلطة تنفيذية، على اعتبار أنّ معظم عقود الدولة لها طابع إداري يمنح للدولة حق فسخ العقد متى شاءت، لذلك يدرج شرط عدم التعديل إلاّ بالاتّفاق[346].

كما تسعى هذه الشروط إلى تحقيق هدف آخر ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي طرف في العقد، ألا وهو تحقيق الأمان القانوني، باعتبار أنّه من المسائل الأساسية في العقود ذات الطابع الدولي.

وحتى نبين الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي، يستلزم التعرض أساسا إلى تحديد المقصود بشرط الثبات (أولا)، وبعدها تحديد تكييف هذا الشرط (ثانيا).

أولا:المقصود بشرط الثبات

لتحديد المقصود من شرط الثبات، يقتضي منا الأمر التطرق إلى تعريف شرط الثبات، تبيان الغرض من هذا الشرط، بالإضافة إلى الصور المختلفة له.

[346] – بلاق محمد، "التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون ، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص 03.

1-تعريف شرط الثبات

أ- تعريف شرط الثبات التشريعي

عادة ما تتضمن عقود الاستثمار شرط الثبات التشريعي التي تعني أنّ العقد يظلّ دائما وأبدا خاضعا للقانون الّذي أبرم في ظلّه[347]، والهدف منه هو الحد من ممارسة الدولة لاختصاصها التشريعي بأن لا تقوم بتغيير أو تعديل القانون واجب التطبيق على العقد[348].

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد بموجبها الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الّذي تبرمه مع الطرف الأجنبي[349]، بمعنى أنّ الدولة باعتبارها طرفا في العقد، تلتزم بعدم تغيير بنود وشروط العقد، وتقوم بتجميد القواعد القانونية واجبة التطبيق على العقد طيلة سريان العلاقة العقدية مع المستثمر الأجنبي[350].

كما عرّف الأستاذ" **Pierre LALIVE**" شرط الاستقرار على أنّه: "**ذلك الشرط الّذي يهدف إلى منع الطرف المضيف من التعديل ولصالحه المحيط القانوني، أي بمعنى آخر القانون الواجب التطبيق على العقد الّذي يتولى معادلة المفاهيم التعاقدية**"[351] .

كما يعرفه البعض الآخر بأنّه "**أداة قانونية تتم من خلاله حماية المستثمر من مخاطر التشريع، من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع، والّذي يحد من سلطاتها التشريعية، ولكن لا يجردها منها**"[352] .

---

[347] – بلاق محمد، مرجع سابق ، ص 03.

[348] – NICOLAS David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers question d'un praticien », Clunet, 1986, p 81.

[349] – قصوري رفيقة، النّظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 191.

[350] – أحمد عبد الكريم سلامة، "شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتّجارة الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 33، 1987، ص 67.

[351] – معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998، ص 286.

[352] – كسال سامية، مرجع سابق، ص 178.

فهي شروط جرى عليها العادة في العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، خاصة في مجال عقود الاستثمار، وأنّ غياب مثل هذه الشروط يفسح المجال لتطبيق قانون الدولة المضيفة بكل أبعاده.

ب-شرط عدم المساس بالعقد

إنّ شرط عدم المساس بالعقد هو عبارة عن تعهد من طرف الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يمنحها قانونها الداخلي، بوصفها سلطة تنفيذية أو إدارية، وبالتالي فهي تشكل نوع من الحصانة يتمتع به الطرف الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة المضيفة من سلطان[353] .

وعليه يترتب على العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي التي تتضمن هذا النوع من الشروط، امتناع الدولة عن اتّخاذ أي موقف من شأنه التأثير على العقد، فحق الدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة ليس له وجود في ظل هذا النوع من الشروط "شرط الثبات"، التي تسلب الدولة هذا الحق لصالح المستثمر الأجنبي، و إن كان هناك من يرى بأنّ الدولة لها في تعديل العقد بصفة انفرادية استنادا إلى مبررات أخرى[354].

هناك من يفرق بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، فإذا كان شرط الثبات التشريعي يحمي الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، وعلى وجه التحديد ما ينتج عنها بكونها سلطة تشريعية، فإنّ شرط عدم المساس بالعقد هو تعهد الدولة بعدم تعديل أحكام العقد أو الالتزامات الواردة فيه مستخدمة في ذلك ما تتمتع من سلطات تنفيذية[355]، ويظهر الفرق بين النوعين من خلال الرأي الّذي قدّمه الأستاذ " **Prosper Weil**" بالقول أنّ "**بنود الاستقرار تتعلق بصلاحية عامة**

---

[353] – حفيظة السيّد الحداد، مرجع سابق، ص 325.

[354] – شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 82.

[355] – كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 101.

تستمدها الدولة من سيادتها ذاتها، أمّا بنود عدم التغيير فتتعلّق بسلطة لا تتحرك سوى داخل الإطار التعاقدي..."[356] .

وعلى الرغم من اختلاف شرط الثبات التشريعي عن شرط عدم المساس من الناحية النظرية، فإنّ التفرقة بينهما تكاد تتلاشى من الناحية العملية، كون أنّ شرط الثبات التشريعي غايته في الأخير هو عدم المساس بالعقد ما دام يستبعد تطبيق القواعد التشريعية على العقد، ضف إلى ذلك فإنّ شرط الثبات نفسه لا يحقق الأمان القانوني إلاّ إذا كان من غير الممكن المساس به، لهذا فإنّ المشاكل التي تثور بالنسبة للنوعين واحدة[357].

2- الغرض من شرط الثبات

إنّ الهدف من إدراج شرط الثبات في عقود الاستثمار وتمسك المستثمر الأجنبي به، هو إقامة التوفيق في العلاقات التعاقدية، حيث لا تسري التعديلات الجديدة في القانون واجب التطبيق[358]، والتي تقوم بها الدول تحقيقا لأهدافها الاقتصادية، ومسايرة التطورات في مختلف المجالات.

فهذا الشرط يجعل من المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تبقى تنظم علاقته العقدية مع الدولة المضيفة للاستثمار، مما يسمح له بضمان أمن الاستثمار ومردوديته[359].

ومما لاشك فيه أن المستثمر الأجنبي يكون مطمئنا للاستثمار في الخارج إذا علم أنّ التشريعات الوطنية السارية لحظة نفاذ العقد هي التي تحكم مشروعه الاستثماري خلال فترة العقد، وهذا لا يتحقق إلاّ من خلال ضمان عدم تطبيق أيّة تشريعات لاحقة عليه طالما كانت تضرّ بمركزه الاقتصادي[360].

تعدّ عقود الاستثمار مجال خصب لظهور شرط الثبات[361] وتطوره، فهو من بين الضمانات التي ترمي إلى حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر عدم المساواة لتفادي ضياع حقوقه، وذلك بواسطة

---

[356] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 59.

[357] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 145.

[358] – قوراري عبد العزيز، " دراسة الحوافز القانونية لجلب الاستثمارات الأجنبية بالجزائر(الامتيازات والضمانات)"، مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 01، جامعة تلمسان، 2006، ص 112.

[359] – عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 134.

[360] – كسال سامية، مرجع سابق، ص 181.

استعمال الدولة لسلطاتها من خلال المزايا الاستثنائية التي تتمتع بها، لهذا فالمستثمر الأجنبي يسعى لتجنب أي اختلال في التوازن العقدي نتيجة إصدار الدولة لقواعد تشريعية جديدة كتعديل قانون الضرائب، التعريفات الجمركية، قانون العمل... مما يؤثر على مردودية الاستثمار.

إنّ البلدان النامية كانت تتمسّك بنوع من الليونة في التعامل مع النّظام العقدي، وقصد الاستجابة لمتطلبات والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، أدى الأمر بها إلى رفض شروط التثبيت وهذا راجع إلى عدّة اعتبارات منها:

- للدولة الحق في التدخل في أيّ مشروع الاستثماري من أجل المنفعة العامة.
- إنّ الدولة غير مسؤولة عن ما نتج من التزامات التي قامت بها الأجهزة التابعة لها عند إبرام عقد الاستثمار.
- أنّ شروط التثبيت تمارس من طرف السلطة التنفيذية، ما يؤدي بالمساس بمبدأ الفصل بين السلطات.
- تمتع الدولة بسلطة مطلقة في الرقابة والإشراف على مشاريعه الاقتصادية والتنموية والتي قد تعود عليها بالفائدة[362].

غير أنّه نظرا لحاجة الدول النامية لرؤوس الأموال الأجنبية، ونزولا عند رغبة المستثمرين الأجانب، وافقت الدول على تثبيت النظام القانوني للاستثمار، وكذا تكريسه في إطار الاتفاقيات الثنائية، المتعلقة بحماية المال الأجنبي[363].

---

[361] – لقد كان أوّل ظهور لشروط الثبات التشريعي، حين تمّ إدراجه لأوّل مرّة في عقد الإمتياز المبرم بين إيران والشركة الإنجليزية، وذلك بتاريخ 18 ماي 1933 حيث نصت المادة 21 منه على أنّه: " **لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيّا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية**". أنظر: – إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد01، 2006، ص ص 98–99.

[362] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 92.

[363] – مرجع نفسه، ص 92.

وبمجرد قبول الدولة لمثل هذا الشرط، فهي ملزمة على تجميد سلطاتها التشريعية، الإدارية والتنفيذية في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فهي بمثابة حصانة للطرف الأجنبي ضدّ كافة تدخلات الدولة[364].

تجسّدت شروط الثبات في العقد المبرم بين حكومة ليبيريا و شركة الحديد والصلب الليبيرية، حيث نصّت المادة 14 منه على أنّه: " **اتّفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا، ويتمّ تأويلها وتفسيرها بموجبها، إنّما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتّفاقية أو بعده، ويكون غير متوافق مناقض لنصوصها**"[365].

كما كُرست أيضا في حكم التحكيم بشأن النزاع بين الحكومة اللّيبية وشركة LIAMCO، البترولية الصادر في 12 أفريل 1977، حيث نصّ على: " **شرط التجميد الزمني لقانون العقد له معصومية – أو عدم جواز الخرق– العقود المعترف بها عموما في القانون الداخلي وفي القانون الدولي، كما أنّ هذا الشرط يتّفق مع مبدأ رجعية القوانين**"[366].

3– الأشكال المختلفة لشرط الثبات

يعتبر شرط الثبات والذي يتمّ بموجبه تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة أكثر شيوعا في العقود التي تبرمها الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وإنّ التحليل الفني لهذه الشرط يؤدي بنا تصنيفه إلى نوعين من الشروط : شروط تعاقدية أو اتفاقية وأخرى تشريعية[367].

---

[364] – من الناحية العملية وافقت العديد من الدول على هذه الشروط في عقود الاستثمار خاصة في مجال البترول، كإيران، ليبيا، الجزائر، وبعض الدول الإفريقية والأسيوية، فهي تتعهد في قوانينها بعدم إلغاء أو تعديل العقود المبرمة معها. أنظر:
– عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 162.

[365] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 165.

[366] – عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 163.

[367] – هناك من الفقه من يقسّم شروط الثبات إلى معيارين:
أولا– المعيار الشكلي:
1–شرط الثبات من حيث المصدر: تنقسم إلى شروط تعاقدية وشروط تشريعية.
2– شرط الثبات من حيث المضمون: تنقسم إلى شروط عامة مطلقة، تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تغيير التشريعات المتعلقة بالعقد، وشروط خاصة نسبية تمنع الدولة من تعديل التشريعات المتعلقة ببعض نشاطات المستثمر الأجنبي التي قد تزيد من أعبائها كالتشريعات الجبائية أو الجمركية.

أ- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية Les clauses contractuelles

يقصد بها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الاستثمار، والتي تنص صراحة على أنّ القانون الّذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة وقت الإبرام، مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليه[368]، حيث تلتزم من خلاله الدولة بعدم تغيير الأحكام العقدية إلاّ إذا وجد اتفاق بغير ذلك[369].

ومن أمثلة هذه الشروط ، نذكر الاتفاق المبرم بين الكامرون وإحدى شركات البترول واستغلاله، حيث جاء في نص المادة 15 منه، على ما يلي: " **لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص الذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق**"[370]

3- من حيث النطاق الفعلي: تنقسم إلى شروط تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد تصدره الدولة المتعاقدة، والحظر في سريان القانون الجديد لا يعمل به إذا كان القانون الجديد أصلح للمتعاقد، وفقا لهذا التمييز بين النطاق الفعلي لشروط الثبات ما بين شرط لكل القوانين، وآخر مقيد بألاّ يكون القانون الجديد أصلح للمتعاقد.

4- من حيث الأشخاص المستفيدين: تنقسم إلى شروط مطلقة لا تحدد الأشخاص المستفيدين منها، وشروط نسبية تقتصر على المتعاقد مع الدولة دون الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

ثانيا: المعيار الوظيفي: يميّز بين

1-شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون دون اندماجه في العقد والتي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، حيث أنّ هذا التصنيف يهدف إلى قطع الصلة بين القواعد والأحكام القانونية التي يتم تثبيتها، والقانون الوطني الّذي اشتقت منه، وذلك بعد مرور فترة زمنية معينة، خاصة إذا تمّ تغيير هذا القانون.

2- شروط ثبات تهدف إلى التجميد مع اندماج القانون في العقد ليصبح شرطا فيه ليس إلاّ، وشروط الثبات التي تتخذ شكل تعهّد الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي وتحصينه ضد التعديلات المستقبلية، والنص على عدم سريانها على العقد.

- راجع في ذلك : حفيظة السّيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 328-335. راجع كذلك: عدلي محمد عبد الكريم، "تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 18، 2011، ص ص 190- 192.

[368] - معاشو عمار، مرجع سابق، ص 290.

[369] - إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، مرجع سابق، ص 98.

[370]- دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 241.

ولقد كرّس العقد المبرم بين دولة الغابون وشركة France ville المناجم اليورانيوم هذا الشرط، حيث نصت المادة 19 منه على التزام دولة الغابون بتضمين العقد استثناء خاص للشركة بالاستفادة من الأحكام السابقة، إلاّ إذا وافقت الشركة على الأحكام الجديدة[371].

كذلك جاء في أحد العقود المبرمة عام 1978 بين الحكومة التونسية وإحدى شركات البترول الأمريكية على أنّه: " **يكون واجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي،... ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتّفاق الحالي**"[372].

ب- الشروط التشريعية Les clauses législatives

تسمى كذلك بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي، فهي نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة المستقطبة للاستثمار التي تدخل طرفا في عقد اتفاق دولي مع شخص خاص أجنبي، بمقتضاه تتعهد الدولة بأن لا تعدّل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق[373].

ولقد تبنى هذا النوع من وسائل التجميد الزمني لقانون العقد، قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 الّذي نص على أنّه: " **أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أيّ من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا خلال مدة تجديده**"[374] .

كما قرر القانون الليبي الصادر في 25 نوفمبر 1955 في المادة 24 منه، على عدم سريانه على الامتيازات قبل صدوره ، كما أنّ التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك، كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها[375].

---

[371] – معاشو عمار، مرجع سابق، ص 290.

[372]– شوشو عاشور، مرجع سابق، ص ص 80- 81.

[373] – طارق كاظم عجيل، " القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة)"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 03، 2011، ص 07.

[374] – غسان عبيد محمد المعموري، " شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 02، 2009، ص 173.

[375] – طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 07.

أمّا في نطاق القوانين المنظمة للاستثمار، فقد نصت المادة 14 من قانون الاستثمار الكاميروني الصادر عام 1960 على أنّه: " **اتّفاق الإقامة يحدد خصوصا... ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية، كما في مجال التحويل المالي وتسويق المنتجات**" [376].

ومن ثم فإنّ شرط الثبات التشريعي الذي يرمي إلى استمرار سريان القانون القديم بما يحتويه من مزايا وحقوق للمستثمر الأجنبي، تصرح بها الدولة في الدستور أو قوانين الاستثمار بالتزام الدولة بعدم المساس بهذه الحقوق عن طريق التأميم أو نزع الملكية.

ثانيا: التكييف القانوني لشرط الثبات

تعتبر مسألة تحديد التكييف القانوني لشرط الثبات مسألة غاية الأهمية، ذلك أنّ تحديد هذا التكييف ينعكس على عمل هذا الشرط في الواقع العملي في الحالة التي يدرج فيها هذا الشرط في العقد.

وعلى الرغم من انتشار استخدام شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار سواءً كان مصدرها تعاقديا أو قانونيا[377]، إلاّ أنّ أراء الفقهاء قد تباينت في تحديد التكييف القانوني لها، حيث يذهب الاتّجاه الأول إلى أنّ شروط الثبات هي شرط تحويلية لقانون العقد، بينما يرى الثاني أنّ شرط الثبات توقف قوّة سريان القانون الجديد.

1- شرط الثبات هو شرط تحويلي لقانون العقد

يرى أصحاب هذا الاتّجاه أنّ التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد لا تسري عليه كون أنّ ذلك القانون يندمج في العقد، ويصبح شرط تعاقدي (Clause contractuelle) كباقي شروط العقد أو بنوده[378]. نتيجة لذلك يفقد صفته القاعدية ويبقي اسمه فقط، وذلك تعبيرا عن إرادة الأطراف لا إرادة المشرع.[379] فشرط التجميد التشريعي يمارس أثرا تحويليا (Effet transformateur)، لطبيعة القانون المختار لحكم العقد.

---

[376] – غسان عبيد محمد المعموري، مرجع سابق، ص 173.

[377] – بن أحمد الحاج، " شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 05، 2017، ص 533.

[378] – كسالي سامية، مرجع سايق، ص 180.

[379] – عدلي محمد، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 148.

وعليه فإنّ إرادة المشرع التي خلعت على هذه القواعد الطبيعية المعيارية، هي نفسها التي رفعت تلك الطبيعة، وهذا يعني أنّ المشرع هو من صهر القانون في العقد نفسه، فلا يكون له أيّ قوّة إلاّ التي يعطيها له الأطراف بوصفها شروطا تعاقدية. إنّ القانون أضحى بموجب شرط الثبات التشريعي " **ملكا للمتعاقدين فهو لا يستمد من سيادته لا سلطة تعهدهم ولا سلطة تعديله دون رضائهم**"[380].

استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود، بإمكان الأطراف المتعاقدة استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من تطبيقها على العقد الدولي، بل إدماجها في العقد بحيث لا تكون لها أيّ قوّة إلزامية إلاّ تلك التي يمنحها الأطراف[381].

تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الرأي لا يصلح إلاّ بصدد الشروط التعاقدية أو الاتفاقية للثبات التشريعي، أي في حالة الاختيار الصريح للقانون، أماّ في ظل غياب الإرادة الصريحة فإنّ فكرة الاندماج والطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر[382].

أماّ إذا كانت شروط الثبات ذات الطابع التشريعي التي وضعها المشرع تحفيزا للاستثمار فهو غير قادر على تفسير أحكام القانون الجديد، إضافة إلى أنّ شروط الثبات كونها تغير من طبيعة قانون العقد وتجعله يفقد صفته القاعدية وتحوله مجرّد بند تعاقدي، وتكون بذلك هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع العقد لأيّ قانون، وعليه يصبح العقد بلا قانون[383].

2- شرط الثبات يوقف قوة سريان القانون الجديد

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ شروط الثبات تعتبر استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد، فإذا اتّفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد دون تلك التي تطرأ بعدها لا يترتب على ذلك تغيير لطبيعة القانون الذي يتضمن تلك القواعد، بل يتوقف فقط سريان النصوص الجديدة التي تستجد بعد إبرام العقد، فهي تبقى نصوص قانونية بالمعنى الفني، وعليه يكون بذلك لشرط الثبات أثر توقيفي(Effet suspentif)، بقوة سريانه على قانون العقد في تعديلاته

---

[380] – بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص 535.

[381] – أحمد عبد الكريم سلامة، " شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار"، مرجع سابق، ص 78.

[382] – أنظر في ذلك: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 321.

[383] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 341.

اللاحقة.[384] وعلى هذا الأساس فإنّ شرط الثبات في هذه الحالة يرمي إلى استمرار سريان القانون الّذي اتّفق عليه الأطراف واختاره لحكم العقد المبرم بينهما، بالرغم من صدور تشريع جديد يعد استثناءً على مبدأ السريان الفوري والمباشر، تحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على العقد الّذي تمّ تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان [385] .

يتطلب لتحقيق استمرارية سريان القانون المختار استثناء على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون على ضرورة وجود التشريع الجديد كقواعد متعلقة بالنظام العام "القواعد الآمرة" ، أمّا إذا كانت قواعد التشريع الجديد قواعد مكمّلة، فإنّ هذه القواعد لا تسري كأصل عام على العقود المبرمة في ظلّ القانون القديم، بذلك لا يكون تثبيت القانون المختار استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد[386].

يبرر أنصار هذا الرأي الأثر التوقيفي لشرط الثبات في كون دور الإرادة هو اختيار القانون وليس إعماله، وأنّ قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف باعتباره يصدر عن سلطة تشريعية يفرض عليهم، وإرادة الأطراف تتدخل في مرحلة تحديد واختيار القانون المنظم للعقد، وبعدها ينتهي سلطان إرادة الأطراف، فهي لا تستطيع دمج القانون في العقد بل فقط اختياره ليسري على العقد، وتحديد حالته التي سوف يطبق بها على العقد[387].

ومن جهة أخرى فإنّ دور القاضي متعلّق بتطبيق القانون المختص باعتباره قانونا وليس شرطا تعاقديا، ويوقع الجزاء الّذي يتضمّنه، فمن غير المستطاع توقيف قوّة سريان القانون، ضف إلى ذلك فإنّ الأثر التوقيفي لشرط الثبات هي شروط تشريعية فلا مانع من تجميد الدولة لقانونها، فهي المشرّع والخلق للقاعدة القانونية، كما يستند إلى قاعدة القانون الدولي الخاص التي تسمح للأطراف باختيار قانون العقد ولا تفرض إسنادا زمنيا (Rattachement temporel)[388].

---

[384] – غسان عبيد محمد المعموري، مرجع سابق، ص 177.

[385] – كسالي سامية، مرجع سابق، ص 183.

[386] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 111.

[387] – لمزيد من التفصيل أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 322.

[388] – أحمد عبد الكريم سلامة، " شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية "، مرجع سابق، ص 80.

وانطلاقا ممّا سبق يمكن القول أنّ شروط الثبات التشريعي هي شروط تحوّل من طبيعة القواعد القانونية التي تطبق على العلاقة التعاقدية وتوقف مبدأ الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد في ضوء الآراء الفقهية التي تمّ عرضها سابقا.

الفرع الثاني

تقييم دور شرط الثبات التشريعي في تعزيز الاستثمار بالجزائر

إنّ فكرة مبدأ ثبات التشريع المتعلق بالاستثمار يتيح للمستثمر الأجنبي العمل على أرضية قانونية ثابتة، وهو ما يبرز تبنيها من قبل غالبية التشريعات، وعلى غرار البلدان النامية لجأت الجزائر بتكريس شرط الثبات بغرض طمأنة المستثمرين واستقطابهم، لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات(أولا)، ومدى التزام الجزائر بمثل هذا الشرط (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات

يعتبر مبدأ الثبات التشريعي أو مبدأ تجميد التشريع المطلوب ضمانه من الناحية القانونية[389]، من بين الضمانات الأساسية التي تكرّس الأمن القانوني للاستثمار في بلد ما، والتي يحرص عليها المستثمر الأجنبي لما يمنحه هذا المبدأ من ثقة واطمئنان[390].

وإيمانا من المشرع الجزائري بدور شرط الثبات في جذب الاستثمارات خاصة الأجنبية منها لعلاقته بالأمن القانوني الّذي ينشده المستثمر[391]، عمد المشرع الجزائري بتكريسه في مختلف القوانين المنظّمة للاستثمار، خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي الّذي عرفته الجزائر في بداية التسعينات، وكانت البداية من المرسوم التشريعي رقم 93-12، الّذي نصّ في المادة 39 منه على ما يلي: " **لا تطبق**

---

[389]- ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », Revue académique de la recherche juridique, Faculté de droit, Université de Béjaia, 2010 , n°01, p 06.

[390] – حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 29.

[391] – بن أحمد الحاج، مرجع سابق، ص 531.

المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"[392].

ثمّ تلاه بعد ذلك الأمر رقم 01-03، المتعلّق بتطوير الاستثمار، حيث نصّت المادة 15 منه على ما يلي: " **لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**". فمن خلال نص المادة نلاحظ أنّ الدولة الجزائرية قد تعّهدت للمستثمرين بتجميد القانون المتعلق بالاستثمار، بالرغم من صلاحيتها بالقيام بالتعديلات اللازمة على نظامها القانوني وفقا لما يقتضيه أهدافها الاقتصادية باعتباره من الحقوق السيادية للدولة.

يهدف شرط الاستقرار إلى منع الدول المضيف للاستثمار من إدخال تعديلات على المحيط القانوني لصالحها، غير أنّه إن قام بذلك طبقا لمقتضيات التغيير[393]، فهي ملزمة بتوضيح قواعد اللعبة الّتي توجّه تدخّله في محيط الاستثمارات[394] .

كما جاء به القانون 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار ليؤكد على شرط الثبات ضمن سياسة استقطاب الاستثمارات الأجنبية وهذا من خلال نص المادة 22 منه التي تنص على ما يلي: " **لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**".

إنّ هذا الضمان من شأنه أن يساهم في التقليص من سيادة الدولة والحد من سلطتها التشريعية، لكن على ما يبدو أنّ المشرع الجزائري قد قام بتكريس مبدأ الاستقرار بهدف كسب ثقة المستثمر الأجنبي، فشرط الاستقرار ضروري خاصة بالنسبة للدولة التي تعمل على كسب الاستثمارات الأجنبية، لكن لا يفهم

---

[392] – أنظر المرسوم التشريعي رقم 93-12 مؤرّخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[393] – بن يحي رزيقة، سياسة الاستثمار في الجزائر: من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 140.

[394]– ZOUAIMIA Rachid, « Réflexions sur la sécurité juridique de l’investissement étranger en Algérie », Op. Cit, pp 4 – 5.

من هذا الدعوى إلى تجميد التشريعات بل إلى تطويرها ومراجعتها بحيث لا تمس السيادة الوطنية وتحفظ للمستثمر حقوقه[395].

إنّ المادة 22 أعلاه تحمي المستثمرين الأجانب من التعديلات التي قد تطرأ مستقبلا على التشريع الجزائري، بمعنى أنّه أي مراجعة أو إلغاء يمكن إجراؤهما مستقبلا على الاستثمارات الأجنبية المنجزة في ظل القانون 16-09 لا تسري آثارهما في حق المستثمر الأجنبي، حيث يعدّ هذا التثبيت ذات أهمية كبيرة نظرا لما يحققه من حماية وأمان بحيث يمكن للمستثمر الأجنبي من تحقيق أهدافه حسب ما خطط له، والعمل في مناخ قانوني مستقر معروف مسبقا، دون تخوف من أي تعديلات وإجراءات جديدة قد تضرّ بمصالحه.

لقد أوردت المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار عبارة " **إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"، حيث يفهم من ذلك أنّه بمثابة استثناء على مبدأ ثبات القانون، ويعتبر تحفيزا إضافيا للمستثمر، حيث يمكن أن يطبق القانون الجديد أو المراجعات على المستثمر الأجنبي في حالة طلبه ذلك صراحة، ويكون ذلك عندما يحتوي القانون الجديد ضمانات ومزايا أفضل لصالحه، و في هذه الحالة يجب التسجيل بذلك أمام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وطلب الحصول على المزايا، وهو ما يشكّل في الواقع حماية مضاعفة للمستثمر الأجنبي.

ذلك أنّ التثبيت الفاحش للقانون واجب التطبيق على العقد، وكذا شروط الاستقرار المدرجة في قوانين الاستثمار، تعتبر بمثابة حصانة للمستثمر الأجنبي من التعديلات المستقبلية التي قد تطرأ على العقد، والتي قد لا تكون لصالح المستثمر الأجنبي[396]، لذلك فقد منحه المشرع الجزائري حرية الاختيار بين القانون القديم والجديد، من خلال تثبيت النظام القانوني، والسماح له من الاستفادة من الأحكام التي تضمن له أفضل المزايا، خاصة في المجال الضريبي والجبائي، وذلك في إطار ما يسمى بالشرط التدعيم التشريعي[397].

---

[395] – يوسفي أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر في ظلّ التشريعات الحالة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1999، ص ص 66-69.

[396] – TERKI Nour Eddine, Op. Cit, p 18.

[397] - SADOUDI Ahmed, « Les incitations fiscales et la promotion des investissements en Algérie », Annales de l'institut-maghrébin d'économie douanière et fiscale, 1994, p 42.

ما يعاب على نص المادة السابقة، من جهة تحمي المستثمر الأجنبي من التعديلات المستقبلية للتشريع الجزائري، ومن جهة أخرى يؤدي تطبيقها إلى تجميد التشريع الجزائري للاستثمارات، بالتالي تقييد الدولة في تدخلها التشريعي، وهذا ما يصطلح عليه في القانون الدولي العام بالتجميد الذاتي (Auto Limitation)، الّذي يترتب عنه التدخل في سيادة الدولة والتقليص من سلطاتها التشريعية[398].

بالتالي ما يمكن استخلاصه وملاحظته من خلال نص المادة السالفة الذكر، أنّ الدولة الجزائرية قد حملت على عاتقها التزامات تقيّد من حقوقها، وكان عليها أن تحدد مجالات تثبيت النص التشريعي مثلا في الاستثمارات ذات الأهمية الاقتصادية الوطنية أو تطبيق اللاستقرار التشريعي، والذي يكون عندما تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار بعدم مراجعة المسائل التي من شأنها أن تزيد الأعباء المالية للمستثمر دون باقي بنود العقد، فكان من الأجدر عدم ترك التثبيت التشريعي على إطلاقه، ذلك أنه من شأن هذا الأمر تحميل الدولة أعباء هي في غنى عنها[399].

لم يكتف المشرع الجزائري بتكريس شروط الثبات في القوانين المنظمة للاستثمار، بل تمّ تضمينها في مختلف العقود التي تمّ إبرامها بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي.

أقرّت الجزائر هذا الشرط في بعض العقود التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب، نجد على سبيل المثال اتّفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر حيث نصت المادة 1/16 على أنّه: " **إذا نضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النّظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية**"[400].

كما تمّ إدراج هذا الشرط بموجب المادة 06 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، حيث نصت على أنّه: "**طبقا للمادة 15 من**

---

[398] – بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 61.

[399] – والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 230.

[400] – أنظر اتفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرّخ في 20 ديسمبر 2001، مرجع سابق.

الأمر 03/01 المؤرّخ 20 أوت 2001، فإنّ المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحدّدة في الاتفاقية الحالية"[401] .

يحتوي هذين النصين المتعلقين بشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، على تعهّدات صادرة عن الدولة الجزائرية نفسها، وليس من شركات أو أجهزة تابعة لها، الغرض منها تشجيع وتحفيز المستثمرين الأجانب على الاستثمار في الجزائر ومنحهم ضمانات إضافية، فهو يعدّ تعهّدا من قبل الدولة نفسها تجاه المستثمر الأجنبي بتثبيت قانون الاستثمارات التي تمّ الشروع في إنجازها، فتعتبر هذه الشروط جوهرية بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يتمسك بتثبيت النظام القانوني لحماية استثماراته[402].

كما نصت المادة 06 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب ج ج د ش وشركة حامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination) على: " **طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرّخ في 20 غشت سنة 2001 والمذكور أعلاه، فإنّ المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.**

كما أنّه يمكن لشركة المشروع، وبطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار، والّذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيّز التنفيذ"[403].

نفس الأحكام الواردة في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار شركة أقواس دو سكيكدة (ADS)، في المادة 06 منها، التي تنص: "**طبقا للمادة 15 من الأمر 01-03، فإنّ المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.**

---

[401]– اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للاسمنت (A.C.C)، شركة ذات أسهم، مرجع سابق

[402] – يوسفي محمد، "مضمون أحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرّخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص 31.

[403]– اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، مرجع سابق.

كما أنّه لشركة المشروع، وبطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والّذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيّز التنفيذ"[404].

نفس الأحكام جاءت في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب ج ج د ش وشركة كهرما (Kahrama)، في نص المادة 04 منها[405].

إنّ التزام الدولة بمثل هذه الشروط قد يضرر بها في حالة خرقها له نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، مما يجعلها مسؤولة مسؤولية دولية لاسيما في إطار الممارسات الرامية إلى جعل عقود الدولة في مجال الاستثمار في مصف الاتّفاقيات الدولية[406].

ثانيا: مدى التزام الجزائر بشرط الثبات

مما لا ريب فيه أنّ جاذبية أي بلد للاستثمار الأجنبي مرتبط بمستوى فعالية مناخه الاستثماري، فمن حقّ المستثمر أن يطمئن على الأوضاع السياسية والقانونية في الدولة التي ينوي استثمار أمواله فيها.

ويعتبر الاستقرار التشريعي من أهم العوامل المؤثرة بشكل كبير في قرار المستثمر، فغالبية المستثمرين الأجانب يربطون قراراتهم الاستثمارية في أيّ دولة بمدى توفر الأمن القانوني من عدمه، ذلك أنّ رؤوس الأموال الأجنبية تنجذب حيث يوجد مناخ اقتصادي، سياسي، وقانوني ملائم للاستثمارات باعتبار أنّ المستثمر الأجنبي يهدف إلى تحقيق الربح والأمان معا.

إنّ شرط الاستقرار من الشروط الضرورية لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، بحيث أنّه يضفي نوع من الثقة بين المستثمرين، لذلك وجب على الدولة المضيفة للاستثمار أن تراعي مسألة تثبيت النظام القانوني الّذي يحكم الاستثمارات، ذلك أنّه إذا كانت الدولة في كلّ مرة تطل علينا بتشريع جديد خاصة

---

[404] – اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وأقواس دو سكيكدة (ADS)، ج ر ج ج، عدد 07، مرجع سابق.

[405] – أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وكهرما (Kahrama)، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[406] – إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، مرجع سابق، ص 114.

وإن كان مجحفا في حق المستثمر الأجنبي، فسينجرّ عن ذلك زعزعة الثقة في أمنها القانوني، ونفور المستثمرين الأجانب والبحث عن دول أكثر استقرارا، وهذا ما يؤدي إلى تقليص ونقص موارد التمويل.

وبالرجوع إلى قانون الاستثمار الجزائري، والإطّلاع على المادة 1/66 من قانون المالية لسنة 2016 [407] والّتي تنص على قاعدة الشراكة الدنيا للمستثمرين الأجانب، فنجد أنّها لا تطبّق بأثر رجعي، ونستشفّ ذلك من خلال عبارة "**ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة**"، بمعنى أنّ المستثمرين المستقبليّين هم الملزمين بهذه القاعدة فقط، أمّا الّذين سبق وأن أسّسوا استثماراتهم فلا يمتثلون لذلك.

غير أنّه باستقراء الفقرة الثانية من نفس المادة، فنلاحظ أنّها تفيد عكس ذلك، حيث جعلت تطبيق هذه القاعدة على كل الاستثمارات الأجنبية الّتي سبق إنشاؤها، وهذا ما يبدو واضحا بنصها على ما يلي: "**يترتّب مسبقا عن أيّ تعديل للتّسجيل في السجل التّجاري، امتثال الشركة لقواعد توزيع الرأسمال المبينة أعلاه.**

غير أنّه لا تخضع لهذه الإلزامية التعديلات الّتي ترمي إلى ما يأتي:

- **تعديل الرأسمال الاجتماعي (زيادة أو تخفيضا) الّذي لا يترتّب عنه تغيير في حصص توزيع الرأسمال الاجتماعي المحددة أعلاه،**
- **التنازل عن أسهم الضمان المنصوص عليها بموجب المادة 619 من القانون التجاري أو تبادلها بين التصرفين الإداريين القدامى والجدد، وذلك دون أن تتجاوز قيمة الأسهم المذكورة 1% من الرأسمال الاجتماعي للشركة،**
- **إلغاء نشاط أو إضافة نشاط ملحق،**
- **تعديل نشاط تبعا لتعديل مدونة الأنشطة،**
- **تعيين مدير أو مسيّري الشركة،**
- **تغيير عنوان المقر الاجتماعي**"[408].

---

[407] – قانون رقم 15-18، مورّخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر 2015.

[408] – تقابلها المادة رقم 45 من الأمر رقم 01/10، مؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

وعليه يمكن القول أنّ قاعدة الشراكة الدنيا المكرّسة في المادة 1/66 من قانون المالية لسنة 2016، يتمّ إعمالها بأثر رجعي على الاستثمارات الأجنبية القائمة واللاحقة، وهذا عندما نصّ صراحة على إلزامية مراعاتها عند كل تعديل في عملية القيد في السجل التجاري.

كما يمكن لنا تقديم مثال آخر يؤكّد هذا الطرح، والمتمثّل في إجراء حق الشفعة على المستثمرين الأجانب في مرحلة التصفية، حيث أنّ هذا الإجراء يسري بأثر رجعي على كل الاستثمارات الأجنبية المنجزة قبل صدور القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار حيث تنص المادة 30 منه على أنّه: "**تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب**" وعليه فإنّ نص المادة لا يشير إلى إمكانية استبعاد الاستثمارات التي سبق انشاؤها.

انطلاقا من الأحكام السابقة نستخلص أن الجزائر لم تحترم التزامها بتجميد النص التشريعي الّذي أنشأ في ظلّه الاستثمار، كما أنّ كثرة وتنوّع النصوص القانونية ينجرّ عنه التضارب في مضامينها، مما يؤثر سلبا على جذب المستثمرين الأجانب، وفي هذا الإطار يرى الأستاذ "**إسعد محند**" أنّه لا يمكن إنتاج قوانين لتسيير الماضي، مضيفا إلى أنّ دولة القانون تعني أنّ الشخص يجب أن يعامل تبعا للتشريع الّذي جاء من أجله للاستقرار في بلد ما[409].

لقد تعرّض الإطار القانوني للاستثمار في الجزائر في الآونة الأخيرة للعديد من التعديلات ما يعكس تذبذب موقف المشرع الجزائري اتّجاه المستثمر الأجنبي من التشجيع إلى التقييد، حيث أنّ المطّلع على الأمر 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار يستنتج أنّه قانون محفّز لرؤوس الأموال الأجنبية نظرا لاحتوائه على العديد من الضمانات الحمائية والتسهيلات الإدارية المشجعة، حيث أنّه بصدوره انسحبت الدولة من النشاط الاقتصادي الاستثماري وتفرّغت لدور المحفّز والضابط فقط[410]، وقد سار المشرّع على ذات النهج بمناسبة تعديل وتتميم قانون تطوير الاستثمار بموجب الأمر 06-08[411]، لكن ابتداءً من سنة

---

[409] – أنظر في ذلك:

- ISSAD Mohand, Droit international privé, Ed pulisud, Paris, 1986. Cité par : KACHER Abedelkader, « Pour une gouvernance politiquement correcte dans un projet d'Etat de droit juste et équitable » Revue critique de Droit et Sciences Politiques, N° 01, 2006, pp 25-43.

[410] – حساييني لامية، مرجع سابق، ص 278.

[411] – أمر رقم 06-08، مؤرّخ في 15 جويلية سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 01-03 المؤرّخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006.

2009[412] نلمس تراجع المشرّع الجزائري عن موقفه وذلك في اتّجاه سياسة تصب في إطار تلك الّتي كانت سائدة أثناء مرحلة الدولة المتدخلة[413]، حيث تجسّدت هذه السياسة الجديدة في قوانين المالية المتعاقبة الّتي عدّلت بصفة مباشرة وحساسة أحكام الأمر 01-03 حيث أحدثت تغيرات جذرية في النظام القانوني المطبق على الاستثمار الأجنبي، حيث تبنى المشرع نظام تمييزي يمس بمصلحة المستثمر الأجنبي.

واستكمالا لسلسلة التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري، فقد ألغى الأمر رقم 01-03 جزئيا، واستبدله بالقانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، أين كنّا ننتظر منه سن نصوص قانونية من شأنها استقطاب الاستثمارات الأجنبية وتدفقها وارتفاع حجمها بالجزائر، إلاّ أنّ النتائج كانت مخيبة للآمال، حيث أنّ المشرّع قد استمرّ على موقفه ولم يغيّر من تلك النظرة السلبية اتّجاه المستثمرين الأجانب.

إنّ التنوّع في النصوص الّتي تتوالى تلوى الأخرى تعكس عدم شفافية سياسة الاستثمار في الجزائر، الأمر الّذي يؤدي إلى تزعزع ثقة المستثمر الأجنبي، وهذا لن يكون في صالح الجزائر، فالاستثمارات الأجنبية تجد من الخيارات المتاحة بين الدول التي تطمح لجذبها ولها أن تختار منها، حيث أنّ الدولة المضيفة الّتي تعمل على منح هذه الاستثمارات منظومة قانونية مستقرّة من شأنها أن تشجع المستثمر الأجنبي على الإقبال على الاستثمار وهو مطمئن، لذلك نجد أنّ الدول المجاورة قد أدركت أهمية الاستقرار التشريعي في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، فالمغرب مثلا لم تقم بتعديل قانون الاستثمار منذ سنة 1995 [414].

وفي الأخير نستنتج أنّ هذه التعديلات العشوائية الّتي صاحبت قانون الاستثمار ابتداءً من سنة 2009 يشكّل خرقا واضحا لمبدأ الاستقرار التشريعي، الأمر الّذي يؤدي إلى تقهقر الأمن القانوني الّذي يستفيد منه المستثمر الأجنبي. فالأمن القانوني الّذي يجب على الدولة الجزائرية أن تسهر على توفيره

---

[412] – أمر رقم 09-01، مؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

[413] – ZOUAIMIA Rachid, «Le régime des investissements étrangers à la l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », RASJEP, faculté de droit, université d'Alger, N° 02, 2011, pp 5-6.

[414] – قانون رقم 95-18، يتعلّق بميثاق الاستثمارات المغربي، صادر بموجب ظهير شريف رقم 213. 95. 1، مؤرّخ في 08 نوفمبر سنة 1995، ج ر عدد 4335، صادر في 28 نوفمبر 1995.

يجب أن يكون على أساس عدم مفاجئة المستثمر الأجنبي بقوانين وتشريعات جديدة لم تكن موجودة وقت إبرام العقد .

المطلب الثاني

شرط اللجوء إلى التحكيم

من المتعارف عليه، أنّ العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وإن ظهرت حسنة في بدايتها، إلاّ أنّها سرعان ما تتغيّر نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين[415]، حيث تسعى الدولة لتحقيق خططها التنموية الاقتصادية عند إبرامها لعقود الاستثمار، في حين تبقى الأنشطة الاستثمارية رهينة معادلة السعي إلى الربح والتقليل من التعرض للمخاطر[416] .

لذلك ومع وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الأجنبي فإنّ المستثمر الأجنبي يكون في حاجة إلى ضمانات إجرائية تتصدى لأيّ نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أو حتّى تفسيره، إذ عاد لا يشعر المستثمر بالارتياح إلى قضاء الدولة المضيفة ويشكك في حياده[417] ، وعليه أصبحت مسألة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي من بين الشروط الأساسية لإرساء المصداقية اللازمة في العلاقات الاقتصادية القائمة بين الدول وذلك نظرا للمزايا الّتي يوفرها التحكيم الدولي مقارنة مع طرق التسوية الأخرى[418]، يتعينّ علينا الوقوف للتعرف أكثر على نظام التحكيم، من خلال التطرق لمقصود التحكيم التجاري الدولي، وتكريسه في التشريع الجزائري حيث حرصت الدولة الجزائرية على إعطاء المستثمرين الأجانب هذه الضمانة في حالة نشوب النزاع وذلك سواءً في إطار قوانينها الداخلية أو من خلال المصادقة على أهم

---

[415] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 08.

[416] – معمرو بومكوسي، "اتّفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية"، مجلة العلوم القانونية، العدد 01، الرباط، المغرب، 2013، ص 65.

[417] – جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، "ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)"، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 11، 2017، ص 603.

[418] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 343.

الاتفاقيات الجماعية المتعلقة بالتحكيم وهو ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسساتي(الفرع الأوّل)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى مختلف المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الأجنبي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

يسعى المستثمر الأجنبي إلى فرض التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية النزاعات الناجمة عن عقود الاستثمار، وللإحاطة بهذا الشرط، يتعين علينا إلقاء الضوء على المقصود بالتحكيم التجاري الدولي (أولا)، لنتطرق بعد ذلك إلى تكريسه في القانون الجزائري (ثانيا).

أولا:المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

لقد أضحى التحكيم التجاري الدولي في عصرنا الحالي من بين أهم المواضيع التي تثير النقاش بخصوص النزاعات الناشئة عن الاستثمار نظرا لفعاليته كآلية تساهم في توفير الأمن القانوني للاستثمار، وأمام ضعف وعجز أجهزة القضاء الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، ورفض المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة لاستثماره بسبب انعدام ثقته بهذا الجهاز[419]، الّذي قد لا تتوفر فيه شروط معينة منها الاختصاص، الاستقلالية النزاهة والموضوعية[420]، مما أدى إلى تكريس التوجه نحو تطبيق التحكيم التجاري الدولي كأسلوب لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار باعتباره من أفضل الضمانات وأكثرها اطمئنانا للمستثمر.

---

[419]– بلحرش سعيد: "المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق ، جامعة بجاية، أيام 14 و2006/06/15، ص 191.

[420] – كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003، ص 172.

يعتبر التحكيم ضمانا قانونيا للمستثمر الأجنبي ووسيلة لحماية استمرارية عقود الاستثمار الأجنبية، في حين تعتبر الدولة المضيفة التحكيم وسيلة في يد الشركات المتعددة الجنسيات تستعملها للدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها[421].

إنّ التحكيم التجاري الدولي يعتبر إحدى وسائل حسم النزاعات التي لاقت قبولا من قبل المتعاملين في الوسط الدولي باعتباره نظاما قضائيا يعلو فوق النظم القانونية الوطنية من جانب وضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية من جانب آخر.

1-تعريف التحكيم التجاري الدولي

بما أنّ الدول المتقدمة اقتصاديا تعتمد على التحكيم وتعدّه آلية من آلياتها لضمان ريادتها، فالتحكيم يقصد به أساسا عدم خضوع منازعات عقود التنمية الاقتصادية للقضاء الوطني في الدول النامية حتى لا يتعرّض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا مهما في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية [422].

فالتحكيم إذن هو وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتّفاق يعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص أو عدّة أشخاص بمهمة حسم النزاعات المتعلّقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم يتمتّع بحجية الأمر المقضي فيه، بعد أن تأكّد عدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة وسيادتها[423].

وبالرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[424]، فقد عرفته المادة 07 منه على أنّه: "**اتّفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشا بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواءً أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية**" .

---

421 – TRARI TANI Mostapha," Les règles d'arbitrage international en Algérie, commentaire du décret législatif N° 93-09 du 25 avril 1993 modifiant et complétant le code de procédure civile", RASJEP, N° 1, 1997, p 285.

422 – مصعب محمد محمد أحمد، الوسائل القانونية لتسوية منازعات الاستثمار، الطبعة الأولى، دار المصورات للنشر والطباعة والتوزيع، د ب ن، 2015، ص 159.

423 – زروال معزوزة، مرجع سابق، ص 549.

424 – قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر سنة 1985، والمعدل سنة 2006، منشور على الموقع الإلكتروني:
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

إذن وعلى العموم فالتحكيم التجاري بمفهومه الحديث هو نظام شبه قضائي يهدف إلى مساعدة قضاء الدولة في حل نوع معيّن من النزاعات التي قد تمتاز بالتعقيد والتشعب والدقة ويغلب عليها الطابع الفني مما يتطلب لحلها خبرات فنية عالية[425].

2- أنواع التحكيم التجاري الدولي

أضحى التحكيم التجاري الدولي أهم وسيلة يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية لحل النزاعات الناجمة عن تعاملاتهم[426]، وهذا راجع إلى المزايا العديدة التي يتمتع بها والتي تتناسب مع طبيعة هذه العقود، مقارنة بقضاء الدولة. وتتعدد أنواع التحكيم منه اختياري وإجباري، وتحكيم حر ومؤسساتي، إلى تحكيم وطني ودولي.

أ- التحكيم الاختياري والإجباري

يتمّ التحكيم الاختياري بناءً على اتّفاق طرفي النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فلهما اللجوء باختيارهما إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهما، واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد التي تطبق على التحكيم[427]، وبالرغم من لجوء الأطراف إلى هذه الوسيلة بمحض إرادتهما الحرّة، إلاّ أنّ الواقع العملي شهد أحيانا تحكيما اختياريا يضطرّ أحد الطرفين إلى قبوله بسبب القوّة الاقتصادية للطرف الآخر، أو حاجته إلى إبرام العقد الأصلي معه لما يقدّمه من تمويل، ومع ذلك يعتبر تحكيما اختياريا[428].

أمّا التحكيم الإجباري فهو الّذي ينص عليه المشرع على إلزامية اللجوء إليه كطريق لحل النزاع، فتنعدم فيه إرادة الأطراف سواءً فيما يتعلق باللجوء إليه أو اختيار الجهة الّتي تباشره. وبما أنّ الأصل في التحكيم أنّه حق يعطيه القانون للأطراف، والاستثناء أن يتحوّل إلى واجب مفروض فإنّ ذلك يقتضي أن

---

425 – جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، مرجع سابق، ص 604.

426 – نعيمي فوزي، مرجع سابق، ص 189.

427 – أحمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، مجلة القانون والأعمال، منشور في:
http://www.droitetentreprise.com /أنواع-التحكيم/، 04 أوت 2018.

428 – والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 284.

لا يكون هذا الواجب إلاّ في أضيق حدود، لأنّ في إلزامية اللجوء إلى التحكيم هدم لأهم خصائصه ألا وهي صيغته الاتفاقية [429].

ب-التحكيم الحر والمؤسساتي

يقصد بالتحكيم الحر أو التحكيم الخاص ذلك الّذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم[430]، حيث يتولى الخصوم إبرام اتّفاق التحكيم قبل نشوب النزاع أو بعده، فيقومون بتشكيل هيئة التحكيم، وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم، فالعبرة في التحكيم الخاص بما يختاره أطراف النزاع من القواعد التي تحكمه وتسييره بما يتناسب وطبيعة النزاع المطروح وبما يستجيب لمصالحهم واحتياجاتهم الخاصة. ومن أبرز قواعد التحكيم الحرّ في الوقت الحاضر في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية .

فهو تحكيم تتولاه هيئات أو مؤسسات أجنبية أو وطنية متخصصة وفقا لقواعد وإجراءات خاصة بها لحسم النزاع المطروح عليهم متى وافق وقبل المتخاصمين اختصاص هذه المراكز[431]. وتكمن أهمية التحكيم المؤسسي في أنّ المؤسسة الّتي تتولى التحكيم إضافة أنّه يضع في متناول المحكمين الإجراءات والقواعد الإجرائية، فإنّها هي الّتي تتولى تعيين المحكمين عند الضرورة وتقديم التسهيلات والمعونة للمحكمين[432].

ونظرا للخصوصية التي تمتاز بها النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار، فإنّ التحكيم الأجدر لهذه الأخيرة بناءً على المفاضلة بين مزايا كلا التحكيمين هو التحكيم المؤسساتي نظرا لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية، والّتي تجعله الأكفأ في إدارة تحكيمات النزاعات الكبيرة القيّمة، وذات الطبيعة الفنية المعقّدة،[433] فهذا النوع من التحكيم يبعث الهيبة والثقة والاحترام في نفوس المحتكمين، لما يجدونه في

---

[429] – هيوا علي حسين، "التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية"، منشور في: https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109654 ، تم الإطلاع عليه في 04 أوت 2018، ص 554.

[430] – قصوري رفيقة، مرجع سابق، ص 243.

[431] – مرجع نفسه، ص 245.

[432] – هيوا علي حسين، مرجع سابق، ص 555.

[433] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 37.

الهيئات التحكيمية، من لوائح ونظم داخلية مستقرّة تنظّم مختلف جوانب ومراحل عملية التحكيم، وقيام أجهزة إدارية تتولى تحضير كل مراحل إجراءات عملية التحكيم في هذه المراكز[434].

ويعتبر التحكيم المؤسساتي الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ عامة معروفة مسبقا، علاوة أنّ المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة الّتي قد يحتاجها إن صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه[435].

ج- التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

إنّ التحكيم الوطني هو ذلك النوع من التحكيم الّذي تتصل فيه جميع عناصره بدولة واحدة دون غيرها، بمعنى أنّه إذا كان أحد عناصر التحكيم خارجيا أو أجنبيا، يعتبر التحكيم أجنبي أو دولي.

نصّ القانون النموذجي الأونسيترال على أن التحكيم يكون دولياً في إحدى الحالات التالية:

-إذا كان مقراً عمل طرفي إتفاق التحكيم وقت عقد الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

-إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقرّ عمل الطرفين:

أ.مكان التحكيم إذا كان محدّداً في إتفاق التحكيم.

ب.أي مكان ينفّذ فيه جزء هام من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

-إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع إتفاق التحكيم متعلّق بأكثر من دولة واحدة.

وكما تمّت الإشارة إليه مسبقا فإنّ الجزائر قد اعتمدت على المعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم وذلك بموجب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبار أنّ موضوع النزاع متعلّق بالتجارة الدولية.

---

[434] – والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 286.

[435] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 38.

ثانيا: تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

مع تشابك العلاقات التجارية والاقتصادية في العصر الحديث والتطور المتسارع وانتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الاقتصادية بين دول العالم، فقد اهتمت التشريعات الحديثة بالتحكيم كنظام خاص لحل النزاعات الناشئة عن هذه التعاملات، لذلك أصدرت غالبية دول العالم تشريعات تنظم التحكيم وإجراءاته، باعتباره الوسيلة الوحيدة المقنعة من وجهة نظر قطاع الأعمال لاسيما الاستثمار الأجنبي[436]، ومن بين هذه الدول التي أخذت بنظام التحكيم الدولة الجزائرية.

مرّ التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بمرحلتين متمايزتين، المرحلة الأولى طبعها الرفض التام إلى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، ومرحلة ثانية ميزها الاعتراف والانفتاح عليه. فبعد عدّة عقود من القطيعة، اعتمدت الدولة الجزائرية على غرار العديد من الدول الأخرى نظام التحكيم الدولي كأسلوب لتسوية النزاعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية، لتكون بذلك قد كرّست عنصرا أساسيا من عناصر النظام التجاري العالمي[437] ، خاصة وأن التحكيم يعتبر سمة من سمات العصر وثمرة لتطور العلاقات الاقتصادية بين الدول[438].

قصد توفير المناخ الملائم لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية قامت الدولة الجزائرية بالعديد من الإصلاحات والتعديلات ذات أهمية بالغة في مختلف المجالات، تبلورت في الاعتراف بصفة صريحة باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

---

[436] – هاني محمد البوعناني، "الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية"، مداخلة ألقيت في ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واستيراد الديون في الجمهورية اليمنية، صنعاء، يوم 20 ديسمبر 2009، ص 04.

[437] – TRARI TANI Mostefa, Droit Algérien de l’arbitrage commercial international, Berti Edition, Alger, 2007, p 13.

[438] – جمال عبد الناصر المسالمة، "شرط ومشارطه التحكيم وصحة صياغتهما بما يتفق مع القواعد الدولية"، مقال منشور على موقع:

http://www.f-law.net/law/archive/index.php/t-22455.html 2018/07/20 تم الاطلاع عليه بتاريخ.

على الساعة 10:00

1- التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية

لقد تبنى المشرع الجزائري موقفا معاديا اتّجاه التحكيم التجاري الدولي، حيث استبعد إمكانية تحويل النزاعات التي تنشأ بين الدولة الجزائرية والشركات الأجنبية إلى التحكيم، وخضوعها للقوانين والمحاكم الوطنية، ولعلّ مرد هذا الرّفض كان متعلقا بفكرة السيادة باعتبار أنّ الجزائر حديثة الاستقلال بالمقارنة مع الدول المتقدمة، إذ يعتبر أنّ قبولها اللجوء إلى التحكيم يعد إنقاصا من هذه السيادة، وطعنا في قضائها الوطني.

تجسّد هذا الرفض الصريح إلى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي من طرف المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، حيث نصت المادة 03/442 منه على ما يلي: " **لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم**".

ورغم الحظر الصريح لقانون الإجراءات المدنية اللجوء للتحكيم سواءً بالنسبة للدولة أو الأشخاص الاعتباريين العموميين، إلاّ أنّه بالإطلاع على اتّفاقات التعاون الّتي أبرمتها الجزائر، نجد أنّها قد أدرجت شرط التحكيم في طياتها، وهذا ما يثير فكرة التناقض في موقف المشرّع الجزائري اتّجاه التحكيم[439].

ولكن سعي الجزائر إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية وضعها أمام واقع إمّا أن تقبل التحكيم أو أن تتبخر أحلامها التنموية، باعتبار هذا الشرط أحد أهم الضمانات الاستثمارية، لذلك وبغية طمأنة المستثمرين الأجانب وتحفيزهم لإنشاء استثماراتهم في الجزائر، كان على المشرع الجزائري أن يغيّر ويعدل من موقفه المانع للتحكيم التجاري الدولي، وكانت البداية بإصدار المرسوم التشريعي 93-09 [440] المعدل والمتمّم للأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، حيث خصّ التحكيم التجاري الدولي بفصل كامل تحت عنوان "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي". وعلى العموم يعتبر صدور هذا

[439] – والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 288.

[440] – مرسوم تشريعي رقم 93-09، المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق.

المرسوم كشهادة ميلاد للتحكيم التجاري الدولي في الجزائر[441] ، حينما أعلن بشكل صريح على إمكانية لجوء الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية[442].

ولقد تعزّز هذا المسعى بصدور القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، حيث خصص المشرّع الجزائري بابا كاملا لأحكام التحكيم الدولي، وقد تمّ تحديد مفهوم هذا الأخير من خلال المادة 1039 والتي تنص على ما يلي:" **يعدّ التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الّذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل**"[443]، وعليه أصبحت مسألة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي مسألة مسلم بها في النظام القانوني الجزائري.

تجدر الإشارة أنّه إذا اتّفق الأطراف على تسوية نزاعاتهم عن طريق اللجوء إلى التحكيم فقيام النزاع بينهم حتما يؤدي إلى تداعي إجراءات التحكيم[444]، ولقد تعرّض إليها القانون 08-09 بشكل مفصّل، وما يمكن أن نستشفه من خلال هذا القانون أنّ التحكيم يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فهذا الأخير له دور بارز سواءً فيما يخص تشكيل محكمة التحكيم، أو تحديد القانون واجب التطبيق، إلى غاية صدور الحكم[445].

2- التحكيم في إطار قانون الاستثمار

إنّ التنافس المحموم الّذي شهدته الدول النامية فيما بينها لاستقطاب الرساميل الأجنبية جعلها لا تكتفي بمنح بعض الضمانات الموضوعية فقط، وإنّما تحاول النجاح في توفير أمن قانوني شامل وفعّال، غير أنّ ذلك لا يكتمل دون توفير الحماية القضائية المتمثلة في التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية

---

[441]- الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجديد"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح- الوساطة- التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15- 16 جوان 2008، ص 02.

[442] - أنظر المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 93-09، المؤرخ في 25 أفريل سنة 1993، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق.

[443] - قانون رقم 08-09، مؤرّخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

[444] - معمرو بومكوسي، مرجع سابق، ص 75.

[445] - أنظر المواد 1006 إلى 1061 من القانون رقم 08-09 المؤرّخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

النزاعات المتعلقة بالاستثمار[446]. وتبعا لذلك لم تتأخر الجزائر بوضع هذه الضمانة موضع التنفيذ رغبة منها للحصول على تمويل جديد بماعية الاستثمار الأجنبي.

ولقد تدعّم تبني المشرّع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي في المادة 24 من القانون 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار[447] والّتي تنص على ما يلي: " **يخضع أيّ خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسب إجراء اتّخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلاّ في حالة وجود اتّفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلّق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتّفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص**" .

انطلاقا ممّا سبق نفهم أنّ الاختصاص القضائي مخول للجهات القضائية الجزائرية ما لم توجد اتّفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف مبرمة من طرف الجزائر في هذا الصدد. أمّا في حالة غياب هذه الأخيرة، فيشترط اتّفاق خاص بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ينص على التحكيم.

وإدراكا من الجزائر على أهمية التحكيم التجاري الدولي في حل النزاعات الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية، لم تكتف بتكريس التحكيم التجاري قصد إغراء المستثمر الأجنبي للقدوم واستثمار أمواله في الجزائر في قوانينها الداخلية فحسب، بل منحت هذا الضمان من خلال الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر مع أهم المتعاملين معها من الدول في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات، حيث أقرّت بحق رعايا الدول المتعاقدة معها في تسوية النزاعات الّتي تنشأ بينهم وبين الدولة الجزائرية إلى التحكيم[448].

---

[446] – يوسفي محمد ، مرجع سابق، ص 23.

[447] – تقابلها كل من:

– المادة 17 من الأمر 01-03 المؤرّخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق

– والمادة 41 من المرسوم التشريعي 93-12 المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[448]– إنّ جل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات تقرّ بمبدأ التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة الجزائرية من جهة وأحد المستثمرين الأجانب من جهة أخرى، باستثناء الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية. ومثال ذلك:

الفرع الثاني

المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الأجنبي

يواجه التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الكثير من المشاكل، ويعود سبب ذلك إلى وجود الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية التابعة لها طرفا فيها، يتمتع بمركز مميّز يهدف للحفاظ عليه سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثنائه أو حتى بعد صدوره .

وتتعلق المشاكل التي يواجهها التحكيم التجاري الدولي الّذي تكون الدولة أحد أطرافه في غالب الأحيان بحصانتها سواءً في مواجهة القضاء أو في تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في مواجهتها، بالإضافة إلى بعض التصرفات التي تقوم بها الدولة التي تؤدي إلى تعطيل العملية التحكيمية.

أولا:المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم

تنشأ جل المشاكل التي يواجهها التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار عن التشكيك في صحة اتّفاق التحكيم وذلك من ناحية طبيعة ومهمة أحد الأطراف، حيث هناك من الأشخاص يثور بشأنهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، أو من ناحية موضوع النزاع فهناك من الموضوعات التي لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم[449]. وإذا تمّت هذه المحاولات من طرف دولة ما فإنّها تستند حينئذ على ما يلي:

- بموجب قانونها الوطني فإنّ الدولة لا تملك الأهلية أو القدرة على اللجوء إلى التحكيم
- بموجب قانونها الوطني فإنّ الموضوع محل النزاع لا يجوز النظر فيه أمام التحكيم.

1- التشكيك في أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم

كقاعدة عامة، فإنّ مسألة التشكيك في أهلية الدولة أو قدرتها على اللجوء إلى التحكيم لا تثور إلاّ في التحكيم الاختياري لأنّه يتم برضا الأطراف، إلاّ أنّه استثناءً عن هذه القاعدة تثور هذه المسألة إذا وجد اتّفاق بين الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها على اللجوء إلى التحكيم بصدد عقد من

– المادة 19 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج ج، عدد 06 صادر في 06 فيفري 1991

[449] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 48.

العقود التي أبرمته تلك الجهات[450]، حيث تهدف هذه الأخيرة إلى التخلص من التحكيم محتجّة بعدم أهليتها أو بعدم توافرها بالقدرة الكافية على اللجوء إلى التحكيم، مستندة في ذلك إمّا أنّ قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، وإمّا إلى أنّ أحكام القانون الوطني الّذي تمّ تعديله بعد الاتّفاق على التحكيم أصبح لا يجيز للدولة اللجوء للتحكيم في هذه العقود.

أ- حجّة أنّ قانونها الوطني لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود

من أولى الإشكالات القانونية التي يمكن أن يثيرها اتفاق تحكيم الدولة والتي نستطيع أن نبيّنه من خلال العديد من الأحكام القضائية وأحكام التحكيم، مشكلة أهلية الدولة أو قدرتها على إبرام اتفاق التحكيم الدولي.

ويعود سبب هذه المشكلة إلى وجود أنظمة قانونية تحتوي على نصوص تستبعد النزاعات التي تكون فيها الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها طرفا فيها من الخضوع إلى التحكيم وتجعل الاختصاص بنظرها للقضاء الوطني، باعتبارها ليست أهلا لإبرام مثل هذا الاتّفاق.

وقد ثبت عمليا على الصعيد الدولي، في كثير من الحالات لجوء الدولة المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الّذي سبق لها قبوله متذرّعة بعدم جواز اتّفاقها على التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية.[451] وهو ما توالت أحكام المحاكم وهيئات التحكيم على رفضه.

ولقد انتهت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 ماي 1966 في قضية SAN CARLO، إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية[452].

كما ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 13 جوان 1996 بشأن المنازعة بين كل من الشركة الإيطالية ICORI ESTERO، والشركة الكويتية للتجارة والمعاملات الخارجية والاستثمار، وبعد أن تمسكت الشركة الكويتية أنّ المبدأ المستخلص من النظام العام الدولي، والّذي يقضي

---

[450] - بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإداري، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014، ص 102.

[451] - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 198.

[452] - بوختالة منى، مرجع سابق، ص 103.

بصحة شروط التحكيم الواردة في العقود التجارية المبرمة من طرف الدولة من أجل حاجة المعاملات الدولية لا يعمل به في العقد المبرم بين الشركة الكويتية، والّذي أبرمته بصفتها ممثلة لدولة الكويت وبين الشركة الإيطالية نظرا لأنّ القانون الجزائري الّذي اختاره الأطراف ليحكم عقدهم يحظر في المادة 442 منه على الأشخاص الاعتبارية العامة قبول التحكيم وهذا ما يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم موضوع المنازعة إلى أنّه: " أيا كان أساس الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإنّ هذا الحظر يبقى قاصرا على العقود التي تتم وفقا للنظام الداخلي، وليس تلك التي تتعلق بالنظام العام الدولي، فوفقا لهذا الأخير يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني أو من قانون العقد للتخلص فيما بعد من اتّفاق التحكيم، فما دام هذا الاتفاق قد ورد في إطار عقد دولي وتمّ إبرامه وفقا للحاجات والشروط التي تتفق مع عادات التجارة الدولية والنظام العام الدولي فهو اتّفاق صحيح وله الفعالية الكاملة"[453].

انطلاقا مما سبق نستنتج أنّه إذا وافقت الدولة مسبقا اللجوء إلى التحكيم، فإنّها لا يمكن لها التمسّك بعد ذلك ببطلانه وفقا لما يقضي به قانونها الوطني، ذلك أنّ مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتّفاق التحكيم في هذا المجال غير خاضع إلاّ للنظام العام الدولي وحده.

إلاّ أنّ الإشكال الّذي يثار هنا يكمن في حالة تمسّك الطرف الأجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة؟

لقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة CATOIL، ضد الشركة الوطنية الإيرانية ببطلان حكم التحكيم لصالح الشركة الإيرانية، حيث تتلخص وقائعها في أنّ شركة CATOIL (وهي شركة تتمتع بجنسية دولة بنما) قد دفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى بطلان شرط التحكيم بسب عدم أهلية الشركة الوطنية الإيرانية للبترول لقبول شرط التحكيم دون الترخيص المسبق من قبل البرلمان الإيراني، وذلك وفقا للمادة 139 من دستور الجمهورية الإسلامية الإيرانية، إلاّ أنّ هيئة التحكيم رفضت هذا الدفع وأصدرت حكما جزئيا بنظر النزاع، ثمّ أصدرت بعد ذلك حكما نهائيا بإلزام شركة CATOIL برد المبالغ التي احتجزتها إلى الشركة الإيرانية. فطعنت شركة CATOIL على الحكمين المتقدمين أمام محكمة استئناف

[453] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص 51-52.
- CA de Paris du 13/06/1996, rev.arb, 1997, p251, note E.gaillard

باريس التي قضت على أنّه: "بالنسبة للعقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متماشيا مع النظام العام الدولي الّذي يحظر على المشروع العام أن يتمسّك بالنصوص المقيّدة في قانونه الوطني من أجل التنصل من التحكيم اللاحق المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإنّ الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع"[454].

على هذا الأساس أكدت المحكمة على عدم سريان الحظر الوارد في الأنظمة القانونية الداخلية في إطار العقود الدولية وذلك بغض النظر عمّا إذا كان من يتمسّك بالحظر هو الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها أو الطرف المتعاقد معها.

ب- حجة أنّ القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتّفاق على التحكيم أصبح لا يجيز مثل هذا الاتفاق

بمعنى أنّه في هذه الحالة يمكن للدولة التهرب من شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبية بحجة تعديل قانونها الوطني الّذي أصبح لا يجيز مثل هذا الشرط، غير أن هيئة التحكيم توصلت إلى عدم تأثر هيئة التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة تعديل قوانينها بهدف التخلص من التزاماتها.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى واقعة عرضت على قضاء التحكيم تترجم حالة تمسّك الدولة بالقانون الوطني اللاحق في صدوره على إبرام شرط التحكيم كعقبة تحول دون ترتيب شرط التحكيم لأثره. يتعلق الأمر بقضية FRAMATOME، والتي تتعلق باتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي، فقد لجأت هذه الشركات إلى التحكيم للمطالبة بمستحقاتها المقررة بموجب الاتفاق، فدفعت الهيئة الإيرانية ببطلان اتفاقهما بالاستناد إلى عدة أسباب، من بينها أنّ الدستور الإيراني بعد تعديله أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند التجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم، وهو ما لم يتم لعدم تطلب الدستور ذلك عند إبرام اتفاق التحكيم، وقد توصلت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل، إذ أكدت أن

[454] - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص 52-53.

ذلك يعتبر مخالفا لمبدأ الفاعلية، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية[455].

ويتضح لنا أنّه مجرد وجود اتّفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الّذي تمّ الاتفاق على التحكيم في ظلّه لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود أو أنّ أحكام القانون الّذي تمّ تعديله لا يجيز ذلك إذ لا يجوز للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من موافقتها[456].

2- التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم

لاشك أنّ التحكيم كآلية تقوم على فض النزاعات مهما بلغت جديتها في بلورة قواعد خدمة الأطراف التي تلجأ إلى الاستفادة من خدماتها ستعاني من العديد من العقبات تحول دون ترتيب شرط التحكيم لآثاره، ومن بين هذه العقبات دفع الدولة بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه عن طريق المحكمين، ذلك أنّ اغلب النزاعات المتعلقة بهذه العقود مرتبطة بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية.

والواقع أنّه إذا كانت الأعمال أو القرارات الصادرة عن الحكومة بصفتها سلطة عليا وذات سيادة لا تقبل الخضوع للتحكيم، فإنّ الآثار المالية المترتبة على هذه القرارات في حدّ ذاتها تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنّه لا توجد قواعد آمرة في النظام العام الدولي تمنع على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار[457] .

مما لا ريب فيه أنّه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتّخاذ الدولة للإجراءات الانفرادية كنزع ملكية المشروع الاستثماري أو تأميمه، إذا تمّ ذلك وفقا للدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة تحول دون

---

[455] – أنظر في تفصيل الوقائع الخاصة بهذه القضية : – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 89-92.

[456] – قرطبي سهيلة، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018، ص 344

[457] – بوختالة منى، مرجع سابق، ص 107.

التعرّض للإجراء لمحو أثره فإنّها لا تحول دون الاتفاق على التحكيم بشأن التعويض العادل الّذي يستحق في هذه الحالة[458].

ومن الأمثلة التي تمسكت فيها الدولة بعدم خضوع المسائل المتنازع عليه للتحكيم، قضية FRAMATOME، وهيئة الطاقة الذرية، حيث تمسّكت الحكومة الإيرانية بعدم اختصاص محكمة التحكيم بالنظر المعروض عليها نظرا لأنّ الفصل في ذلك النزاع سوف يؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية لدولة إيران، وهو الدفع الّذي لم تلتفت المحكمة التي إرتأت أنّه إذا كان قرار الحكومة الإيرانية يعتبر قرارا لا يقبل الخضوع للتحكيم بوصفه من قرارات السلطة العامة العليا السياسية، ويعبر عن ممارستها لسيادتها الوطنية، وهو ما يغل يد المحكمة عن التعرض إليه بأيّ وجه من الوجوه، وذلك على عكس الآثار المالية المترتبة على هذا القرار، إذ أنّ هذه الآثار في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم[459].

انطلاقا مما سبق يتضح لنا أنّه لا يحق للدولة بعد قبولها اللجوء إلى التحكيم أن تفتك وتتهرب منه، بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه عن طريق اللجوء إلى التحكيم، إذ أنّه يجوز التحكيم بخصوص التعويض عن عمل من أعمال الإدارة حتى ولو كان مترتبا على عمل لا يجوز التحكيم فيه، كقرار إداري غير مشروع.

ثانيا: المشاكل الناجمة عن تمسك الدولة بحصانتها

بالإضافة إلى الصعوبات التي سبق لنا وأن تطرقنا إليها سابقا فنجد هناك صعوبات أخرى يمكن أن تعرقل نشر التحكيم التجاري الدولي بين الدول وتعترض مسيرته والتي تحاول منظمات ودول العالم أن تضع لها حلولا. ولعل أبرز تلك الصعوبات التي تعترض اتفاقيات التحكيم بين الدول، والتي تزعج بصفة خاصة المهتمين بالتحكيم مسألة الحصانة الذي تتمتع به الدولة سواءً الحصانة أمام القضاء أو الحصانة ضد تنفيذ الأحكام، حيث يعدّ مبدأ الحصانة ملازما لطبيعة الدولة وينطوي على أنّ الدولة قد تستعين بسيادتها كدرع واق ضد هيئة التحكيم.

---

[458] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 61.

[459] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 287.

1- الحصانة ضد القضاء

إنّ الدولة الطرف في عقد الاستثمار تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، أي عدم جواز إخضاع النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها لغير قضاء هذه الدول، ونظرا لأنّ التحكيم له طابع خاص حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بالعقد بإرادتها المنفردة وهنا يثار التساؤل حول مدى جدوى تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم ؟.

يذهب أغلب الفقه إلى أن الدولة عند إدراجها لشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية تكون قد تنازلت ضمنيا عن الدفع بالحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم التي قبلت الخضوع لقضائه بإرادتها المنفردة، ولكن يجب أن يكون واضحا ومؤكّدا[460].

والقول بعكس ذلك أي تمسك الدولة بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم بعد موافقتها عليه يتعارض مع مبدأ حسن النية المتطلب بصدد تنفيذ الالتزامات التعاقدية[461]، ذلك أنّ قبول الدولة لاتفاق التحكيم يفرض عليها الالتزام بتسوية النزاعات التي تنشأ عن عقودها أمام هذا القضاء وحده، خاصة وأنّ التحكيم يكون موضع اعتبار في قبول الطرف الأجنبي للتعاقد مع الدولة، ولو كانت هذه الأخيرة قد رفضت منذ البداية الخضوع للتحكيم فربما أحجم الطرف الأجنبي عن التعاقد معها، خاصة ومع مخاوفه من الخضوع لقضاء الدولة الّذي يشك في ونزاهته[462].

وبعبارة أخرى فإنّه لا مكانة للتمسك بالحصانة القضائية سواءً كانت الدولة طرفا في تصرف يتعلق بالتسيير أو تصرّف سيادي، في مجال التحكيم التجاري الدولي، وهذه نتيجة إضافية تستنتج من أن المحكم لا ينطق بالعدالة باسم الدولة، وإنّما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه، وهذا ما بيّنه االفقيه FOUCHARD بقوله أنّ الحصانة القضائية هي مبدأ من مبادئ القانون الدولي في حين أنّ التحكيم التجاري الدولي هو لا يخضع لهذا القانون لذلك لا تطرح مسألة الحصانة القضائية[463].

---

[460] – أنظر: – عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص79 .

[461] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 277.

[462] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 64.

[463] – FOUCHARD Philipe, GAILLARD Emanuel, et GOLDMAN Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, 406 ; « Par une telle clause l'Etat étranger, qui c'est soumis a la juridiction des arbitres, a par la même accepte que leur sentence puisse être revêtue de l'exequatur » .

وقد ذهبت هيئات التحكيم في أحكامها إلى أنّ الدولة التي تقبل إدراج شرط التحكيم في عقودها مع الأطراف الأخرى لا يمكنها التمسك بحصانتها القضائية و من بين هذه الأحكام الحكم الصادر في قضية شركة LIAMCO، ضد الحكومة الليبية أين ذهب المحكم MAHMASSANI، في 12 أفريل 1977 إلى رفض أي تذرع بأنّ هذا التحكيم ضدّ سيادة الدولة، وخلص إلى أنّ : الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتّفاق التحكيم ولتظل ملتزمة به"[464].

وعليه يمكن القول أنّ دخول الدولة في اتفاق التحكيم مع أطراف أخرى أجنبية، ينتج عنه تنازلا ضمنيا عن حصانتها القضائية، فلا يحق لها التهرب من التحكيم باستغلال سيادتها.

غير أنّ التساؤل الّذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتمثّل في ما إذا كان قبول الدولة للتحكيم يقتصر فقط على التنازل عن حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم أم أنّ الأمر يتعدى ذلك بمعنى أنّ هذا القبول يتضمن أيضا تنازلها عن حصانتها أمام قضاء الدولة التي يتم فيها التحكيم والخاضع لسيادة دولة أخرى؟

اختلف الفقه حول الإجابة على هذا التساؤل، فذهب البعض منه بالقول أنّ الدولة التي تقبل اللجوء إلى التحكيم تكون قد تنازلت عن التمسك بحصانتها القضائية سواءً أمام هيئة التحكيم، أو المحاكم الوطنية التي تتولى نظر مسألة متعلقة بالتحكيم لأنّ قبول الدولة للتحكيم وفقا لمبدأ حسن النية، يترتب عليه الخضوع لكافة الإجراءات القضائية المرتبطة به. [465]

أمّا البعض الآخر فيرى أنّ اتّفاق الدولة على اللجوء إلى التحكيم لا يفيد بأنّها تنازلت ضمنيا عن التمسك بحصانتها أمام القضاء الوطني الخاضع لسيادة دولة أخرى. فإذا كان شرط التحكيم يسلب من الدولة حقها في التمسك بالحصانة أمام قضاء التحكيم باعتباره قضاءً خاصا لا يخشى منه المساس بسيادة الدولة واستقلالها، فإنّ عرض النزاع المتفق بصدده على التحكيم أمام القضاء الأجنبي من مقتضاه أن تسترد الدولة حصانتها القضائية، إذ لا يمكن القول بأنها تنازلت عن هذه الميزة ما لم تكن هناك أمور

[464] – بوختالة منى، مرجع سابق، ص 167.

[465] – سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 433.

أخرى قاطعة الدلالة على رغبة الدولة في التنازل عن هذه الحصانة، ومن ثم فإنّه لا يعتد بشرط التحكيم ذاته للقول أنّ الدولة تنازلت عن حصانتها أمام القضاء الخاضع لسيادة دولة أخرى[466].

ويرى الأستاذ بشار محمد الأسعد أنّ اتفاق التحكيم بذاته لا يفيد تنازل الدولة فيه عن حصانتها القضائية أمام قضاء غيرها من الدول، نظرا لأنّ تنازل الدولة عن حصانتها القضائية لا يفترض، بل لابد أن يكون واضحا ومؤكّدا، والتنازل عن الحصانة القضائية قد تحقق أمام هيئة التحكيم، و من ثمّ لا يمكن لهذا الأخير أن يحدث أثر آخر غير الذي قصده الأطراف[467].

2- الحصانة عند التنفيذ

يعترض نشر التحكيم التجاري الدولي صعوبة أخرى، تتمثل في تمسك الدولة المتعاقدة بعد صدور الحكم التحكيمي في مواجهتها بحصانتها في مواجهة إجراءات تنفيذ التحكيم، مما يثير مشكلة ما إذا كان للدولة أن تتمسك بحصانتها في مواجهة إجراءات التنفيذ، أو أنّ مجرد موافقتها على التحكيم يعني التزامه بحكم التحكيم التزاما يفيد تنازلها عن التمسك بحصانتها عند اضطرار الطرف الآخر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري؟

يرى جانب من الفقه أنّ اتفاق التحكيم الّذي قبلته الدولة يجب أن يمتد في آثاره ليشمل تنفيذ حكم التحكيم، أو بمعنى آخر أن وجود هذا الاتفاق في ذاته يعتبر تنازلا منها عن حصانتها ضد التنفيذ، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لفاعلية التحكيم، إذ أنّ قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم بالرغم من حصانتها سيكون فارغا من أيّ معنى إذ هي استطاعت أن تدفع بحصانتها لتعرقل تنفيذ حكم التحكيم[468].

في حين يرى البعض الآخر أنّ موضوع الاتفاق على التحكيم هو مجرد توكيل الفصل في النزاع إلى محكمة التحكيم، بمعنى الخضوع لولاية هذه الهيئة لا أكثر ولا أقل، فلا يفيد بذاته تنازلا عن التمسك بالحصانة أمام إجراءات التنفيذ، وإن لم يكن هنالك ما يمنع استفادة التنازل من عناصر أخرى قد يتضمنها اتفاق التحكيم تماما كما هو الحال في الحصانة القضائية، كما أنّه لا يمكن تفسير اتفاق التحكيم علة أنّ

---

[466] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 280.

[467] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص 67.

[468] – مرجع نفسه، ص ص 68-69.

قبول الدولة لاختصاص هيئة التحكيم لا يعني قبولها الخضوع لسلطان القضاء فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم، فخضوع الدولة للقضاء بخصوص تنفيذ حكم التحكيم، لا يمكن استخلاصه إلاّ من خلال نص خاص وارد في اتفاق التحكيم، وأن يكون هذا النص واضحا ومعبرا صراحة أو ضمنا عن إرادة مؤكدة وليست غامضة، وفي حالة غياب هذا النص، فإنّ الدولة تظل محتفظة بحصانتها التنفيذية، لأنّ تنازل الدولة عن الحصانة أمر لا يمكن افتراضه[469].

والراجح القول أنّه بمجرد الموافقة على التحكيم يعدّ تنازلا ضمنيا عن التمسك بالحصانة أمام تنفيذ قرار التحكيم حيث يمثّل ذلك خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي الذي تكون أحد أطرافه دولة. إذ أن النتيجة ستكون مخيبة لو انتهت عملية التحكيم بحكم غير ملزم، لذلك فمن الأولى اعتبار اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها. [470]

يؤيد الاتجاه القضائي الحديث في فرنسا هذا الرأي فقد انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى ذلك بمناسبة قضية شركة CREIGHTON الأمريكية ضد حكومة قطر، حيث أبرمت هذه الأخيرة عقدا مع الشركة الأمريكية تقوم بمقتضاه ببناء مشفى لحساب الطرف القطري. وقد نشأ نزاع بينهما حول أداء الشركة، مما دفع قطر إلى طردها من موقع العمل، غير أن شركة CREIGHTON رفضت ذلك، وبدأت باتخاذ بعض الإجراءات لطرح النزاع على التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بينهما الّذي يقضي بأنّ التحكيم يتم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، وقد تم التحكيم في باريس وانتهى لصالح الشركة الأمريكية بتعويضها[471].

وصلت إجراءات تنفيذ الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، التي أعلنت أنه: "استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد التجارة الدولية، فإنّها بذلك تكون قد

---

[469] – سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 448.

[470] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص 69-70.

[471] – بوختالة منى، مرجع سابق، ص ص 113-114.

تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ[472]. فهذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد التجارة الدولية، والتي تنص على أنّه: أ- تكون أحكام التحكيم نهائية.

ب – قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون أي تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا".

وهكذا فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية موافقة الدولة على التحكيم بمثابة تنازل ضمني عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم الأمر الّذي يشكل ضمانة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول[473].

[472] – Cass civ, 2e, 10 juillet 2000. Rev.arb,2001. N° 1, p 114 ; note (p) Le boulanger

[473] – بوختالة منى، مرجع سابق، ص 114.

الباب الثاني

النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي

إذا كانت العقود التي تبرم من طرف الخواص لا تثير أي إشكال، فإنّ عقود الاستثمار تثير العديد من المسائل تتعلق بالنظام القانوني الّذي يحكمها، وهذا راجع لتمتعها بخصوصية تكمن في التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، حيث يتمثل الطرف الأول في الدولة ذات سيادة من جهة، والمستثمر الأجنبي ذات القوة الاقتصادية من جهة أخرى.

وعليه فإنّ الالتزامات التعاقدية في عقود الاستثمار الأجنبي لا تثير أي إشكال باعتبار أنّ هذه القواعد هي محل اختيار من طرف المتعاقدين، لكن الإشكال يكمن في مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات التعاقدية.

إنّ مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار يعتبر من المسائل القانونية المعقّدة والشّائكة، فلا يمكن اعتبار مسألة اختيار قانون معين ليحكم رابطة الاستثمار بين الدولة ومستثمر خاص أجنبي مجرّد مسألة تفضيل قانون على آخر، كما لا يمكن اعتبار اختيار القانون واجب التطبيق اختيار عفوي مجرّد من اعتبارات معيّنة[474].

تعدّ مسألة القانون الواجب التطبيق من بين أهم المسائل التي تثار بشأنها المنازعات على المستوى الدولي، سواءً أثناء مرحلة التنفيذ التي قد تظهر فيها مسائل يكون من الضروري معرفة القانون المطبق عليها حتى يمكن الفصل فيها، وكذا عند عرض النزاع على التحكيم بعد وقوع الخلاف بين الأطراف من حيث القانون الّذي يلجأ إليه المحكم لحل النزاع، هل هو القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار أم قانون دولة المستثمر، أم قانون دولة أخرى[475] (الفصل الأول).

إنّ المستثمر الأجنبي يشترط دائما الأوضاع القانونية التي ستحقق له حماية مشاريعه الاستثمارية، إذ أنّ أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي هو مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها العلاقة التعاقدية بما في ذلك المخاطر التجارية، كمخاطر التأميم ونزع الملكية والمخاطر الناجمة عن الحروب والاضطرابات السياسية الداخلية، وما في حكم ذلك. ومما لا ريب فيه أن كل هذه المخاطر كافية لخلق العديد من المخاوف لدى المستثمر الأجنبي، من هنا تبرز أهمية توافر أساليب وآليات قانونية تعمل على

[474] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 334.

[475] – شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 19.

تبديد مخاوف المستثمر الأجنبي وتضفي الحماية اللازمة على مشروعه الاستثماري وبالتالي تشجيعه للقدوم للاستثمار في الدول النامية.

ومن هذا المنطلق ونظرا لحاجة الدول النامية لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية قصد إنمائها الاقتصادي، سعت معظمها ومن بينها الدولة الجزائرية إلى توفير ضمانات قانونية من شأنها حماية الاستثمارات الأجنبية من مختلف المخاطر غير التجارية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي

إنّ القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الوطني هو القانون الوطني باعتبار أن العلاقة وطنية وأطرافها وطنيون، إلاّ أنّ المسألة تدق بالنسبة لعقد الاستثمار الّذي يحتوي على عنصر أجنبي ومن ثمّ وجود تزاحم قانونين أو أكثر في حكم هذا العقد[476].

تحظى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي بأهمية بالغة، وهذا راجع إلى الطبيعة الخاصة التي تتمتع به هذه الطائفة من العقود، وتفاوت أهداف ومصالح أطرافها، لذلك يكون من الأجدر على الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي عند وجود مشروع استثماري ذات أهمية بالنسبة لكلا الطرفين، الاتفاق على تحديد القانون الذي يطبق على العلاقة التعاقدية، تجنبا لأيّ نزاع يحدث بشأنه بهدف حماية مصالحهم.

وفي هذا الإطار أبرز المحكم Dupuy، في قضية (Texaco)، ضدّ ليبيا أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، حيث جاء في حكمه:

" **إنّ القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلاّ في ضوء القانون الّذي يطبق عليها**"[477].

يتأسس القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، إمّا على القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو على القانون الدولي، فإرادة الأطراف في هذا الشأن لها دور هام بحيث تخوّل لهم خيارات متعددة، إمّا بتوطين العقد، بإخضاعه للقانون الوطني للدولة المضيفة، إمّا بتدويله بإخضاعه للمبادئ

---

[476] – أحمد حسين جلاب الفتلاوي، مرجع سابق، ص 105

[477] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص91.

المستقرة عالميا في القانون الدولي الخاص في مجال العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة.[478]

وإذا كانت الدول المستوردة لرؤوس الأموال الأجنبية وباعتبارها طرفا في عقد الاستثمار تتمسك بضرورة خضوع الاستثمارات الأجنبية لقانونها الداخلي، احتراما لسيادتها ومركزها في القانون الدولي، فإنّ المستثمرين الأجانب يرفضون الخضوع لهذا القانون بحجة عدم تأمينه الحماية المناسبة له، لذلك يطالبون بضرورة إخضاع العقد لقوانين خارجة عن النظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة[479].

إن مسألة دراسة تحديد القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي تستلزم الوقوف والتمييز بين الحالة التي يتمّ فيها اتفاق الأطراف على قواعد القانون واجبة التطبيق على العقد (المبحث الأول)، والحالة التي لا يتحقق فيها هذا الاتفاق (المبحث الثاني).

[478] – JACQUET Jean Michel, Principe d’autonomie et contrats internationaux, Economica, Paris, 1983, pp 17 - 128.

[479] – عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مرجع سابق، ص 53.

المبحث الأول

اتّفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق

تخضع العقود بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يعتبر من المبادئ المستقرة عليه دوليا، أي ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لأنهما أدرى بظروف العقد من غيرهم.

يعتبر اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار من أهم الضمانات التي يمكن للدول المستقبلة للاستثمار منحها للمستثمر الأجنبي، تشجيعا وحماية له من سلطات الدولة أو أحد فروعها باعتبارها طرف في عقد الاستثمار[480].

ويعتبر الفقيه الفرنسي Dumoulin، أوّل من نادى بضرورة حرّية المتعاقدين في اختيار القانون بإرادتهم المنفردة، وهو ما أدى إلى ظهور ونشأة نظرية قانون الإرادة.

وقصد تبيان وتكريس هذه القاعدة، ذهب البعض إلى القول: " **ليس زائفا اجتماعيا، ولا شاذا من الناحية القانونية الاعتراف للأفراد بالنسبة لعملياتهم أو تصرفاتهم الخاصة، بالاستقلال الّذي يمكن اعتباره طبيعيا قبل المعنى الدقيق للمحكمة**"[481]".

بما أنّ للأطراف حرّية اختيار القانون الذي يحكم العقد، وجب على الدولة احترام قانون الإرادة، كما يتعين على المحكم أو القاضي تطبيقه في حالة نشوء نزاع حول العقد، وإعمال قانون الإرادة الّذي

---

[480] – حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزر، 2003، ص 147.

[481] –إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 281.

يكون غالبا القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ليس مطلقا وإنّما مقيّدا، على أساس وجود أنظمة قانونية أخرى قد تكون مناسبة لتنظيم مثل هذه العقود، تماشيا مع تطوّر المعاملات الاقتصادية الدولية[482].

انطلاقا ممّا سبق ونظرا للأهمية التي تحظى بها قاعدة قانون الإرادة في عقود الاستثمار، سنتعرض من خلال هذا المبحث إلى فكرة قانون الإرادة كأحد المبادئ الأساسية في تحديد القانون واجب التطبيق (المطلب الأول)، ثمّ نلقي الضوء على كيفية اختيار المتعاقدين لقانون الإرادة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

خضوع عقد الاستثمار الأجنبي لقانون الإرادة

يعتبر مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، وعليه تعتبر إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية ولقد استقرّ تطبيقه في التشريعات الوطنية للعديد من الدول، وأحكام القضاء الوطني والتحكيمات الدولية.[483]

ولعلّ خضوع عقود الاستثمار لمثل هذا المبدأ يتطلب منّا تحديد المقصود من مبدأ قانون الإرادة (الفرع الأول)، ثمّ نعرج بعد ذلك للحديث عن تكرس هذا المبدأ (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل

مفهوم مبدأ قانون الإرادة

يعتبر مبدأ قانون الإرادة ذات أهمية بالغة، بحيث يمثل عصب المبادلات الدولية، ولقد اعترفت كافة التشريعات في الدول المتحضرة بهذا المبدأ، حيث أصبح يلعب دورا بارزا في الاتفاق على الشروط التعاقدية في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، لذلك وقصد

---

[482] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 282.

[483] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 484.

معرفة مضمون هذا المبدأ يستدعي الأمر أن نقف على جذوره التاريخية (أولا)، ثمّ تعريفه (ثانيا)، لنتطرّق بعد ذلك إلى تكريسه في مختلف الأنظمة القانونية (ثالثا).

أولا: ظهور وتطور فكرة قانون الإرادة

تاريخيا ترجع نشأة قاعدة قانون الإرادة إلى المدرسة الإيطالية القديمة التي كانت تطبق على التصرفات بصفة عامة قانون مكان إبرامه شكلا ومضمونا على أساس أنّ إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى اختيار هذا القانون أو ذاك[484].

كما ساهم الفقيه DUMOULIN، في القرن السادس عشر في إظهار قاعدة سريان إرادة الأطراف المتعاقدة انطلاقا من استخدامه لفكرة الإرادة المفترضة للنظام القائم بين للأطراف كتبرير قانون الموطن المشترك للزوجين[485]، حيث جاء ليستكمل القاعدة بقوله إذا كان قانون محل الإبرام قد فرض اختصاصه استنادا للإرادة الضمنية، فإنّه بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختيار قانون آخر ليحكم عقدهما، حيث أنّه طالما أنّ العقد يخضع لقانون محل إبرامه باعتبار ذلك تعبيرا بالاستناد إلى رضا الطرفين، فيجب الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون آخر غيره أن يحكمه وتعرف هذه الفكرة بمبدأ سلطان الإرادة والتي على أساسها بنيت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة[486].

---

[484] – بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 41.

[485] – كان ذلك بمناسبة استشارة قانونية بخصوص النظام المالي للزوجين GANI، فقد أراد هذان الزوجان الخضوع للنظام المالي السائد في باريس (والتي اتخذاها موطنا لهما عند الزواج) من أجل تجنب القواعد العرفية التي كانت في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالها، ولقد أكّد Dumoulin على إمكان تطبيق العرف السائد في باريس باعتباره النظام المالي لهما، حيث يعتبر عقدا يخضع لإرادة متعاقديه، وأنّ هذه الإرادة قد اختارت القانون المطبق في موطنهما المشترك عند الزواج، واستند في فتواه إلى إرادة أطراف العقد وقدرتهم على إخراج العقد من السيادة الإقليمية، واختيار قانون آخر ليحكمه أي أنّ الإرادة هي مصدر العقد وليس القانون. أنظر في ذلك:

– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 159.

– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 284.

[486] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 209– 210.

وقبل استقرار قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين في بداية القرن التاسع عشر، قام الفقيه SAVIGNY و MONCINI بإحياء فكرة قانون الإرادة[487]، حيث قام SAVIGNY بإخضاع العقد لقانون مكان تنفيذه، حيث كان يعتد أساسا لتحليل الروابط القانونية وتركيزها في المكان الّذي نتجت فيه آثارها، وبعد أن انتهى من تركيز الرابطة العقدية في مكان التنفيذ فسّر إخضاعها لقانون هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة تعاقدية يقبل الخضوع لقانون مركزها [488].

بينما سلّم الفقيه MONCINI، بفكرة إخضاع العقد للقانون المختار من طرف المتعاقدين صراحة أو ضمنا عملا بمبدأ الحرية كأحد مبادئ نظريته[489]. ومنذ ذلك الوقت استقر مبدأ سلطان الإرادة وأصبح مبدأ عام، حيث عمدت على تكريسه أغلبية التشريعات الوطنية والقضاء وكذا الاتفاقيات الدولية الخاصة والمتعلقة بالتحكيم التي تقرّ لأطراف العقد حرية اختيار القانون الّذي يحكم علاقاتهم التعاقدية .

ثانيا: مضمون مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بفكرة قانون الإرادة بصفة عامة المصدر الأساسي، لإنشاء الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد أوهي قدرة المتعاقدين في خلق قانون خاص ليكون مرجعهم القانوني في جميع مراحل سير العملية التعاقدية[490] .

كما يعرّف أنّه ذلك القانون الّذي يختاره الطرفان المتعاقدان كقانون واجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، فبذلك يحكم معظم مسائل العقد وليس كلّها بالضرورة، وعليه فالمسائل المتعلقة بالأهلية وشكلية العقد قد لا تدخل في إطار القانون المختار[491].

---

[487] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 338.

[488] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 97.

[489]– بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 374.

[490] – خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010، ص 21.

[491] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 95.

وذهب البعض إلى تعريف هذا المبدأ بأنّه "**السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الّذي لولا تدخله ومنحه إيّاهم هذه السّلطة ما كان لتلك المراكز من وجود، أو لوجدت ولكن في صورة مختلفة**"[492] .

إذ أنّ السلطة المعترف بها لأطراف العقد في إطار نظام قانوني معين قصد إنشاء مراكز قانونية معترف بها داخل هذا النظام في الواقع هو جوهر مبدأ سلطان الإرادة، الّذي يقوم على أساس حرّية التعاقد، فالتسليم بمبدأ سلطان الإرادة مردّه أسباب عملية منها أنّ هذا المبدأ يستجيب لفكرة حرية القانون واجب التطبيق على العقد، حيث أنّه يسمح للمتعاقدين باختيار القانون المناسب الّذي يتلاءم مع النتيجة المرجوة، ومن ثمّ فإنّ دور المبدأ لا يستهدف إلاّ تأكيد وضمان واحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين[493].

ثالثا: الاعتراف بقاعدة قانون الإرادة في مختلف الأنظمة القانونية

من الثابت أنّ مبدأ سلطان الإرادة كان ثابتا منذ القدم، غير أنّ هذا الأخير لم يعرف فعليته إلا بعد اعتناقه من طرف مختلف الأنظمة القانونية.

1- تبني القضاء لقاعدة قانون الإرادة

لقد تمّ الأخذ بفكرة قانون الإرادة من طرف القضاء، حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه القاعدة، التي قضت في حكمها الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1910، في قضية steamship Co. American trading Co.c/Québec، بأنّ: "**القانون واجب التطبيق على العقود سواءً فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لآثارها وشروطها، هو ذلك الّذي يتبناه الأطراف...**"[494].

كما قضت محكمة النقض البلجيكيّة في حكمها الصادر في 27 نوفمبر 1974 بأنّه: "**وباعتبار أنّ تحديد القانون واجب التطبيق في القانون الدولي الخاص البلجيكي تحكمها قاعدة سلطان الإرادة**

---

[492] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 212.

[493] – مرجع نفسه ، ص 212.

[494] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 338.

التي من خلالها يكون للأطراف حرّية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، وفي غياب الإرادة الصريحة يجب البحث في الظروف والنية الضمنية أو المفترضة للأطراف ".[495]

كما حكمت محكمة النقض المصرية بما استقر عليه القضاء في الأنظمة القانونية المقارنة في حكمها الصادر في 4 ديسمبر 1988، حيث قضت برفض تطبيق المادة 212 من القانون البحري السوري التي تقضي ببطلان شروط الإعفاء من المسؤولية ، حيث استندت في ذلك إلى اتفاق طرفيه على تطبيق أحكامه، وأنّ الطاعنة لم تتمسك بهذا القانون المتفق على إعماله ولكن باعتباره قانون محل الانعقاد واجب التطبيق عملا بقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 19 من القانون المدني المصري .[496]

وأوضحت المحكمة أن تطبيق نص المادة 19 "**يدلّ على أنّه يتعين الوقوف ابتداءً على ما تتجه إرادة الصريحة أو الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فإذا لم يفصح المتعاقد على إرادتهما في هذا الشأن وجب تطبيق قانون الموطن المشترك وإلاّ فقانون الدولة التي تمّ فيها العقد**" [497].

أما فيما يخص القضاء التحكيمي فلم يشكك هو الآخر في إمكانية المتعاقدين من اختيارهم للقانون الّذي يحكم العقد، واعترفت بقدرتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم باعتباره قانون الإرادة.

ففي قضية Aramco، ضد المملكة العربية السعودية أكّدت محكمة التحكيم بخصوص القانون واجب التطبيق على أنّه:

---

[495] – نقلا عن: إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 286.

[496] – بلاش ليندة، مرجع سابق، ص 378.

[497] – مرجع نفسه، ص 378.

"لابد من اللجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف باسم الحرية واستقلالية الإرادة وبناءً على هذا المبدأ وفي أيّ عقد ذو طابع دولي أولا أن يتم تطبيق القانون الّذي اختاره الأطراف صراحة"[498].

كذلك بالنسبة لقضية Saphir، الدولية ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول حيث أكّد المحكم CAVIN، في حكمه الصادر في 13 مارس 1963 على أنّ إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على المسائل التعاقدية، وبعد أن اتضح له أن العقد المبرم بين الطرفين لا يتضمن أي اختيار صريح للقانون واجب التطبيق أكّد المحكم أنّه سيتولى تحديد النظام القانوني واجب التطبيق الأكثر ملائمة طبقا للمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف وخصوصا تلك التي يتضمنها العقد[499].

وقد ذهبت هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CRDI، بشأن النزاع بين دولة الكونغو وإحدى الشركات الإيطالية بتاريخ 30 نوفمبر 1979، إلى تطبيق قانون دولة الكونغو مع تكملته بالمبادئ العامة للقانون الدولي استنادا في ذلك لاتفاق الأطراف المتنازعة[500].

وقد كرّست نفس المبدأ إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI، وذلك بشأن النزاع القائم بين شركة إنجليزية وحكومة عمان بشأن استيراد وإنشاء وتشغيل وصيانة مصنع بين شركة إنجليزية وحكومة عمان، حيث انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون العماني باعتباره قانون إرادة الأطراف.[501]

---

[498] – لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية أنظر في ذلك: سيراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 701

[499] – مرجع نفسه، ص 704 وما بعدها.

[500] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 287.

[501] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 105.

2- تبني التشريعات الوطنية لقاعدة الإرادة

لقد اعتمدت مختلف التشريعات الوطنية على إخضاع عقود الاستثمار لقانون الإرادة صراحة حيث تبناه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الّذي ينص على أنّه:" **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنيا**"[502].

ومثل هذا التسليم تبناه المشرع السويسري في نص المادة 1/116 من القانون الدولي الخاص لسنة 1987 التي تنص على: "**يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف..**"[503].

وأكّد من جهته القانون المدني الألماني في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986، بمنح الأفراد الحرية في اختيار القانون حسب إرادتهم لحل النزاعات المتعلقة بالعقد فنص القانون على أنّ: " **يخضع العقد للقانون الّذي يختاره الأطراف**" [504].

كما نص القانون الموحّد للولايات المتحدة الأمريكية على أنّه: "**الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم سواءَ كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية**"[505] .

وقد أخذت التشريعات العربية هي الأخرى بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فمثلا نص المشرع المصري على مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة في المادة 1/19 من ق م م على ما يلي: " **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذ اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتّفق المتعاقدان أو تبيّن من**

---

[502] – خليفي سمير، مرجع سابق، ص 22.

[503] – أنظر في ذلك:

- FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », Journal de droit international (Clunet), N° 03, 2010, p 108.

[504]- idem, p 108.

[505] – خليفي سمير، مرجع سابق، ص 22.

الظّروف أنّ قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"[506]. كما أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية بهذا المبدأ وذلك في نص المادة 25 من القانون المدني[507].

وقد سار على نفس المنوال كل من القانون المدني السوري في المادة 22 منه، والقانون المدني الليبي في المادة 19، وهذا ما أخذ به كذلك القانون المدني الكويتي في المادة 59 منه [508].

أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد ساير مختلف التطورات الفقهية والتشريعية فيما يخص إمكانية اختيار القانون واجب التطبيق على العقد ، حيث أكّد على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد وهذا في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري[509]

3- الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية

لم يقتصر الاعتراف بقاعدة حرّية الأطراف في اختيار قانون العقد على القوانين الوطنية والقضاء فقط، بل اعتنقت العديد من الاتفاقيات الدولية من خلال أحكام صريحة وواضحة تعمل على تكريس هذه القاعدة، وهذا راجع إلى الأهمية التي يحظى بها في حل نزاعات العقود الدولية، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد:

---

[506] – القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:
http://www.f-law.net

[507] – وتجدر الإشارة إلى أنّ نص المادة 19 من القانون المدني المصري تتطابق مع أحكام نص المادة 25 من القانون المدني العراقي والتي تنص على ما يلي: " **يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدين أو تبين من الظروف أو قانونا آخر يراد تطبيقه**" أنظر في ذلك: يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، "القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة بابل للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 15،العراق، د س ن، ص 13.

[508] – عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، جامعة البويرة، 2012، ص 99.

[509]– سيأتي التفصيل أكثر في الموضوع لاحقا في الفرع الثاني من هذا المطلب، ص ص190-192.

اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 جوان 1955 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية، حيث نصت المادة 1/7 على أنّه: "**يسري على عقد البيع القانون الّذي اختاره الأطراف**".

وهو نفس ما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون واجب التطبيق بخصوص الالتزامات التعاقدية في المادة 1/03 بنصها على أنّه: "**يحكم العقد القانون الذي اختاره الأطراف**" [510]، وتعد هذه الاتفاقية بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود بالنظر إلى ثقل القانون الّذي تمثله الثقافات القانونية التي ينتمي إليها دول الأعضاء[511].

كما نصت المادة 07 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية على أنّه: " **العقد يخضع لأحكام القانون، الّذي اختاره الأطراف، وأنّ اختيار الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون واضحا، وجليّا وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد**"[512] .

كما تضمنت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي أحكاما تقرّ على حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بشأن موضوع النزاع المطروح على قضاء التحكيم.

نذكر من بينها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971، والتي نصت في مادتها السابعة على أن "**الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع**"[513].

---

[510] – Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles entrée en vigueur en 1981, l'article 03 stipule : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou a une partie seulement de leurs contrat ».

[511] – عتيق حنان، مرجع سابق، ص 101.

[512] – NAMIE –CHARBONNIER Maire, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon- Assas Paris II, Paris, 2003, p 243.
- CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3 ème Edition, Vuibert, Paris, 2007, p 268.

[513] – بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 44

إنّ للأمم المتحدة دورا في غاية الأهمية في تحفيز مبدأ سلطان الإرادة كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، فبالعودة إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فقد نصت على الأخذ بقانون الإرادة في جل الاتفاقيات، القوانين، واللوائح الصادرة عنها[514]، فنجد في إطار التحكيم التجاري قد نصت المادة 28 فقرة01 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 على أنه " **تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنّه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة..، إذا لم يعين الطرفان أية القواعد...، لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل ومنصف، إلاّ إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة.**" [515]

وفي هذا الصدد كرّس مجمع القانون الدولي قاعدة حرّية أطراف عقود الاستثمار الأجنبية في اختيار القانون واجب التطبيق عليه، حيث تضمن القرار الصادر عن المجمع في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 التي خصصت لدراسة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى المادة 1/2 منه كما يلي:

" **من أجل تسهيل تسوية الصّعوبات التي يمكن أن تثور في موضوع العقود المعيّنة، المبرمة بين المنظّمات الدولية وأحد الأشخاص الخاصة، فإنّه من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة المصادر الوطنية والدولية التي يسعى إليها القانون الواجب التّطبيق** ".[516]

كما جاء قرار المجمع في دورته الثالثة والسّتين المنعقدة عام 1989 بـ Santiago de Compostela تحت عنوان "التحكيم بين الدول ومشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية" في المادة

---

[514] – عتيق حنان، مرجع سابق، ص 101.

[515] – قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر سنة 1985، والمعدل سنة 2006، مرجع سابق.

[516] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 103.

السادسة منه على: " **يتمتّع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم** ".[517]

وانطلاقا ممّا سبق يتبين أنّ كل من الفقه، القانون والاتفاقيات الدولية، والممارسة التحكيمية قد كرست مبدأ حرّية الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الدولية، إلاّ أنّ التساؤل الّذي يفرض نفسه يتمثل في مدى خضوع عقود الاستثمار لقاعدة قانون الإرادة؟

جعلت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، من مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي الّذي يحكم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعليه فالمحكم يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، حيث نصت المادة 1/42 منها على أنّه: "**تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع**"

يفهم من هذه الفقرة أنّها قد استبعدت تطبيق نظرية العقد بلا قانون (Théorie de contrat sans loi) التي مفادها أن أطراف العقد أن ينظموا عقدهم تنظيما شاملا ومفصّلا لكافة جوانب العلاقة العقدية فالأطراف تنشأ نظاما قانونيا خاصا تستند إليه المحكمة عند نشوء النزاع بين الأطراف[518]، فالغالب عمليا هو الاتفاق في عقود الاستثمار على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة الطرف في النزاع، ونادرا جدا أن يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر ويعود ذلك أنّ قانون الدولة المضيفة يكون في الغالب قانون محل الإبرام وقانون موضوع التعاقد، فضلا على أنّ تنفيذ العقد يتم في إقليم هذه الدولة[519] .

الفرع الثاني

كيفية اختيار قانون الإرادة

يتضح لنا مما سبق أنّ حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة متفق عليه، ويتحقق هذا الاختيار بالإرادة الصريحة للأطراف (أولا)، إلاّ أنّه قد لا يعبر أطراف العقد صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، الأمر الّذي يستوجب تدخل

---

[517] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 103– 104.

[518] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 344.

[519] – مرجع نفسه، ص 345.

المحكم أو القاضي للبحث عن قرائن ومؤشرات تفيد أنّ الاختيار قد تّم بطريقة ضمنية (ثانيا).كما أن للمشرع الجزائري موقف في ذلك(ثالثا).

أولا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة

إذا كان القانون قد اعترف للمتعاقدين بالحق في تعيين القانون الّذي يحكم عقدهم، فإنّ المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة أنّ قانون هذه الدولة أو تلك[520]. يكون الاختيار صريحا إذا ما تمّ الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط عقد الاستثمار أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه[521].

إنّ تحديد القانون واجب التطبيق على العقد صراحة من قبل الأطراف له أهمية خاصة إذ يوفر لهم حماية مستقبلية[522]، وقصد الدلالة عن هذه الأهمية جعل البعض يقول " **أن المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطا أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة** "[523].

وبالتالّي فإنّ قيام الطرفين باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة، يصاحبه التزام المحكمة بتنفيذ اختيارهم، وذلك على أساس حرية الأطراف في اختيار القانون الّذي يحكم المسائل التي تدخل ضمن صلاحياتهم التعاقدية[524] .

وقد حرص مجمع القانون الدولي IDI عند بحثه لمسألة القانون واجب التطبيق على العقود المبرمة والأشخاص الأجنبية الخاصة، في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 على دعوة الأطراف إلى أن

---

[520] – FOUCHARD Philipe, GAILLARD Emanuel, et GOLDMAN Berthold, Op.Cit, p 799 et s.

[521] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 480.

[522] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 292.

[523] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 190.

[524] – RATCHANEEKORM Larpvanichar, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, discipline droit international privé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille 2, Cambrai, 2012, p 51.

يعينوا بأنفسهم وبشكل صريح القانون واجب التطبيق على عقودهم فنصت المادة 01/4 من قرار المجمع على أنّه: " **من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم**".[525]

ولقد أشارت العديد من العقود إلى الاختيار الصريح لقانون العقد، نذكر على سبيل المثال العقد المبرم بين حكومة جامايكا وشركة Alcoa Minerals of Jamaica، فقد نصّ على أن تطبّق محكمة التحكيم القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها[526] .

كذلك ما نصت عليه المادّة التاسعة من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا، حيث نصّت على أنّ " **القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على العقد**".[527]

ثانيا: الاختيار الضمني لقانون الإرادة

قد يعبر أطراف عقد الاستثمار عن إرادتهم المتجهة صراحة نحو تحديد القانون واجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية وما ينتج عنها من آثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدون التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة ، وفي هذه الحالة تصبح مهمة البحث عنها من طرف القاضي أو المحكم.

الاختيار الضمني اختيار حقيقي غير معلن[528]، حيث يستنتجه المحكم أو القاضي من خلال تحليله المنطقي لظروف وملابسات العقد[529]، لاسيما بتوفر دلائل ومؤشرات قوية تشير إلى وجود هذه الإرادة.

---

[525] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 214.

[526] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 108.

[527] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 296.

[528]– POMMIER Jean-Christophe, Principe d'autonomie de la loi du contrat, droit international privé conventionnel, ECONOMICA, PARIS, 1992, p 97.

[529] – عند قيام القاضي بالبحث والكشف عن الإرادة الضمنية، فإنّه يبحث عن مؤشرات داخل العقد أي ذاتية، ومؤشرات أخرى خارج العقد. أنظر:

– CHABET Cyril, « Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite », Communication Commerce Electronique, N° 12 décembre, 2005, p 32.

في هذا الإطار أكّدت أحكام القضاء الداخلي على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1910/12/5 بأنّ: "**القانون المختار بواسطة العقد ليس هو القانون فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة، ولكن من الممكن استخلاصه من مختلف الظروف الملابسة للعقد**".

في نطاق التحكيم نجد الحكم الصادر في قضية شركة الألومنيوم اليوغسلافية[530] لسنة 1979 إذ يتعلق النزاع بصدد تنفيذ عقود بيع بين شركة ألومنيوم يوغسلافية ومشترٍ أمريكي بهدف حلها تم تعيين هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم باريس، وبما أنّه لم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ذهبت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة التي بها مقر محكمة الغرفة، استنادًا إلى إرادة الأطراف عند اختيارهم اللجوء لهذه المحكمة وهو ما يستفاد ضمنيا أنّهم ارتضوا الخضوع لقانون الدولة التي بها مقر الغرفة.

أمّا على المستوى الاتفاقي، نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 1/3 منها على أنّه " **يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية**"[531].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ قانون الإرادة بصفة صريحة من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد،**

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد"[532] .

---

[530]– Clunet, 1977, N° 02, p 947 et s.

[531] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 194.

[532] – أمر رقم 75–58، مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

لقد منح المشرّع الجزائري حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق لتنظيم عقودهم، لكن قيّد هذه الحرية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وذلك مراعاة لعدم مخالفة القانون المختار للنظام العام والآداب العامة[533]، ضف إلى ذلك فقد جعل قانون محل الإبرام كمرحلة ثانية يتم تطبيقه في حالة عدم وجود اتّفاق من الطرفين على تطبيق قانون آخر، وقد تمّ تعزيز مبدأ الحرّية التعاقدية بمبدأ القوّة الملزمة للعقد، بحيث لا يمكن تجاهل الآثار المترتبة على اتفاق الأطراف فيما يخص التزاماتهم، لذلك يمكن القول أنّ التعديل الوارد في نص المادة 18 يكرّس أكثر قاعدة قانون الإرادة وسن الطابع الليبرالي لقاعدة التنازع الجزائرية، ولعل ذلك رغبة منه لمسايرة مجرى العلاقات الدولية ومن ثمّ تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية[534].

وتنص المادة 60 من ق م ج على أنّه: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتّخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالته على مقصود صاحبه.**

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا".

انطلاقا من نص المادة أعلاه يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري قد أكّد على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية عند غياب الإرادة الصريحة لأطراف العقد، وهكذا يكون المشرع قد أخذ بالإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية معا.

أمّا فيما يخص مسألة حل النزاعات الخاصة بعقود التجارة الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي اعتبرت إرادة الأطراف إحدى المبادئ الرّئيسية التي يقوم عليها التّحكيم.[535]

وبالرجوع إلى القانون المتعلق بترقية الاستثمار يتضح لنا أنّه قد تمّ الاعتراف للأطراف باختيار الجهة القضائية المختصة فيما يخص النزاعات التي تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي، حيث تنص المادة 24 منه

---

[533] – YESSAD Houria, Le contrat de vente international de marchandises, thèse de doctorat en droit, faculté en droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2008, p 75.

[534] – أنظر: إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 288.

[535] – حيث جاء في نص المادة 1050 من القانون رقم 08-09، المؤرّخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: " **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الّذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**".

على ما يلي: "... **أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.**"

أمّا عن وقت اختيار قانون الإرادة فالجدير بالذكر أنّه يتقرر وقت اختيار القانون الذي يحكم العقد عند إبرام العقد الأصلي بموجب بند صريح يدرج ضمن بنود العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أنّه قد يتم هذا الاختيار في وقت لاحق لمرحلة إبرام العقد الأصلي سواءً كان ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية [536] يستشفها القاضي من مؤشرات معينة.

يذهب أغلب الفقه إلى منح الحق للمتعاقدين في الاختيار اللاحق للقانون الواجب التطبيق على العقد[537]، إذ يمكن للأطراف تحديد قانون العقد بعد إبرامه في اتفاق مستقل عن العقد، وحتى في مرحلة طرح النزاع القائم بينهما أمام المحكمة المختصة، وبما أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد هم مهمة أطراف العقد بالدرجة الأولى، فإنّه من المنطق أن يتم الإقرار بحقهم في الاختيار اللاحق لهذا القانون.[538]

وعليه فإنّ حرّية المتعاقدين في اختيار القانون الّذي يحكم علاقتهما التعاقدية، والمقررة فقها وقانونا، يستوي هذا الاختيار أن يكون وقت إبرام العقد أو بعده.

وقد ذهب القضاء السويسري إلى الاعتراف بحق المتعاقدين في اختيار قانون العقد، بحيث أنّ هذا الاختيار لا يكون عند إبرام العقد فقط، بل في أيّ مرحلة لاحقة للتعاقد، حتى ولو أثير هذا الاختيار لأوّل مرّة أمام المحكمة التي طرح فيها النزاع بشرط أن تكون هذه المحكمة محكمة موضوع، وإبداء الأطراف لإرادتهم في التمسك بهذا الاختيار اللاحق[539].

---

[536] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 179.

[537] – في حين ذهب بعض الفقه أنّه في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، فإنّه لا يجوز لهم تحديده في مرحلة لاحقة، باعتبار أنّ هذا القانون سيخل بتوقعات الأطراف خاصة في مرحلة التنفيذ قبل الاختيار، وفي هذا الإطار فقد قررت محكمة النقض الإيطالية في حكم صادر عنها في 28 جوان 1966، على أنّه: "**يجب أن يتزامن إبرام العقد الأصلي مع الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق**" أنظر:– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 227

[538] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 113.

[539] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 227.

كما أكّدت اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام 1980، في مادتها الثالثة في الفقرة الثانية منها على إمكانية تحديد أو اختيار القانون وقت إبرام العقد أو بعده مع التحفظ الخاص بحماية حقوق الغير[540].

في هذا الصدد من القضايا التي عرضت على التحكيم في هذا الشأن العقد المبرم بين شركة Aapl وحكومة سريلانكا، حيث أنّه عند إبرام العقد لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، لكنهم استندوا في تنفيذ العقد على الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين سريلانكا والمملكة المتحدة[541] .

إضافة إلى ما سبق فقد أكّدت المادة 06 في فقرتها الأولى من المشروع الّذي أعده معهد القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة "بال" سنة 1991 حق المتعاقدين في الاختيار اللاحق لقانون العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار أن لا يمس هذا الاختيار بحقوق الغير الّذين بنوا توقعاتهم على القانون الأوّل [542].

أمّا فيما يتعلق مسألة تعديل قانون العقد، فهناك من الفقه من يؤيده، على أساس أنّ القانون المختار لا يساير طبيعة موضوع التعامل، واتّجاه آخر يعارضه استنادا إلى أن تمكين الأطراف من تعديل ذلك الاختيار يؤدي إلى نشأة تنازع القوانين مرة أخرى، وإعادة إعمال قاعدة التنازع ثانية بعدما تمّ حلّها في الاختيار الأول لقانون العقد، حتى وإن كان يحق للأطراف تعديل الاختيار، إلاّ أنّه يجب أن لا يمتد هذا التعديل إلى المساس بحقوق الغير الّذي استقرت توقعاتهم على القانون الأوّل، كما لا يجب المساس بجوهر وصحة العقد أثناء تعديل القانون المختار[543].

---

[540] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 228.

[541] – عند عرض النزاع القائم بين الطرفين بشأن القانون واجب التطبيق على CRDI، قضى بما يلي: "**في ظلّ هذه الظروف الخاصّة سوف تتجسّد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع، وذلك عن طريق ملاحظة وتأصيل سلوك وتصرّف الأطراف عبر وقائع التحكيم ولقد تصرّف كلّ من الطرفين بشكل يُظهر الموافقة المتبادلة على احترام ومراعاة بنود الاتفاقية المبرمة بين البلدين لتكون المصدر الأساسي للقواعد القانونية واجبة التطبيق التي استند عليها الطرف المدّعي ووافق عليها المدّعى عليه**". **أنظر**: إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 301.

[542] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 228.

[543] – راجع في ذلك:

–أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 181– 182.

المطلب الثاني

ضوابط قانون الإرادة ومعوقات تطبيقه.

من المبادئ المستقرة الأكثر شيوعا في تحديد القانون المطبق على العلاقة التعاقدية أنّ أطرافها لهم الحق في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما، والّذي يتمثل في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناجم عن العقد، سواءً أمام القضاء أو هيئة التحكيم، ولقد كرّست هذا الحق غالبية التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة وتلك المتعلقة بالتحكيم هذه القاعدة.

غير أنّ مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد تثير العديد من التساؤلات القانونية المتعلقة بالضوابط القانونية التي تخضع لها إرادة الأطراف في تطبيق القانون واجب التطبيق على العقد، وبناءً على ذلك سنحاول تبيان هذه الضوابط والأسس التي ترسم للإرادة طريقها لتحديد القانون واجب التطبيق (الفرع الأول).

وبالرغم من أهمية مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق، إلاّ أنّ الشركات الأجنبية تعمل على التنصل من إخضاع العقد للقانون الوطني، ذلك أنّه لا يتلاءم مع معطيات القانون الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضوابط قانون الإرادة

كما أشرنا سالفا فمن المتفق عليه أنّ أطراف العلاقة التعاقدية لهم الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، ويتحقق هذا الاختيار إمّا بالإرادة الصريحة للأطراف، أو بإرادتهم الضمنية.

وإذا كان لطرفي العلاقة التعاقدية كامل الحرّية في اختيار القانون الواجب التطبيق، على العقد إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة، فإنّ لهذا المبدأ ضوابط يستلزم مراعاتها، والتي تتعلق أساسا بالنظام العام (أولا) وأن لا يكون اختيار المتعاقدين منطويا على الغش أو التحايل نحو القانون (ثانيا).

أولا: النظام العام كضابط لحرّية الإرادة في الاختيار

ترتكز المنظومة القانونية من أجل القيام بمهامها، على فكرة النظام العام ونميّز في هذه بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، حيث تستعمل فكرة النظام العام الداخلي قصد الإشارة إلى القواعد الآمرة التي لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، ولقد قد تمّ تعريفها على أنّه:

"**وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمع البلد القاضي**"[544].

وقد عرفته محكمة النقض المصرية على أنّه: "**النظام الذي يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواءً من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والّتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو على مصالح الأفراد**"[545].

وقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة ضرورة تقيُّد قانون الإرادة بالنظام ومراعاتها له وعدم مخالفة قواعده في المادة 24 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على أنّه:

"**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.**

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

وبناءً على التطورات التي شهدتها التجارة الدولية أدى إلى ظهور ما يسمى بالنظام العام الدولي[546] والذي يختلف عن مفهوم النظام العام الداخلي في القوانين الوطنية، وقد أطلق الفقه عليه عدّة تسميات كالنظام العام عبر الحدود، النظام العام العالمي، أو النظام العام لقانون التجارة الدولية.

---

[544] – عتيق حنان، مرجع سابق، ص 116.

[545] – عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017، ص 155.

[546] – لقد أتى المشرع الجزائري بمصطلح النظام العام الدولي في المادة 1051 من القانون 08-09 المؤرّخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على أنّه:

" **يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي.... وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي**"

بالرغم من تعدد تسمياته إلاّ أنّها تتفق في محتواها وتعبيرها عن هذا النوع الجديد من النظام العام أيّا كان الدور الّذي تلعبه قواعد النظام العام الدولي في منازعات التجارة الدولية، والّذي تؤدي الاستعانة به إلى تطبيق مفاهيم قانونية تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية، إذ على أساسها تتراجع المفاهيم الوطنية أمام الحلول الدولية[547].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة تقييد قانون الإرادة بالنظام العام إذا كان هذا القانون يمس بمبادئ العدالة الدولية أو بمبادئ القانون الطبيعي، أو المبادئ التي تقرّها الأمم المتحضرة والمشتركة بين عدد كبير من الدول.

يقصد بالنظام العام الدولي على أنّه: " **عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معيّن، وإنّما تتعلّق بالمصالح الأساسية خاصة بالجماعة الدولية**"[548].

أو بمعنى آخر هو عبارة عن "**مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية**"[549].

مهما اختلف النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي فإنّ هذا الأخير يهدف في نهاية المطاف إلى صيانة قوانين الدولة الأساسية الّتي تحدد الحد الأدنى من المبادئ القانونية المشتركة، كما يمارس القاضي الوطني رقابته على القانون واجب التطبيق من خلال تفحص مضمونه والتّأكد من عدم مخالفته للنظام العام، وإذا ما وجد أيّة مخالفة فإنّه يبادر باستبعاد ذلك القانون، مع إحلال قانون القاضي محلّه .

لقد أقرّت معظم الأنظمة القانونية على تطبيق فكرة النظام العام الدولي، وفي الحقيقة أنّ إعمال هذه الأخيرة مبني على افتراض مؤدّاه اختلاف الحل الذي يشير به القانون الواجب التطبيق على ذلك،

---

[547] – بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 49.

[548] – صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 297.

[549] – بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 49.

الذي قرره النظام القانوني المعني[550]، فتحديد فكرة النظام العام الدولي لا يمكن الدفع عنها إذا كان الحل الّذي يشير إليه قانون العقد في ظاهره عادل، وبالتالي يتعارض ويصطدم بالنظام القانوني الّذي يتعين أخذه بعين الاعتبار[551].

يقوم النظام العام الدولي في معرض تحديد القانون واجب التطبيق بوظيفة مزدوجة، فالوظيفة الأولى حمائية والتي تتيح للقاضي أو المحكم باستبعاد النظام العام الوطني مخالفا لإحدى المبادئ العامة[552]، أمّا الوظيفة الثانية فهي توجيهية والتي تتجسّد في حالة التطبيق المباشر لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي حقيقة دون استشارة القانون واجب التطبيق على النزاع وهذا بتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية عندما تتعلق فيها القضية بالأفكار الأساسية والعالمية للأخلاقيات التعاقدية[553].

يفسّر الأستاذ CHAPELLE أنّ تطبيق القانون الدولي العام بمعزل عن القانون الوطني يعود لمتطلبات التجارة الدولية التي تستلزم خضوع " **الأنشطة والعمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية لمجموعة من القواعد القانونية احتياجات التجارة الدولية إلى الصدق والعدالة والنظام والأمان.**"[554]

إنّ فكرة النظام العام الدولي تعبر عن مجموعة المصالح الأساسية للجماعة الدولية، حيث أنّه من غير الممكن بقاء كيانها سليما دون الاستقرار على قواعد النظام العام الدولي، ضف إلى ذلك أن القواعد القانونية الخاصة بها هي قواعد آمرة، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وبالتالي فهي بمثابة السياج القوي

---

[550] – محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة إمكانية تقليص الدور الّذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 21.

[551] – مرجع نفسه، ص 30

[552] – حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 49.

[553] – مرجع نفسه، ص 50

[554] – صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 302.

الّذي من شأنه حماية النظام القانوني الدولي، زيادة على ذلك فإنّ طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي تتّسم بالتطوّر وتستجيب لما يُستجد من حاجات المجتمع الدولي[555] .

وانطلاقا مما سبق يمكن استنتاج المصادر التي تساهم في إرساء قواعد النظام العام الدولي، والّتي تتجسّد في كل من القضاء الوطني، التحكيم التجاري الدولي، والاتفاقيات الدولية، فبالرجوع إلى القضاء الوطني نجد أنّه يساهم في خلق الكثير من القواعد التي توصف بالنظام العام الدولي من خلال الأحكام الصادرة عنه، ففي قضية Banque otomane، أصدرت محكمة استئناف باريس حكما أكّدت من خلاله على أنّ أمن العلاقات التجارية، المالية والدولية، يقوم على أساس الاعتراف بوجود نظام عام وإن لم يكن عالميا، كما أكّدت في حكم آخر على ضرورة وجود مبادئ عادلة عالمية لها قيمة دولية مطلقة[556].

ثانيا: التحايل أو الغش نحو القانون عند اختيار قانون العقد

لقد سبق الإشارة إلى أنّه يمكن لأطراف عقد الاستثمار اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، ولهم كامل الحرية في ذلك، ويستوي الأمر إذا كان الاختيار قد تمّ بصفة صريحة أو ضمنية، ويتمّ تطبيق القانون المختار في كلتا الحالتين إذا لم يكن هذا الاختيار منطويا على الغش والتحايل نحو القانون.

ويقصد بالغش نحو القانون قيام أحد أطراف العقد بتغيير ظرف الإسناد بحيث ينتقل الاختصاص القضائي من قانون دولة معينة إلى قانون دولة أخرى وذلك قصد تحقيق مصلحة معينة[557].

ويعرّفه جانب من الفقه على أنّه: "**دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الّذي عمدوا تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروف خاصة لإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني واجب التطبيق أصلا، والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية**"[558].

---

[555] – عتيق حنان، مرجع سابق، ص 118.

[556] – مرجع نفسه، ص 119

[557] – حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية للقانون، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 196.

[558] – خليفي سمير، مرجع سابق ص ص 30، 31.

يقوم الغش على فكرة التحايل على القانون المختص، ويستوي الأمر في هذه الحالة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي. حيث يمكن لطرفي العقد أن يتوصل إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد، وذلك من خلال التحايل أو التغيير في عناصر العلاقة الّذي تحدد على أساسها ضابط الإسناد المحدد للقانون الّذي يحكم العقد لما يحققه ذلك من مصالح ما كان ليحققهما القانون الأولى بالتطبيق في حال أن خضع لأحكامه، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دورا جوهريا في تغيير ضابط الإسناد بنية سيئة لغرض الهروب من القانون المختص[559].

على هذا الأساس فإنّه بتوافر واقتران هذا التعديل بنية سيئة للتهرب من القانون واجب التطبيق، يكون الجزاء بعدم الاعتداد بالتغيير الّذي أجراه الأطراف، حيث يتولى القاضي الوطني وفقا لما نصت عليه المادة 24 من القانون الوطني بتطبيق أحكام القانون المختص الّذي سعت إليه إرادة الأطراف إلى تجنبه من خلال الاتفاق على ذلك.

تجدر الإشارة إلى أنّ هناك أوجه التشابه بين الغش نحو القانون والنظام العام، حيث أنّ كلاهما يمنع تطبيق القانون المختار من خلال فرض رقابة على القانون المطبق، في حين أنهما يختلفان من حيث أنّ الدفع بالنظام العام يكون موجه إلى محتوى ومضمون القانون المختص ويعود ذلك إلى اعتراض قواعده مع الأسس الّتي يقوم عليها النظام العام الوطني، أمّا الدفع بالغش نحو القانون ليس موجها إلى محتوى هذا القانون، بل الوسيلة الّتي تستعمل من التملص من القانون واجب التطبيق[560].

[559] – مرجع نفسه، ص 31.

[560] – حافظ ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص العراقي، بغداد، د د ن،1972، ص 65.

الفرع الثاني

معوقات تطبيق قانون الإرادة على عقد الاستثمار الأجنبي

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا هاما في حل مشكلة القانون واجب التطبيق على العقد، ويبرز ذلك جليا من خلال إعطاء المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، والمتمثل في معظم الأحيان في القانون الوطني للدولة المتعاقدة، غير أنّ المستثمر الأجنبي يحاول التهرب من إخضاع العقد للقوانين الوطنية والحد من تطبيقها باعتبار أنّها لا تتلاءم مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي.

لذلك وقصد الحد من تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة يحاول المستثمر الأجنبي الحد من تطبيقه عن طريق إدماج قواعد القانون المختار(أولا) أو منحه الصفة الاحتياطية لقانون الإرادة أي تهميش القانون الّذي ذهبت إليه إرادة المتعاقدين(ثانيا).

أولا: اندماج قانون الإرادة في العقد:

إنّ اختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الّذي يحكم العلاقة التعاقدية لاسيما إذا كان قانون الدولة المضيفة للاستثمار، يجعل المستثمر الأجنبي يعمل على تقييده سواءً من خلال تثبيته في الزمان وفق ما يعرف بشرط الثبات التشريعي، بحيث لا تسري عليه التعديلات التشريعية اللاحقة مثلما أشرنا إليه في معرض حديثنا عن خصوصية عقد الاستثمار من خلال الشروط المدرجة فيه، غير أنّ المستثمر الأجنبي لم يكتف بهذا القدر، بل يعمل على إدماج القانون المختار في العقد، بحيث تلعب فكرة الاندماج دورا في غاية الأهمية في عقود الاستثمار، ويترتب عنها آثار قانونية متنوعة.

1- مضمون فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد:

يلجأ المستثمر الأجنبي بهدف الحد من اختصاص القانون الوطني للدولة المتعاقدة طبقا لقانون الإرادة ومن السلطات التي تتمتع بها الدولة في ظله إلى إدماج هذا القانون في العقد، ما يعني إضفاء الطابع التعاقدي على عقود الاستثمار مما يسمح لأطراف العقد استبعاد بعض القواعد الآمرة من هذا القانون وبعدم الاعتداد بأيّة تعديلات تشريعية لاحقة على العقد[561] سواءً في لحظة إبرام العقد أو لحظة

[561] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 300.

تنفيذه،[562] وهو ما يترتب عنه إفلات العقد لحكم القانون، ليصبح في حكم العقد بدون قانون؛ عقد طليق[563].

ففكرة الاندماج نظام يصبح بمقتضاه القانون الّذي اختاره الأطراف لحكم العقد بمجرد شرط تعاقدي، ليست له إلاّ قوة وقيمة شروط أو بنود العقد كباقي الشروط التعاقدية، وبالتالي يفقد صفته كقانون أو قاعدة نظامية[564]، وكأن القانون ينصهر في العقد ويصير جزءًا منه ولا يبدو كأمر خارجي عن الأطراف يفرض عليه بقوة سريانه بل يضحى كعمل من أعمال الأطراف، وتهدف فكرة اندماج القانون في العقد إلى تجريده من سلطانه، ويصبح لا يأمر ولا يلزم بشيء، ولما كان القانون يأمر ويلزم، فإنّه مع الاندماج لا يصبح القانون قانونا، ويكون قانون الإرادة قد أصبح شيئا خاصا بأطراف العلاقة التعاقدية، فلا يستمد سلطة إبطال أو تعديل التعهد بدون رضائهم[565].

إنّ ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني حسب أنصار النظرية الشخصية يعني عدم تحديد قانون معين يحكم العقد، وعليه فإنّه يخرج من مجال تنازع القوانين، ليصبح خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة المطلق[566]، الّذي يمنح المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد بحيث تندمج أحكامه في شروط العقد وتنزل منزلة هذه الشروط التعاقدية، ويحق للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام القانونية من القانون المختار وإن كانت ذات صفة آمرة.[567]

---

[562] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 339.

[563] – إنّ العقد الطليق هو العقد الّذي لا يخضع للقوانين الوطنية، بل يستمد نظامه من إرادة الأطراف أنفسهم، فهم يستطيعون تحقيق مبدأ التنظيم الذاتي للعقد، أو العقد المنظم ذاتيا، ويعين على ذلك، عادات وأعراف التجارة الدولية. نقلا عن: – كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود خضير الشافعي، " النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد 32، عدد 02، 2017، ص 218.

[564] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 347.

[565] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 249– 250

[566] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 318.

[567] – كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود خضير الشافعي، مرجع سابق، ص 218.

في هذا الإطار لا يمكن تطبيق القانون الّذي تمّ اختياره من قبل الأطراف بوصفه قانونا لأنّه في هذه الحالة ينصهر في العقد، ويصبح جزءًا منه، ولا يبدو كأمر خارجي عن أطراف العلاقة التعاقدية يفرض عليهم بقوة سريانه، بل يصبح وكأنّه عمل الأطراف[568].

لذلك يرى أنصار النظرية الشخصية عدم الحاجة إلى اختيار قانون لحكم العقد لأن العقد المتحرر من سلطان القانون هو شريعة المتعاقدين ويتسم بالاكتفاء الذاتي فهو يتضمن تنظيما اتفاقيا مفصلا فإذا كان العقد مفصلا ومحبوكا في صياغته القانونية فإنّه يوجد التزامات بإمكانها أن تلزم بذاتها الأطراف وتغني المحكمة عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه[569].

يفترض اندماج القانون المختار في العقد أن تكون إرادة أطراف العلاقة التعاقدية في اختيار القانون الّذي يحكم العقد صريحة، أمّا في حالة سكوت الأطراف عن تعيين قانون العقد فيصعب تحقق الاندماج، ذلك أنّ القانون في هذه الحالة يتم تعيينه من طرف المشرع أو القاضي بهدف حكم الرابطة العقدية، وليس القانون الّذي تمّ اختياره من طرف المتعاقدين، بحيث لا تملك الإفلات من أحكامه وإنزالها منزلة الشروط العقدية[570].

ومن الأمثلة على عقود الدولة التي تضمنت شرطا بإدماج القانون المختار في العقد الاتفاق المبرم بين حكومة زامبيا وأحد المستثمرين الأجانب، حيث تضمن أن تلتزم بموجبه أية هيئة تحكيم عند تفسير وتطبيق أيّة اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما له صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في زامبيا لكونها صدرت أو تمّ تبنيها بعد ذلك التاريخ [571]

ولقد تمّ تطبيق فكرة الاندماج أيضا في العقد المبرم بين حكومة موريطانيا وشركة Texaco Mauritania inc، والتي نصّت المادة 2/4 منه على أنّه:

---

[568]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 227– 228.

[569] – كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود خضير الشافعي، مرجع سابق، ص 218

[570] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 300

[571] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 229.

" **يعتبر قانون التعدين الذي تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتّفاق ملحقا بالنصوص المدرجة بالاتفاق الحالي ويعد جزءً لا يتجزّأ منه** "[572].

بالإضافة إلى العقد المبرم بين حكومة موريطانيا وشركة Planet Oil and Mineral Corporation والتي نصّت المادة 4 منه على أنّه:

" **قانون التّعدين الذي تمّ تجميد أحكامه طوال مدّة العقد الحالي يلحق بالنّصوص المدرجة في ملحق الاتّفاق الحالي ويعد جزءًا لا يتجزّأ منه**"[573].

وعليه نستشف من خلال النصوص أعلاه تطبيق فكرة الاندماج، حيث تبين النصوص بصفة صريحة اندماج القانون المختار من قبل أطراف العلاقة التعاقدية في العقد.

2- الآثار المترتبة عن إندماج القانون في العقد:

مما لا ريب فيه أنّ اندماج قانون الإرادة ينتج عنه آثار قانونية هامة، ولعل أهمها تفادي بطلان العقد، التجميد الزمني لقانون العقد، تجريد قانون العقد من سلطانه .

أ- تفادي بطلان العقد

من بين النتائج التي يرتبها اندماج قانون الإرادة هو تعذر بطلان العقد ، وفقا لأحكام هذا القانون والّذي فقد قوته الإلزامية وصفته الآمرة بعد أن أصبحت أحكامه مجرد شروط تعاقدية اتفقت عليها إرادة الأطراف، وهي إرادة يصعب افتراض اتجاهها إلى إبطال عقد أبرمته لينشأ صحيحا[574].

فإذا كان القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية يقضي بالبطلان، فإنّ إدماج هذا القانون من شأنه أن يحول دون ذلك، ذلك أنّه من غير المعقول أن يرتضي الأطراف على ما قد يقرره هذا القانون بخصوص إبطال علاقتهم التعاقدية، وإلاّ نجم عن ذلك الوقوع في تناقض، حيث أنّ حرّية الأطراف المتعاقدة في

---

[572] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص ص 318- 319.

[573] – مرجع نفسه، ص 319.

[574] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 123.

اختيار الشروط التعاقدية ستؤدي إلى نقض الغرض الذي تسعى إليه [575]. وغالبا ما يتم اللجوء إلى إدماج القانون المختار في العقد لحماية المتعاقد الأجنبي مع الدولة من السلطان التشريعي الّذي تتمتع به[576]

ب-التجميد الزمني لقانون العقد

ينتج على اندماج قانون الإرادة في العقد أثرا قانونيا هاما هو تجميد القانون على حالته التي كان عليها وقت إبرام العقد[577]. وعليه فإنّ أي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على أحكام القانون المختار بعد إبرام العقد لا تندمج فيه ولا تعد جزءً من شروطه التعاقدية ولو كانت هذه التعديلات تتسم بالصبغة الآمرة، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[578] .

على هذا الأساس يقوم هذا المعنى على فكرة منطقية مفادها أن الأطراف المتعاقدة قد اختاروا أحكام قانون معين لتصبح جزءً من العقد وبالتالي فإنّ اختيارهم قد انصب بداهة على أحكام القانون المذكور السارية لحظة إبرام العقد، حيث أنّه من الصعب في ظل غياب نص صريح في العقد افتراض انصراف نيتهم إلى اعتناق التعديلات التي قد يدخلها مشرع هذا القانون على أحكامه في فترة لاحقة[579].

ج- تجريد قانون العقد من سلطانه

عند اندماج القانون المختار في العقد، فإنّه لا يطبق عليه بوصفه قانونا، بل باعتبار أن نصوصه قد اندمجت في هذا العقد واعتبرت بحكم الشروط التعاقدية مثلها مثل باقي شروط العقد، وعليه فيمكن للمتعاقدين استبعاد بعض القواعد الآمرة[580]، كما يستطيع الأطراف كذلك الاتفاق على أية شروط أخرى في العقد ولو ترتّب عليها مخالفة نصوص آمرة في القانون المختار [581] .

---

[575] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 251.

[576] – حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 339.

[577] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 301.

[578] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 145.

[579] – مرجع نفسه، ص 146.

[580] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 252.

[581] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 135.

انطلاقا مما سبق ما يمكن قوله أن المستثمر الأجنبي يلجأ إلى محاولة فصل العقد عن القانون الوطني للدولة المضيفة من خلال إدماج قانون الإرادة في العقد وتحويله إلى شرط من شروطه التعاقدية، كما يسعى من وراء لجوئه إلى التجميد الزمني لقانون العقد إلى تحقيق الاستقرار والتوازن العقدي.

لقد تعرضت فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد إلى النقد من طرف الفقه، حيث يرى جانب منه أنّ تجاهل القواعد الآمرة في القانون المختار من شأنها أن تؤدي إلى سمو القانون المختار على العقد، ذلك أنّ إرادة الأطراف مقيّدة بالقواعد الآمرة، وبالتالي فإنّه لا قيمة لإرادة الأطراف إلاّ بمقتضى القانون الّذي يعطي ضمنا سلطة للإرادة الفردية من أجل ترتيب آثارها، بالإضافة إلى ذلك فإنّ فكرة الاندماج تصطدم بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد، وإعمال قانونه[582]، فإذا كانت تلك القاعدة قد أناطت عملية الإسناد بإرادة الأطراف المتعاقدة بتفويضهم تحديد قانون العقد، فهي لا تفعل غير ذلك، ولا تمنح إرادة الأطراف أي دور بشأن عملية إعمال القانون المختار، حيث تدخل عملية تطبيق القانون في الاختصاص المانع للقاضي المختص بالفصل في النزاع، ومن ثمّ ليس للأطراف حق تنظيم عقدهم دون الارتكاز على قانون وضعي[583].

ثانيا: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة

لم يكتفي أطراف عقد الاستثمار الأجنبي (خاصة من جهة المستثمر الأجنبي) بهدف الحد من اختصاص القانون المختار الواجب التطبيق باللجوء إلى إدماجه في العقد، بل أكثر من ذلك عملوا كذلك طبقا لقانون الإرادة على تهميشه من خلال الاكتفاء بتقرير دور احتياطي لهذا القانون.

استنادا إلى فكرة احتياطية قانون الإرادة، يستطيع أطراف العقد تضمين العقد الجاري بينهم كل ما يحتاجه من أحكام وقواعد بحيث يصبح بمنأى من سلطة القانون[584]، حيث تعتبر البنود التعاقدية بمثابة قانون

---

[582] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 369.

[583] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 191-192.

[584] – أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 387.

حاكم للعقد ومستقل عن القوانين الدولية والوطنية، وقادرة على التعريف بحقوق والتزامات الأطراف، وبذلك فإنّ القاضي أو المحكم لا يستطيع الخروج عن نطاق قانون العقد في حل النزاع، إلاّ على سبيل الاحتياط[585].

بمعنى آخر يتمّ اللجوء للقانون لسد النقص الّذي يشوب العقد دون الاعتراف بأيّ قوى ملزمة له أو لشروطه، حيث أنّ ما تتضمنه عقود الاستثمار من شروط وأحكام كافية لخلق القانون الّذي يحكم العلاقة التعاقدية، مما يعطيها قوة إلزامية[586]، وعليه فإنّ الشروط العقدية تمثل في مجملها قانونا جديدا يحقق الكفاية الذاتية للتعريف بآثار العقد دون اللجوء إلى نظام قانوني آخر[587] وهو ما سمي "**بمبدأ التنظيم الذاتي للعقد**".

على هذا الأساس تعتبر فكرة القانون الذاتي للعقد بمثابة نظام جديد من خلق الأطراف، مستقل عن أيّ نظام قانوني آخر، ونظرا لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه، فليس هناك مانع من لجوئه إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة أو المبادئ العامة للقانون الدولي لسد هذه الثغرات[588]، باعتبارها شروطا تعاقدية لا باعتبارها نصوص قانونية [589].

ترجع فكرة الصفة الاحتياطية للقانون إلى انتشار ظاهرة العقود النموذجية الّتي تجسّد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على نحو يجعل الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين أمرا نادرا[590]، وإلى وجود قواعد موضوعية خاصة ببعض العقود الدولية، إذ أنّ وجود جماعة منظمة على نحو كاف، وقيام شبكة من العلاقات والروابط، إضافة إلى وجود سلطة مؤهلة تقوم بعملية التنظيم، كل هذا من شأنه أن يؤدي إلى انتشار وخلق مجموعة من القواعد النظامية التي تحكم نشاط وعلاقات تلك الجماعة، وهذا ما يتحقق في المعاملات التجارية والاقتصادية على المستوى العلاقات الدولية، الأمر الّذي أدى إلى انتشار الكثير من القواعد الموضوعية، وبالتالي هذا ما يجعل الالتجاء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلاّ بصفة احتياطية[591].

---

[585] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها.

[586] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 321.

[587] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 253.

[588] – حفيظة السّيد الحداد، مرجع سابق، ص 743.

[589] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 302.

[590] – سلامة أحمد عبد الكريم، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 133.

[591] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 253.

في هذا الصدد يقول البعض أنّ " **كلّ العقود حاليا... تحتوي على شرط القانون الواجب التّطبيق ... ولكنّه لا يشكّل مع ذلك تصرّفا يدلّ على الولاء أو الخضوع للدول، ولكنّه مجرّد وسيلة فنّية لتكملة النّظام المادي المنقص والمنطوي على بعض انعدام دقة الصنعة، أنّه في الحقيقة شرط احتياطي** "[592].

يرى الفقه بخصوص إعمال الدور الاحتياطي لقانون العقد، أنّ القانون المختار لا يطبق عليه إلاّ في المعالم التي يكون فيها ذلك القانون متفقا مع أحكام العقد، حيث تطبق أحكام العقد أولا ثم يليها القانون المختص فالدور الاحتياطي لقانون العقد يعتبر عامل استقرار بالنسبة لعقود الاستثمار.

ففي قضية ARAMCO فيما يتعلق بالعقد المبرم بين شركة والحكومة العربية السعودية سنة 1933، بالرغم من تمسك الشركة باتفاقية الامتياز كونها القانون الأساسي للطرفين، إلاّ أن المحكمة أقرّت بوجود قرينة لتطبيق قانون الدولة المضيفة، كما قررت أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فتمّ استبعاد القانون السعودي نظرا لأنّه لا يتضمن أحكاما خاصة بعقود الامتياز، وعليه اتّجهت المحكمة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي.

كما كرست الممارسات التعاقدية لفكرة احتياطية القانون المختار ومن الأمثلة على ذلك العقد المبرم بين الحكومة اليونانية، وشركة Esso Hellenic، الّذي يتضمّن ما يلي:

1- "تتعهد الحكومة اليونانية للشركة بأنّ الاتفاقية لن تلغى أو تعدل بأيّ قانون عام أو خاص إلاّ إذا وافقت عليه الشركة.

2- يلزم أن تخضع الشركة وجميع عملياتها وممتلكاتها الموجودة في اليونان طالما أنّ هذه القوانين لا تتعارض مع بنود الاتفاقية وإذا ما ظهر تعارض فإنّ بنود الاتفاقية تسود على تلك القوانين التي ستصبح غير سارية في هذه الحالة على الشركة أو عملياتها أو ممتلكاته".[593]

ونلتمس تكريس الأطراف احتياطية القانون المختار في العقد بين الهيئة المصرية العامة للبترول وشركة Texaco exploration Nile Valley INC سنة 1992، بأنه:

---

[592] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 322.

[593] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 242.

" **يطبق القانون المصري على النزاع، غير أنّه في حالة أي خلاف بين القوانين المصرية ونصوص هذه الاتفاقية، فإنّ هذه الأخيرة هي التي تحكم، ويعني هذا بأنّ القانون الوطني المصري له دور احتياطي على اعتبار أنّ يكون للأطراف حق تقديم تطبيق أحكام الاتفاقية عند تعارضها مع أحكام القانون المصري الذي تمّ اختياره لكي يحكم العقد** "[594].

كما جاء في العقد المبرم بين حكومة الإمارات العربية المتحدة وإحدى الشركات الأجنبية، حيث نص على أنّه:

" **تنفذ هذه الاتفاقية ويتم تطبيقها وتفسيرها وفقا لبنودها، ثم وفقا للقانون الفدرالي للإمارات العربية المتحدة، ثم وفقا للمبادئ المعترف بها عموما في قانون التجارة الدولية**"[595].

غير أنّه لم تسلم فكرة احتياطية قانون الإرادة الذي يكون في الغالب القانون الوطني للدولة المتعاقدة من الانتقاد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى عدم إمكانية قبول وإقرار هذا المبدأ ذلك أنّه يتضمن الاعتراف للإرادة بالقدرة على صياغة القانون، في حين أنّ الإرادة لا يمكنها ترتيب آثارها إلاّ إذا كانت منطوية تحت نظام قانوني معين يقرّ أنّ اتّفاق الأطراف قادر على أن يرتب في ظل تحقق شروط معينة آثارا قانونية محددة [596].

ضف إلى ذلك فإنّ مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يستند عليهم أنصار الكفاية الذاتية من غير الممكن أن توجد في فراغ، بل لابد لها من نظام قانوني تستمد منه قوتها الإلزامية، الأمر الّذي جعل البعض يطلق على مبدأ الكفاية الذاتية وصف نظرية الفراغ " Vaccum theory "، حيث ينطوي هذا المبدأ على مغالطة قانونية، إذ جاء في تحكيم Aramco على أنّه: "لا يمكن للعقد أن يوجد في فراغ"[597].

كما أنّ مبدأ الدور الاحتياطي لقانون الإرادة لا يتماشى مع الواقع العملي، لعدم إمكانية توقع الأطراف المسبق لأوجه النزاع التي قد تثور في المستقبل[598]، زيادة على ذلك فإنّه لم يتم من خلال الممارسات الفصل من

---

[594] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 325.

[595] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 198-199.

[596] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص 746.

[597] – بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 244-245

[598] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 341.

خلال الاحتكام استنادا إلى العقد فقط، ومن هنا تبرز استحالة سواء من الناحية القانونية أو العملية لتحقيق الكفاية الذاتية للشروط العقدية. [599]

[599] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 255.

المبحث الثاني

عدم اتّفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق

في حالة اختيار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي للقانون واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، فإنّ هذا الأخير يحكم العقد من جميع الوجوه، فكما رأينا سابقا أنّ هناك اتّفاق بين الفقه والتشريع والقضاء على حق المتعاقدين في اختيار القانون الّذي يحكم العلاقة بينهما.

غير أنّه في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق على العقد وتعذّر على القاضي أو المحكم الكشف على نحو مؤكّد عن إرادتهم الضمنية، وجب على القاضي أو المحكم البحث والاجتهاد قصد الوصول إلى تحديد قانون العقد بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين المعروفة في القانون الدولي الخاص[600].

وباعتبار أنّ عقود الاستثمار أداة هامة في تنمية الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار دفع الأمر بالدول نحو السعي إلى تطبيق قوانينها الوطنية على هذا النوع من العقود تجسيدا لسيادتها ومركزها في المجتمع الدولي باعتبارها شخص عام له شخصية قانونية داخلية ودولية في آن واحد (المطلب الأول)، في مقابل ذلك فما دامت هذه العقود تعبر عن الشركات الأجنبية المستثمرة، يسعى المستثمرين الأجانب إلى تدويل العقد وتحريره من القانون الوطني، بإخضاعه لمجموعة من القواعد المستقلة عن القانون الوطني ذلك أنّ هذا الأخير لا يمنح له الحماية اللازمة (المطلب الثاني).

[600] – مرتضى جمعة عاشور، مرجع سابق، ص 499.

المطلب الأول

توطين عقود الاستثمار الأجنبي

إنّ العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي تخضع للقوانين الوطنية للدولة المضيفة كأصل عام، وهذا راجع لارتباطها الوثيق بالتنمية الاقتصادية للدولة وبمصادرها الحيوية.

فبالنظر إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، كل عقد يبرم بين دولة وشخص أجنبي يحكمه القانون الوطني لتلك الدولة[601]، وهذا ما أكّده معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة سنه 1929 بأثينا الّذي أشار في توصيته إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فعدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد مفاده الاختيار الضمني لقانون الدولة المضيفة. هذا ما تمّ تأكيده أيضا محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية والبرازيلية بقولها:"**كل عقد ليس بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد أساسه في للقانون الداخلي**"

كما أخذت بهذا اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI، ذلك عند انعدام اتفاق الأطراف على القانون القابل للتطبيق وفق المادة 42 من هذه الاتفاقية[602]

وعلى إثر تغير الظروف السياسية لأغلب الدول النامية وتحوّل مركزها القانوني من دول مستعمرة إلى دول متحررة ذات سيادة، فقد اتجهت معظمها إلى إبرام الكثير من عقود الاستثمار، أشارت فيها إلى ضرورة توطينها من خلال تطبيق قانونها الوطني.

على هذا الأساس ظهر اتجاه فقهي ينادي بضرورة توطين هذه العقود وإخضاعها للنظام القانوني للدولة المضيفة عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الواجب التطبيق

---

601 – BEDJAOUI Mohamed, Droit international bilan et perspectives, Tome 2, A.Pedone, Paris, 1991, p 723.

602 – تنص م 1/42 من اتفاقية واشنطن المنشئة ل CIRDI، على أنّه " **تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين**...". أنظر: – المرسوم الرئاسي رقم 95– 46، مؤرّخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

إنّ تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار يكون استنادا على عدة أسس لذلك سنحاول أن نبيّن الأسس المقدمة بشأن تطبيق هذا القانون (الفرع الأول)، ثمّ سنعرج لموقف المشرع الجزائري من توطين عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أسس توطين عقود الاستثمار الأجنبي

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ عقود الاستثمار الأجنبية تستمد قوتها الإلزامية من القانون الوطني للدولة المضيفة الّذي يحكم جوانبه التعاقدية، فإخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية لا يرتب أي التزام دولي، بحيث أنّ كل خلاف بين المتعاقدين يجب أن يخضع للقانون الوطني لتلك الدولة[603].

إن خضوع عقود الاستثمار الأجنبية للقانون الوطني للدولة المضيفة يستند بالإضافة إلى إرادة المتعاقدين في اختياره، إلى عدة أسس كتكييف هذه العقود على أنّها عقود إدارية تخضع لمختلف سلطات الدولة الداخلية أو استنادا لنصوص القوانين الوطنية (أولا) ، كما يكون تطبيق القانون الوطني استنادا لأسس دولية فيؤسس خضوعها استنادا إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة (ثانيا)، أو بناءً على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة (ثالثا)، كما يخضع عقد الاستثمار للقانون الوطني استنادا إلى قرينة مفترضة لصالح هذا القانون.

أولا: تكييف عقود الاستثمار الأجنبية بوصفها عقوداً إدارية

يقصد بتكييف العقد بصفة عامة رد العقد إلى إحدى الطوائف التعاقدية المعروفة حتى تطبق عليه أحكامه، غير أنّه في ذات الوقت فإنّ التكييف السليم للعقد يقتضي عدم الاقتصار على الرد العام إلى إحدى الطوائف التعاقدية الموجودة من قبل، بل يتطلب فضلا عن هذا تحديد الذاتية القانونية الخاصة للعقد محل التكييف[604]

---

[603] – عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سايق، ص 139

[604] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 273.

لقد عرفت مسألة نقل فكرة القانون الإداري إلى مجال عقود الاستثمار اعتراضا فقهيا، إلاّ أنّ هناك من يذهب إلى إضفاء صفة العقد الإداري على عقود الاستثمار استنادا إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية، إذ تتوافر فيها المعايير والشروط المميزة للعقد الإداري.

حيث أنّ اتّصال عقود الاستثمار بمرفق عام، وإن كان في مظهرها الخارجي يوحي إلى تحقيق الربح للمستثمر، إلاّ أنّها تستهدف بالدرجة الأولى إلى تسيير مرفق عام[605]، حيث أنّ ما تقوم به الدولة من انجازات في مجال الأشغال العمومية الكبرى والتي تدخل في إطار المرافق الحيوية إلاّ دليل على ذلك[606].

كذلك فإنّ مظاهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جليا في عقود الاستثمار كالرقابة التي تمارسها الدولة أو إحدى هيئاتها على تنفيذ العقد والحق في مراجعته أيضا، وحتى الحق في التأميم ولاسيما عقود استغلال المصادر الطبيعية، حيث يتميّز استكشاف مثل هذه الموارد بأن تمنح لنفسها عددا من السلطات التنظيمية تتناول تنظيم التنقيب والإنتاج وإصدار اللوائح[607].

ويكون القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي هو القانون الإداري للدولة المضيفة الّذي يتم فيه تنفيذ المشروع الاستثماري[608] لكون أحد أطرافه دولة تتولى القيام بنشاط اقتصادي تحقيق مصلحة عامة حيث يضفي وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الصفة الإدارية عليه والّتي تعد قرينة على تطبيق القانون الوطني أي تطبيق قواعد القانون الإداري التي تحكم الهيئات الإدارية وبالتالي تخضع أحكامها للقانون الإداري.

ومن بين شروط العقد الإداري التي تمّ إسقاطها على عقد الاستثمار، احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، حيث أنّ عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط غير المألوفة التي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحة الأرض اللازمة لإقامة المشروع[609].

---

[605] – صراح ذهبية، مرجع سابق، ص 15.

[606] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 339.

[607] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 277.

[608] – إقلولي محمد، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، مرجع سابق، ص 95.

[609] – صراح ذهبية، مرجع سابق، ص 18.

وعلى هذا الأساس فإنّ عقود الاستثمار الأجنبية تعدّ من قبيل العقود الإدارية، الأمر الّذي يتطلب ويستوجب خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وفي تكييف عقود الاستثمار على أنّها عقودا إدارية استنادا إلى فكرة السيادة، حيث تسعى الدول المستقلة إلى فرضها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها وتجسيدا لمبدأ السيادة الوطنية[610]، التي تقتضي عدم خضوع هذه العقود لغير قانونها الوطني، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية بقولها:

« Un Etat souverain… ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet a une loi autre que sa loi propre »[611].

فإعمال نظرية العقد الإداري على عقود الاستثمار الأجنبية يجعلها تخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، فبإمكان الدولة تعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة[612]، دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام، وفيما تقتضيه المصلحة العامة ووفقا لمتطلباتها الاقتصادية والتنموية، إلى جانب احتياجاتها المتجددة، كما تستطيع الدولة المتعاقدة أن تتنصل من كافة التزاماتها التعاقدية اتّجاه المستثمر الأجنبي المتعاقد معها عن طريق فسخ العلاقة التعاقدية إذا اقتضت المصلحة العامة[613].

لقد تمّ إعمال فكرة تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية لدى الهيئات القضائية الوطنية في قضية العقد المبرم بين الدولة المصرية، وأحد المستثمرين الأجانب بشأن إنتاج الطاقة[614].

---

[610] – كعباش عبد اللّه، مرجع سابق، ص 4

[611] – CPJI, Affaire des Emprunts Serbes.in :http://www.icj-cij.org/cij www/cdecisions/ccpji

[612] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق ص 463.

[613] – صراح ذهبية، مرجع سابق، ص 18.

[614] – لقد تمّ إبرام العقد في شكل Bot، إذ تضمّن شرط تقبل بموجبه الوكالة العامة للكهرباء بدون تحفظ بأنّ الاتفاقية تعتبر اتفاقية خاصة وتجارية، إلاّ أنّ مجلس الدولة المصري لاحظ عدم ملائمة هذا الشرط لطبيعة العقد الإداري الّذي اعتبره عقد امتياز يتعلق بمرفق عام، مما أدى به إلى اقتراح إلغاء هذا الشرط بحجة تغير الطبيعة الإدارية للعقد، إلاّ أنّ الحكومة المصرية رفضت هذا الرأي. راجع في ذلك: إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص ص 340-341.

غير أنّ هذا الرأي الّذي يُخضع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الوطني على أساس أنّها عقود إدارية، تعرّض لانتقادات، ذلك أنّ عقود الاستثمار ليست ذات طبيعة واحدة، فلا تخضع لنظام قانوني واحد، فقد تتوفر عن بعض شروط العقد الإداري، ففي هذه الحالة تعتبر عقود إدارية، أمّا عكس ذلك فهي من عقود القانون الخاص، فالمسألة تتوقف على ضرورة تحليل كل عقد على حدا لبيان أركانه والنظام القانوني الّذي يخضع له[615] .

ضف إلى ذلك فإنّ الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار لا ترجع لكونها من عقود القانون العام وإنّما تستمد من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة للاستثمار، ومن ثمة فإنّه لا جدوى من تكييف كعقود إدارية قصد إخضاعها للقانون الوطني للدولة المضيفة، حيث أنّ ذلك يحول دونه عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية فهناك عدد كبير من النظم القانونية لا تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني كدول الشريعة الأنجلو- ساكسونية، كما أنّ الربط بين الطبيعة العامة لعقود الاستثمار وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها سيجعل تحديد هذا القانون مرتبط بالسياسة الإدارية للشخص العام الطرف في العقد وهو عنصر غير موضوعي في العقد، فعلى الرغم من وجود عقود إدارية بطبيعتها مثل عقود الأشغال العامة، إلاّ أنّ هناك عقود تدور بين الطبيعة الإدارية والخاصة. لذلك ليس بالضرورة تكييفها على أنّها عقود إدارية لإخضاعها للقانون الوطني للدولة المضيفة، ذلك أنّ مثل هذا التكييف يعتبر من أهم العقبات التي تواجه المستثمر الأجنبي الّذي عادة ما يأخذ موقف العداء والريبة تجاه السلطة العامة في البلدان النامية[616]، ومن ثمّ عزوفه على الاستثمار في مثل هذه الدول. لذلك تسعى معظم الدول النامية لإخراج عقود الاستثمار عن نظرية العقد الإداري بمنح ضمانات وامتيازات إضافية للمستثمرين الأجانب[617].

وعلى هذا الأساس لا يمكن الاستناد إلى تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية فقط من أجل تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلاّ أنّه يمكن اعتبارها عقود إدارية متى توافرت فيه الشروط والمعايير المميّزة للعقد الإداري، ضف إلى أنّ مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار تثور دون شك بعد الانتهاء من

---

[615] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص ص 341- 342.

[616] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 212- 213.

[617] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار ، مرجع سابق ص 341.

تحدد القانون واجب التطبيق وفقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص، وذلك متى كان هذا القانون من الأنظمة القانونية التي تأخذ بالتفرقة بين العقد الإداري والعقد المدني[618].

وفي هذا الإطار نذكر قضية Aramco، أين رفضت هيئة التحكيم اعتبار العقد بين حكومة المملكة السعودية وشركة Aramco، عقدا إداريا استنادا إلى أنّ الشريعة الاسلامية لا تفرق بين المعاهدات الدولية وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها سلطة عامة، والعقود المدنية التجارية، حيث تخضع جميعها لعقد شريعة المتعاقدين[619].

ثانيا: تطبيق القانون الوطني إعمالا بالمعاهدات الدولية

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبي من منظور القانون الدولي الاتفاقي بأنّها تصرفات قانونية خاضعة للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار ولقد أشارت معظم الاتفاقيات الثنائية إلى خضوع عقود الاستثمار الأجنبية للقانون الداخلي بصفة صريحة.

من بين أهم الاتفاقيات التي تعرضتا لمسألة القانون الواجب، اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، والمنشئة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، بالإضافة إلى اتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

1- في ظل اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965

لقد أبرمت اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 وهي اتفاقية دولية خاصة أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالاستثمار، في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير.

أشارت الاتفاقية إلى مسألة القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار، وذلك باعتبار أنّ تحديد هذا القانون من المواضيع التي يجب أن تعطى لها الاهتمام الضروري[620]، ولقد منحت اتفاقية واشنطن حرية واسعة للأطراف لتحديد الّذي يخضع له عقد الاستثمار، ، وهذا ما تمّ التأكيد عليه في نص المادة 42 من هذه الاتفاقية التي تنص على ما يلي:

---

[618] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 218-219.

[619] – محمد الروبي، مرجع سابق، ص 83.

[620] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 335.

" **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**"

وعليه يتبين لنا من خلال ما سبق أنّ هذه الاتفاقية تقوم على أساس إرادة الأطراف ، بمعنى أنّ تحديد القانون واجب التطبيق خاضع لموافقة أطراف العقد، أماّ في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق ، فيطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، شاملا للقواعد الخاصة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق، كما تمنح اتفاقية واشنطن ضمانات لعقود القانون الداخلي إلاّ أنّه لا تنشئ تصرفات قانونية دولية، كما تشير أيضا إلى إمكانية إعمال مبادئ العدالة والإنصاف في حالة اتفاق الطرفان على ذلك[621].

بالتالي يتضح لنا أنّ هناك فرضين يتمّ خلالهما تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، حيث يتمثل الأول في حالة اختيار طرفي العقد للقانون واجب التطبيق، حيث جعلت المادة 42 من اتفاقية واشنطن من إرادة الأطراف القاعدة الأساسية التي تحكم تعيين القانون الّذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وعموما ففي أغلب الأحيان فإنّ هذه الإرادة تتجه إلى اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة في عقد الاستثمار نفسه، أو اختيار القانون الواجب التطبيق بصفة لاحقة عن العقد، وقبل شروع المحكمة في الفصل في المنازعة[622].

بالإضافة إلى ذلك فإنّ هذا لا يمنع الأطراف المتعاقدة من اختيار نظام قانوني متكامل حتى يتم تطبيقه على النزاع، كما أنه بإمكانهم تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية التي تراها ملائمة لتطبيقها على النزاع والفصل فيه، ويمكن للأطراف اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي

---

[621] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 228.

[622] – مرجع نفسه ص 228.

أو قانون دولة ثالثة أخرى، كما يجوز للأطراف الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا لقواعد القانون الدولي، أو القواعد العامة للقانون[623] .

أمّا الفرض الثاني في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، تلتزم المحكمة بموجب الجملة الثانية من المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية الطرف في المنازعة بما في ذلك قواعد تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المرتبطة بالمنازعة.

فيما يتعلق بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، فوفقا لهذا لا يستمد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة المضيفة من الإرادة المشتركة للأطراف وإنّما جاء نتيجة غياب هذه الإرادة المشتركة في تحديده[624].

في هذا الصدد يرى الفقه أنّه إذا كانت الأطراف تشير بصفة صريحة إلى قانون الدولة المضيفة، فهذا لا يمنعها من تحديد قانون الدولة بما يتضمنه هذا القانون من قواعد القانون الدولي الخاص، إلاّ أنّه لا يجوز لهيئة التحكيم إعمال قواعد التنازع لقانون الدولة في حالة الاختيار الصريح عليه من طرف الأطراف[625].

وإذا كان إعمال قانون الدولة المتعاقدة في حالة عدم اختيار القانون الذي يحكم العقد من قبل الطرفين، مبدأ أقرّته اتفاقية واشنطن باعتباره القانون الأكثر ارتباطا بعملية الاستثمار، فإنّ الإشارة إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها هذا القانون يتم إدراجه ضمن الاتّجاه السائد وقت إعداد الاتفاقية بشأن تحديد القانون الّذي يحكم العقد[626].

علاوة عن ذلك فإنّ الإشارة إلى إعمال هذه القواعد لطمأنة المستثمرين الأجانب الخواص بمنحهم الأمل في استبعاد القواعد المادية لقانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع في حالات معينة[627].

---

[623]– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 59.

[624] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 361.

[625] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 233.

[626] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص ص 361–362.

[627] – حيث يرى الأستاذ MANCIAUX Sébastien في هذا الصدد:

من بين أحكام التحكيم التي لجأت إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع في حالة ما لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق، نجد قضية klockner ضدّ الكامرون، حيث أنّه في الحكم الصادر بتاريخ 1983/10/21، قرّرت المحكمة تطبيق القانون المدني والتجاري لدولة الكامرون، إلاّ أنّه تبيّن لها أنّ هذا القانون يحيل إلى تطبيق القانون الفرنسي والإنجليزي معا من أجل تسوية تنازع القوانين بين المقاطعات باعتبار أنّ المقاطعة الشرقية خاضعة للقانون الفرنسي أمّا الغربية للقانون الإنجليزي. قررت المحكمة تطبيق القانون الفرنسي، حيث أسست قرارها على أنّ العقد قد تمّ تنفيذه في المقاطعة الشرقية، فضلا عن وجود المقر الرّئيسي للشركة فيها[628].

وإذا كان تطبيق قانون الدولة المضيفة بما يتضمنه هذا القانون من قواعد تنازع القوانين في حالة غياب الاتفاق الصريح من جانب الأطراف حول القانون الواجب التطبيق مبدأ أقرته اتفاقية واشنطن، فإنّ هذه الأخيرة أقرّت أيضا في جملتها الثانية على تطبيق مبادئ القانون الدولي مع القانون الوطني

بالإضافة إلى ذلك لا تشكل هذه المبادئ وحدها في هذا الإطار القانون واجب التطبيق على العقد بل يتم إضافتها إلى قانون الدولة المتعاقدة قصد تكملة ما يعتري هذا القانون من نقص أو من أجل تفسيره أو تتدخل من استبعاده بسبب تعارضه مع مبادئ القانون الدولي العام والتي يستوجب حمايتها[629].

ففي قضية AMCO ضدّ حكومة أندونيسيا، والتي تتعلق وقائعها بإبرام عقد استثمار بين شركة AMCO وحكومة أندونيسيا، إلاّ أنه خلال تنفيذ العقد ثار نزاع بينهما، مما جعل الشركة تقدم طلب التحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

« La référence à une règle de renvoi était destinée à rassurer les investisseurs, leur faisant espérer la mise à l'écart des règles juridiques matérielles –pourtant désignées- leur cocontractant étatique notamment si le différend porte sur une licence de brevet ou un emprunt ».

-MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangers et arbitrage entres Etat et ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris, 2004, p 294.

[628] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 362.

[629] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 233

وعليه حكمت محكمة التحكيم بغياب اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، أو ما يفيد موافقتهم على الفصل في النزاع استنادا إلى قواعد العدل و الإنصاف، وبالتالي لجأت محكمة التحكيم إلى تطبيق نص العبارة الثانية من المادة 1/42 دون أن تستخلص القانون واجب التطبيق من الإرادة الضمنية، وقررت تطبيق القانون الأندونيسي بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق.[630]

2- في ظل اتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية

بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية النزاعات الناجمة عن الاستثمار[631] الّتي تقرّ بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار سواءً اتفق الأطراف على تطبيق هذا القانون على العقد أو لم يتفقوا على ذلك، فهناك معاهدات أخرى تقرّ بإعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة كاتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

دخلت معاهدة روما حيّز النفاذ في أفريل 1991، وقد قامت هذه الأخيرة بتحديد العقود التي لا تسري عليها أحكامها على سبيل الحصر، وبما أنّ عقود الاستثمار الأجنبية لم تكن من بين العقود التي استبعدتها

---

[630] – ولقد فسّرت محكمة التحكيم هذا الاختيار كما يلي:

« (…) il n'est nul besoin d'entamer une discussion à propos de ses règles de conflit de lois. En effet les (parties) se sont constamment référées dans leurs débats sur le fond aux règles matérielles du droit indonésien. De plus, le différend devant ce tribunal concernant un investissement en Indonésie, il n'y a pas le moindre doute que les règles matérielles internes à appliquer par le tribunal sont à tirer du droit indonésien ». voir :

- MANCIAUX Sébastien, Op. Cit, p, 295.

[631] – تجدر الإشارة إلى أنّ اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 منحت الأطراف المتعاقدة الحرّية في اختيار القانون لواجب التطبيق على النزاع وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك بموجب المادة السابعة منها والتي تنص على أنّه:

« A Défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée ». Cité par :

- ARFAOUI Basma, L'interprétion arbitrale du contrat de commerce international, Thèse de Doctorat, Université de Limoge, faculté de droit, 2008, p 54.

– غير أنّه تختلف اتفاقية واشنطن عن اتفاقية جنيف فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، حيث أنّ اتفاقية واشنطن تقرّ في حالة غياب قانون الإرادة بتطبيق قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع شاملا للقواعد الخاصة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي العام، في حين أنّ اتفاقية جنيف تقرّ في حالة تخلف اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق، يلجأ المحكمون إلى إعمال قواعد التنازع الّتي يرونها مناسبة في هذا الصدد، ويأخذ المحكمون أحكام العقد والأعراف التجارية، دون تطبيق لأي قوانين التي يتبعها أطراف الاتفاقية أو العودة إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي. أنظر:

– سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 237.

الاتفاقية في مجال تطبيقها، فيمكن القول بمفهوم المخالفة أنّ القواعد التي أتت بها هذه المعاهدة تسري على هذه العقود. كما كرّست هذه المعاهدة حق الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على هذه العقود[632].

أقرّت اتفاقية روما أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق يتّم وفقا للإرادة المطلقة للأطراف المتعاقدة حيث نصت المادة الثالثة في فقرتها الأولى على أنّه:

"**يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف**"

انطلاقا من نص المادة أعلاه يتضح لنا أنّ الاتفاقية أكّدت على أنّ القانون المختار من قبل الأطراف هو القانون الواجب التطبيق، غير أنّه لم يتم الإشارة إلى هذا القانون وتحديده، فيمكن أن يكون قانون الدولة المتعاقدة، أو قانون دولة المستثمر الأجنبي، كما يمكن أن يكون قانون دولة محايدة، حيث أنّ المجال مفتوح لتحديد القانون الواجب التطبيق، الذي يستوجب أنّ يكون قانونا منتميا إلى دولة ما، ونقصد بذلك الانتماء إلى طائفة القوانين الوطنية[633].

تطرقت اتفاقية روما إلى مسألة تحديد القانون واجب التطبيق في حالة غياب إرادة الأطراف في المادة الرابعة منها حيث يتعيّن إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، أي ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد والنظام القانوني الذي يحكمه[634].

وبالعودة إلى الفقرة الثانية من المادة الرابعة، فإنّ العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدّولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا. وعليه فإنّ القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار هو القانون الوطني للدّولة المضيفة للاستثمار، لأنّه في أغلب الأحيان يتم إبرامه على إقليمها، كما يتم تنفيذه على هذا الأخير[635].

انطلاقا مما سبق ما يمكن استخلاصه هو أنّ اتفاق الأطراف المتعاقدة بصفة صريحة على القانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي من شأنه أن يساهم في مساعدة هيئة التحكيم على

---

[632] – Voir : MAYER Pierre," L'application par l'arbitre de conventions internationales de droit privé in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn", DALLOZ, 1994, pp 275-276.

[633] – صرّاح ذهبية، مرجع سابق، ص 26.

[634] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص 348.

[635]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 388.

الوصول إلى حكم نابع من التقاء إرادة الأطراف، وذلك بناءً عن آلية محددة ومنظومة إجرائية معلومة لطرفي النزاع التي تكون قد قامت على أساس إرادتهم الحرّة واختيارهم الصريح، بالإضافة إلى تفادي الحلول التي يمكن أن يلجأ إليها القضاء أو التحكيم بهدف الوصول إلى القانون واجب التطبيق، في حالة غياب قانون الإرادة بصفة صريحة أو ضمنية، لاسيما في حالة عدم وجود اتفاقية دولية يتمّ على أساسها إعمال تطبيق القانون على موضوع النزاع[636].

ثالثا: إخضاع عقد الاستثمار الأجنبي لقانون الدولة المضيفة بناءً على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة

يؤسس جانب من الفقه تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية على العقود التي تبرمها مع الرعايا الأجانب الخواص، على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، حيث أكدت مبادئ القانون الدولي سيادة الدول النامية على إقليمها وثرواتها، مما يكرّس رقابة الدولة على الاستثمارات الأجنبية والعمل على إخضاع العقود التي تبرمها لقانونها الداخلي.

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من القرارات الدولية التي تشكل أساساً قانونياً دولياً لتطبيق قانون الدولة النفطية على عقود الاستثمار.

ومن بين أهم هذه القرارات الصادرة عن الجمعية العامة القرار 1803 الصادر في 1962/12/13، والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية حيث نصت المادة الرابعة منه على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصلحة الفردية على أن يدفع للمالك التعويض الملائم وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ الإجراءات عند ممارستها لسيادتها ووفقا لقواعد القانون الدولي.[637]

لقد فتح هذا القرار المجال لصدور قرارات أخرى تؤكد خضوع عقود الاستثمار لقانون الدولة المضيفة للاستثمار، مع قطع أي روابط بين هذه العقود والقانون الدولي.

---

[636] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 238.

[637] – مرجع نفسه، ص 224

كما أكّد القرار 3171 الصادر في 1973/12/17، على حق الدولة في التأميم على اعتبار أنّه تعبير عن ممارسة سيادتها الدائمة على ثرواتها الطبيعية، وكذلك حقها في أن تحدد وسائل الوفاء بالتعويض وقيمته، على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة في هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني.

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم 3201 بتاريخ 11 ماي 1970 بعنوان بيان بشأن نظام اقتصادي دولي جديد، حيث نصت المادة الرابعة في فقرتها الخامسة على سيادتها الدائمة لكل الدول على مصادرها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية كافة، ثمّ صدر القرار 3281 بتاريخ 1974/12/12 المتعلق بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، حيث نص في المادة 2 منه على:

" **لكل دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطنية، ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي**"[638].

بالرغم من أهمية القواعد التي كرسها ميثاق الأمم المتحدة والتي من شأنها السعي وراء إقامة نظام اقتصادي دولي جديد يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للبلدان النامية[639]، إلاّ أنّه قد اختلف أراء الفقهاء ومواقفهم بشأن تقدير القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة فوفقا لقلواعد التقليدية للقانون الدولي العام فإنّ هذه القرارات مجرد اجتهادات فقهية، كما أنّها لا تتمتع بأي قوة ملزمة فهي مجرد توصيات لا يترتب عنها أي التزام قانوني ذلك أنّه لا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد صراحة بإلزامية التوصيات التي تصدرها الجمعية العامة، كما أنّ هذه القرارات ليست ضمن مصادر القانون الدولي التي حددتها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، بالإضافة إلى ذلك فإنّ التصويت على هذه القرارات داخل الجمعية تحكمه اعتبارات سياسية وليست قانونية[640].

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تتضمن التزامات ذات طابع قانوني، إلاّ أنّ جوهر المشكلة لا يكمن في الطابع الإلزامي أو الإجباري لهذه القرارات، بل يكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا يتم تنفيذها لا تعتبر قاعدة

---

[638] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 221

[639] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 65.

[640] – سيراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، 613.

قانونية، ومن المقرر أن القانون الدولي المعاصر لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، بل يلزمه فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن[641].

كما أثيرت مسألة القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة أمام محاكم التحكيم، ففي قضية Liamco، أبرز المحكم أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنّها تعتبر الدليل على اتّجاه جديد يحظ بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلاّ أنّ هذا الحق يمارس في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض[642].

وفي السياق ذاته هناك من اعتبر أنّ إجراءات التأميم التي تتخذها الدول، تشكل إساءة في استعمال سلطة السيادة التي تتمتع بها الدولة وهذا في المنازعة القائمة بين الحكومة الليبية و إحدى الشركات الأجنبية تحت تسمية B.P[643].

نجد كذلك قضية أخرى بين الحكومة الليبية وشركتي Topco وCalasiaticK والتي تعتبر من أهم التحكيمات التي أثيرت فيها مشكلة القيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة. ففي هذه المنازعة تمسكت الحكومة الليبية في المذكرة التي وجهتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية بالقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة لاسيما القرارات رقم: 1803، 3271، 3201، و3281 بشأن سيادتها على الموارد الطبيعية، وقد توصل المحكم دوبي من خلال بحث شروط التصويت عليها والظروف المحيطة بها[644]، وقام بتصنيف القرارات المعنية على نحو يجعلها تقع في منطقة وسطى، فهي ليست مجرد توصيات لا تتمتع بأيّة قيمة قانونية على الإطلاق، ولكنها أيضا لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنّها قاعدة عرفية جديدة، حلت محل قاعدة عرفية سابقة[645].

---

641 – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 298.

642 – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 449.

643 – مرجع نفسه، ص 449.

644 – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 227.

645 – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 452-453

رابعا: الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى قرينة مفترضة لصالح هذا القانون

لقد أشارت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية والبرازيلية إلى: " **كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون**" وأضافت مؤكدة فرضية تطبيق قانون الدولة المضيفة بالقول " **ولما كان الطرف المقترض في عقود القرض دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أنّ الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها**"

بهذا أكدت المحكمة على قرينة لصالح تطبيق القانون الداخلي للدولة المضيفة في حالة غياب الاختيار الصريح من جهة الأطراف لأي نظام قانوني آخر[646].

يتضح من هذا الحكم أنّ المحكمة قد فصلت على نحو قاطع باستبعاد العقود المبرمة من طرف الدولة من الخضوع للقانون الدولي هذا من جانب، ومن جانب آخر فعلى الرغم من أنّ محكمة العدل الدولية الدائمة قد أقرت صراحة بأنّ هذه العقود تجد أساسها في القانون الوطني، إلاّ أنّها لم تصل إلى حد إخضاع هذه العقود إلى النظام القانوني الّذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين، بل أنّها نظرا لذاتية هذه العقود، أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة[647].

ولقد تأثّر حكم التحكيم Aramco، بالحل الّذي كرسته محكمة العدل الدولية الدائمة ، حيث قرر أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، إذ أنّه من المتفق عليه أنّ الدولة ذات السيادة يفترض افتراضا بسيطا خضوعها للقانون الوطني ليحكم النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية، لأنّها قد قبلت خضوع الالتزامات التي أبرمتها لقانونها الوطني [648].

---

[646] – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 358.

[647] – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 417– 418.

[648] – BOUHACENE Mahfoud, Droit international de la coopération industriel, O.P.U, Alger, Algérie, 1982,p 393.

إنّ الحكم الّذي صدر عن محكمة العدل الدولية أقام تفرقة بين تصرف الدولة بالنظر إلى صفة الطرف في العقد فإذا أبرمت العقد على أساس أنها شخص من أشخاص القانون الدولي في هذه الحالة يخضع للقانون الدولي، أمّا إذا تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الداخلي ففي هذه الحالة يخضع لهذا الأخير[649].

انطلاقا مما سبق ما يمكن استخلاصه أنّ خضوع العقود التي تبرمها الدولة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة على أساس وجود قرينة مستفادة من مجرد وجود الدولة طرفا في العقد، مبني على شرط وهو ألاّ تكون الدولة قد أبرمت العقد على اعتبار أنها شخص من أشخاص القانون العام، ذلك أنّه في هذه الحالة يبقى العقد خاضعا لأحكام القانون الدولي[650] .

غير أنّ الفقه انتقد المعيار الّذي وضعته محكمة العدل الدولية الدائمة: كأساس لإخضاع العقود التي تبرمه الدولة لقانونها الداخلي، حيث يرى الأستاذ D.BERLIN، أنّ هناك من العقود التي تبرمها أشخاص القانون العام، إلاّ أنّها تخضع لقانون وطني معين، إذ يمكن للدولة التنازل عن التعامل بصفتها شخصا من أشخاص القانون العام، وبالتالي فإنّ العقود التي تقبل فيها الدول أن تخضع الالتزامات الناشئة عنها لقانون وطني آخر غير قانونها الداخلي تبقى من الفروض المحتملة.[651]

ضف إلى ذلك فإنّه يلاحظ أنّ هذا الحكم أقام قرينة مفادها خضوع العقد المبرم بين الدولة وشخص خاص لقانون دولة، غير أنّه وحسب ما جاء في حكم Aramco، أنّ هذه القرينة قابلة لإثبات العكس إذا وجدت ظروف وقرائن خارجية تقطع بخضوع هذا العقد لقانون آخر، كأن تتركز جميع عناصر العلاقة بين الدولة والطرف الأجنبي خارج إقليمها، ويتم إبرام العقد على إقليم أجنبي[652].

---

649 – شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 22.

650 – سيراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 617.

651 – قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 359.

652 – حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 321– 322.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الاستثمار الأجنبي

تعتبر معظم العقود التي تبرمها الدولة الجزائرية مع الشركات الأجنبية إحدى الآليات التي تساهم في تنفيذ الخطة الاقتصادية، وتندرج علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية في إطار مبدأ سيادة الدولة على الثروات الطبيعية، فعلى إثر تأميم المحروقات سنة 1971 وما تلاها من إصلاحات اقتصادية تماشيا مع اقتصاد السوق، أصبحت كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية والنشاطات المنجمية تؤكد على تطبيق القانون الجزائري[653].

ولقد تضمنت القواعد التجارية العامة المنظمة للشركة الوطنية SONATRACH النصوص التالية:

« يطبق قانون الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحده على كل أمر لم يتضمن العقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق » [654]

وفي السياق نفسه بالعودة إلى عقود التنمية المبرمة من طرف الدولة الجزائرية فنجد أنّ معظمها تحدد بصفة صريحة القانون الواجب التطبيق أي تحدد الاختصاص التشريعي وذلك بنص القواعد القانونية الّتي يتمّ اللجوء إليها للفصل في النزاعات التي يمكن أن تنشأ حول العقد، ونذكر على سبيل المثال العقد المبرم بين الشركة الوطنية للآلات الميكانيكية Société Nationale de Construction Mécaniques، والشركة الألمانية Société Deutshe industrie argen M.B.H، الّذي حدد صراحة القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا ثار نزاع بين طرفي العقد الوارد على المركب الصناعي للجرارات، واد حسين، قسنطينة، وذلك بموجب المادة 25 في فقرتها الخامسة والتاسعة منه.

---

[653] – عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 149

[654] – بوجمعة نصيرة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 402.

أيضا ما يؤكّد أنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري هو تضمين مختلف العقود البترولية عبارات صريحة تدل على تأكيد الأولوية تطبيق القانون الجزائري مثل: "**أنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري**"، **أو أنّ القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد هو القانون الساري المفعول في الجزائر**"

ونستخلص أيضا ذلك من خلال الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها (APSI) وشركة أوراسكوم تيليكوم (OTA) حيث نصت المادة الثامنة منها على أنّه:

"**يعترف الطرفان على أنّ هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها**"[655].

كما جاء في نص المادة 16 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار (ANDI) والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، على ما يلي:

"**يقرّ الطرفان بأنّ الاتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**"[656].

نفس الأحكام الواردة في الأمر 06-10، الّذي يعدّل و يتمم القانون رقم 05-07 المؤرّخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، حيث جاء في المادة 58 منه على ما يلي:

"... **يطبق القانون الجزائري ولاسيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات**"[657]

---

[655] – المادة 08 من من اتفاقية الاستثمار بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتباعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، شركة ذات مسؤولية محدودة، مرجع سابق.

[656] – المادة 16 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار (ANDI) والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC)، مرجع سابق.

[657] – المادة 58 من القانون رقم 05-07 مؤرّخ في 28 أفريل سنة 2005، المتعلق بالمحروقات، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

انطلاقا مما سبق نلاحظ أنّ مختلف النصوص القانونية السابقة قد أكّدت على أولوية تطبيق القانون الجزائري، غير أنّ تطبيق هذا الأخير على عقود الاستثمار، ليست قاعدة عامة، بل ترد عليه بعض الاستثناءات مما يؤدي بالضرورة إلى تدويل هذه العقود، وهذا ما سنحاول توضيحه لاحقا.

المطلب الثاني

تدويل عقود الاستثمار الأجنبي

تسعى الدول النامية لإخضاع عقود الاستثمار إلى قانونها الوطني تجسيدا لسيادتها وضمانا لامتيازاتها العامة، إلاّ أنّ عدم ثقة المستثمر الأجنبي في قوانينها، جعله يفكر في وضع حد لهذه السيادة من خلال تمسكه بضرورة خضوع عقد الاستثمار لقانون غير القانون الوطني للدولة المضيفة، الأمر الّذي دفعه بالمطالبة بتدويل هذه العلاقة التعاقدية محاولا بذلك من اقتلاع عقد الاستثمار من سيطرة القانون الوطني نظرا لما يمثله هذا الخضوع من مخاطر جسيمة للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

لذلك وفي ظل تباين المصالح بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي فإنّ هذا الأخير يسعى إلى إيجاد نظم قانونية تؤدي إلى فصل هذه العلاقة من خضوعها لقانون الدولة المضيفة، لأنّ قوانين الدولة المضيفة وضعت لتحكم العلاقات الداخلية، ولم توضع لتحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي حتى تضمن استقرارها، وعدم لجوء الدولة بالقيام بتصرفات انفرادية بتعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة[658] وذلك بتدويل العقد، أي بضرورة خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي(الفرع الأول) أو إخضاعها للقانون عبر الدولي (الفرع الثاني)، وهو ما تبناه للمشرّع الجزائري (الفرع الثالث) .

[658] – صراح ذهبية، مرجع سابق، ص 71.

الفرع الأول

خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام

نظرا لمحدودية النظم القانونية الوطنية وما يشوبها من ثغرات وقصور في تنظيم عقود الاستثمار، أدى ذلك إلى ظهور ممارسات ومحاولات تسعى إلى تدويل عقود الاستثمار وتحريرها من القوانين الوطنية، وذلك من خلال تطبيق قواعد القانون الدولي العام .

وحسب الاتّجاه المؤيّد للتدويل فإنّ القانون العام الدولي غني بالقواعد الكفيلة لتنظيم عقود الاستثمار، حيث أنّه على الرغم من اختلاف طرق وآليات تدويلها، إلاّ أنّها تؤدي إلى نتيجة واحدة والتي تتمثل في تخليص وتجريد هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية اللصيقة بها إلى حظيرة القانون الدولي العام.

ويؤسس أنصار التدويل رأيهم على أساس أن الدولة تتمتع بالحرية في تصرفاتها، ولا يتنافى مع السيادة إخضاع علاقاتها التعاقدية لقانون آخر غير قانونها الوطني، فلا وجود لقاعدة قانونية تحضر على الدولة من تدويل عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب.

إنّ تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار من شأنه أن تمنح الدولة المتعاقدة سلطات وامتيازات في مواجهة الطرف الأجنبي، وعليه وقصد تقييد سلطات الدولة لابد من الاعتراف للقانون الدولي لحكم هذه العقود، ذلك أنّ أحكامه تحقق حماية فعّالة للمتعاقد مع الدولة مما يمنح له حق مساءلتها دوليا.

ولقد شهد القانون الدولي تطورا جعله يشمل قواعد قانونية كفيلة لفض أي نزاع ناتج عن عقود الاستثمار، زيادة على ذلك فإنّ أغلبية النزاعات الناجمة عنها لا تجد حلاّ إلاّ في القانون الدولي[659] .

---

[659] – لقد تمّ التأكيد على التطور الرامي إلى تدويل عقود الاستثمار العديد من الممارسات الدولية من بينها القرار الصادر عن الجمعية العامة فيما يتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية إذ جاء فيه ما يلي:" **الاتفاقات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من طرف الدول السيادية أو بين هذه الدول تنفذ بحسن نية**" .أنظر:
– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 353.

ويستند أنصار التدويل تطبيق القانون الدولي العام على عقود الاستثمار وفق أسس وأساليب مختلفة، وسنحاول في هذا الصدد التطرق إلى هذه الأسس، حيث أنّ إخضاع العقد للقانون الدولي يكون إمّا على أساس الممارسة العملية(أولا)، أو بناءً على قضاء التحكيم (ثانيا)، كما يمكن أن يكون ذلك على أساس الاتفاقيات الدولية إمّا الثائية أو المتعددة الأطراف (ثالثا) .

أولا: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي بناءً على الممارسة العملية

لقد أكّدت الدراسات على وجود عدد قليل من العقود التي تبرمها الدولة والأشخاص الأجنبية والتي تشير إلى إعمال القانون الدولي، حيث بينت الممارسة العملية أنّ هناك عقد وحيد يحيل إلى تطبيق القانون الدولي لوحده[660]. يتمثل هذا الأخير في العقد المبرم بين الدول الثلاث، عمان، روسيا، وكازاخستان من جهة، وكونسورتيوم شركات من جهة أخرى، حول خط أنابيب (Pipeline)[661].

في حين تشير معظم العقود على إعمال القانون الدولي بصفة احتياطية، لغرض تكملة النقص أو تفسير قانون الدولة، بمعنى أنّ هذه العقود تشير إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، كما تتضمن الإشارة أيضا إلى القانون الدولي[662].

ومن بين هذه العقود، العقد البترولي المبرم بين دولة النيبال وشركة(SHELL) والّذي نص في المادة 96 منه على ما يلي:

«**This agreement shall be interpreted according the law of Nepal and such principles of international law as may be applicable**»[663]

---

[660] – LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit international des investissements », RCADI, Tome 302, 2003, p 270.

[661] – لقد تضمن هذا العقد الشرط التالي:

« **The contract shall be governed by general international legal principles including the principle that agreements of the parties shall be observed (pacta sunt servanda**»

– نقلا عن : إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 364.

[662] – مرجع نفسه، ص 365

[663] – LEBEN Charles, Op Cit, p 270.

وهو ما أشار إليه عقد الامتياز المبرم بين Texaco والباكستان، المبرم في 6 نوفمبر 1990 في المادة 05/29 منه [664].

كما قد تشترك مبادئ القانون الدولي وأحكام المحاكم الدولية في مجال تطبيق القانون الدولي على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ومثال ذلك:

« **This agreement shall be governed by the law of Turkmenistan and as applicable, the principles of international law and the decisions of international Tribunals**».

من خلال ما سبق ما يمكن أن نستشفه هو أنّ شرط القانون واجب التطبيق الّذي يحيل إلى قانون الدولة المتعاقدة مقترن بشرط ألا وهو عدم تعارضه مع القانون الدولي أو مبادئه، حيث أنّه في حالة التعارض، فالقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار هو القانون الدولي، كما يطبق هذا الأخير في حالة ما لم يتضمن القانون الوطني للدولة المتعاقدة نصا تطبقه هيئات التحكيم[665]. ولقد تمّ تطبيق هذا في قضية Southern Pacific Properties (SPP)، والمعروفة بقضية هضبة الأهرام ضد جمهورية مصر العربية.[666]

---

[664]– تنص المادة 5/29 منه على أنّه:

« **This agreement shall be governed by and interpreted in accordance with and shall be given effect under the laws of Pakistan to the extent of such Laws and interpretations are consistent with generally accepted standards of international law including principles as may have been applied by internationals tribunals ».**

- LEBEN Charles, L'évolution de la notion du contrat d'Etat, Revue de l'arbitrage, N° 3, 2003, p 640.

[665]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 366.

[666] – لمزيد من التفصيل حول وقائع القضية أنظر:

– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، مرجع سابق، ص ص 76 – 88

ثانيا: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على قضاء هيئات التحكيم

بالعودة إلى نص المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن فإنّها تنص على ما يلي:

" **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**"

انطلاقا من نص المادة أعلاه يتضح لنا أنّ قانون الدولة المتعاقدة يعتبر أوّل قانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية، كما يتم تطبيق هذا الأخير مع مبادئ القانون الدولي المرتبطة بالمنازعة[667].

ولقد تمّ التأكيد على تطبيق القانون الدولي على العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب بصورة واسعة من خلال قضاء التحكيم[668]، وهذا راجع إلى التطور الملحوظ الّذي عرفه والمكانة التي أصبح يتمتع بها في مجال عقود الاستثمار، ذلك من خلال الحلول التي يقدمها قضاء المركز.

الجدير بالذكر أنّه بالرغم من عدم إشارة العقود صراحة إلى تطبيق القانون الدولي لوحده، إلاّ أنّ هيئة التحكيم (CIRDI) قد أشارت إلى تطبيق هذا القانون، من خلال الأحكام التي تتضمنها الاتفاقيات الثائية أو المتعددة الأطراف لتشجيع وحماية الاستثمارات، حيث أقرت أنّ للمستثمر الأجنبي حق إخطار هيئة التحكيم (CIRDI) على أساس شرط حل النزاعات الذي تتضمنه الاتفاقية الثنائية بين الدول المتعاقدة ودولة المستثمر الأجنبي.

ثالثا: خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على الاتفاقيات الدولية

سعت الدول المصدرة لرؤوس الأموال لحماية رعاياها المستثمرين بالدول المضيفة لاستثماراتهم، حيث عمدت على وضع العلاقة التي تربطهم في إطار اتفاقي يشمل قواعد وضعت لتحكم هذه الرابطة

---

[667] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 368.

[668] –– LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des investissements », Op. Cit, p 277.

العقدية ذات العنصر الأجنبي بهدف تنظيم عملية الاستثمار، والتصدي إلى مختلف المخاطر التي يمكن أن تعيقهم خلال مرحلة الاستثمار بالإضافة إلى تجنب خضوعهم للقانون الوطني للدولة المضيفة، وذلك إمّا في إطار ثنائي أو في إطار اتفاق متعدد الأطراف.

1- خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

يستند الفقه الّذي يدعو إلى تدويل عقود الاستثمار على أساس العديد من الاتفاقيات الثنائية والتي تهدف إلى حماية وتطوير الاستثمارات بين دولتين، ويكون هذا بالاتفاق على عرض أي نزاع ينشأ بينهم على المركز الدولي لتسوية النزاعات.

ولقد ازدادت في الوقت الحالي عدد الاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، وهذا راجع إلى الأهمية البالغة الّذي تلعبه، حيث تعتبر من الضمانات التي يمكن من خلالها جذب الاستثمارات الأجنبية من جهة، كما تعدّ كإطار تنظيمي لها من جانب آخر.

تعتبر المعاهدات الثنائية بين الدول الشكل الأكثر تقدما لتدويل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى، حيث أنّه في الاتفاقيات الثنائية تعتبر الدولة شريك في العقد لجهة تثبيت النظام القانوني أو المالي الداخلي، كما أنّها تمنح الطرف المتعاقد مع الدولة والذي لا يعد أحد أشخاص القانون الدولي العام إمكانية المطالبة بحقوقه أمام القضاء الدولي القادر على إصدار أحكام قضائية ملزمة وواجبة النفاذ على عاتق الدولة الطرف معه في العقد[669].

إنّ العلاقات التعاقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي في إطار وجود الاتفاقيات الثنائية تتحول وتصبح التزامات دولية حقيقية بمفهوم القانون الدولي، فهي تمنع الدولة من إنكار والتهرب من التزاماتها التعاقدية، فالاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات تسعى لتدويل الالتزامات التعاقدية التي التزمت بها الدولة[670].

---

[669]- حمزة هاني محمود، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 345 .

[670] - إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 372.

إنّ للأهمية التي تكتسيها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات وكثرة النزاعات الناجمة عن هذه الأخيرة التي يفصل فيها المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، الشيء الّذي يؤدي إلى ظهور قانون دولي للاستثمارات[671] على أساس أن تطور أي قانون يجد جذوره في هيئة قضائية ملزمة وبعض المبادئ العامة الكبرى، وهذا ما يبين دور الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الدولية التي بلغ عددها أكثر من 2000 معاهدة بعد أن كانت منذ عشر سنوات فقط أقل من 500 معاهدة[672] التي تساهم في التأثير على النظام القانوني الدولي للاستثمارات وتدويل عقود الاستثمار.

يعد ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الثنائية بمثابة مصدر للقانون الواجب التطبيق إخضاعه لقواعد دولية اتفاقية ملزمة تهدف إلى تدويل الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول المتعاقدة، أي إعطاء الصفة الدولية الملزمة لكثير من القواعد العرفية تمّ رفضها خاصة الدول النامية منها[673]، نظرا لتعارضها وعدم انسجامها مع مقتضيات سيادتها الداخلية.

ولقد أبرمت الجزائر عددا هائلا من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات، حيث تهدف هذه الاتفاقيات إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، والتي نصت في مجملها على تطبيق المبادئ العامة للقانون، أو أحكام الاتفاق، بمعنى أنّ القانون الّذي تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف في صدد هذه

671 – LEBEN Charles, « La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des investissements » Op. Cit, p 310.

672 – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، 334.

673 – بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2005، ص 126

الاتفاقية هو واجب التطبيق، ونذكر على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واسبانيا[674]، بالإضافة إلى الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا[675].

2- خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على الاتفاقيات المتعددة الأطراف

تلعب الاتفاقيات المتعددة الأطراف دورا فعّالا في تدويل عقود الاستثمار، حيث ظهرت استجابة لتطورات العلاقات الاقتصادية الدولية لاسيما في عقود الاستثمار ذات العنصر الأجنبي، حيث توجهت جهود الأطراف إلى توحيد القواعد التي وضعت لتحكم هذه الروابط في إطار اتفاقيات متعددة الأطراف[676]، والتي تهدف إلى التوفيق بين مصالح أطراف العلاقة التعاقدية.

إنّ الهدف الرئيسي من وراء إبرام هذه الاتفاقيات هو صياغة قواعد قانونية تلتزم بها الدول المنظمّة إليها، نظرا لغياب سلطة تشريعية تعلو الدول، فتقوم هذه الأخيرة باللجوء إلى سن تلك القواعد القانونية بإرادتها المستقلة، مما يقع عليها احترامها وبالتالي تجسيدها على أرض الواقع، كما قد يكون الهدف من ذلك وضع حد لبعض النزاعات التي قد تنشأ في أي مجال من المجالات الاقتصادية أو غير الاقتصادية[677].

ومن بين الاتفاقيات المتعددة الأطراف نذكر اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، المنشئة للمركز الدولي لفض النزاعات الناجمة عن الاستثمار، حيث أشارت المادة 42 من الاتفاقية إلى

---

[674] – الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية واسبانيا، الموقع بمدريد في 23 ديسمبر سنة 1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرّخ في 25 مارس 1995، ج ر ج ج، عدد 23، صادر في 26 أفريل 1995.

[675] – الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ورومانيا، الموقع بالجزائر في 28 جوان سنة 1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328، المؤرّخ في 22 أكتوبر 1994، ج ر ج ج، عدد 69، صادر في 28 أكتوبر 1994.

[676] – ياقوت محمد محمود، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتّجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 304.

[677] – صراح ذهبية، مرجع سابق، ص 100.

تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب، حيث نصت على أنّه:

"**يطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة... وكذلك قواعد القانون الدولي**"

فحسب المادة أعلاه فإنّها لا تشير إلى إعمال القانون الدولي صراحة إلاّ في حالة عدم وجود إرادة صريحة من الأطراف بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق[678].

مما سبق يمكن القول أنّه بتعدد وكثرة الاتفاقيات الثنائية على المستوى الدولي، وانضمام عدد كبير من الدول إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف، من شأنه تنظيم الإطار القانوني للاستثمارات الدولية، وتكوين قانون دولي للاستثمارات بهدف التأثير في النظام القانوني والطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، الأمر الّذي يحد من سيطرة تطبيق القوانين الداخلية للدولة، واستبعاد اختصاص محاكمها الوطنية.[679]

الفرع الثاني

خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون عبر الدولي

نظرا لرفض الدول المستقبلة للاستثمار بتطبيق قواعد القانون الدولي على عقود الاستثمار بحجة أنّها وجدت لتحكم العلاقات بين الدول وتمسكها بضرورة تطبيق قانونها الوطني من جانب، ومن جانب آخر رفض المشروعات الأجنبية إخضاع هذا العقد للقوانين الوطنية للدول المضيفة باعتبار أنّ قوانينها متخلّفة وغير مسايرة للتطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية الدولية، ظهر اتّجاه وسطي جديد يؤكد خضوع عقود الاستثمار إلى نظام قانوني مستقل عن كلا من القانون الداخلي والقانون الدولي العام.

ومما لاريب فيه أنّ هذا القانون يتوسط كلا القانونين الوطني والقانون الدولي، بمعنى أنّ هذه العقود حسب هذا التصوّر لا هي عقود دولية، ولا هي عقود داخلية إدارية، بل تتميّز بمجموعة من الخصائص المتميّزة عن مختلف الأنظمة القانونية الأخرى، وتخضع بالتالي لما يُعرف بالقانون شبه

---

[678] – حفيظة السّيد الحدّاد، مرجع سابق، ص 701.

[679] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 374.

الدولي (Quasi international)، كونه قانون يحكم العلاقات القانونية التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون الدولي[680].

ويستند القانون عبر الدولي[681] على مبدأ استقلالية الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[682]، ويشمل هذا القانون وفقا لمفهومه الواسع قانون التجارة الدولية كأحد مكوناته المتعددة[683]، و يتألف القانون العبر للحدود من المبادئ العامة للقانون المشتركة بين الدول التي تضمن توازن العقد[684].

إنّ إخضاع عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يكون بإخضاعه لمبادئ القانون الدولي (أولا)، أو بإخضاعه لقانون التجارة الدولية (La lex mercatoria) (ثانيا).

أولا: خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للمبادئ العامة للقانون الدولي

تعدّ هذه المبادئ أحد المصادر للقانون الدولي، ويقصد بها المبادئ السائدة في الأمم المتحضرة، والتي يمكن تطبيقها على النطاق الدولي في حالة عدم وجود مصدر قانوني دولي آخر، معترف به كمعاهدة أو عرف، أمّا في الوقت الحالي، فتستمد المبادئ العامة للقانون من مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية وبغض النظر عن درجة تقدمها الفعلية وذلك استنادا إلى مبدأ المساواة في السيادة فيما بينها جميعا[685].

---

680 – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 383

681 – لقد عرف الأستاذ JESSUP القانون عبر الدولي بأنّه: "**مجموع القوانين التي تنظّم التصرفات والأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة، سواء كانت هذه القوانين وطنية أو دولية، من القانون العام أو من القانون الخاص**".

– مرجع نفسه، ص 385

682 – أنظر في ذلك: عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مرجع سابق، ص 21.

683 – حفيظة السيّد الحداد، مرجع سابق، ص 752

684 – عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مرجع سابق، ص 21.

685 – وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008، ص ص 880-881.

وقد جرى العمل على تطبيق هذه المبادئ بناءً على اتفاق خاص بين الأطراف، ثم استخدمت في قضاء محكمة العدل الدائمة سنة 1920[686]، وقد نصت على هذه المبادئ المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بغرض تزويد المصادر الاتفاقية أو العرفية بضمان احتياطي لمواجهة ما يعترضها من ثغرات[687].

كما أكّد معهد القانون الدولي صراحة على هذه المبادئ في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول وأحد الأشخاص الخاصة حيث ورد في القرار المنبثق عنها في نص المادة 2/2 منه على أنّه:

"... **يستطيع الأطراف اختيار قانون العقد إمّا قانون... أو مبادئ مشتركة بين هذه القوانين، ومبادئ مطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية...**".

إنّ هذه المبادئ مستمدة من القوانين الداخلية للدول، ومن ثم أصبحت قواعد معترف بها دوليا، كمبدأ الحقوق المكتسبة و مبدأ حسن النية والتي سنذكرها على سبيل المثال لا الحصر ذلك أنّ مبادئ القانون الدولي عديدة ومتنوعة.

1- تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقوق المكتسبة

لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة مكانة هامة، حيث أنّه يحتل الصدارة ويعتبر من المبادئ الأساسية التي لا تتردد محكمة دولية التأكيد عليه، طالما لا يوجد أي نظام قانوني داخلي يقرر المساس بالحقوق الخاصة لاسيما حق الملكية الّذي تعترف به كل التشريعات[688].

ولم يستقر الفقه على تعريف موحد لفكرة الحقوق المكتسبة، فقد جاء مضمون هذه التعاريف متأرجحا بين الإطلاق والتقييد، حيث أنّ أصحاب المفهوم الموسع جعل نطاق مضمونها يتسع ليشمل الحقوق العينية و الشخصية، التي استقرت وأصبحت ثابتة طبقا للقانون الوطني للدولة المضيفة والتي لها

---

[686] – وفاء مزيد فلحوط ، مرجع سابق، ص 880

[687] – عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 353

[688] – حفيظة السيّد الحداد، مرجع سابق، ص 808.

قيمة نقدية يمكن حسابها[689]، وعليه فإنّ هذا المبدأ يهدف إلى حماية الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب على وجه مشروع[690] وفقا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، أمّا بالنسبة للحقوق التي يتحصل عليها المستثمر الأجنبي والتي لا تكون مشروعة أو غير مبنية على أساس قانوني فلا يجوز المطالبة بها[691].

أمّا بالنسبة لأصحاب المفهوم الضيق لمبدأ الحقوق المكتسبة فهي الحقوق التي يضفي على مفهومها طابعا عينيا محضا أو طابع ذاتيا يتصل بالحقوق الشخصية كما يذهب إلى ذلك شارل روسو في تحديده لمضمون الحقوق المكتسبة بحصر نطاقها في دائرة الحقوق الشخصية [692] .

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أقرّ بهذا المبدأ من خلال قانون الاستثمار، حيث نستشف ذلك من خلال المادة 35 من القانون 06/16 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على أنّه:

"**يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمار**

تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية وتطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا جميع النصوص اللاحقة، خاضعة لهذه القوانين إلى غاية انقضاء مدّة هذه المزايا ".

إنطلاقا من نص المادة أعلاه يتبيّن أنّه حتى وإن طرأت تعديلات على القوانين التي أبرم في ظلها العقد، فإنّ الحقوق التي يكتسبها المستثمرون لحظة إبرام العقد تبقى على حالها، إلى غاية انقضاء مدّة هذه المزايا.

---

[689] – كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص ص 105-106.

[690] – حفيظة السيّد الحداد، مرجع سابق، ص 807

[691]– كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 106.

[692] – مرجع نفسه، ص 106.

كما تمّ التأكيد على هذا المبدأ فيما يتعلق بالضمانات الممنوحة للمستثمرين، حيث تنص المادة 22 من القانون رقم 06/16 المتعلق بترقية الاستثمار، حيث تنص على ما يلي:

"**لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز...**" .

ويكون بذلك المشرع الجزائري قد قام بتكريس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من خلال المادة أعلاه، حيث أنه في حالة تعديل أو مراجعة قانون الاستثمار في المستقبل فإنّ هذه المراجعات والتعديلات وما يترتب عليها من آثار عنها لا تسري على الاستثمار المنجز في ظل هذا القانون، إلاّ إذا طلب المستثمر الأجنبي صراحة، وفي حالة المساس بالمصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي فسيتمّ تعويضه تعويضا عادلا ومنصفا[693].

2- تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ حسن النية

إلى جانب مبدأ احترام الحقوق المكتسبة التي تمثل أحد مبادئ القانون الدولي نجد أيضا مبدأ حسن النية[694]، ولقد أكدت الممارسة الدولية لهذا المبدأ في الجمعية العامة للأمم المتحدة لما صدر عنها في 14 ديسمبر 1962 قرار وبالإجماع الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الّذي جاء فيه على أنّه:

"**الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من طرف الدول السيادية أو بين هذه الدول تنفذ بحسن نية**".

من خلال ما سبق يتضح لنا من خلال القرار أعلاه اتفاق أعضاء المجتمع الدولي على أن الالتزامات التي تقع على عاتقهم في إطار الاتفاقيات الدولية سواءً الثنائية أو المتعددة الأطراف، أو تلك التي تكون في إطار تعاقدي في مجال الاستثمار المبرمة بكل حرية، فإنّها يجب أن تنفذ بحسن نية.

---

[693] – مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر 2015، ص ص 11-12.

[694] – يجد مبدأ حسن النية أساسه في القانون الجزائري في نص المادة 1/107 والتي تنص على ما يلي: "**يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية**".

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المسلمة بها في معظم التشريعات الوطنية للدول، وعلى هذا الأساس امتدى ليصبح من المبادئ المتعارف عليها دوليا[695]، والتي استقر العمل بها، حيث يقضي بضرورة تنفيذ العقد بما يحقق مصلحة طرفي العقد.

ثانيا: تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار الأجنبية

نظرا لعدم مواكبة النظم القانونية الوطنية التي من المفروض أن تحكم موضوع النزاع وعجزها عن اللحاق بركب التطورات التي تحدث في الساحة الاقتصادية الدولية[696]، وهو الأمر الذي استدعى إيجاد نظام قانوني مستقل ومتميّز عن القانون الداخلي أو القانون الدولى على حد سواء يسمى بقانون عبر الدولي، أو قانون التجارة الدولية .

استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، فبإمكانية أطراف عقد الاستثمار الأجنبي إخضاع عقدهم لقواعد التجارة الدولية[697]، وقد عرفتها الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة بأنّها: " **مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية التي ينظمها القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة**".

وفقا لهذا التعريف فإنّ قانون التجارة الدولية لا يطبّق إلاّ على علاقات القانون الخاص، دون النظر إلى صفة الأطراف إذا كانت عامة أو خاصة[698].

يستمد قانون التجارة الدولية وجودها من المبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية، كما تشمل أيضا القواعد القانونية التي تتضمنها القرارات الصادرة عن الهيئات المعنية بالتجارة الدولية مثل القواعد التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى المبادئ

---

[695] – في هذا الصدد يقول الفقيه لوفير: "**لكي يمكن اعتبار المبادئ العامة مصدر قاعدة دولية، لابد أن يكون تلك المبادئ وجود في التشريعات الداخلية لأغلبية الدول**". نقلا عن:
– كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 112.

[696] – صرّاح ذهبية، مرجع سابق، ص 109

[697] – لقد تعددت تسميات قانون التجارة الدولية، من طرف الفقه نذكر منها: المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار، قواعد قانون التجار ذو الطابع الدولي، القانون التجاري الدولي، القانون الغير الوطني، قانون عبر الدول، القانون التجاري الدولي الجديد، والقانون التجاري بين الشعوب و القانون العرفي عبر الحدود. أنظر:
– سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 213.

[698] – قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 52.

العامة التي استقرّ عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، كمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الإثراء بلا سبب وغيرها من المبادئ الأخرى[699].

وقد اختلف الفقه حول مدى حق الأطراف وقدرتها على اختيار قانون التجارة الدولية، فهناك رأي فقهي لا يمنح الحق للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، ويستند في موقفه بناءً على خصوصية عقد الاستثمار، فهي متميّزة عن بقية العقود الأخرى وتتمتع بذاتية خاصة، لذلك يجب أن تخضع لنظام قانوني خاص بها، وعلى المحكم الالتزام الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الذاتية لهذه العقود عند الفصل في النزاع، وفق هذه الطبيعة لتطبيق المحكم المبادئ العامة للقانون بما يتناسب على المسائل المعروضة عليه[700].

في حين يستند الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد التجارة الدولية على عقود الاستثمار إلى مبدأ سلطان الإرادة، إذ بموجب هذا الأخير يمكن لطرفي العقد اختيار قانون التجارة الدولية، لاسيما أنّها لا تتعارض مع هذه العقود[701].

كرست الاتفاقيات الدولية هذا الحق، منها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة بجنيف في 21 أفريل 1991، حيث جاء في المادة السابعة في فقرتها الأولى على أنّه:

«Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce »[702]

كما أخذت به لوائح التحكيم، إذ جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الّذي وضعته لجنة القانون التجاري (CNUDCI)، في 21 جوان 1985، في المادة 28 فقرة 04 والتي تنص على ما يلي:

---

[699] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 213 .

[700] – لمزيد من التفاصيل أنظر:

– حفيظة السيّد الحدّاد، مرجع سابق، ص ص 751–764.

[701]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 393.

« Le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicable à la transaction »[703]

بالرغم من أهمية قواعد التجارة الدولية في المجال التجاري الدولي، إلاّ أنّه لا يمكن تطبيقها في مجال عقود الاستثمار الأجنبية، والتي تعدّ من عقود الدولة، ذلك أنّ قواعد قانون التجارة الدولية ذات طابع تجاري، فهي لا تتلاءم مع خصوصية عقود الاستثمار المتعلقة بتنمية الدول المضيفة، بالإضافة إلى ذلك فإنّ قانون التجارة الدولية نابع من المعاملات التجارية الدولية، تتدخل الدولة فيها كمتعامل خاص، أمّا تدخلها في عقود الاستثمار، فيكون كشخص قانوني دولي، وبذلك لا يمكن إخضاع هذه العقود لنظام قانوني تجاري[704].

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من تدويل العقد

تمنح معظم تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار بحرية الأطراف المتعاقدة وحقهم في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية، وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها ما يلي:

"**تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الّذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**".

على هذا الأساس يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد كرّس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق، أمّا في حالة غياب الاختيار تقوم المحكمة بتطبيق قواعد القانون الملائمة والأعراف الأكثر اتصالا بالعقد .

---

[703] – Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée par CNUDCI le 21 juin 1985 publié in : https://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf, consultée le 10/2/2019.

[704] –إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 399.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري لم يأخذ بالنص الفرنسي الذي يطلب من المحكم بالأخذ بعين الاعتبار أعراف التجارة، كما أنّه لم يأخذ كذلك بالمادة 5/13 من نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية التي بموجبها يراعي المحكم في كل الأحوال أحكام العقد والعادات التجارية[705].

فالقانون قد اندمج في التوجه الحالي للتحكيم الدولي، وأعطى الدور الأول لإرادة الأطراف والمحكم، وقام بإزلة كل لبس أو غموض عن تطبيق أعراف التجارة، وهذا ما يؤكّد تبني المشرع الجزائري للقانون عبر الدولي كنظام يمكن تطبيقه على العقود الدولية[706].

إنّ مسألة تطبيق القانون المختار سواءً كان جزائريا أو أجنبيا، يجب أن لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وبالتالي يؤثر هذا القيد على استقلالية الأطراف المتعاقدة على اختيار القانون واجب التطبيق، حيث يلجأ القاضي إلى القيام باستبعاد القانون المختار وهذا ما أقرّه نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري[707].

ضف إلى ذلك فيمكن أن تثار مسألة استبعاد تطبيق القانون الوطني واجب التطبيق استنادا إلى فكرة الغش نحو القانون، والّتي أتى بها القضاء الفرنسي في مجال الأحوال الشخصية، ففي حالة ثبوت غش نحو تطبيق القانون، يمكن للمحكم القيام باستبعاد تطبيق القانون الوطني المختار من قبل الأطراف[708].

كما وجدت بعض الاستثناءات على تطبيق القانون الجزائري، فالاتفاقيات البترولية الأولى بعد الاستقلال، كانت خاضعة لقانون البترول الصحراوي، الصادر في 22 نوفمبر 1958 المتعلق بتنظيم عمليات البحث واستغلال البترول في الجزائر[709] ، وإلى اتفاقيات إيفيان في إطار التعاون الفرنسي

---

[705] - ISSAD Mohand, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Revue de l'arbitrage, N° 3, 1993, p 391, et s.

[706] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 394.

[707] – أنظر المادة 24 من القانون رقم 75–58، مؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، مرجع سابق

– أنظر كذلك: سي فضيل الحاج، مرجع سابق ص 256.

[708] – مرجع نفسه، ص 256.

[709] – معاشو عمار، مرجع سابق، ص 325.

الجزائري، كما كانت تحيل إلى المبادئ العامة للقانون، وهو ما جاءت به نص المادة السادسة من الاتفاق الجزائري الفرنسي المؤرخ في 23 جوان 1963، والذي كان يرمي إلى إخراج العلاقات البترولية بين الجزائر والشركات الفرنسية من السيادة الجزائرية[710] .

أما بالنسبة للاتفاقات البترولية المبرمة في إطار اتفاقية 1965/07/29 المتعلقة بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية[711]، فكانت خاضعة للأحكام القانونية، التنظيمية والاتفاقية السارية المفعول وعلى سبيل الاحتياط للمبادئ العامة للقانون كما أنّ بعض العقود تنص على إمكانية اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة الدولية للفصل في النزاع خصوصا في مجال البترول[712].

وبخصوص اتفاق التحكيم الجزائري الفرنسي، المؤرّخ في 27 مارس سنة 1983، فيشير إلى تطبيق المحكمين قانون مكان تنفيذ العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في العقد والأعراف التجارية.

بالرجوع إلى قوانين الاستثمار لاسيما قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يتخذ موقفا صريحا وقاطعا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، حيث اكتفت المادة 24 منه بتحديد وسائل تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

أمّا بالنسبة للاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع الدول الأخرى، فقد تضمّنت تفاصيل حول القانون واجب التطبيق، والتي تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي.

ومن بين هذه الاتفاقيات الثنائية نذكر على سبيل المثال الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حيث جاء في نص المادة الثامنة منها في فقرته الرابعة على أنّه:

---

[710] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 336.

[711] – أنظر الأمر رقم 65-287 مؤرّخ في 18 نوفمبر 1965، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم في الجزائر العاصمة بتاريخ 29 جويلية 1965 بين الجزائر وفرنسا، يتعلق بالفصل في المسائل المتعلقة بالوقود والتنمية الصناعية في الجزائر، ج ر ج ج، عدد 65، صادر في 19 نوفمبر 1965.

[712] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 241-242.

" **عند حل النزاع، يجب أخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق...إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالنزاع...**"[713].

بالإضافة إلى الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والأرجنتين حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات في المادة الثامنة الفقرة الرابعة [714].

وانطلاقا مما سبق ما دام أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار، فهي ملزمة بتطبيق أحكام المادة 42 منها التي تقضي بتطبيق قانون الإرادة، أمّا في غياب الاتّفاق فيتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مع مبادئ القانون الدولي، بالإضافة إلى إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف إذا اتفق طرفي النزاع على ذلك.

[713]– الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94–01 مؤرّخ في 02 جانفي 1994، مرجع سابق.

[714] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والأرجنتين، حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر، في 04 أكتوبر سنة 2000، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01–366، مؤرّخ 13 نوفمبر 2001، ج ر ج ج، عدد 69، صادر في 18 نوفمبر 2001.

الفصل الثاني

الحماية القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي

تلعب المشاريع الاستثمارية دوراً هاماً في تحريك عجلة التّنمية الاقتصادية، سواءً بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار أو الدولة المصدّرة لرؤوس الأموال، فإقامة المشاريع الاستثمارية يتطلّب العمل على تهيئة المناخ المناسب والأنسب للاستثمار، كون أنّ المستثمر يبحث عن الرّبح و في نفس الوقت يشعر بالخوف على أمواله من مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها، بما فيها المخاطر غير التّجارية .

ممّا لا شكّ فيه أنّ المخاطر غير التّجارية التي يتعرّض لها عقد الاستثمار الأجنبي يمكن أن يكون سبباً في عرقلة نموّه وازدهاره، ما يؤثّر سلبا بمصالح التّجارة الدولية.

لذلك تسعى مختلف الدول إلى سنِّ العديد من التشريعات تهدف إلى بعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، وذلك بإزالة الحواجز والعراقيل الّتي تعيق طريقهم، واستبدالها بضمانات تساهم على قدوم ودخول الاستثمارات الأجنبية .

والجزائر كغيرها من الدول الأخرى، عمدت على تحضير منظومة قانونية تهدف إلى تقرير حماية خاصة للاستثمار الأجنبي، ومن ثمَّة للعقد الذي يمثّل القالب الشّكلي القانوني للاستثمار الأجنبي محل الحماية.

لذلك يجدر بنا التطرق إلى مختلف المخاطر التجارية التي يمكن أن يتعرض لها الاستثمار الأجنبي(المبحث الأول)، ثم دراسة مختلف الوسائل الوطنية والدولية، التي تهدف إلى حماية وطمأنة المستثمر، وممارسة نشاطه الاستثماري في ظروف بعيدة عن الخوف والشكوك ، بالإضافة إلى الآليات و الأساليب المكرّسة لتعزيز حماية الاستثمار الأجنبي وبذلك حماية العلاقة التعاقدية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الحماية من المخاطر غير التجارية التي تهدد العلاقة التعاقدية

تسعى الدول النامية في سبيل تحقيق تنميتها الاقتصادية إلى جذب الاستثمارات الأجنبية والترحيب بها على أراضيها، غير أنّ المستثمر الأجنبي يحق له الاطمئنان على المناخ السياسي والقانوني للدولة المضيفة للاستثمار، مما يجعله يختار وجهة استثمارية دون أخرى.

ومن بين أولى الاعتبارات التي يوليها المستثمر الأجنبي قبل اتخاذ القرار بالاستثمار في بلد معين والتي تكون في مقدمة بحثه هو احتمال تعرض استثماره لمخاطر غير التجارية في البلد المضيف حيث أنّه مهما قدّم هذا الأخير من تسهيلات وامتيازات، إلاّ أنّ المستثمرين الأجانب ينظرون إليه نظرة تخوف وريبة ما دام أنّ شبح الخوف من المخاطر التجارية مازال قائما، ما يؤدي إلى زعزعة ثقة المستثمر الأجنبي ويؤثر بذلك على تدفق رؤوس الأموال الأجنبية.

حيث أنّ معظم المستثمرين الأجانب يربطون قراراتهم الاستثمارية في أيّ دولة بالعالم بالمخاطر ال32متعلقة بالتجارة والاستثمار خاصة منها المخاطر السياسية، الحالة المالية، القدرات الاقتصادية، والمناخ الاقتصادي لكل دولة[715].

وقد تكون هذه المخاطر غير التجارية ناتجة عن التدابير التي تتخذها الدولة والتي من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من أمواله المستثمرة كليا أو جزئيا كنزع الملكية (المطلب الأول)، أو مخاطر أخرى كعدم تمكين المستثمر من تحويل رأس المال المستثمر والأرباح المتحققة إلى خارج الدولة المستضيفة للاستثمار بالإضافة إلى المخاطر السياسية و الإخلال بالعقد (المطلب الثاني)

[715] – كمال سمية، مرجع سابق، ص 142.

المطلب الأول

الحرمان من الملكية: خطر يعترض العلاقة التعاقدية

قد تبادر الدولة المضيفة لعقد الاستثمار في اتّخاذ إجراءات عديدة يمكن أن تؤدي إلى حرمان المستثمر من الفوائد المالية والاقتصادية الناتجة عن استثماراتهم، ومن أبرز هذه الإجراءات، اللّجوء إلى الحرمان من الملكية، وقد يتخذ هذا الإجراء صور عديدة (الفرع الأول) والتي سنحاول أن نوضحها، غير أنّه وفق ما ورد في أحكام القانون الدولي التقليدي، فإنّ إجراء نزع الملكية يعدّ مشروعا إذا توفر على بعض الشروط (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

صور إجراءات نزع الملكية

تختلف إجراءات نزع الملكية باختلاف نظرة الدّولة المضيفة إلى النظام القانوني الّذي يحكم إجراءات نزع الملكية، إلاّ أنّه رغم اختلافها فهي تشترك في كونها تؤدّي إلى نفس الأثر المتمثّل في تجريد المستثمرين الأجانب من سلطتهم على المشاريع الاستثمارية، لذلك سنتناول في هذا الشأن التدابير التقليدية لنزع الملكية **(أولا)**، والصّور المشابهة لها**(ثانيا)**.

أولا: التدابير التقليدية لنزع الملكية

تتمثّل أهم الصور التقليدية لنزع الملكية في التّأميم، نزع الملكية للمنفعة العامة، المصادرة، الاستيلاء.

1-التّأميم Nationalisation:

يقصد بالتّأميم:" **قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري، وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة** "[716] .

ويعرّفه البعض أنّه: " **عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتّداول وممارسة أنشطة معيّنة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية**"[717].

وعليه يمكن القول أنّ التّأميم هو إجراء اقتصادي تقوم به الدولة المضيفة لعقد الاستثمار لبواعث وأهداف اقتصادية، وذلك لقاء تعويض تقوم بأدائه لأصحاب المشروعات الخاصة عن الحقوق المؤمّمة، ويصدر بموجب قانون نظرا لما يمثّله من خطورة[718] على مصالح المستثمر الاقتصادية والتّجارية والمعنوية، لذلك نجده يفلت دائما من الرقابة القضائية ما دام أنّه يدخل في إطار أعمال السيادة[719].

1- نزع الملكية للمنفعة العامة:

يعتبر إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة من العمليات التي تدخل ضمن الأعمال السيادية للدولة، بحيث يخوّل لها الاستيلاء على المصالح المالية للمستثمرين الأجانب داخل إقليمها.

---

[716]- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 166.

[717]- شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 54.

[718]- تنص المادة 678" من الأمر رقم 75-58، المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنّه "**لا يجوز إصدار حكم التّأميم إلاّ بنص قانوني على أنّ الشروط و إجراءات نقل الملكية والكيفية الّتي يتم بها التّعويض يحددها القانون**".

[719]- حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد1، 2009، ص67.

يقصد بهذا الإجراء تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام[720] مقابل تعويض عادل. ويتم إجراء نزع الملكية بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة طبقا لنصوص القانون، حيث تنص المادة 677 من القانون المدني:"**لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلاّ في الأحوال والشروط المنصوص عليها قانونا، غير أنّ للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل**"[721]، وبالتّالي لا يمكن للسلطات الإدارية المختصة اللجوء إلى نزع الملكية إلاّ إذا توفرت الشروط القانونية المنصوص عليها قانونا.

كما يتضح لنا أنّ إجراء نزع الملكية يتميّز عن باقي الصور الأخرى بهذه الخصائص تتمثل في:

- إجراء ينصب على العقارات دون المنقولات.
- يتم إجراء نزع الملكية من طرف الجهة المختصة بموجب قرار إداري يصدر مطابقا للقانون .
- لا يجوز إلاّ لمقتضيات الصالح العام.
- يكون مصحوبا بالتعويض، و إلاّ أعتبر إجراء النزع تعسفي لأنّه ركنا لصحة الإجراء[722] .

وقرار نزع الملكية لا يمكن أن يشكّل خطرا على عقد الاستثمار الأجنبي إلاّ إذا صدر عن الجهة المختصة بذلك، الذي ينجم عنه نزع ملكية المستثمر مباشرة، والّذي يقتضي الأمر البحث عن مدى مطابقته للقانون.

2- المصادرة Confiscation :

المصادرة عبارة عن إجراء تمارسه الدولة المضيفة للاستثمار باسم السيادة الوطنية، يترتب عنه أيلولة المال المصادر إلى الدّولة المصادرة[723].

---

[720]- حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، مرجع سابق، ص 68.

[721]- أمر رقم 75-58، المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، مرجع سابق.

[722]- كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص56 .

[723]- شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص.57.

تتشابه المصادرة مع الإجراءات الأخرى لانتقال الملكية في أنّها تستند في وجودها إلى القانون كما أنّها إجراءات يترتّب عليها انتقال ملكية الأموال مباشرة إلى الدولة، إلاّ أنها تختلف عن باقي الإجراءات في كونها يتم اللجوء إليها في حالة ارتكاب جناية أو جنحة، أو وقايةً للأمن والسلامة، بالإضافة إلى انتفاء عنصر التعويض .

وتتخذ المصادرة شكلا قضائيا أو إداريا؛ حيث تتمثل "المصادرة الإدارية" في ذلك الإجراء الوقائي الذي تقتضيه اعتبارات السلامة والأمن والصّحة العامة، والذي يكون من اختصاص السلطة الإدارية التي يجب أن تحترم القانون أثناء اتّخاذها لهذا الإجراء دون اللّجوء إلى القضاء لمباشرته طبقا لامتياز التنفيذ المباشر الّذي تتمتع به السلطة العامة في تنفيذ قراراتها بالقوّة عند اللّزوم.

أماّ "المصادرة القضائية" فتعرف بأنّها إضافة مال الجاني إلى ملك الدّولة دون مقابل، فهي عقوبة تكميلية دائما، مكمّلة لعقوبة أصلية، ولا تجب إلاّ بحكم قضائي ينص عليها صراحة[724]. وعليه يمكن القول أنّ المصادرة الّتي تتم بموجب حكم قضائي لا تشكّل خطراً سياسياً، ولذلك تعدّ مسألة ضمانها أمراً غير ممكن.

على وفق ما سبق فإنّ إجراءات مصادرة المشاريع الاستثمارية تبقى مشروعة، ولا تشكّل خطرا على عقد الاستثمار الأجنبي إذا كانت مطابقة لأحكام القانون، ويصبح الإجراء غير مشروع في الحالة المخالفة فيما لو اتّخذ بطريقة تعسّفية وتحكمية، ويعدّ في هذه الحالة خطرا من المخاطر غير التّجارية التي يتعرّض لها عقد الاستثمار الأجنبي مما يستدعي فرض الحماية القانونية له.

1- الاستيلاء Réquisition :

يعرف الاستيلاء بأخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة تتعلّق بأمن الدولة والدّفاع الوطني، مثل الحرب، فهو إجراء مؤقت تتَّخذه السلطة العامة المختصة في الدولة، تتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك بمقابل تعويض لاحق[725] .

---

[724]- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 21.

[725]- أيت شعلال وردية، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2006، ص79.

ويمكن القول أنّ إجراء الاستيلاء هو إجراء استثنائي يشمل جميع الأشخاص على حد سواء، فلا يميّز بين المستثمر الوطني والأجنبي، ويتميّز عن بقية الإجراءات الأخرى كونه لا يجرّد المستثمر من ملكيته، بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه على استثماره لغاية زوال السبب[726].

لقد جاء في نص المادة 676 من القانون المدني أنّه:"**يجوز الحصول على الأموال و الخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إمّا باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون...**"[727].

من خلال نص المادة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أقرّ على إمكانية الحصول على الأموال والخدمات الضرورية للبلاد عن طريق الاستيلاء في الحالات الاستثنائية والاضطرارية، أما في غير هذه الظروف فيتم اللّجوء إلى الأسلوب الرضائي.

وبالعودة إلى القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على: "**زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به**"

ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

من خلال نص المادة أعلاه نلاحظ أنّ المشرع الجزائري أنّه زيادة إلى الأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة التي تحكم نزع الملكية فإنّ المشرع الجزائري قد اعترف بصفة صريحة على حق الدولة بممارسة إجراء الاستيلاء على المشاريع الاستثمارية المنجزة وذلك في حدود التشريع المعمول به.

ثانيا: التدابير المماثلة لنزع الملكية

بالرّغم من تقديس الملكية الخاصة ووصفها بأنّها حق قانوني واجب الاحترام، إلاّ أنّ الدولة قد تلجأ إلى اتّخاذ بعض الإجراءات التشريعية أو الإدارية بطريقة غير مباشرة تحدّ من حرّية المستثمر في استغلال أمواله، وهو ما يعرف بالإجراءات المماثلة لنزع الملكية، لذلك سنحاول التّعرض إلى هذه

---

[726]- كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 52.

[727]- أمر رقم 75-58، المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الإجراءات المشابهة لنزع الملكية، من خلال التطرق إلى كيفية ظهروها في إطار الفقه والقضاء الدوليين، ثم تكريسها القانوني.

1- ظهور التدابير المماثلة في الفقه والقضاء الدوليين

هناك بعض الإجراءات الّتي قد تتخذها السلطات العامة للبلد المضيف، ولا تمثّل تأميما أو نزعا للملكية بالمفهوم الكلاسيكي، ولكن يترتب عنها نفس الآثار المترتّبة عن الإجراءات التقليدية لنزع الملكية[728]، وهو ما يعرف بمصطلح إجراءات "**نزع الملكية التدريجي**" أو "**التأميمات الزّاحفة**".

ومن الأعمال التي تدخل ضمن إجراءات نزع الملكية بصورة تدريجية هو قيام الدولة المضيفة بإجراءات التّنفيذ على أموال المستثمر الأجنبي أو الحجز على المشروع، كما هو الحال في قضية "**مصنع شورزو**"، ضد "**بولندا**"، حيث قامت هذه الأخيرة باحتلال وحيازة مصنع "**NITRAT**" في شورزو الذي كانت تديره شركة ألمانية، واعتبرت المحكمة الدّائمة للعدل الدّولية حيازة المصنع بمثابة مصادرة لهذه العقود وبراءة الاختراع و تأميم للمشروع[729].

ومن التّأميم الزّاحف قيام الدولة المضيفة بالتمييز في الضرائب أو في تراخيص الاستيراد، ومنح رعاياها تراخيص استغلال إقليم مملوك للمستثمر أو تغييرها لأعضاء مجلس الإدارة، المدراء والإداريين في المشروع الاستثماري، ومنع استقدام خبراء وفنيين، وفرض عليهم تشغيل العمّال المحليين، حتّى ولو بقيت الملكية باسم المستثمر الأجنبي[730].

كما تعدّ من الأعمال المؤدّية إلى حرمان المستثمر الأجنبي من المشروع بصورة غير مباشرة، إجبار المستثمر على بيع المشروع الاستثماري، ونجد ذلك في قضية « **Grower and copland** »،

---

[728]– آسيا حنافي، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص75.

[729]– خالد محمّد الجمعة، "إنهاء الدّولة المضيفة للاستثمار اتّفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشّروط)"، مجلّة الحقوق، العدد 03، الكويت، 1999، ص83.

[730]– شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 55.

ضد فنزويلا، حيث قضت هيئة التحكيم أنّ إجبار المستثمر الأجنبي ببيع مشروعه يعتبر بمثابة حرمانه من ممتلكاته [731].

قد تلجأ الدولة إلى اتّخاذ بعض الإجراءات من شأنها حرمان المستثمر من ملكيتة بطريقة غير مباشرة، وذلك من خلال التعديل الذي يطرأ في التشريع الجبائي، النّقدي والجمركي، مثل الزّيادة في الضرائب من فترة لأخرى، كما جاء في قضية « **Revere** » ، ضد جامايكا، حيث قامت هذه الأخيرة بإصدار قانون يفرض ضريبة على متوسط سعر الألومنيوم، مما أدى إلى غلق شركة revere، وبالتّالي قضت المحكمة التحكيمية أنّ قيام حكومة جامايكا بمثل هذا الإجراء يعتبر بمثابة نزع ملكية هذه الشركة بصورة غير مباشرة[732].

2- التكريس القانوني للتدابير المماثلة لنزع الملكية

لقد أدرج القانون الاتفاقي والقانون الداخلي الصور التقليدية لنزع ملكية المستثمرين الأجانب بطريقة مباشرة، إلاّ أنّه لم يكتفيا بذلك، بل أضافا صورا أخرى تتمثل في إجراءات حديثة تلجأ الدولة إلى اتّخاذها بشكل غير مباشر، والتي تؤدي إلى نفس الأثر[733]، بمعنى حرمان المستثمر الأجنبي من أملاكه والتي تمّ تكريسها في مختلف الاتفاقيات الدولية المبرمة من طرف الجزائر، أو تلك المكرسة في القوانين الوطنية.

---

[731]- خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 83.

[732] -**LAVIEC Jean-pierre**, protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique, Graduate Institute Publications, Coll. International, Genève, 1985, p 166.

[733] – قبايلي طيب، "حماية الاستثمار من نزع الملكية والاستيلاء في القانون الجزائري"، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول الإطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في الجزائر: الفرص والتحدّيات، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، يومي 30 و31 جانفي 2018، ص 07. (غير منشورة).

أ- تنظيم التدابير المماثلة في القانون الاتفاقي :

لقد تضمّنت الاتفاقيات الدّولية أحكاماً قانونية مماثلة لتلك المنصوص عليها في قانون الاستثمار فيما يخص حماية ملكية المستثمر الأجنبي، غير أنّ هذه الاتفاقيات جاءت أكثر تفصيلاً و دقةً ولم تترك أي مجال دون تغطية، وقد نصّت على كل الإجراءات المماثلة لنزع الملكية المحتملة الوقوع.

أ1- على مستوى الاتفاقيات الثّنائية:

لا تتعامل اتفاقيات حماية الاستثمار الثنائية المصادق عليها من قبل الجزائر فقط مع التأميم والمصادرة وغيرها من الصور التقليدية الأخرى لنزع الملكية، بل تمتد إلى حماية الاستثمار ضد التدابير المماثلة، وعليه فقد نصّت كل الاتفاقيات الثّنائية المبرمة بين الدولة الجزائرية والدّول التي تتعامل معها اقتصاديا، على الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر منها:

الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا حيث جاء في المادة 04/2 على أنّه: " **لا يمكن أياّ من الدّولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية، التّأميم، الحجز، أو أي إجراء آخر يترتّب عليه نزع أو منع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...**"[734].

إضافة إلى الاتّفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا حيث نصت المادة 04 فقرة واحد على أنّه: "**لا يمكن أن تخضع استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى إجراء تأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء آخر مشابه مشار إليه مثل نزع الملكية...**" [735]

تجد كذلك الاتفاقية الثّنائية المبرمة بين الجزائر والنيجر حيث نصت المادة 04 منها على أنّه:"**لا يتّخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التّأميم، أو أيّة تدابير أخرى يترتب عليها تجريد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...**"[736].

---

[734]- الاتّفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول التّرقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقّع بالجزائر في 18 ماي 1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1991، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في06 أكتوبر1991.

[735]- الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144، مؤرّخ في 23 أفريل سنة 1996 ،ج ر ج ج، عدد 26، صادر في 24 أفريل 1996 .

من خلال الأحكام الواردة على سبيل الاستثناء في الاتّفاقيات أعلاه، نلاحظ أنّ هذه الأخيرة قد تضمّنت عبارة " **تدابير نزع الملكية، أو التّأميم أو أيّة تدابير أخرى، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة**" وعليه يمكن القول أنّ الاتّفاقيات الدّولية الثنائية قد نصّت بصريح العبارة على الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، ذلك أنها إجراءات يترتب عنها نفس الآثار الناتجة عن نزع الملكية بالمفهوم الكلاسيكي المتمثّل في المساس بملكية المستثمر الأجنبي، و من ثمة المساس بعقد الاستثمار الأجنبي .

أ 2- تكريس التدابير المماثلة في الاتفاقيات المتعددة الأطراف:

بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية التي تمّ إبرامها من طرف الجزائر والتي أدرجت التدابير المماثلة لنزع الملكية، فقد نصّت الاتفاقيات المتعددة الأطراف هي الأخرى عليها، نذكر منها الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، نصّت على منع هذه الإجراءات وتغطيتها في المادة 19 التي نصت على أنّه:" **يجوز للمؤسّسة أن تغطي...الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسارة المترتبة على... نزع الملكية والإجراءات المماثلة لها**" [737] .

تطرقت المادة أعلاه في الفقرة 2/أ إلى بعض التدابير المماثلة لنزع الملكية، نذكر من بينها فرض قيود على المستثمر الأجنبي من طرف الدولة المستقبلة للاستثمار، والتي من شأنها أن تعرقله عند تحويل سعر الصرف، بالإضافة إلى رفض الدولة المضيفة إدخال السلعة إلى إقليمها، واتّخاذها لإجراءات تشريعية أو إدارية يترتب عنها حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته لاستثماره.

كما تضمّنت الاتفاقية المنشئة للوكالة الدّولية لضمان الاستثمار أحكاما لحماية المستثمرين الأجانب من التدابير المماثلة حيث نصت المادة 11/2 منها على أنّه :"**يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصّالحة للضّمان ضدّ الخسارة المترتّبة على ...التّأميم و الإجراءات المماثلة** " [738].

---

[736]- الاتّفاق حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية وحكومة جمهورية النيجر، الموقّع بالجزائر في 16 مارس سنة 1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 2000-247، المؤرّخ في 22 أوت سنة 2000، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 23 أوت 2000.

[737]- خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 83.

[738]- الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، مؤرّخ في 30 أكتوبر 1995 ج ر ج ج عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.

ونجد توضيحا موسّعا للتدابير المماثلة لنزع الملكية من خلال الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة العربية لضمان الاستثمار[739] إذ تنص المادة 18/1 على ما يلي:" **يغطي التّأمين الّذي توفّره المؤسّسة لكل أو بعض الخسائر المترتّبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التّجارية التّالية:**

-اتّخاذ السّلطات العامة بالقطر المضيف بالذّات أو بالوساطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره على الأخص المصادرة و التأميم و فرض الحراسة، ونزع الملكية والاستيلاء الجبري، ومنع الدّائن من استفاء دينه أو التّصرّف فيه و تأجيل الوفاء بالدّين إلى أجل غير معقول"[740].

مما سبق يمكن القول أنّ كل التدابير الّتي تتّخذها الدولة لنزع الملكية سواءً بالطرق التقليدية أو الطرق المماثلة لها، والتي من شأنها المساس بالاستثمار الأجنبي، هي إجراءات قابلة للضمان والتعويض.

ب-التكريس القانوني للتدابير المماثلة في القانون الجزائري

نظّم المشرّع الجزائري التدابير المماثلة لنزع الملكية بموجب الاتّفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، حيث نصّ عليها صراحة، غير أنّه لم يقم بإدراجها بصفة مباشرة في قوانين الاستثمار، ذلك أنّه حتّى ولو تمّ تضمين هذه القوانين بنصوص تحظر التدابير المماثلة لنزع الملكية فهذا لا يعني حرمان الدولة من حقها في اللجوء إلى مثل هذه الإجراءات، باعتبار أن هذا الحق صفة من صفات السّيادة تتمتّع بها كل دولة على الأموال الموجودة داخل إقليمها لكن بشرط عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين والمستثمرين الأجانب والمساواة بينهم.

لكن باستقراء بعض النصوص التشريعية الجزائرية، نجد أنها تتضمن بعض الأحكام المبعثرة التي تشير إلى التدابير المماثلة بدون وضوح.

---

[739]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة لنبيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 71.

[740]- الاتّفاقية المتعلّقة بإنشاء المؤسّسة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليه بموجب الأمر رقم 72-16، مؤرّخ في 07 جوان 1972 ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 04 جويلية 1972.

بالرجوع إلى القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد أشار في نص المادة 184 منه[741]، إلى إجراء من إجراءات نزع الملكية والمتمثل في التدبير الذي من شأنه المساس بحرية تحويل رؤوس الأموال أو إعادة تحويل عوائد الاستثمار من وإلى الخارج، وتعتبر من بين التدابير التي من شأنها حرمان المستثمر من ملكيته بطريقة غير مباشرة.

استحدث المشرع تدبير آخر من التدابير المماثلة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدل للأمر 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار الملغى جزئيا، أين أدخل مادة جديدة هي المادة 4 مكرر ثلاثة[742]، حيث خوّل صراحة الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية في ممارسة حق الشفعة[743] على كل التنازلات عن الحصص الاجتماعية الّتي يقوم بها المستثمرين الأجانب، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنّ مضمون المادة السالفة الذكر تعتبر بمثابة انقلاب لما جاء في المادة 30 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[744]، التي تمنح بموجبها للمستثمر إمكانية نقل استثماره أو التنازل عنها للغير بكلّ حرّية.

---

[741] – أنظر المادة 184 من القانون رقم 90-10 مؤرّخ في 10 أفريل 1990، يتعلّق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990 (ملغى).

[742]– استحدثت لأول مرّة بموجب المادة 62 من الأمر رقم 09-01 المؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.(استدراك ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 13 سبتمبر 2009).

– ولقد عدلت المادة 4 مكرر3 على التوالي بموجب كل من :

– المادة 46 من الأمر رقم 10-01، المؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

– المادة 57 من الأمر رقم 13-08 المؤرّخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

[743]– يعرّف حق الشفعة على أنّه: "**حق قانوني أو تعاقدي، يمنح لبعض الأشخاص الخاصة أو العامة لغرض اكتساب ملكية بصفة أولوية عن أيّ شخص آخر، في الحالة التي يعلن فيها المالك عن رغبته في البيع**". **أنظر:**

-ABDOU.(M), « Le droit de préemption est-il vraiment une menace pour le climat des affaires en Algérie », El Watan, 05 janvier 2011. www.elwatan.com/

[744] – أنظر المادة 30 من الأمر رقم 01-03، المؤرّخ 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

كما يجب التنويه أنّه قد تمّ الإبقاء والتّأكيد على هذه الآلية من طرف المشرع الجزائري في القانون الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[745]، وذلك في المادة 30 منه والتي تنص على أنّه:

"**بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب**

تحدد كيفيات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم"

إنّ هذا التدبير يبدو للوهلة الأولى دون عواقب إلاّ أنّ ممارسته واقعيا يثير الكثير من الصعوبات. فتطبيق حقّ الشّفعة يؤدّي إلى تأخير عملية تحويل ملكية المؤسّسة مقارنة بتنازل تجاري عادي و هذا نظرا لثقل الإجراء الذي يمكن أن يستغرق شهوراً إن لم يكن سنوات[746]، كما يؤثّر من جانب آخر على ممارسة المالك للامتيازات المرتبطة بحق ملكيّة الاستثمار[747].

بالرغم من خطورة هذا الإجراء، إلاّ أنّ المشرع الجزائري تبنّاه في إطار قانون النقد والقرض عند تعديله في سنة 2010، حيث نصّ هذا الأخير على أنّه: "**تملك الدولة الحق في الشفعة على كل تنازل عن أسهم أو سندات مماثلة لكلّ بنك أو مؤسسة مالية**" كما يعتبر أنّ " **كل تنازل عن أسهم أو سندات**

---

[745] – تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع قد أكّد بصورة واضحة تمتع الدولة بحق الشفعة على كل الاستثمارات الأجنبية المراد التنازل عنها في الجزائر، غير أنّه في مقابل ذلك لم يخول هذا الحق لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية، كما فعل في إطار الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى جزئيا، مما يجعل هذه الآلية أقل شدّة على المستثمرين الأجانب، لذلك يعتبر هذا أمرا إيجابيا مقارنة بما كان عليه حق الشفعة. أنظر في ذلك:

– حساييني لامية، مرجع سابق، ص 223.

[746]. كما هو الحال بالنسبة لفرع "**جيزي**، **Djezzy**"، التّابع ل "ORASCOM TELECOM" المصرية، أين أعلنت الجزائر عن تمسّكها بحق الشفعة عليه، وعارضت بيع "جيزي" إلى متعامل آخر إذا لم يتم التّرخيص بذلك، ما أدى إلى تعطيل عملية تحويل الشّركة، بالتّالي وقعت خلافات بين كلا الطرفين على إثرها تمّ اللّجوء إلى إجراء التّحكيم .

للمزيد من التّفصيل أنظر:

- ROUMADI Melissa, « La procédure d'arbitrage lancée par Naguib Sawiris contre l'Algérie vient de commencer », El watan, 21 avril 2013, www.elwatan.com/economie/.

[747]- ZOUAIMIA **Rachid**, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », RASJEP, faculté de droit, université d'Alger, N° 02, 2011, p p1-20.

مشابهة، لم يتم على مستوى التّراب الوطني وطبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، لاغيا وعديم الأثر"[748].

كما تمّت الإشارة إلى التدابير المماثلة من خلال الأمر رقم 03-04 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، وذلك في نص المادة 11 منه التي تنص على أنّه:

تتمثل التدابير الوقائية في التوقيف الجزئي أو الكلي للامتيازات و/أو الالتزامات وتأخذ شكل تقييدات كمية عند الاستيراد أو رفع لنسب الحقوق الجمركية"[749].

في ذات السياق، فقد وردت بعض الأحكام في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة التي تمنع بعض أنواع التدابير المماثلة، حيث جاء في المادة 04 منه على أنّه:

"**تحدد بصفة حرّة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قانون المنافسة**

غير أنّه يمكن أن تقيّد الدولة المبدأ العام لحرّية الأسعار..."[750].

---

[748] – أنظر الفقرتين 5 و3 على الترتيب من المادة 94 من الأمر 03-11 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 09-01 المؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10-04 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010، والقانون رقم 16-14 المؤرّخ في 28 ديسمبر سنة 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر ج ج، عدد 77، صادر في 29 ديسمبر 2016.

[749] – أمر رقم 03-04، مؤرّخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلّق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 15-15 المؤرّخ في 15 جويلية سنة 2015، ج ر ج ج، عدد 41، صادر في 29 جويلية 2015.

[750] – أمر رقم 03-03، مؤرّخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ج ج، عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 18 أوت 2010، متمم بموجب القانون رقم 17-11، المؤرّخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 28 ديسمبر 2017.

– الجدير بالذكر أنّ هناك تدابير أخرى محظورة بموجب قانون المنافسة، والتي يمكن أن نستخلصها انطلاقا من نص المادة 15 و16 من نفس الأمر.

وتضيف المادة 07 من نفس الأمر على أنّه:

"**يحظر كل تعسّف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد:**

- **الحد من الدخول في السوق أو ممارسة النشاطات التجارية فيها**
- **تقليص أو مراقبة الانتاج أو منافذ التسويق أو الاستثمارات أو التطور التقني...**"

يتبن من خلال المادتين 04 و07 أعلاه أن المشرع قد حظر بعض أنواع التدابير المماثلة التي من شأنها الحد من حرية المستثمر الأجنبي في المنافسة، وتحول دون صموده في السوق، مما يدفعه للانسحاب بطريقة غير مباشرة ومتطورة[751].

الفرع الثاني

شروط أخذ الدولة لملكية المستثمر الأجنبي

لقد استقر العمل الدولي على إقرار حق الدولة في أخد ملكية المال الأجنبي الموجود داخل إقليمها، بما لها من حق السيادة[752]. غير أنّ ذلك لا يعني أنّ حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي هو حقا مطلقا، وإنّما يجب أن يكون استنادا إلى مجموعة من الشروط والضوابط ليصبح تدبير نزع الملكية مشروعا.

ولقد أورد الفقه الدولي قيودا على اتخاذ الدولة لأي تدبير من تدابير نزع الملكية في مواجهة الاستثمارات الأجنبية تتمثل أساسا في أن يكون الهدف من اتخاذ إجراء نزع الملكية من قبل الدولة هو تحقيق المنفعة العامة (أولا)، عدم مخالفة مبدأ عدم المساواة وعدم التمييز بين المستثمرين (ثانيا)، واحترام الدولة التزاماتها الخاصة (ثالثا)، بالإضافة إلى التقيّد بمبدأ الالتزام بالتعويض(رابعا).

---

[751] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 76.

[752] – قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتّفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص 264.

أولا: تحقيق المنفعة العامة

تعتبر المصلحة العمومية من أهم القيود التي تهدف إلى حماية رؤوس الأموال الخاصة داخل إقليم الدولة المستقبلة للاستثمار، ولقد أصبح هذا الشرط قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، حيث أقرّت به العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات. ويقصد بالمنفعة العمومية مجموع العمليات التي تستجيب لحاجات البلاد التي تتعلق بالصالح العام وبالاقتصاد الوطني بصفة عامة[753].

وبالتالي تعتبر المصلحة العامة شرطا أساسيا لاستيلاء الدولة على الاستثمارات الأجنبية، بمعنى أنّه إذا كانت الإجراءات المتخذة من طرف الدولة المضيفة ترمي إلى الإضرار بمصالح وحقوق المستثمرين، ففي هذه الحالة تعتبر هذه الإجراءات معيبة وغير مشروعة.

وباعتبار أنّ هذا الشرط يمثل أحد دعائم حماية أموال المستثمرين، فقد كرّسه المشرع الجزائري في المادة 02 فقرة 02 من القانون 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية والتي تنص على أنّه:

"... **لا يكون نزع الملكية ممكنا إلاّ إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير، التهيئة العمرانية والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات متعددة الأطراف ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة**" .

كما أكّدت جل الاتفاقيات الدولية في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات المبرمة من طرف الجزائر على أنّ شرط المنفعة العامة قاعدة جوهرية لشرعية إجراءات نزع الملكية المتخذة من طرف الدولة المضيفة للاستيلاء على ملكية المستثمرين الأجانب[754].

---

[753] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 82.

[754] – أنظر في ذلك:

– المادة 02/04 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع عليه في الدوحة، بتاريخ 24 أكتوبر 1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-229، مؤرّخ في 23 جوان 1997، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 25 جوان سنة 1997.

ثانيا: احترام مبدأ عدم التمييز

يعتبر مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين الوطنيين والأجانب عند إجراء نزع الملكية من بين أهم المبادئ المكرّسة في قواعد القانون الدولي، والغرض منه محاولة حماية الاستثمارات الأجنبية وتوسيع مجال المسؤولية الدولية للدول المضيفة[755].

يقضي مضمون مبدأ التمييز المطبق بين المستثمرين، بامتناع الدولة عن اتخاذ أيّ إجراء يمسّ الملكية سواءً عن طريق الاستيلاء أو التأميم أو أيّة تدابير مماثلة على نحو يجعل الصفة الأجنبية المبرر الوحيد لاتخاذها هذه الإجراءات[756].

وباعتبار أنّ الجزائر دولة مضيفة للاستثمارات فقد تمّ التأكيد على شرط عدم التمييز من طرف المشرع الجزائري في المادة 29 من الدستور[757]، حيث تمتنع الدولة المضيفة على اتخاذ إجراءات التمييز مهما كان نوعه بين المستثمرين الأجانب والوطنيين، كما قام المشرع الجزائري بإضفاء الطابع الدولي على مبدأ التمييز وذلك بإقراره لضمان المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات من خلال إصداره للقانون

– المادة 05 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع في تونس، بتاريخ 16 أفريل 2006، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06–404، مؤرّخ في 14 نوفمبر 2006 ، ج ر ج ج، عدد 73، صادر في 19 نوفمبر سنة 2006.

– المادة 1/15/أ من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية سنة 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90–420 مؤرّخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 25 جوان 1997.

[755] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 289.

[756] – والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 186.

[757] – أنظر المادة 29 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 96–438 المؤرّخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 07 ديسمبر 1996، والمعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 02–03 المؤرّخ في 10 أفريل سنة 2002، ج ر ج ج، عدد 25 صادر في 24 أفريل 2002، والقانون رقم 08–19 المؤرّخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج ر ج ج، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16–01 المؤرّخ في 06 مارس سنة 2016، ج ر ج ج، عدد 14، صادر في 07 مارس 2016، (استدراك في ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 03 أوت 2016).

16-09 المتعلق بترقية الاستثمارات[758]، كما كُرّس شرط عدم التمييز في معظم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بترقية وحماية الاستثمارات المبرمة من طرف الدولة الجزائرية والدول الأخرى.[759]

إلى جانب ذلك فقد أقرت الجزائر هذا المبدأ في بعض العقود التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر، اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (A.D. S) حيث تنص المادة 16 فقرة 02 على أنه: "**تتعهد الدولة الجزائرية بعدم اتّخاذ أي إجراء تمييزي وعدم المشاركة في أيّ قرار تمييزي ضدّ شركة المشروع و/أو ضدّ مساهميها، بالنسبة لشركات أخرى جزائرية أو أجنبية، وهذا طبقا للمادة 14 من الأمر 01-03 المذكور آنفا**".

وبصفة عامة في حالة لجوء الدولة المضيفة للاستثمار إلى اتخاذ إجراءات نزع الملكية، أو أيّة تدابير أخرى مماثلة يجب عليها أن تقوم بذلك في مواجهة جميع الاستثمارات ذات الطبيعة الواحدة دون استثناء أي مجموعة بسبب جنسيتها[760]. ويمكن التحقق من شرط عدم التمييز بإثبات إجراء حرمان المستثمرين من ملكيتهم قد اتخذ أم لا كوسيلة لاضطهاد مستثمر معين بسبب جنسيته أو لأي سبب

---

[758] – تنص المادة 21 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي:
"**مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم**".

[759] – المادة 04 فقرة 1 من الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في براغ، في 22 سبتمبر سنة 2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرّخ في 07 أفريل 2002، ج ر ج ج، عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002.
– المادة 04 من الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 20 فيفري سنة 2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-205 مؤرّخ في23 جويلية سنة 2001، ج ر ج ج، عدد 41، صادر في 29 جويلية 2001.

[760] – تمّ إقرار هذا المبدأ ضمن ما قضت به محكمة العدل الدولية في دعوى CHINN Oscar، أين أقرّت أن:
"**صورة التفرقة الممنوعة هي التفرقة على أساس الجنسية والتي تتضمن معاملة مختلفة بسبب الجنسية بين أشخاص إلى مجموعات وطنية مختلفة**". نقلا عن:
– قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 77.

سياسي آخر أو بإثبات عدم وجود سبب موضوعي يدعو إلى معاملته معاملة مختلفة[761].

ثالثا: شرط دفع التعويض

يقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار في حالة قيامها بإنهاء عقد الاستثمار الأجنبي بسبب الاستيلاء على الاستثمارات الأجنبية سواءً عن طريق نزع الملكية أو أي إجراء آخر يماثله، الالتزام بتعويض المستثمر عن كل ما لحق به من ضرر.

1- إقرار مبدأ التعويض

يعتبر الالتزام بأداء التعويض المستحق للمستثمر عند قيام الدولة بإجراءات نزع الملكية من المبادئ الأساسية المعترف بها في الأنظمة القانونية الدولية، بحيث لا يمكن للدولة الامتناع عن أدائه وإلاّ اعتبر الاستيلاء تصرفا غير مشروع وبالتالي الإخلال بقواعد القانون الدولي.

ولعل ما يؤكد الاعتراف الدولي بمبدأ التعويض، العدد الهائل من الاتفاقيات الدولية التي أشارت إلى مسألة التعويض، التي أكّدت على أنّ المستثمر الأجنبي يجب أن يقدم له تعويض عن أي إجراء يؤدي إلى المساس بملكيته وعرقلة حرية التصرف في ممتلكاته.[762]

ونظرا للأهمية التي يكتسيها التعويض في الحماية المقدمة للاستثمار، بحيث يشكل ضمانا قانونيا ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمرين الأجانب، وبالتالي وسيلة لتشجيع وتفعيل الاستثمارات، فقد عمدت معظم البلدان النامية وعلى رأسها الجزائر على حماية هذا المبدأ في قوانينها الداخلية الممثلة في مختلف الدساتير بالإضافة إلى القوانين المتعلقة بالاستثمار[763] .

---

[761] – قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، مرجع سابق، ص 270.

[762] – مرجع نفسه، ص 273.

[763] – أنظر المادة 23 فقرة 02 من القانون رقم 16-09 المؤرّخ في 03 أوت 2016، يتعلّق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

2-أوصاف التعويض

إنّ الدولة التي تقوم بأحد تدابير نزع الملكية على ملكية المستثمرين الأجانب ملزمة بأداء تعويض مقابل هذا التدبير السالب للملكية تأسيسا على أنّه حق مقرر في قواعد القانون العام والقانون الدولي[764]، وعموما يشترط في هذا التعويض أن يكون عادلا، غير أنّه ثار جدال بين الفقه والقضاء حول مفهوم التعويض العادل، إلاّ أنّه في نهاية المطاف خلصا إلى أنّه لاعتبار التعويض عادلا يجب أن يحتوي على مواصفات تتمثل في: الملائمة، الفورية، والفعّالية.

أ- التعويض الملائم

يرى البعض أنّ التعويض الملائم هو التعويض الشامل الّذي يغطي الخسارة الفعلية، والّذي يتمّ تحديده على أساس السعر السائد مع الأخذ بعين الاعتبار الأضرار غير مباشرة اللاحقة بالطرف المتضرر والفوائد المتحصل عليها، بالإضافة إلى ما فات المستثمر من كسب للأرباح المحتملة[765]، وعموما يكون التعويض ملائما وفقا لقواعد القانون الدولي إذا كان يغطي القيمة التجارية أو الحقيقية للاستثمار والمحددة على أساس طرق موضوعية[766] وهو ما تمّ العمل به في قضية (liamco) وتمّ التأكيد عليه من طرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCDE)، في مشروعها حول الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات (AMI) بحيث أكد على أنّ التعويض الملائم يجب أن يكون محدد على أساس القيمة التجارية المنصفة قبل إجراء نزع الملكية[767].

---

[764] – قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 80.

[765] – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 69.

[766] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 337.

[767] – لقد ورد في الوثيقة الصادرة عن الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات(AMI) ما يلي:

« L'indemnité équivaut à la valeur loyale et marchande de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement l'expropriation. La valeur loyale et marchande ne tient pas compte de toute modification de la valeur du fait que l'expropriation a été rendue publique antérieurement ». Voir : L'accord Multilatéral sur L'investissement, Projet de texte consolide, OCDE, 1998, disponible sur le site : http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf , Consulté le 25/12/2018.

ب-التعويض الفوري:

تقتضي الصفة الفورية في التعويض أن يتم دفعه للمستثمر بمجرّد حرمانه وتجريده من المشروع الاستثماري، وفي حالة التأخّر يجب أن يكون التعويض مصحوبا بفائدة عن التأخير[768].

وفي هذا الإطار، تضمنت الاتفاقيات الدولية بعض الأحكام التي تقضي بإلزامية الأطراف بالدفع الفوري للتعويضات، كتلك الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر واليمن التي تنص في مادتها التاسعة على أنّه:

"**يحدد مبلغ وكيفية دفع هذا التعويض في أقصى حد من تاريخ نزع الملكية ويجب أن يدفع هذا التعويض بدون تأخر وأن يكون قابلا للتحويل بكل حرّية. في حالة التأخر في التسديد، تدفع فوائد من تاريخ الاستحقاق إلى غاية تاريخ الدفع الفعلي وفقا للقوانين السارية في البلدين**"[769] .

ج- التعويض الفعال

يستوجب التعويض الفعال أن يكون ذات قيمة اقتصادية مادية أو معنوية حقيقية، بحيث يستطيع المستثمر الأجنبي الاستفادة منها، وعلى هذا الأساس يكون التعويض فعالا إذا تم تسديده بالقيمة التي تكون لها قيمة اقتصادية فعلية من خلال دفعه نقدا بالعملة الصعبة القابلة للتحويل .

كما ينبغي التذكير به أنّ أوصاف التعويض الّتي تتمسك بها الدول المتقدمة (الملائم، الفوري، والفعّال)، قد لقي انتقادات شديدة من طرف بعض الفقه نظرا لكونه انعكاس واضح لمركز وسيطرة هذه الدول[770]، لذلك ظهرت قاعدة دولية جديدة نادت بها الدول النامية وهو التعويض المناسب[771]، الّذي

---

[768] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 227.

[769] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بصنعاء بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1999، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-211، المؤرّخ في 23 جويلية سنة 2001، ج ر ج ج، عدد 42، صادر في01 أوت 2001.

[770] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 231

[771] – أكّدت ممارسة المحاكم الدولية أنّ قاعدة التعويض المناسب هي قاعدة عرفية دولية، منها قضية LIAMCO، لسنة 1977. أنظر في ذلك:

- RAMBAUD Patrick, « Les suites d'un différend pétrolier : L'affaire Liamco devant le juge français », Annuaire Français de Droit International, Ed/ CRNS, vol 25, 1977, p 822.

يشمل القيمة الحقيقية للاستثمار في السوق، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تمّ فيها التأميم أو نزع الملكية، ويجب أن يستعمل هذا التعويض عندما يكون الهدف من نزع الملكية هو تحقيق إصلاحات اقتصادية واجتماعية وإعادة الهيكلة الاقتصادية بصفة جذرية[772].

رابعا: احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة

يعتبرّ مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة، من المبادئ المستقرّة في القانون الدولي العام، الذي يضمن حسن سير واستمرار التعاملات الدولية، ومفاده أن تتقيّد الدولة بما تعهدت به من التزام حيال الدول[773] ، وضرورة الحرص على تنفيذها، وهو ما يعتبر بمثابة قيد آخر يحدّ من حرية هذه الدولة في ممارسة حقها السيادي في اتّخاذ أي إجراء يرمي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته[774]. وتكون هذه الالتزامات ناتجة عن تصرفات انفرادية للدولة المضيفة سواء بنص وارد في قانون الاستثمار أو تصريحات وإعلانات رسمية للسلطات العليا للدولة.

فإذا التزمت الدولة بموجب معاهدة دولية بالامتناع عن المساس بالمشروعات الأجنبية كعدم تأميمها، فإنها إذا أخلت بعد ذلك، وقامت بتأميمها، ما لم توجد ظروف رغما عنها جعلتها تتحلل من التزامها[775]، يعتبر تصرفها في هذه الحالة غير مشروع وتكون مسؤولة وفقا للقانون الدولي.

إنّ تطبيق مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة يضمن للمستثمر الأجنبي حماية فعلية من مخاطر الإخلال بالالتزامات التي تقع على عاتق الدولة المضيفة[776]، ولقد أقرّت معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار المبرمة من طرف الجزائر بضرورة احترام هذا المبدأ وعدم مخالفته[777].

Disponible sur le site : http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1979_num_25_1_2191. Consulté le 28/12/2018.

[772] – عيبوط محند وعلي،الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 341.

[773]– والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 188 .

[774] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 126.

[775] – كمال سمية، مرجع سابق، ص 152.

[776] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 128.

إلى جانب الشروط التي ذكرناها آنفا، يجب على الدولة المضيفة للاستثمار إتباع إجراءات شكلية أخرى والتي تعتبر إلزامية، وهي ضرورة إصدار قرار نزع الملكية وفقا للإجراءات والضمانات القانونية الواردة في القانون الداخلي للدولة المضيفة[778]، والغرض من ذلك هو تمكين المستثمر من القيام بإجراءات الطعن الداخلية للدفاع عن مصالحه[779]، وبالتالي فهي ضمانة أساسية للمستثمر.

المطلب الثاني

مخاطر غير تجارية أخرى تواجه العلاقة التعاقدية

تواجه الاستثمارات الأجنبية العديد من المخاطر السياسية بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والإجراءات الجديدة التي تتسبب بالمساس بمشروعه الاستثماري ومصالحه، وتعتبر هذه المخاطر من بين المخاطر المهمة التي تهدد المستثمر الأجنبي في ملكيته وتنفر المستثمرين الوطنيين والأجانب على حد سواء، مما يجعلهم يترددون على الإقدام على إدخال رؤوس أموالهم وأصول استثماراهم (الفرع الأول).

كما أنّ هناك مخاطر أخرى تمسّ العمليات المالية، كتحويل الأموال، حيث تقوم السلطات العامة بتشديد الرقابة على المستثمر الأجنبي من خلال فرض قيود على تحويل العملة الصعبة على المستثمر الأجنبي(الفرع الثاني)، بالإضافة إلى خطر الإخلال بالعقد (الفرع الثالث).

---

[777] – أنظر على سبيل المثال : المادة 10 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1991، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 06 أكتوبر 1991.

[778] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 218.

[779] – لمزيد من التفاصيل أنظر: عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 292-293.

الفرع الأول

مخاطر ذات طابع سياسي

تتميّز عقود الاستثمار الأجنبي بطول مدّتها لذلك فهي معرضة لعدة مخاطر قد تكون تجارية وقد تكون غير تجارية، فإذا كانت الدولة المضيفة ليست مسؤولة عن المخاطر التجارية باعتبارها من خصوصيات الاستثمار، فإنها مسؤولة عن المخاطر غير التجارية المترتبة عن المخاطر ذات الطابع السياسي[780].

تعدّ المخاطر السياسية من بين أهم العوائق التي تحول دون تدفق الاستثمارات الأجنبية من جانب، وأمام تحقيق التنمية والإصلاحات الاقتصادية في الدولة المضيفة من جانب آخر، بحيث أنّه كلما كان الواقع السياسي مستقرا كلما كانت فرص الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين الدول كبيرة ، لذلك فإن الاستقرار السياسي في الدولة المضيفة، يعد عاملا فعالا في تشجيع الاستثمار الأجنبي على القدوم والمساهمة في تنمية اقتصاد الدول المضيفة[781] .

وعلى هذا الأساس سنحاول التطرق إلى المقصود بالمخاطر السياسية (أولا)، ثم تبيان أنواع هذه المخاطر التي يواجهها المستثمر الأجنبي (ثانيا).

أولا: المقصود بالمخاطر ذات طابع السياسي

يعتبر الخطر السياسي أحد أهم المخاطر التي تجعل المستثمر الأجنبي يتردد في الإقبال على الاستثمار في الدول المضيفة ، فهو يشمل الإجراءات التي تتخذها الدولة أو السلطة العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواءً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، مما يؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار و منافعه والذي يرجع السبب الأساسي إلى المخاطر السياسية و

---

[780] – بزاز الوليد، "آليات القانون الدولي لحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 11، 2018، ص 473.

[781] – دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 83.

إلى تعارض الأهداف بين الاستثمارات الأجنبية الخاصة و بين أهداف الإدارة العليا و تطلعات و سياسات الدولة المضيفة[782] .

يعتمد البعض في تعريف الخطر السياسي على معيار تدخل الحكومة يعرفها على أنها "تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة الضيفة للاستثمار سواء بطريق مباشر أو غير مباشر,ويكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه".[783]

انطلاقا مما سبق ما يمكن استخلاصه هو أنّه يخرج من نطاق مفهوم الخطر السياسي الثورات والحروب والاضطرابات المدنية وتغير قيمة العملة وتقلبها، فهي ليست بمثابة إجراءات تتخذها الدولة المضيفة بنفسها، وإما هي خارجة عن إرادة الدولة المضيفة للاستثمار، ذلك أنّها ليست من أعمال السيادة إلاّ أنّ عامل تخفيض العملة ليس خاضع دائما لاعتبارات موضوعية، اقتصادية، بل هو عبارة عن قرار سياسي تلجأ إليه الدولة المضيفة للحد من خروج رؤوس الأموال.

ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى الخطر السياسي من خلال نص المادة 12 من الأمر رقم 82-12 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير بأنه: " **وجوب صدور التصرف عن الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نتيجة قرار تتخذه أو نتيجة حرب أو ثورة أو أعمال شغب، وغيرها من الوقائع المماثلة وقعت في البلد المضيف.**".

نستنتج مما سبق أن الخطر السياسي يقوم على توفر عنصرين هما : وجود حدث ناتج عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المتعاقدة والتسبب في المساس بمصالح المستثمر.

ثانيا: أنواع المخاطر السياسية

من بين أهم المخاطر التي تسبب نفور المستثمرين الأجانب المخاطر السياسية، وتتنوع المخاطر السياسية بين عدم الاستقرار السياسي والحروب الأهلية والدولية بالإضافة إلى الاضطرابات المدنية والعقوبات الدولية.

---

[782] – بوسهوة نور الدين، مرجع سابق، ص 64.

[783] – بزاز الوليد، مرجع سابق، ص 447.

1- الحروب الأهلية والدولية:

تعدّ الحروب من بين أهم المخاطر التي تواجه المستثمر، سواء في ماله أو مشروعه أو في قدراته إلى غير ذلك من المخاطر التي قد تصيبه في حالة الحرب، وذلك سواء كانت حرب أهلية أو دولية[784].

ويقصد بخطر الحرب الثورات والتمرّد والانقلابات وما يماثلها من الأحداث السياسية التي تتّسم بخروجها عن سيطرة الدولة المضيفة، ويقصد بالثورات حالة من الصراع تمتد إلى نطاق واسع تنتهي إمّا بانقلاب أو عصيان عام أو حرب أهلية، وفي هذه الأثناء قد يقع الإرهاب الداخلي أو المحلي كعمل من أعمال الثورة أو التمرّد، ويدخل في نطاقه كل الأحداث التي لها أصل سياسي مثل الثورة، الفتنة، الانقلاب السياسي كالشغب، التخريب، التمرّد وكل عمل عسكري...[785]

الحرب الأهلية عبارة عن نزاع بين فصائل وطنية تكون إحداهما على الأقل غير خاضعة لرقابة السلطة الشرعية ويترتب عنها مساسا بحياة الأشخاص والممتلكات، في غالب الأحيان تقسيم الإقليم إلى مناطق سيطرة أو محررة، و ذلك لأسباب داخلية (سياسية أو دينية أو عرقية...)[786]

وتكون الحرب دولية إذا حدثت بين دولتين أو أكثر، وأهلية إذا حدثت بين المجموعات المسلحة والحكومة أو بين المجموعات المسلحة فيما بينها[787].

إن الحروب بصفة عامة لها آثار سلبية على اقتصاد الدولة المتعرضة لها، فالمستثمر في وقت الحروب يضلّ مبتعدا عن المناطق المتوترة خوفا من تعرض ممتلكاته، وهو الأمر الذي قد يؤدي به إلى

---

[784] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 145

[785]– عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 185.

[786] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 175-176.

[787] – مرجع نفسه، ص 175.

سحب وتصفية مشاريعه الاستثمارية المتواجدة في تلك البلد فإن الدول تسعى جاهدة من أجل توفير مناخ استثماري ملائم لاستقطاب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات الأجنبية لتوفير الربح[788].

وهو ما ذهبت إليه الدولة الجزائرية بتكريسها مبدأ التعويض عن الخسائر الناجمة عن الحروب والاضطرابات الداخلية وذلك بإدراج بنود في تعهداتها الدولية.

2- الاضطرابات المدنية:

تدخل ضمن الاضطرابات المدنية كل أعمال التخريب و العنف المنظمة والموجهة ضد الحكم والتي لها هدف أساسي وهو الإطاحة بالنظام السياسي، ومن بين هذه الأعمال العصيان المدني والانقلابات، والثورات كما تخرج من نطاق هذا الخطر المؤهل للضمان، الحوادث والأعمال التي يقوم بها العمال داخل المشروع المستفيد من الضمان، والتي يكون هدفها الدفاع عن المصالح الخاصة للعمال[789].

كما يقصد بالاضطرابات المدنية الأعمال التخريبية الموجهة ضد الحكومة والهدف منها تحقيق أهداف سياسية أو إيديولوجية من خلال معارضة السلطة المحلية، وتشمل الفتن وأعمال العنف والأعمال التخريبية والانقلابات والثورات[790].

إن الاضطرابات المدنية لها تأثير سلبي على ملكية المستثمر حيث تتحمل الدولة الأضرار والخسائر الناجمة عن هذه الاضطرابات المدنية وذلك استنادا إلى مبدأ القيادة الشاملة على كل التراب الوطني المعمول به في القانون الدولي، حيث نجد الدولة ملزمة بحماية الأجانب وأملاكهم، وأي إخلال بهذا الواجب يترتب عنه مسؤولية مباشرة[791].

---

[788] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية، ص 140.

[789] – أيت شعلال وردية، مرجع سابق، ص 104

[790] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 177.

[791] – مرجع نفسه ، ص 107.

إنّ مثل هذه المظاهر التي تدخل في نطاق الاضطرابات المدنية هي مظاهر توصف بها غالبا الدول النامية ويعود سبب ذلك إلى عاملين رئيسيين هما حداثة المؤسسات الاقتصادية والسياسية، وعدم التجانس في التركيبات الاجتماعية والاقتصادية لمختلف الفئات الاجتماعية[792].

3- العقوبات الاقتصادية الدولية

بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة فإن من صلاحية مجلس الأمن اتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة من أجل استتباب الأمن في العالم وذلك في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان.[793]

وتختلف أشكال العقوبات باختلاف نوع مخالفة الدولة للقانون الدولي ومن بين أهم أنواع العقوبات التي تفرضها الدولة المستقطبة للاستثمارات الاقتصادية، المقاطعة الاقتصادية، الحصار الاقتصادي، إنهاء العلاقة الاقتصادية دون مبرر شرعي.

4- عدم الاستقرار السياسي:

يلعب الاستقرار السياسي في أي دولة دور كبير في جلب الاستثمارات الأجنبية لذلك فإن انتقال السلطة بسلاسة وبصفة ديمقراطية بين الأحزاب في الدولة يبعد هاجس الخوف عن المستثمرين ويبعث فيهم الطمأنينة على مشاريعهم[794].

إذا كان التغيير في نظام الحكم لا يمس بصفة مباشرة بالمصالح المادية للاستثمارات الأجنبية فإنه يخلق لدى المستثمرين نوع من الشكوك لأنه غالبا ما تتبعه قرارات إدارية هامة تؤثر على سير الوضع الاقتصادي للبلاد بصفة عامة إذ تمس بمجالات هامة مثل: تحويل رؤوس الأموال والقيود الإدارية ومنافسة القطاع العام ورقابة الأسعار والقيود على الاستيراد والتصدير. إن الإجراءات الإدارية والمالية

---

[792] – كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 66.

[793] – – بزاز الوليد، مرجع سابق، ص 476.

[794] – مرجع نفسه، ص 475.

والتجارية الناتجة عن التغيير في نظام الحكم تمس بمصالح المستثمرين لأنها تؤثر على السير العادي لمؤسساتهم[795].

ويعد عدم الاستقرار السياسي من أهم العوائق و الحواجز التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي مما يجعله ينفر من الاستثمار من ذلك البلد، حيث يعتبر عنصرا رئيسيا في اتخاذ هذا القرار ذلك أن المستثمر يبحث عن الربح لذلك لن يجازف أو يخاطر بنقل رؤوس أماله إلى دولة لا يسودها الأمان واستقرار الأوضاع السياسية فيها.

ولعل التجربة التي مرت بها الدولة الجزائرية خلال فترة التسعينات خير دليل على تأثير استقرار الوضع السياسي على تدفق الاستثمارات الأجنبية، حيث عرفت الجزائر وضعية سياسية وأمنية متدهورة ،مما جعل المستثمر الأجنبي يتردد في الاستثمار فيها ذلك أنّه يبحث عن الاستقرار والأمان في البلد المضيف.

الفرع الثاني

خطر عدم التحويل

تضطرّ الدول المضيفة على إقرار العديد من الضمانات ضدّ مختلف المخاطر المتمثلة في إجراءات الاستيلاء على رؤوس الأموال المستثمرين الأجانب، وتأتي في مقدمتها ضمانة التحويل التي من شأنها تعزيز ثقة المستثمرين وحثهم على توظيف أموالهم فيها.

غير أنّه في مقابل ذلك تلجأ الدول المضيفة إلى اتباع سياسة الرقابة على الصرف قصد المحافظة عليه لتفادي الآثار السلبية والمشاكل المالية الناتجة عن ذلك، غير أنّه من وجهة نظر المستثمر الأجنبي تعتبر بمثابة تقييد لحقّه في التصرف في أمواله، كما تشكل عائقا أمام تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، مما يستدعي الأمر التوفيق والتوازن بين المصالح المتعارضة.

يعتبر خطر التحويل من بين أهم الإجراءات الماسة بملكية المستثمر والتي تصنف على أنها من المخاطر غير التجارية ذات طابع سياسي، وعلى هذا الأساس سنحاول التطرق إلى المقصود

[795] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 175.

بخطر التحويل (أولا) ، تبيان الصور التي يتحقق من خلاله (ثانيا)، ومن ثمّ عملة التحويل وآجاله (ثالثا).

أولا: المقصود بخطر عدم التحويل

يتمثل خطر عدم التحويل في الإجراءات التي تتخذها الدولة بعد إنجاز المشروع، والتي من شأنها التقييد من تحويل العملة الوطنية إلى عملة صعبة أو تحويل العملة إلى خارج الوطن وذلك لأسباب سياسية أو لصعوبات اقتصادية، أو إجراءات تشريعية وإدارية ، وفي هذه الحالة يجب المساس بحقوق المستثمر وإلحاق أضرار وخسائر معتبرة بمشروعه، وتستبعد من نطاق خطر العجز عن التحويل إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه باعتباره من المخاطر التجارية العادية، لكن في هذا الصدد لا تهم طبيعة الإجراءات المتخذة إذ يكفي التقييد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره أو عوائده[796].

كما يقصد بخطر التحويل قيام الدولة المضيفة بفرض قيود تحول دون التحويل الخارجي للعملة القابلة للتحويل الحر، أو عملة أخرى مقبولة للمستفيد من الضمان، ومن ثم تشلّ قدرة هذا الأخير في تحويل أصل استثماره ونتائج تصفيته إلى الخارج.[797]

ومما لا ريب فيه أنّ المستثمر الأجنبي لا يقوم بالاستثمار في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي تنتمي إليها، إلاّ إذا كانت الظروف والقوانين في الدولة المضيفة ملائمة وتسمح له بذلك[798]، وعليه إنّ تمكين المستثمر الأجنبي بتحويل أصل الاستثمار ومردوداته إلى الخارج دون قيد يؤدي إلى عجز المستثمر أو نقص قدرته على ذلك، يعتبر بمثابة عامل أساسيي لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية باعتبار أنه يضمن له تحويل رؤوس أمواله المستثمرة.

وعلى هذا الأساس فقد قامت الكثير من الدول بتكريس مبدأ حرية التحويل في قوانينها لاعتباره وسيلة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، من بينها الجزائر حيث كرّس المشرع الجزائري ضمانة حرّية إعادة

---

[796] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 183–184.

[797] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص177.

[798] - ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers en Algérie », Op. Cit, p 574.

تحويل الأموال إلى الخارج في نص المادة 25 من القانون رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار[799] والتي تنص على أنّه:

"تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرّة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام، ويتمّ التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

كما تقبل كحصص خارجية، إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها طبقا للتشريع المعمول بهما.

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

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

من خلال نص المادة أعلاه يتضح لنا رأس المال القابل لإعادة التحويل هو ذلك الناتج عن الاستثمار المنجز من حصص نقدية مستوردة قانونا بعملة حرّة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام أو حصص عينية ذات مصدر أجنبي تكون محل تقييم طبقا للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات[800].

---

[799]- المادة 25، من قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق

[800] - أنظر في ذلك: المواد من 544 إلى 550 من الأمر رقم 75-59، المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz

ويشترط في هذه الحصص سواء النقدية منها أو العينية أن تكون قيمتها تساوي أو تفوق الأسقف الدنيا التي تحدد وفق التكلفة الكلية للمشروع[801].

إلاّ أنّه بالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 16-09 التي تنص على أنّه :" **بغضّ النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية من قبل أو لفائدة الأجانب**". وعليه فحق الشفعة يسمح للدولة باستعادة المشاريع التي يرغب بتحويلها إلى طرف آخر.

مما سبق يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري قد حرص على تشجيع وحماية المستثمرين الأجانب، فكرّس مبدأ حرّية التحويل، غير أنّه بالتمعن في المادة 30 أعلاه، نلاحظ أنّه قد تراجع في السياسة المتبعة في هذا المجال، حيث قيّد من حرية المستثمر الأجنبي في إعادة تحويل الأموال إلى الخارج، وهو ما يعد بمثابة انتهاك الدولة لالتزاماتها الدولية.

---

[801] – ولقد تمّ التأكيد على هذا الأمر المرسوم تنفيذي رقم 17-101، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يحدد القوائم السلبية والمبالغ للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.حيث تنص المادة 16 منه على أنّه:

"**تحدد الأسقف الدنيا المنصوص عليها في المادة 25 من القانون رقم 16- 09، من أجل الاستفادة من ضمان التحويل، المحسوبة على شرائح على أساس حصة التمويل الواقعة على عاتق المساهم الأجنبي في التكلفة الإجمالية للاستثمار، كالآتي:**

- **30 % عندما يكون مبلغ الاستثمار أقل من 100.000.000 دج،**
- **15 % عندما يكون مبلغ الاستثمار أكبر من100.000.000 دج، , أقل أو يساوي 100.000.000 دج،**
- **10 % عندما يفوق مبلغ الاستثمار 100.000.000 دج.**

تكون حصة التمويل في التكلفة الإجمالية للاستثمار الواقعة على عاتق المستثمر الأجنبي حسب الحصة التي يحوزها هذا الأخير في رأسمال الشركة.

لا يعرقل عدم توفر مبالغ الأسقف الدنيا المحددة أعلاه الاستفادة من المزايا، غير أنّه يحرم الاستثمار من حق ضمان التحويل المنصوص عليه في المادة 25 من القانون رقم 16-09..." .

ثانيا: أشكال خطر عدم التحويل

يتخذ خطر عدم التحويل ثلاث أشكال تتمثل أساسا في: رفض التحويل، التأخر في التحويل، وفرض سعر تمييزي على المستثمر.

1-رفض التحويل أو منعه:

يقصد بذلك رفض السلطات العامة في الدولة المضيفة تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل أيا كان نوعها، قد يكون هذا الرفض صريحا كما في حالة ما إذا عبرت بصفة صريحة عن نيتها في تقييد حرية المستثمر في التصرف في أمواله أو قد يكون الرفض ضمنيا وذلك في حالة عدم الرد على طلب المستثمر، وقد اشترطت عقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة العربية أن يكون هذا الرفض قائما مدة ستين يوما من تاريخ الرفض أو تسلم العملة المحلية ويبدأ حساب هذه المدة من الإجراء الذي جاء لاحقا[802]

2-التأخر في التحويل إلى الخارج:

تتمثل هذه الصورة في تأخر السلطة المختصة في الدولة المضيفة للاستثمار في الموافقة على طلب تحويل العملة المستحقة للمستثمر إلى الخارج خلال مدة معقولة[803]، والتي حددتها عقود الضمان المختلفة بـ 90 يوما تبدأ من اليوم الذي تم فيه تقديم طلب التحويل، وفي أغلب الأحيان يعود ذلك التأخير إلى أسباب تتعلق بالبيروقراطية وسوء الإدارة في الدولة المضيفة، كما يمكن أن يعود سبب التأخير إلى عدم توفر العملات القابلة للتحويل لدى هذه الدول.

3-فرض سعر تمييزي على المستثمر:

يعتبر هذا النوع من القيود المفروضة على المستثمر الأجنبي من أهم المخاطر التي تواجه سياسة الاستثمار الأجنبي، حيث تفرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز المستثمر تمييزا واضح، بشكل يمنع المستثمر من الاستفادة من عائد ونتائج تصفية استثماره. ويقصد بسعر الصرف هو

---

[802] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية، ص140 .

[803] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 180.

السعر الرسمي المعتمد من طرف المصرف في الدولة المضيفة الذي يطبق على تحويلات الأجانب فيما يتعلق بعائدات استثماراته[804].

ثالثا: عملة التحويل وآجاله

تستلزم أيّة عملية استثمار دولية بالضرورة القيام ببعض التحويلات لرؤوس الأموال[805]، وعلى هذا الأساس يجدر بنا التطرق إلى تحديد العملة التي يتمّ بها التحويل إلى الخارج في مقام أول، ثمّ التطرق في مقام ثان إلى آجال التحويل .

1- عملة التحويل

لم يتّخذ المشرّع الجزائري موقفا حاسما في قانون الاستثمار فيما يخص العملة التي تتمّ بها عملية إعادة التحويل إلى الخارج، مما يحيلنا إلى الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات، إلاّ أنّ هذه الأخيرة اختلفت حول هذا الشأن، حيث نجد أنّ هناك اتفاقيات أكّدت على أنّ العملة التي ستتم بها عملية إعادة التحويل هي العملة التي تمّ بها الاستثمار[806]، في حين أنّ هناك اتفاقيات أخرى لم تتطرق إلى تنظيم مسألة العملة التي تجري بها عملية إعادة التحويل، ففي هذه الحالة سوف يتمّ الاتفاق عليها بين الدولة المتعاقدة والمستثمر الأجنبي[807]

2- آجال التحويل

لم يحدد المشرع الجزائري آجالا معينة لإجراء عملية إعادة التحويل إلى الخارج في قانون الاستثمار، إلاّ أنّه بالرجوع إلى النظام رقم 05-03[808] أقرّ المنظم بأنّ عملية التحويل تتّم بدون آجال

---

[804] – هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص ص 142-143.

[805]- HAROUN Mehdi, Op. Cit, p 572.

[806] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1991، مرجع سابق.

[807] – عليوش قربوع كمال، مرجع سابق، ص 111.

[808] – أنظر المادة 03 من النظام 05-03، المؤرّخ في 06 جويلية سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 31 جويلية 2005.

غير أنّه بالعودة إلى الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، فقد نصت معظمها على أن تتم عملية التحويل بدون تأخير، كما أنّ هناك من حددت مواعيد التحويل بصورة دقيقة[809]، في حين هناك اتفاقيات أخرى تجاهلتها[810].

الفرع الثالث

خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي

تتميّز عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بخاصية أساسية تتمثل في التفاوت في المراكز القانونية، فالطبيعة غير المتجانسة لطرفي العلاقة التعاقدية يعتبر سببا رئيسيا في ظهور هذا النوع من المخاطر، فباعتبار الدولة صاحبة سيادة، تجعل منها طرف ذات مركز قانوني أسمى من المستثمر الأجنبي، مما يجعلها تمارس نفوذها من خلال سلطاتها التشريعية والتنفيذية، وهو ما يؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الأجنبي من جهة، والتأثير على حقوق المستثمر الأجنبي التي تولدت من هذا العقد من جهة أخرى، مما يجعله ينظر إليها نظرة ريب و شك.

أوّلا: مضمون خطر الإخلال بالعقد

ترتبط الدول النامية في سبيل تحقيق التنمية والخروج من دائرة التخلف التي تتخبط فيها بالمستثمرين الأجانب بموجب عقود الاستثمار، وبالعودة إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار نجد أنّه قد عملت على إعطاء مبدأ احترام الدولة المضيفة لعقد الاستثمار طابع إلزامي.

---

[809] – هناك من الاتفاقيات الثنائية التي حددت آجال عملية التحويل ب ستة أشهر، مثل : الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1991، مرجع سابق.

[810] – من بين الاتفاقيات التي لم تتطرق إلى مسألة آجال التحويل نذكر: الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات تبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب-المرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرّخ في 02 جانفي 1994، مرجع سابق.

إنّ الالتزام التعاقدي للدولة المضيفة لا يمنعها من اللجوء إلى نقضه أو فسخه، ذلك أنّ حقها في الفسخ أو النقض، أسمى من مجرّد وعد تجاه المستثمر الأجنبي[811]، إذ أنّ الممارسات السيادية والإجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة المضيفة، وحتى في حالة نزع الصفة القانونية عنها قد تؤدي إلى تمكينها من إنهاء عقد الاستثمار الأجنبي، لاسيما إذا ما اعتبرنا أن مثل هذه الإجراءات تدخل في سلطات الدولة ولها الحرّية في اتّخاذها[812].

وحتّى وإن ترتّبت المسؤوليّة في هذه الحالة، فتكون على أساس رفض تقديم التّعويض وليس على أساس خرق العقد، كما أنّ انتهاك العقد لا يرتّب المسؤوليّة الدّولية[813] ما دام أنّ الشّخص الخاص لم يستنفذ طرق الطّعن الدّاخلية المتاحة أمامه بمقتضى تشريع داخلي أو باتّفاق الأطراف[814].

وعليه لا تتحقق مسؤولية الدولة المضيفة إلاّ إذا ارتبط العقد بإبرام اتفاقيات الدولية، فتقوم على أساس التزام وارد في معاهدة دولية[815]، وقد اعتبر أنصار التّدويل بأنّ العقد ولو كان تصرّفا قانونيّا داخليّا، فهذا لا يبعده عن القانون الدّولي، فأي مساس من قبل الدّولة بالعقد مهما كان سببه ودوافعه يعد إخلال بالتزام دولي، خاصة وأنّ غالبيّة اتّفاقيات الاستثمار تتضمّن أحكاما تمنع الأطراف إنهاء الاتّفاقية أو اتّخاذ إجراء ما دون موافقة الطّرف الآخر[816] .

---

[811] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 192 .

[812] – لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص 102.

[813] – يمكن تعريف المسؤولية الدولية على **أنّها نظام قانوني يكون بمقتضاه على الدولة التي تنتهك مصلحة مشروعة طبقا للقانون الدولي الالتزام بإصلاح ما يترتّب على ذلك الفعل تجاه الدولة التي ارتكبت هذا الفعل ضدّها، أو ضدّ رعاياها.** أنظر:

– حفيظة السّيد الحداد، مرجع سابق، ص 171.

[814] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 270.

[815] - PAZARCI Husseiyn, La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères, RGDIP, N° 2, Tome 79, 1975, p 363.

[816] – إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 270.

ومع ظهور الاتّفاقيات الثّنائية، ازدادت الآثار القانونيّة النّاجمة عن انتهاك الدّولة لالتزاماتها، مما يبرر رغبة وإرادة الدّول في وضع الاستثمارات المنجزة من طرف رعاياها تحت حماية دوليّة أو ما يسمّى "باتّفاقيات المظلّة Umbrella"[817].

إذن فبوجود الاتّفاقيات الثّنائية تتحوّل الالتزامات التّعاقدية بين الدّول إلى التزامات دوليّة حقيقية من منظور القانون الدّولي، وبالتّالي فإنّ خرق الدّولة لالتزاماتها التّعاقدية يعد خرقا مباشرا للقانون الدّولي العام، وهذا يؤدّي إلى تدويل الالتزامات التّعاقدية الّتي تعهّدت بها الدّول[818].

وعليه يمكن القول أن خطر الإخلال بالعقد ينتج في حالة اتخاذ الدولة المضيفة لإجراء معيّن أو امتنعت عن اتخاذه، فهو خطر يهدد عقد الاستثمار الأجنبي بالزوال، والانقضاء بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة، مما يترتب عن الإخلال بالعقد ضرورة دفع التعويض للمستثمر الأجنبي

ثانيا: صور الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي

بالعودة إلى الاتفاقيات الدولية المنشئة لميكانيزمات الضمان الدولية، نجد أنّها لم تتطرّق إلى تحديد أشكالا معينة لحالات إخلال الدولة المضيفة لعقد الاستثمار، بالتزاماتها التعاقدية تجاه المستثمر الأجنبي غير أنّها أشارت إلى بعض التصرفات التي من شأنها أن تعرقل المشروع الاستثماري وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي بالعقد، كقيام الدولة بإنهاء عقود الاستثمار بإرادتها المنفردة.

كما قد تتعهّد الدولة المضيفة بمنح استثمار معين حوافز ضريبية أو تفضيلية تستند إلى عقد الاستثمار، ثمّ تقوم بعد ذلك بالإخلال بالتزاماتها التعاقدية، وبالتالي يكون في هذه الحالة قد تحقق خطر الإخلال بالعقد[819].

---

817 - HORCHANI Ferhat, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », JDI, N°02, 2004, p 402.

818 - LEBEN Charles, « L'évolution du droit international des investissements », Op. Cit, pp 19-20.

819 – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص197.

وقد تقوم الدولة بإلغاء عقد الامتياز أو تعديله بالإرادة المنفردة، أو زيادة الأعباء المالية المفروضة على المستثمر الأجنبي بغير وجه، يحقق بدوره خطر الإخلال بالعقد نظرا لإخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية[820].

إنّ قيام الدولة المضيفة بتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للاستثمار من شأنه أن يخل بتوقعات المستثمرين، بالرغم من تضمن عقد الاستثمار الأجنبي شرط الثبات التشريعي وإقرار مبدأ التعويض كآليات لتجنب النزاع بين الطرفين[821] .

لذلك يطالب المستثمر الأجنبي دائما بالاستقرار السياسي، والتشريعي في الدولة المضيفة، فالتغييرات التشريعية التي تقوم بها هذه الأخيرة ، من شأنها التأثير على الأرباح التي يرجوها المستثمر الأجنبي، بالإضافة إلى جودة التنفيذ التي تنتظرها الدولة المضيفة.

تجدر الإشارة على أنّه ليس في كلّ الحالات قد تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها هي دائما من تخلّ بالتزاماتها التعاقدية، إذ يمكن أيضا للمستثمر الأجنبي أن يخلّ بالتزاماته التعاقدية، فعلى سبيل المثال عدم تدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة يعتبر بمثابة خرق لالتزاماته اتجاه الدولة المضيفة، الأمر الذي يستدعي تدخل هذه الأخيرة عن طريق اتّخاذ إجراءات من شأنها حماية مصالحها من مختلف الأضرار التي قد تؤثر سلبا على اقتصاده الوطني.

---

[820] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 197.

[821] – سي فضيل الحاج، مرجع سابق، ص 161.

المبحث الثاني

أساليب الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي لضمان استمرارية العلاقة التعاقدية وتحقيق أهدافها

حتى تصل الدول النامية إلى التخفيف من حدّة الظروف الاقتصادية المتدنية، كان من الضروري البحث عن ضمانة حقيقية للاقتصاد، والتي مناطها التمويل، لذلك كان من البديهي الاستعانة بموارد أخرى لتطوير اقتصادها، وذلك باللجوء إلى الاستثمارات الأجنبية، حيث أن استقبال رؤوس الأموال الأجنبية وتوظيفها من شأنها أن تخلق مصدرا جديدا يساهم في حل الأزمات الاقتصادية.

وعليه بعد اقتناع الدول النامية أنّ الاستثمارات الأجنبية هي الحل الوحيد للخروج من أزمتها الاقتصادية، عمدت على بذل جهود معتبرة لتحسين مناخها الاستثماري، باعتبار أن، هذا الأخير حصيلة الظروف التي تؤثر في القرار الاستثماري.

في هذا الإطار فإنّ الدولة الجزائرية، على غرار العديد من البلدان النامية التي تهتم بجذب الاستثمارات الأجنبية والتدفق إليها، عملت على تضمين تشريعاتها الداخلية آليات لحماية الاستثمار الأجنبي، إلاّ أنّ هذه الأخيرة أكّدت على أنّها عاجزة على توفير الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي من مختلف المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض لها، مما استدعى الأمر البحث عن أساليب دولية أكثر فعالية كفيلة بحمايته (المطلب الأول).

تقتضي قاعدة حماية الاستثمار الأجنبي من المخاطر الأجنبية إلى جانب الوقاية من هذه المخاطر بتوفير المناخ المناسب للاستثمار إلى حماية أخرى تتمثل في العلاج حيث أنّه إذا تعرض المستثمر الأجنبي لأي ضرر يجب تعويضه[822] حتى ولو كانت الدولة معسرة أو مقصرة بحلول هيئات الضمان محلها عند الدفع (المطلب الثاني).

[822] – كمال سمية، مرجع سابق، ص 142.

المطلب الأول

الحماية المزدوجة للاستثمار الأجنبي

يطالب المستثمر الأجنبي في سبيل تحقيق أهداف العقد بالحماية القانونية، وبالتالي يجب أن تحظى عملية الاستثمار بمناخ ملائم يتم عن طريق إطار قانوني محكم يعمل على تشجيع الاستثمارات الأجنبية، ويكفل تحقيق الربح المنتظر من رأسماله . وفي هذا الصدد سعت الدولة الجزائرية على إيجاد عدة وسائل تبعث الاطمئنان على أنّ تلك الاستثمارات مضمونة ضد المخاطر غير التجارية أثناء عملية الاستثمار.

ولقد تبلور هذا الإطار في شكل تشريعات داخلية تضع فيها قواعد تحتوي على ضمانات لحماية الاستثمارات الأجنبية بغرض بعث الثقة والأمان في نفس المستثمر الأجنبي(الفرع الأول)، إلاّ أنّ هذا الأخير قد يجد في هذه التشريعات الداخلية جانب من عدم الثقة فيها لعدم ثباتها، مما يجعله في تخوّف دائم من الحماية الوطنية ومدى فعاليتها ونجاعتها، لذلك وأمام هذا التخوف والهلع من عدم كفاية الضمانات الداخلية أدى ذلك إلى البحث عن ضمانات دولية كفيلة لإنشاء مناخ استثماري قائم على التوازن في المصالح (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الحماية القانونية الداخلية للاستثمار الأجنبي

تعتبر فكرة الحماية القانونية أحد أبرز العوامل الّتي يعتمد عليها المستثمر الأجنبي عند اتخاذ قرار الاستثمار في بلد دون آخر، تتمثل هذه الفكرة في منحه ضمانات يتحقق فيها معنى الحماية من مختلف المخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرض له مشروعه الاستثماري.

وبالتالي انتهجت الدولة الجزائرية سعيا منها على جذب أكبر قدر ممكن من المستثمرين الأجانب وانتقال رؤوس الأموال الأجنبية إليها لتحقيق التنمية الاقتصادية، سياسة ترمي إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال إقراره لضمانات جد معتبرة من شأنها حماية المستثمر الأجنبي وطمأنته،

بحيث أنّ ضمان مختلف هذه المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها يجعله بمنأى عنها ويحقق له الأمان القانوني في حال تحققها.

لذلك عمدت الدولة الجزائرية على احتواء الدساتير(أولا) والتشريعات الدّاخلية لها(ثانيا) أحكاما مختلفة، الهدف منها توفير الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر.

أولا: الحماية الدستورية

تتضمن معظم دساتير البلدان النامية المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية، على مبدأ احترام الملكية الخاصة سواء كانت مملوكة للوطنين أو للأجانب، وعدم التّعرض لمالكيها إلاّ من خلال القانون، و ذلك إذا استدعت المنفعة العامة مقابل تعويض عادل. وعلى هذا الأساس قام المشرع الجزائري بتقرير هذه الحماية دستوريا[823] لجعلها تتطابق مع مبادئ وقواعد القانون الدولي المتعلقة بالحماية القانونية للاستثمارات الدولية.

وفي هذا السياق فقد تمّ تكريس مبدأ احترام الملكية الخاصة في الدستور الجزائري لسنة 1989 في مادته 52 التي نصت على مبدأ نزع الملكية المشروطة بالمنفعة العامة[824].

تأكّدت هذه الحماية بصدور الدستور الجزائري لسنة 1996[825]، في المادة 20 منه على ما يلي: "**لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون يترتب عليه تعويض قبلي، عادل و منصف**"، وبذلك فإنّ

---

[823] – تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري قد كرّس حماية قانونية دستورية للملكية الخاصة في أول دستور صدر سنة 1976. –الأمر رقم 76–97 مؤرّخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، عدد 94، صادر في 24 نوفمبر 1976.(ملغى).

– غير أنّ المؤسس الدستوري في دستور 1976 قد ميّز بين الملكية المستغلة والملكية غير مستغلة، وقد أقرّ بأنّ القواعد الخاصة بحماية الملكية مقتصرة على الملكية الخاصة غير المستغلة، ضف إلى ذلك فإنّ الأحكام المتعلقة لم يتم إدراجها ضمن الأحكام الخاصة بالحقوق، وإنما تم إدراجها ضمن الفصل الخاص بالاشتراكية، نظرا لارتباط المواقف المتعلقة بحماية الأملاك الخاصة لاسيما الأجنبية منها بالإيديولوجيات السائدة خلال تلك الفترة، وبالتالي هذا ما يؤدي بنا للقول أنّ الحماية المكرّسة للملكية الخاصة بأنّها حماية ضعيفة في المرحلة السابقة لحملة الإصلاحات. أنظر في ذلك:

–حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 195.

[824] – أنظر المادة 52 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 89–18 المؤرّخ في 28 فيفري سنة 1989، ج ر ج ج، عدد 09، صادر في 01 مارس 1989

المشرّع الجزائري قد صرّح بحق الدّولة في نزع الملكية، ولكن في نفس الوقت فرض عليها قيود تتمثل في ضرورة توفر شرط المنفعة العامة الذي يقتضي نزع الملكية، وكذا توفّر الشرط الشكلي المتمثل بإصداره من الجهة المختصة، في مقابل تعويض المستثمر الأجنبي تعويضا عادلا. ويؤكد على هذا المبدأ في المادة 52 من نفس الدستور[826] .

ولقد تم تكريس مبدأ آخر ليوسّع من نطاق مبدأ احترام الملكية الخاصة في نص المادة 37 من دستور الجزائر لسنة 1996 التي تنص على أن: "**حريّة الصناعة والتجارة مضمونة وتمارس في إطار القانون**". لعل هذا التكريس يساهم في إعادة تقويم المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي، والذي لا يستطيع تحمل الخسائر والأضرار التي تنجم عن مثل هذه المخاطر التي قد تتخذها الدولة في أي مرحلة من مراحل ممارسة النشاط الاستثماري لاسيما إجراء التأميم ونزع الملكية[827]. غير أنه يُعاب على هذه المبادئ الدستورية أنها تُقرّر أحكاما عامة، غير محددة المضمون[828].

وعليه انطلاقا من المواد أعلاه نلاحظ أنّها جاءت عامة لم تحدد الشخص المخاطب، غير أنّه بالعودة إلى نص المادة 67 من دستور 1996 تجد أنّها حددت الشخص المعني المتمثل في الشخص الأجنبي حيث جاء في نص المادة على أنّه: "**يتمتع كل أجنبي يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونا، بحماية شخصه وأملاكه طبقا للقانون**".

وبتعديل دستور 1996 سنة 2016 فتتجلى حماية المستثمر الأجنبي في إقرار مبدأ حرّية الاستثمار بشكل صريح وهذا ما توضحه المادة 43 منه، وقد تمّ تدعيم هذا المبدأ في نص المادة 64 منه، من خلال تكريس مبدأ الحق في الملكية الخاصة.

تجدر الإشارة إلى أنّ التعديل الدستوري لسنة 2016، قد تمّ التخلي عن الصفة المسبقة، أو القبلية للتعويض والتي كانت سائدة في المادة 20 قبل التعديل، لذلك نفهم بأنّ المؤسس الدستوري فتح المجال بأن يكون التعويض بعدي.

---

[825]– دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 96-438 المؤرّخ في 07 ديسمبر سنة 1996، مرجع سابق

[826] – تنص المادة 52 من دستور 1996 على أنّه :" **الملكية الخاصة مضمونة**".

[827]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 203.

[828]– هشام خالد، مرجع سابق، ص10.

ثانيا: الحماية التشريعية

لقد أصدر المشرّع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول المضيفة لرؤوس الأموال الأجنبية، العديد من النصوص القانونية التي من شأنها تكريس الاستثمارات الأجنبية.

وفي هذا الصدد وبالرجوع إلى التشريع المعمول به المتمثل في القانون المدني، فقد وردت بعض النصوص القانونية التي تتضمن حماية الملكية الخاصة بصفة عامة من مختلف التدابير التي من شأنها المساس بها، حيث نصت المادة 1/677 على أنّه: "**لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلاّ في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون**". وبذلك يمكن القول أن حماية الملكية الخاصة هو مبدأ عام سواءً تعلّق الأمر بالملاك الخواص الوطنيين أو الأجانب.

أمّا في إطار قوانين الاستثمار فيعتبر القانون 63-277 المتعلق بالاستثمار أول قانون أصدره المشرع الجزائري بعد الاستقلال في مجال الاستثمار إذ وردت فيه أحكاما تقضي بحماية ملكية المستثمر الأجنبي، حيث جاء في المادة السادسة منه على أنّه تتم إجراءات نزع للملكية في إطار الأحكام القانونية فقط، وذلك حين يكون مقدار مجموع الربح الصافي مساو للرأس مال المستورد الّذي تمّ استثماره، كما نصّ على أنّ كل نزع للملكية يخول صاحبة الحق في الحصول على تعويض عادل، حيث يعتبر هذا الأخير من أهم الضمانات التي كرّسها المشرّع الجزائري لحماية المستثمر الأجنبي[829].

أمّا في إطار الأمر 66-284 المتضمن قانون الاستثمارات[830] فقد جاء بمجموعة من الضمانات بالنسبة للمستثمرين الأجانب تحت عنوان "الضمانات والمنافع"، ومن بين هذه الضمانات ما جاءت به

[829] – Voir l'article 06 de la loi 63-277 du 26 juillet 1963, portant code des investissements, Op. Cit.

[830] – أمر رقم 66-284، مؤرّخ في 15 سبتمبر سنة 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، مرجع سابق.

المادة الثامنة منه والتي يفهم منها أنّه يمكن للدولة استرجاع المؤسسات إذا اقتضت المصلحة العمومية ذلك مقابل تعويض[831].

بقي الأمر على هذا النسق في القوانين الأخرى[832]، إلى غاية صدور قانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، والذي يعتبر بمثابة الانطلاقة لرغبة الدولة الجزائرية في تحقيق الاندماج في الاقتصاد العالمي وتحقيق التحرر الاقتصادي الفعلي، حيث قام هذا القانون بتنظيم سوق الصرف وحركة رؤوس الأموال، وكرّس المشرع الجزائري من خلاله حق الأشخاص غير المقيمين في تحويل رؤوس أموالهم إلى الجزائر للاستثمار، كما منح لهم إمكانية إعادة تحويل الأرباح والمداخيل الناتجة عنها[833].

واستكمالا للمساعي الحميدة للدولة في تبني وتكريس المبادئ التي تتناسب مع الحرّية الاقتصادية، أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، ليوسّع بذلك من حماية الاستثمارات الأجنبية حيث نصّت المادة 40 منه[834]على استبعاد التسخير عن طريق الإدارة للاستثمارات

---

[831] – نصت المادة 08 منه على ما يلي:

"**في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات تنتفع من أحكام هذا القانون، فلا يمكن إقرار تدبير كهذا إلاّ بموجب نص ذا صبغة تشريعية وقد يشمل ذلك التدبير بحكم القانون استثناءً لهذا الأمر دفع التعويض...**" .

[832] – يقصد بالقوانين الأخرى :

– قانون رقم 82-13، مؤرّخ في 18 أوت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ج ج، عدد 34 لسنة 1982، صادر في 31 أوت 1982، معدل ومتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرّخ في 19 أوت 1986، ج ر ج ج، عدد 35، صادر في 27 أوت 1986. (ملغى).

– القانون 88-25، مؤرّخ في 12 جويلية سنة 1988، يتعلق بتوجيه الاستثمارات ا لاقتصادية الخاصة الوطنية، مرجع سابق.

[833]– أنظر المادتين 183 و 184 من القانون رقم 90-10 المؤرّخ في 14 أفريل سنة 1990، يتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

– غير أنّه تجدر الإشارة إلى أنّه بصدور الأمر 03-01 المتعلق بالنقد والقرض الّذي ألغى القانون 90-10، فإنّ المشرع الجزائري قد أكّد فقط على حق التحويل الحر لرؤوس الأموال من الجزائر إلى الخارج بغرض الاستثمار، وهذا ما نستشفه من خلال المادة 01/126 منه التي تنص على ما يلي: "**يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر**".

[834]– تنص المادة 40 من مرسوم تشريعي رقم 93-12 المتعلّق بترقية الاستثمار على أنّه:" **يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به**".

المنجزة، ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به، إضافة إلى أن عملية التسخير القانونية هذه يقابلها تعويض عادل ومنصف[835]. .

أمّا فيما يتعلق بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، فقد تمّ التأكيد على منع أو حظر اللجوء إلى إجراء نزع الملكية دون مبرر، وذلك بموجب المادة 16 منه[836].

كما كرّس المشرع الجزائري في نفس الأمر بموجب المادة 31 منه ضمان حرّية تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر بغرض استثمارها، وسمح بإعادة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة والعوائد الناتجة عنها إلى الخارج، وبذلك يمكن القول أنّ المشرع قد أزال كل القيود الواردة على حرية التحويل بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

وقد أكّد المشرع على هذا الضمان بصدور القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، حيث قام بإدراجه في الفصل المتعلق بالضمانات الممنوحة للاستثمارات، وذلك من خلال المادة 25 منه حيث تنص على أنّه:

"**تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرّة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي يساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.**

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

---

[835]- ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étranger en Algérie », JDI, n° 03, 1993, p 595.

[836] – تنص المادة 16 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنّه: "**لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به**".

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

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

كما نصّ كذلك المشرّع في القانون السالف الذكر، على أنّه لا يجوز الاستيلاء على ملكية المستثمرين الأجانب، إلاّ من خلال إتباع إجراءات قانونية ومقابل تعويض عادل، وهذا ما نستشفه من خلال نص المادة 23 منه[837].

من خلال ما سبق يمكن القول أنّ الدولة الجزائرية تسعى لاستقطاب الرساميل الأجنبية والعمل على منافسة الدول الأخرى في مجال الاستثمار من خلال تكريسه لضمانات دستورية أو تشريعية، فبتصفح مختلف النصوص القانونية المتضمنة لحماية الملكية الخاصة نجد أن الخروج عن هذا المبدأ استثناء مقيّد بشروط لحق الدولة في اتخاذ قرار المصادرة أو نزع ملكية المستثمر الأجنبي لكي يكون هذا الإجراء مشروعا، وهذه الشروط تتمثل في مقتضيات المصلحة العامة، مع تعويض عادل ومنصف للأشخاص المنزوعة ملكيتهم، باعتبار أن المستثمر يبحث بطبيعة الحال عن ضمان وحماية لممتلكاته في النظام الذي يحكم استثماراته في الدول المضيفة لها[838] ، كما منح المشرع المستثمرين الأجانب الحق في إعادة تحويل رؤوس أموالهم المستثمرة، إذ تعتبر من بين الضمانات المالية الأكثر تأثيرا في اتخاذ قرار الاستثمار من عدمه.

---

[837] – نصت المادة 23 من قانون رقم 16-09 مؤرّخ في 03 أوت 2006، يتعلق بترقية الاستثمار على أنه :"**لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به**"

[838]– NADJI Mohamed Salah, Analyse du code des investissements: 93/12 du 05 Octobre 1993, thèse pour l'obtention de magister en Droit, institut de Droit et des sciences Administratives de Ben Aknoun, Université d'Alger, 1996, p 43.

الفرع الثاني

الحماية القانونية الدولية للاستثمارات الأجنبية

لقد أكّدت الوسائل الوطنية أنها عاجزة وغير كفيلة لتوفير الحماية اللازمة للاستثمارات الأجنبية، ويعود السبب في ذلك لوجود قدر من ضعف الثقة من جهة المستثمر الأجنبي تجاه الدول المضيفة خاصة إذا تعلّق الأمر بالدول النامية التي تتميّز بعدم استقرار تشريعاتها.

وعلى هذا الأساس كان لزاما العمل على توفير الحماية المناسبة للاستثمارات الأجنبية من خلال البحث عن آليات وأساليب دولية تقرّ بمعاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبادئ دولية لا يمكن التنازل عنها، نظرا لما تتضمنه من ضمانات دولية ترسّخ في نفسية المستثمر الأجنبي نوعا من الثقة والاطمئنان (أولا)، كما تؤكّد على إقرار وتكريس المبادئ المستقرة في القانون الدولي (ثانيا).

أولا: الضمانات الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي

تتمثل أهم الضمانات التي يكفلها إعمال الحماية الدولية في ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له عن الحد الأدنى في المعاملة والحماية، والاحتفاظ له بالحماية الدبلوماسية، وفتح المجال أمامه للجوء إلى هيئات التحكيم في حالة وجود نزاع متعلق بالاستثمار.

1- ضمان تمتع المستثمر الأجنبي بحد أدنى من الحقوق لحماية أمواله

انتهجت الدول المضيفة لرأس المال الأجنبي بعد استقلالها سياسات من شأنها تمكينها من استرجاع ثرواتها الطبيعية، والتي كان جلّها عن طريق التأميم[839]، غير أنّ هذا لا يعني أن الدولة لها حرّية مطلقة في ممارسة هذه الحقوق إزاء معاملتها للأجانب الموجودين على إقليمها، بل ألزمتها قواعد القانون الدولي بضرورة مراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب بمناسبة ممارسة حقها في اتخاذ إجراءات

[839] – بقة حسان، "دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكادمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد 02، 2017 ص 97.

التأميم أو نزع الملكية، بحيث لا يجوز لها أن تنزل عن هذا الحد المفروض في معاملتها للأجانب، حتى ولو كانت معاملتها لرعاياها تقل عن هذا الحد[840].

تقتضي قواعد الحد الأدنى لمعاملة الأجانب بتوفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود، بما في ذلك معاملة وحماية ممتلكاتهم بصفة عادلة ومنصفة[841]، ولقد سعت الدول المصدرة لرؤوس الأموال إلى إلزام الدول النامية بضرورة مراعاة هذه القواعد، وإلاّ قامت مسؤوليتها الدولية.

وقد أيّدت محكمة العدل الدولية معيار الحد الأدنى في العديد من أحكامها، حيث قضت في حكمها الصادر في 22 ماي 1926 المتعلق بالنزاع بين بولندا وألمانيا حول مصالح الرعايا الألمان المقيمين في سيليزيا العليا البولندية على: "**أن الدول ليست حرّة في معاملة الأجانب كما هو الحال بالنسبة لمعاملة الوطنيين، إذ يحدّ من هذه الحرّية وجود قانون دولي مشترك يوجب عليها احترام أحكامه المقررة بمقتضى العرف الدولي**" وقد أضافت بقولها: " **أنّ نزع ملكية المصانع الألمانية في هذه المنطقة دون تعويض هو أمر يخالف القانون الدولي**"[842].

2-ضمان الحماية الدبلوماسية

تعتبر الحماية الدبلوماسية واحدة من الأنظمة الموجودة في القانون الدولي، والتي تعطي بموجبها الدولة الحق في الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت برعاياها من الدول الأجنبية[843].غير أنّه لا يترتب عن جميع الأفعال التي تتخذها الدولة والتي من شأنها أن تسبب بها

---

[840] – قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 96.

[841] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 152.

[842] – عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 50.

[843] – عبد اللّه عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 132.

أضرارا المسؤولية والحق في الحماية الدبلوماسية، إلاّ إذا كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي وتمسّ بمصلحة شخصية[844].

أشارت إلى هذا الحق محكمة العدل الدولية الدائمة CJIP، بقولها: "**يعد من المبادئ القانونية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى، ويكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على إرضاء مناسب عندما يسلكوا الطرق العادية**"[845].

يمكن للدولة تبني حق الحماية الدبلوماسية تجاه أفرادها عند توفر شروط معينة، تتمثل أساسا في إثبات الطبيعة القانونية للعلاقة الرابطة بين الدولة المدعية وطالب الحماية حيث يشترط لصحة هذه الدعوى أن يكون هذا الأخير من مواطني الدولة التي تحميه، بمعنى أن يكون متمتعا بجنسيتها[846]، ضف إلى ذلك فيجب أن يكون هذا الشخص قد استنفذ كل طرق الطعن الداخلية المتاحة له على ضوء القانون الداخلي للدولة المستقبلة له، بحيث يلجأ إلى كل الأساليب القانونية للطعن بما فيها الطعن الإداري، والقضائي العادي والاستئنافي...، تحت سقوط الحق في اللجوء إلى القضاء الدولي بموجب الحماية الدولية[847]، أمّا الشرط الثالث مفاده أن يلتزم المستثمر الأجنبي بقوانين الدولة المضيفة وبعدم التدخل بشؤونها الداخلية، وأن لا يكون تسبب جراء مخالفته للقانون الدولي أو قوانين الدولة المضيفة التي يقيم فيها في حدوث الضرر محل الشكوى.

وعليه عند توفر الشروط السالفة الذكر، يعدّ التدخل الدبلوماسي لدولة جنسية المستثمر بمثابة آلية من آليات حماية الاستثمارات الأجنبية، ويتم هذا التدخل عن طريق الاحتجاج لدى الدولة، أو اللجوء إلى أساليب دولية خاصة بتسوية المنازعات كالتحكيم أو المحاكم الدولية... وفقا لمبادئ القانون الدولي[848].

---

[844]– حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 155.

[845] – بوسهوة نور الدين، مرجع سابق، ص 138.

[846] – قصوري رفيقة، "حماية الاستثمارات الأجنبية عن طريق التدخل الدبلوماسي"، مجلة الحقيقة، عدد 23، جامعة أدرار، 2012، ص 512.

[847] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 156.

[848] – بوسهوة نور الدين، مرجع سابق، ص 139.

والجدير بالذكر أنّه لا يجوز لأيّة دولة متعاقدة أن تمارس حقها في الحماية الدبلوماسية متى اتفق أحد رعاياها مع الدولة التي استقبلته في حالة نشوب نزاع على طرحه على التحكيم الدولي[849].

3- ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي

يعتبر التحكيم في الوقت الحالي سمة بارزة للتجارة الدولية، وعاملا محفّزا للاستثمار الأجنبي نظرا لما فيه من مزايا، ولعلّ أهمّها هو استبعاد القضاء الوطني من أن يكون مختصا بالنزاعات الاستثمارية[850].

يصرّ المستثمر الأجنبي على إخضاع المنازعة الاستثمارية إلى التحكيم التجاري الدولي باعتباره ضمانا في حدّ ذاته لحماية نفسه و أمواله من تعسّف المحاكم الوطنية، بالإضافة إلى تجنب التعقيدات التي تتسم بها الإجراءات المتبعة أمام هذه الأخيرة[851]، دون أن ننسى الميزة ذات الأهمية البالغة التي يتمتع بها التحكيم والتي تتمثل في حرية الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع [852]، حيث يمنح للمستثمر الأجنبي إمكانية إخضاع أملاكه المتنازعة للقانون الأصلح، واستبعاد إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين لقانون تواجد المال، إذا كان نظام الحماية الّتي يكرسها هذا الأخير غير كاف[853]

كما تمتد الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية لتشمل الحكم التحكيمي الّذي لا يحقق جدواه ولا يجد أساسا له إذا استحال على الطرف المتنازع المحكوم لصالحة إجبار خصمه على تنفيذ منطوق القرار التحكيمي، وهذا لا يتحقق إلاّ باعتراف الدولة بالأحكام التحكيمية وإقرار حجيتها المستقبلة لإجراء التحكيم كدلالة على مصداقيتها في الاعتراف بأحكام التحكيم كضمانة إجرائية للاستثمار الأجنبي[854].

---

[849] – SCHOKKAERT Jan, La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé – droit interne – conventions européennes, Edition Bruylant, Bruxelles, 2006, p 25.

[850] – عبد اللّه عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 121.

[851] – جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، مرجع سابق، ص 09.

[852] - HAROUN Mehdi, Op. Cit, p 633.

[853] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 166.

[854]– بقة حسان، مرجع سابق، ص 102.

ثانيا: تطبيق مبادئ القانون الدولي حماية للمستثمر الأجنبي

قصد تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية عمدت هذه الأخيرة إلى تدعيم الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب، بتطبيق مجموعة من المبادئ المجسدة في القانون الدولي للاستثمار بشقيه العرفي والاتفاقي والتي تتمثل أساسا في: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، مبدأ المعاملة الوطنية، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية .

1- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

يعد مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من أهم مبادئ القانون الدولي، والّذي يقضي بضرورة المعاملة في حدود الحد الأدنى المطلوب في معاملة الأجانب بما فيها المعاملة التمييزية من طرف الإدارة مع ضرورة احترام متطلبات الشروط القانونية في كل العمليات[855]. وهذا المبدأ ينتج آثاره حتى وإن تمّ إعماله بصفة مستقلة عن باقي المبادئ الأخرى[856].

تجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ المعاملة يجمع بين مبدأي المعاملة الوطنية والدولة الأولى بالرعاية، على أساس أنّ الأول يضمن للمستثمر الأجنبي معاملة لا تقل عن تلك الممنوحة لمواطنيه، أمّا المبدأ الثاني يضمن له معاملة لا تقل عن تلك الممنوحة لمستثمري دول أخرى[857]، وعليه فإنّ هذين المبدأين يمنعان أي معاملة تمييزية يمكن أن يتعرض لها المستثمر الأجنبي[858] .

---

[855] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 337.

[856] – ويقول الأستاذ عيبوط محند وعلي في هذا الشأن:

"يجب النظر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بصفة مستقلة عن العلاقة التعاقدية الموجودة بين الطرفين المتعاقدين، بحيث له مضمون موضوعي واضح من شأنه توفير حماية كاملة للاستثمار الأجنبي". أنظر:

-عيبوط محند وعلي، حماية الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 269.

[857] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 337.

[858] – LEBEN Charles « L'évolution du droit des investissements », in Un accord multilatéral sur l'investissement : d'un forum à l'autre ?, journée d'étude organisée par l'institut des hautes études internationales, Université Paris II, le 7 décembre 1998, société française pour le droit international, Edition A. Pédone, 1999, p 23.

كما أشرنا إليه سابقا فقد كرّست الدولة الجزائرية هذا المبدأ في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، وذلك بموجب المادة 21 منه[859]، كما تمّ تدعيم هذا المبدأ بإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية، نذكر على سبيل المثال ما جاء في الاتفاق المبرم بين الدولة الجزائرية والذي نص على أنّه:

"**يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بضمان معاملة عادلة ومنصفة على إقليمه ومنطقته البحرية لاستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر...**"[860] .

والجدير بالذكر أنّه قد اختلفت الآراء حول مضمون مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، خاصة المعيار المحدد للحكم فيما إذا كانت المعاملة عادلة ومنصفة أو كانت غير ذلك، في حيث يربط البعض معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب معتبرين أنّ هذا المعيار ما هو إلاّ تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى مستندين في تدعيم رأيهم هذا إلى ما تضمنته معاهدات تشجيع الاستثمارات بالنص على أنّ المعاملة تكون وفقا لما يضمنه القانون الدولي العرفي من إعمال مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب[861]، أمّا البعض الآخر يرى أن المبدأ ذو طابع اتفاقي بحيث يفسّر محتواه بالرجوع إلى الاتفاقية المبرمة بين الأطراف[862].

في حين يرى الاتجاه الأخير أنّ معيار المعاملة العادلة والمنصفة يقصد به مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات ، بحيث يجب على الدولة السعي التزاماتها التعاقدية بما في ذلك معاملة الاستثمار بحسن النية[863].

أمام هذا التباين حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه فيما إذا كانت المعاملة عادلة ومنصفة وأخرى لا، عمدت الدول إلى التفكير في اعتماد معايير أخرى تكون أكثر وضوحا لمعاملة الاستثمار الأجنبي، حيث أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة لوحده غير كافي لوحده لتحقيق أعلى مستويات

---

[859] – أنظر المادة 21 من قانون رقم 16–09 مؤرّخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[860] – أنظر المادة 03 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 20 مارس 1997، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 98–320 مؤرّخ في 11 أكتوبر 1998، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 11 أكتوبر 1998.

[861] – قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 134.

[862] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 338.

[863] – مرجع نفسه، ص 338.

الضمان التي يبتغيها المستثمرين الأجانب، ذلك أنّ ممارسة المعاملة العادلة المنصفة تقتضي الجمع بين معايير أخرى كمعيار الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية.

2- مبدأ المعاملة الوطنية

يعتبر مبدأ المعاملة الوطنية أحد العناصر الأساسية المقررة لحماية الاستثمارات الأجنبية، وقد نشأ هذا المبدأ في ظل المذهب الفردي الّذي كان يدعو إلى تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري دون التفرقة بين الوطنيين والأجانب. ويعد هذا المبدأ الأكثر سخاءً في المعاملة بالنسبة للأجانب، بحيث يجعلهم على قدم المساواة مع الوطنيين، وذلك بهدف استقطابهم إلى الدول المضيفة قصد ممارسة نشاطهم فيها[864]، ويعتبر الفقيه "**كالفو**" أول من نادى بفكرة المساواة بين الأجنبي والوطني في المعاملة وذلك نتيجة معارضة دول أمريكا اللاتينية لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي يتعرض لها الرعايا الأجانب في الدول المضيفة[865].

ومؤدى هذا المبدأ عموما أن يحظى المستثمرين الأجانب بنفس المعاملة أو بمعاملة إن لم تكن أكثر، فهي لا تقلّ عن تلك التي يحظى بها الوطنيين[866]، أو بمعنى آخر يراد بهذا المبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين. وبالتالي لا يجوز للدولة اتخاذ سياسات وإجراءات تمييزية على نحو يجعل الصفة الأجنبية وحده المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الأخيرة[867]، وإذا حدث وأن احتوت القوانين الداخلية حماية تقلّ عن تلك الممنوحة للوطنيين، ففي هذه الحالة نكون أمام تعارض بين القانون الداخلي ومضمون الاتفاقيات المصادق عليها[868].

يحظى هذا المبدأ بأهمية بالغة، حيث تمّ إدراجه في عدد معتبر من الأدوات الدولية المتعلقة بالاستثمار، كما تمّ نشره بصفة واسعة في التشريعات الوطنية المطبقة على الاستثمارات الأجنبية[869]، وهو

---

[864]– هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988، ص 73.

[865] – قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 124.

[866] – بقة حسان، مرجع سابق، ص 107.

[867] – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 53.

[868] - ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers en Algérie », Op. Cit, p 575.

[869] – بقة حسان، مرجع سابق، ص 107.

ما تمّ تجسيده في التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار في نص المادة 14 من قانون الاستثمار الملغى والتي تنص على أنّه: "**يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار**".

وعليه يتضح لنا أنّ معاملة المستثمرين الأجانب في القانون الجزائري هي نفسها الممنوحة للمستثمرين الوطنيين، حيث يعود إدراج هذا المبدأ في إطار السياسة التشجيعية المنتهجة من طرف الجزائر في مجال الاستثمار الأجنبي إلى عدّة اعتبارات أهمها أنّ هذا الأخير يساهم في عملية التنمية الاقتصادية، ويخول للمؤسسات والشركات الوطنية الدخول في المنافسة[870]. كما ينبغي أن ننوه أنه في إطار القانون الجديد رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، فقد عبّر عن مبدأ المعاملة الوطنية من خلال تكريس ضمان عام والمتمثل في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

وقد تمّ إدراج مبدأ المعاملة الوطنية في مختلف الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي صادقت عليها الجزائر باعتبار أنّه يتكفل بحماية المستثمر الأجنبي من مختلف الإجراءات التمييزية التي قد تتخذها الدولة المضيفة ضدهم، ونذكر على سبيل المثال نص المادة 04 من الاتفاق المبرم بين الدولة الجزائرية وجمهورية مصر، والتي نصت على أنّه: "**يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقلّ امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته...**"[871]

والجدير بالذكر أنّ مبدأ المعاملة الوطنية يتمّ تطبيقه في حالة وجود مستثمرين من نفس المجال، بمعنى أنه يجب أن يكون مجال نشاط المستثمر هو نفسه مجال المستثمر الوطني، كما ينبغي أن تكون هناك منافسة قائمة بين المستثمرين[872].

---

[870] – حساييني لامية، مرجع سابق، ص 52.

[871] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالقاهرة في 29 مارس سنة 1997، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرّخ في 11 أكتوبر سنة 1998، مرجع سابق.

[872] – حرزي الوناس، دور الاتّفاقيات الثّنائية في مجال الاستثمار، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدّولي للأعمال، كلّية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 49.

غير أنّ هذا المبدأ تعرّض إلى عدّة انتقادات ولعلّ أهمها أنّه لا يوفر الحماية المرجوة للاستثمارات، ويعود ذلك إلى ارتباط قاعدة المعاملة الوطنية بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة على أساس أنّ الاتفاقيات عادة ما تحيل هذه القواعد إلى التشريعات الداخلية للدولة المضيفة، وعليه فإنّ لهذه الأخيرة الحرية الكاملة في تغيير نطاق الحماية[873].

3- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

عرف شرط الدولة الأولى بالرعاية ممارسة مكثفة على الصعيد الدولي منذ عدة قرون، كونه من الأحكام القديمة للقانون الدولي التي جرى العمل بها[874]، غير أنّه لم يعمم إلاّ في القرن 18، حيث كان هذا المبدأ أساس وعمود الاتفاقات المتعلقة بالملاحة والتجارة والإقامة ومعاملة الأشخاص[875]

ولقد تنوعت واختلفت النصوص التي تضمنت شرط الدولة الأولي بالرعاية من حيث الشكل، إلاّ أنّه بالرغم من ذلك فهي تؤدي نفس الوظيفة، وهو الأمر الّذي جاء في تقرير منظمة التجارة والتنمية الاقتصادية (OCDE)، الّذي أكد على أنّ:

« Garantir que les parties a un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause »[876].

ويمكن في هذا الإطار كذلك الاستناد على سبيل التوضيح إلى التعريف المقدم من طرف لجنة القانون الدولي في المادة الرابعة من مشروع المواد الّذي قامت بإعداده والتي نصت على ما يلي:

---

[873] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 340.

[874] – هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مرجع سابق، ص 77.

[875] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 340.

[876] - OCDE, Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : complément aux perspectives de l'investissement international, Edition OCDE, 2006, p 140.

"**حكم من أحكام الاتفاقية، والّذي تلتزم بموجبه دولة، في مواجهة دولة أخرى، بمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال معين**"[877]. غير أنّه بالتمعن في نص المادة نلاحظ أنّها قد بيّنت طبيعة هذا الشرط أكثر من إعطاء تعريف له.

وعموما يراد بهذا الشرط أن تلتزم الدولة المستقبلة للاستثمار بمقتضى اتفاقية ثنائية تبرم بينها بين دولة مصدرة للاستثمار بمعاملة الاستثمارات التابعة لهذه الأخيرة، أفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات الأجنبية فيها، وبمعنى آخر تمكين المستثمرين المنتمين إلى الدولة المستفيدة من هذا الشرط من الحصول على جميع الضمانات والمزايا التي قررتها أو تقررها الدولة المستقطبة للاستثمار[878].

وقد تمّ تكريس هذا المبدأ في قانون تطوير الاستثمار الجزائري الملغى 01-03 بموجب المادة 14 منه في فقرتها الثانية والتي تنص على أنّه: "... **ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية**".

وانطلاقا مما سبق نلاحظ أنّ المادة قد تطرقت إلى مبدأ الدولة الأولى بالرعاية وذلك بالنص على استفادة جميع المستثمرين الأجانب من معاملة متماثلة، لكن مع مراعاة ما تتضمنه الاتفاقيات التي تمّ إبرامها بين الدولة الجزائرية ودولهم الأصلية.

وفي السياق ذاته نجد أن الدول المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية تشترط قصد تعزيز الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية، ضرورة إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقيات الثنائية تجسيدا لمبدأ عدم التمييز في المعاملة[879] ، وهو ما عمدت إليه الجزائر، حيث أكّدت على هذا الشرط في العديد من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة تشجيع وترقية الاستثمار، نذكر منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسويسرا

---

[877] – لقد ورد في نص المادة 04 من مشروع لجنة القانون الدولي ما يلي:

«**… Une disposition conventionnelle par laquelle un Etat assume à l'égard d'un autre Etat l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu »**

- CNUCED, traitement de la nation la plus favorisée, Nations Unies, New York et Genève, 2010, p13, disponible sur le site, https://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf consulté le: 12/03/2019 .

[878] – دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 213.

[879] – بقة حسان، مرجع سابق، ص 105.

حيث نصت في مادتها الرابعة فقرة الثانية على أنّه: "**يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لاستثمارات وعائدات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات أو عائدات مستثمري أيّة دولة أخرى وتكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة**"[880].

كما أكّدت على هذا الشرط المادة الثالثة من الاتفاق المبرم بين الجزائر وجمهورية صربيا، أين جمعت في نص واحد بين شرط الدولة الأولى بالرعاية وشرط المعاملة الوطنية معا[881].

أمّا بخصوص تقييم شرط الدولة الأولى بالرعاية فقد تعرّض بدوره إلى العديد من الانتقادات، ذلك أنّه لا يتضمن تحديدا واضحا لمضمون ونطاق الحماية التي تمنحها الدولة الملتزمة به للدولة المستفيدة ،بل يكفل مطالبة الدولة المتعهدة به بمنح رعاياها مركزا مساويا لما يتمتع به رعايا الدولة الأولى بالرعاية ، زيادة على ذلك فإنّ إسراف الدولة في الارتباط بهذا الشرط، يمكن أن يجعلها في تردد دائم في إبرام اتفاقيات ثنائية أخرى، تمنح فيها مزايا وحقوق للاستثمارات الوافدة إليها من بلدان أجنبية أخرى خوفا وخشية من تمتع هذه الأخيرة بمثل هذه الحقوق والمزايا[882].

---

[880] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235، المؤرّخ في 23 جوان سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 45، صادر في 29 جوان 2005.

[881] – أنظر المادة الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية صربيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع بالجزائر في 13 فيفري 2013، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرّخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 02 أكتوبر 2013.

[882] – معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص ص 341-342.

المطلب الثاني

تعزيز حماية الاستثمار الأجنبي بموجب التعويض وعقود الضمان

تستنجد الدول النامية بالاستثمار الأجنبي نظرا للفوائد العديدة التي يحققها، كالاستفادة من الخبرات الفنية، بالإضافة إلى جلب رؤوس الأموال بالعملة الصعبة بغرض تمويل المشروع الاستثماري[883]، في المقابل يهدف المستثمر الأجنبي من خلال استثمار أمواله على إقليم الدولة المضيفة إلى تحقيق الربح، خاصة أنّ هذه الدول تتوفر على أسواق ذات قدرة عالية على استيعاب كل أنواع الإنتاج والخدمات، غير أنّ المستثمر الأجنبي يخشى من المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تتعرض له استثماراتهم في الأقطار المضيفة، لذلك فإنّ المساس بالمشروع الاستثماري يجعل من القواعد القانونية دون جدوى فهي عاجزة عن حمايته مما يستوجب تعزيز هذه الحماية بضمان التعويض عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها (الفرع الأول)، وضمان أدائه في كل الأحوال بالأسلوب التعاقدي بموجب عقود الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضمان حماية الاستثمار الأجنبي بإقرار التعويض

يقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار في حالة تجريد المستثمر الأجنبي من حقه في الملكية من خلال اتخاذها تدابير من شأنها الاستيلاء على المشروع الاستثماري والقيام بإنهاء عقد الاستثمار الأجنبي بدفع التعويض للمستثمر الأجنبي، وإلاّ اعتبرت التدابير المتخذة من طرف الدولة غير مشروعة، مما يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية.

يعتبرّ التزام الدولة بالتعويض من الضمانات القانونية البالغة الأهمية بالنسبة للمستثمرين الأجانب، بحيث يمثّل الأداة المثلى لجبر الأضرار والخسائر التي لحقت بالمستثمر من جهة، كما يعدّ من الوسائل التي تحقق حماية قانونية فعّالة وناجعة لحق ملكية المستثمرين الأجانب من جهة أخرى.

---

[883] – بجي فيصل ، نعمة العلمي، "شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، مجلة دفاتر قانونية، العدد01، 2015، ص 115.

وعليه إذا كان إجراء نزع الملكية حقا معترف به دوليا للدولة المضيفة، فإنّ القانون الدولي اعترف للمستثمر الأجنبي مقابل ذلك بالحق في التعويض عما أصابه من ضرر، لذلك سنحاول التطرق إلى المبررات والأسانيد القانونية (أولا) التي يرتكز عليها التعويض باعتباره آلية لاستقطاب وجذب رؤوس الأموال الأجنبية، غير أنّ هذا لا يمكن أن يتأتى إلاّ بقيام الدول المضيفة بإيجاد أسس فعالة لتقدير التعويض والتي سوف نحاول توضيحها (ثانيا).

أولا:الأسانيد القانونية

لقد أجمع القانون الاتفاقي والوطني على موقف واحد يقضي أنّه في حال ممارسة الدولة لحقها في نزع الملكية أو الاستيلاء ومن ثمّ الإخلال بالعلاقة التعاقدية ، تلتزم الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي وذلك لإصلاح الضرر وجبر الخسائر التي لحقت به .

ترجع الدول عند التعويض إلى المبادئ العامة التي سادت القانون الدولي تتمثل أساسا في: مبدأ الحقوق المكتسبة، مبدأ الإثراء بلا سبب، مبدأ المسؤولية العقدية.

1- مبدأ الحقوق المكتسبة

إنّ الغرض من هذا المبدأ هو حماية الحقوق الخاصة التي اكتسبها المستثمرين الأجانب على وجه مشروع، وهو من المبادئ العامة للقانون ذلك أنّ ظهور جذوره يعود إلى القانون الداخلي ، كما يعتبر من المبادئ الأساسية التي لا تتردد أية محكمة تحكيمية دولية لتأكيدها طالما لا يوجد نظام قانوني داخلي يقرر المساس بالحقوق الخاصة لاسيما حق الملكية المعترف بها في معظم تشريعات الدول[884].

لذلك ينبغي على الدولة احترام مبدأ الحقوق المكتسبة، فهو قاعدة دولية ثابتة، وأنّ المساس بها يرتب مسؤولية دولية، والتزام الدولة بالتعويض عن كل الأضرار التي ألحقت بالمستثمرين الأجانب.

وعليه فإنّ إجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة في إطار سيادتها، بالرغم من أنّها تصرفات مشروعة إلاّ أنها تتعارض مع قاعدة دولية مفادها ضرورة احترام الدولة لحقوق الأجانب المكتسبة .

[884] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 75

إنّ إخلال الدولة المضيفة لمضمون هذا المبدأ يعتبر خرقا لقاعدة دولية ثابتة تتحمّل عنها مسؤوليتها الدولية وبالتالي تلتزم الدولة بالتعويض عن كل الأضرار والخسائر الناتجة عن الإخلال بالحقوق المكتسبة وفقا لهذا المبدأ.

2- الإثراء بلا سبب

يعتبر العديد من الفقهاء مبدأ الإثراء بلا سبب من المبادئ العامة للقانون، حيث يعتبر مصدرا من مصادر القانون الدولي الوارد في المادة 38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية [885]، كما تمّ التأكيد عليه في أغلب الأنظمة القانونية الداخلية للدول على غرار الدولة الجزائرية [886].

إنّ نظرية الإثراء بلا سبب لا تقوم إلاّ في حالة توفر شرط أساسي والمتمثل في انعدام سبب الإثراء، لذلك فإنّ قيام الدول المضيفة بمصادرة الأموال أو الاستيلاء على المشروع الاستثماري التي تسعى من خلاله إلى تحقيق مصالح رعاياها أو استرجاع مصادرها الطبيعية لاعتباره مبدأ معترف به عالميا، والذي يؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية مع المستثمر الأجنبي، دون دفع التعويض لهذا الأخير يمثل بالنسبة للدولة المضيفة إثراء بلا سبب أو إثراء غير قانوني على حساب المستثمر الأجنبي[887]، الأمر الّذي جعله انتهاكا لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك فهو مصدر مبرر للالتزام بالتعويض[888].

---

[885]- شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص ص 82- 83.

[886] - نصت المادة 141 من الأمر رقم 75-58 المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على أنّه: "**كل من نال على حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبرّرها يلتزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء**"

[887] - شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 83

[888] - لقد أخذت بهذا المبدأ العديد من الهيئات التحكيمية، ومنها لجنة التحكيم في قضية (LINA GOLD FILDZ) في حكمها المؤرّخ في 02 سبتمبر 1930، والّذي أكّدت فيه إلزامية الأخذ بإلزامية الإثراء بلا سبب عند الإستيلاء على أموال المستثمرين:

"**... وقد انتهت المحكمة إلى الحكم للشركة بمبلغ 125.965.000 جنيه إستلرليني كمقابل لما حققته الحكومة السوفيتية من إثراء على حساب الشركة لا سبب له، تمثل في استيلائها على استثمارات الشركة في الإقليم السوفياتي وحرمانه لها من الاستفادة من هذه الاستثمارات المتصلة بعقد الامتياز...**" **أنظر:**

- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 211.

3- التعويض على أساس المسؤولية العقدية

تنص اتفاقات أو عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والمستثمرين الأجانب في أغلب الأحيان على شرط مفاده امتناع الأطراف المتعاقدة بالقيام بإنهاء العقد دون موافقة الآخر، وهو ما يعرف بشروط الاستقرار في اتفاقيات الاستثمار، والتي تهدف إلى منع الدولة من استعمال سلطاتها التشريعية في تعديل أو إنهاء عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجانب.

وبالتالي عند قيام الدولة المضيفة بالمساس بحقوق الطرف الآخر والمتمثل في المستثمر الأجنبي عن طريق التأميم أو التدابير المماثلة له يعدّ إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ذلك أنّ عقد الاستثمار يلزم أطرافه على ما تمّ الاتفاق عليه إلى حين انتهاء مدته، حيث يعتبر أغلب فقهاء القانون الدولي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يجد أساسا له في العرف الدولي، إذ يجب على الدولة احترام الالتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي[889]. كما أنّ الالتزام بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[890] مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية، وعليه فإنّ انتهاك هذا المبدأ يعتبر إخلالا بمبادئ القانون الدولي.

لقي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين معارضة على أساس ضرورة الأخذ بمبدأ تدويل العقد لإثارة المسؤولية العقدية الدولية، في حين أنّ الطابع العقدي لهذه الالتزامات لا يسمح بتحويلها إلى التزامات عقدية، بالإضافة إلى ذلك فإنّ السيادة الاقتصادية والسياسية للدولة على ثرواتها الطبيعية تسمح لها باتّخاذ التدابير الضرورية حتى وإن كانت تمس بالملكية، ما دامت تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة للدولة[891].

---

[889] – شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 74.

[890] – لقد تمّ تطبيق هذا المبدأ في بعض السوابق القضائية الدولية، حيث ساد مبدأ القوة الملزمة في النصف الأول من القرن العشرين، ولقد دافعت سويسرا بهذا الدفع في قضية (Losinger)، أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية(CPJI) :

« Le principe Pacta Sunt servenda (…), s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre Etats, mais aussi pour ceux passé entre un Etat et des étrangers ».

[891] – حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 213.

ثانيا: طرق تقدير التعويض

أمام تضارب المصالح بين كل من الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدولة المستقبلة لها، فمن الصعوبة التوصل إلى طريقة دولية معينة موحدة حول مسألة طرق تقدير التعويض بسبب حرمان المستثمر من ملكيته[892]، ونظرا لتعدد هذه الطرق وتنوعها سنحاول أن نتعرض إلى أهمها، وموقف المشرع الجزائري منها.

1- الطرق المعتمدة في التعويض

يتمّ الاعتماد في كيفية تقدير التعويض المستحق نتيجة إجراءات نزع الملكية أو التدابير المماثلة لها على طرق مختلفة، وذلك بالأخذ بعين الاعتبار ما يخدم مصالح الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية من جانب، وما يخدم مصالح المستثمرين الأجانب المنزوعة ملكيتهم من جانب آخر، وتتمثل هذه الطرق أساسا في: طريقة القيمة الحسابية، الطريقة الحالية، طريقة المقاصة، طريقة البورصة، طريقة القيمة السوقية العادلة.

أ- طريقة القيمة الحسابية

تتمسك بهذه الطريقة الدول النامية[893]، حيث تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة الواردة في حصيلة الشركة المؤممة أو المسخرة من جهة ومعدل الأرباح التي تحققها شركة أخرى شبيهة في نفس المدة وفي بلد آخر من جهة أخرى[894].

---

[892]- حساييني لامية، مرجع سابق، ص 141.

[893] - لقد تبنى المشرع الجزائري طريقة القيمة الحسابية الصافية أو طريقة القيمة الحقيقية للاستثمار، والتي تحدد وفقا لعناصر الرأسمال الّذي تسترجعه الدولة المضيفة للاستثمارات وذلك المادة 08 من الأمر رقم 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، مرجع سابق.

[894] - حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 216.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه الطريقة تعرضت للرفض من طرف المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية، ذلك أنّها تقلل من قيمة التعويض المستحق[895].

ب-الطريقة الحالية

وفقا لهذه الطريقة يشمل التعويض كافة المبالغ المالية المستثمرة، وكذا الفوائد المحتملة، وتتمسك بالطريقة الحالية الدول المصنعة، لأنّها تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض المستحق بحيث تأخذ في الحسبان الفوائد المحتملة[896].

ج- طريقة المقاصة

تأخذ هذه الطريقة بعين الاعتبار الأرباح والفوائد التي حققها المشروع الاستثماري بالمقارنة مع قيمة رأس مال المستثمر، وكذا الأضرار التي مست الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة لاسيما بسبب عدم الوفاء بالتزاماتها أو نتيجة لإعادة التحويل لرؤوس الأموال والأرباح المحققة إلى الخارج[897].

د- طريقة البورصة

يتمّ تحديد قيمة التعويض حسب هذه الطريقة على أساس ثمن أسهم الشركة المؤممة في البورصة وبالتالي فهي لا تخص سوى الشركات الّتي لها قيمة في البورصة، وهي طريقة تعرض الأطراف المعنيين بهذا الإجراء إلى نوع من المخاطرة نظرا للتقلبات السريعة التي تتعرض لها قيمة الأسهم في البورصة من

---

[895]- بالرغم من تعرض طريقة القيمة الحسابية الصافية للرفض من قبل المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية إلاّ أنّها قد تبنتها العديد من الاتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف الجزائر، نذكر على سبيل المثال:

- المادة 05 فقرة 02 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية، حول التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر، في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرّخ في 02 جانفي 1994، مرجع سابق

- المادة 08 فقرة 03 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية، ، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بصنعاء في 25 نوفمبر 1999، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-211 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2001، مرجع سابق.

[896] - معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 236

[897] - عيبوط محند وعلى، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 328.

نزول وانخفاض، الأمر الّذي يجعلها نادرة الاستعمال، وقد تمّ الاعتماد على هذه الطريقة عند تأميم قناة السويس[898] .

هـ- طريقة القيمة السوقية العادلة

تحدد قيمة التعويض المستحق حسب طريقة القيمة السوقية العادلة على أساس قيمة المشروع في السوق، وبالتالي تسمح هذه الطريقة على تعويض يغطي كافة الأضرار اللاحقة بالمستثمر الأجنبي[899] وتعتمد هذه الطريقة من قبل الدول الغربية لأنها تأخذ في الحسبان الفوائد المحتملة وذلك استنادا إلى معطيات السوق[900].

2-كيفية تقدير التعويض في القانون الجزائري

لم يبدي المشرع الجزائري الاهتمام الكافي حول الطرق المعتمدة في تقدير مبلغ التعويض المستحق بالنسبة للمستثمر الأجنبي في حل تعرضه لنزع ملكيته في القوانين الداخلية، على خلاف الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية الّتي تطرقت إلى نوع من التفصيل لهذه المسألة.

أ- تقدير التعويض في التشريعات الوطنية

لقد اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة في بعض النصوص القانونية إلى خصائص التعويض وسرد أوصافه باستثناء ما أشارت إليه بعض النصوص التي اعتمدت على طرق معينة في تقدير التعويض[901].

اعتمدت الجزائر على إثر تبنيها لنظام شركات الاقتصاد المختلط على أسلوب تقييم التعويض على أساس القيمة الحسابية للأسهم الّتي يمتلكها الطرف الأجنبي في رأس مال المؤسسة وهذا ما نصت عليه المادة 48 من القانون رقم 82-13 المحدد للنظام الخاص بشركات الاقتصاد المختلط والّتي نصت على

---

[898] – عيبوط محند وعلى، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق،328

[899] – HAROUN Mehdi, Op. Cit, p 528.

[900]– معيفي لعزيز، مرجع سابق، ص 235

[901] – مرجع نفسه، ص 243.

أنّه: "**في حالة ما إذا اقتضت المصلحة العامة استعادة الدولة لأسهم الطرف الأجنبي يترتّب قانونا عن هذا الإجراء دفع تعويض مساو للقيمة الحسابية لهذه الأسهم وذلك في أجل أقصاه سنة واحدة**"[902].

وتزامنا مع الإصلاحات الاقتصادية المتعددة التي عرفتها الجزائر انطلاقا من سنة 1988، وتبنيها للاستثمار الأجنبي كأداة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية، اعتمدت أسلوبا جديدا للتعويض يقترب من القيمة الفعلية للمشروع ويشمل الكسب الضائع، وهذا من خلال إصدارها للقانون 91-11 حيث تنص المادة 21 منه على ما يلي: "**يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية**"[903].

في حين نصت المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 على أنّه: "**يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدد استنادا إلى القيمة الحقيقية للممتلكات...**" [904].

وفي السياق ذاته، نصت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)، وشركة حامة واتر ديسالنايشن (Hama Water Desalination)، والّتي أشارت إلى كيفية تقدير التعويض، وذلك بالأخذ في الحسبان الوضعية المالية والمادية للمشروع الاستثماري، حيث نصت المادة 07 منه على أنّه: "... **ويأخذ التعويض بعين الاعتبار الحالة المادية للمصنع والوضعية المالية لشركة المشروع**"[905].

---

[902] – قانون رقم 88-13 مؤرّخ في 28 أوت 1988، يتعلّق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ج ج، عدد 35، صادر في 31 أوت سنة 1988، معدل ومتمم (ملغى).

[903] – قانون رقم 91-11، المؤرّخ في 27 أفريل سنة 1991، يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مرجع سابق.

[904] – مرسوم تنفيذي رقم 93—186 مؤرّخ في 27 جويلية 1993، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11، المؤرّخ في 21 أفريل 1991، الّذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر ج ج عدد 51، صادر في01 أوت 1993.

[905] – أنظر المادة 07 فقرة 01 و02 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وشركة حامة واتر ديسالنايشن (Hama Water Desalination)، مرجع سابق.

ب-تقدير التعويض في الاتفاقيات الدولية

لقد تضمنت الاتفاقيات الدولية المبرمة من طرف الجزائر طرق مختلفة لتقدير مبلغ التعويض المستحق، على خلاف القوانين الداخلية التي لم تعطي هذا الموضوع أهمية بالغة

فعلى سبيل المثال هناك بعض الاتفاقات التي نصت على القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية بالنزع، من بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واسبانيا في نص المادة 2/5 كما يلي: "... **يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه وعلى أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تمّ تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الّذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها**"[906].

أمّا البعض الآخر من الاتفاقيات فقد تبنّت القيمة الفعلية للاستثمار في السوق، نذكر على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة من طرف الجزائر والبرتغال التي تنص في المادة 2/4 منها على أنّه: "**إنّ مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية للاستثمار المعني مباشرة، قبل اتّخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الّذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأول**"[907].

في حين اعتمدت اتفاقيات أخرى على أنّ التعويض المستحق يدفع على أساس القيمة الاقتصادية للمشروع، على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 2/5 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ودولة قطر

---

[906]– الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بمدريد في 23 ديسمبر 1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرّخ في 25 مارس 1995، ج ر ج ج، عدد 23 صادر في 26 أفريل سنة 1995.

– أنظر أيضا: المادة 2/5 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النيجر، حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 16 مارس 1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-247، المؤرّخ في 22 أوت 2000، مرجع سابق.

[907] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15 سبتمبر 2004، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، المؤرّخ في 28 ماي 2005، مرجع سابق.

– أنظر أيضا: المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 18 ماي 1991، والمصابق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر 1991، مرجع سابق.

والتي جاء فيها ما يلي: "**كما يجب أن تؤدي تدبير نزع الملكية، إذا اتخذت لإلى دفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الاقتصادية للاستثمارات المعنية والّتي تقدر وفقا للظرف الاقتصادية السارية عشية اليوم الّذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها**"[908].

انطلاقا من النصوص القانونية السالفة الذكر سواءً الوطنية أو الاتفاقية نلاحظ أنّ تقدير التعويض مرتبط باعتبارات وعوامل متعددة قد تؤخذ في الحسبان أثناء الإجراء، وبالتالي فهو مرتبط بالإيديولوجية الاقتصادية للدولة بالإضافة إلى قدراتها المالية، كما يقدّر التعويض حسب القيمة الحقيقية للمشروع الاستثماري والكسب الضائع[909] .

الفرع الثاني

حماية الاستثمار الأجنبي بموجب عقود الضمان

إنّ المخاطر التي تثقل عزيمة المستثمرين الأجانب على الاستثمار في الدّول النامية، ترتبط أساسا بالمخاطر غير التّجارية مثل التّأميم ونزع الملكية، أو الإجراءات المماثلة له، والتي تهدف بصفة غير مباشرة إلى نتائج مماثلة في حرمان المستثمر من أملاكه كرفض إعادة تحويل رؤوس أمواله إلى جانب إجراءات سياسية أخرى كالحروب والاضطرابات المدنية التي تكون خارجة عن نطاق إرادة الدولة، وبالتالي فإنّ تحقق هذه المخاطر تؤدي إلى الإضرار بالمستثمر الأجنبي، مما ينجر عنه الإخلال بالتوازن العقدي بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

وعلى الرغم من قيام الدولة بالنص صراحة في تشريعاتها الوطنية على حماية المستثمر الأجنبي من مختلف هذه الأخطار، حيث تتمثل هذه الحماية بتعويض المستثمر، إلاّ أنّ ذلك غير كاف خاصة وأنّ

---

[908] – الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدينة الدوحة في 24 أكتوبر 1996، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97–229 المؤرّخ في 23 جوان 1997 ، مرجع سابق.

[909] – ZOUIAIMIA Rachid, « Le régime des investissements, en Algérie », Op. Cit, p 595.

هذه التشريعات صادرة عن الإرادة المنفردة للدولة مما يجعلها عرضة للتغيير[910]، بالإضافة إلى أن بعض هذه المخاطر كالحروب والقوة القاهرة يتعذّر على الدولة مواجهتها .

لذلك تحتّم على الدول المضيفة للاستثمارات والمستثمرين الأجانب لإيجاد وسيلة أكثر فعالية من شأنها أن تزيد قدر الحماية الممنوحة الاستثمارات الأجنبية، ومن ثمة تحقيق أهداف عقد الاستثمار وتعتبر فكرة الضمان من أنجح الطرق للتأمين على الاستثمار الأجنبي ، لذلك سنحاول رصد مفهوم عقود ضمان الاستثمار(أولا)، ثمّ تبيان الالتزامات الواقعة على أطراف هذه العقود(ثانيا).

أولا: مفهوم عقود ضمان الاستثمار الأجنبي

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية من العقود الدولية، والّذي تتحمل بموجبه هيئة خاصة لتغطية الخسائر الملحقة بالمستثمر الأجنبي، مقابل دفع أقساط، وينتج عن عقد الضمان مجموعة من الالتزامات في مواجهة أطرافها الثلاثة (المستثمر الأجنبي، الدولة المضيفة، هيئة الضمان) وهذا ما سنوضحه لاحقا.

1- المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يعتبر عقد ضمان الاستثمار الأجنبي[911] ذلك العقد الّذي تلتزم بمقتضاه الهيئة المعنية بالضمان بتعويضه عن الأضرار الّتي يمكن أن تصيبه من تحقق خطر غير تجاري، بسبب تصرف غير قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدّولة المضيفة للاستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم[912].

---

[910] – محمد عامر شنجان، على غسان أحمد، مرجع سابق، ص 57.

[911] – تجدر الإشارة أنّ هناك أوجه التشابه بين عقد التأمين وعقد الضمان، ذلك أنّ كلاهما يهدفان من حيث المبدأ إلى تحقيق الهدف نفسه، والّذي يتمثل في تغطية المخاطر، في حيت أنّهما مختلفان فعقد التأمين عقد داخلي يبرم بين هيئة التأمين والوطنيين، في حين أنّ عقد الضمان عقد دولي يتم إبرامه من طرف هيئات الضمان الدولية والمستثمرين الأجانب، ضف إلى ذلك أنّ نظام الضمان يستوجب الضرر ذلك أنّه شرط أساسي لاستحقاق التعويض عند تحقق الخطر، الأمر الّذي يجعل وقوع الخطر إذا لم يسبب ضررا مستبعدا للحق في التعويض، إذ أنّ مسألة التعويض متوقفة أساسا على درجة الضرر الّذي لحق بالمؤمن له. أنظر:

– حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 237-238.

[912]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 69.

وعليه يمكن القول أنّ عملية الضمان تتمّ في إطار ثلاثي الأطراف مما ينشئ علاقة ثلاثية بين المستثمر الأجنبي وهيئة الضمان التي تقوم بهمة الضمان حيث تلتزم بتعويض المستثمر المضمون المتعاقد معها عند تحقق الخطر غير التجاري الناجم عن قيام الدولة بتصرف قانوني أو عمل مادي صادر منها أو من الغير [913]. وعلاقة أخرى بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة له عند تحملها تبعة التدابير التي تتخذها والتي تكون سببا في الإضرار بالمستثمر الأجنبي.

بالإضافة إلى العلاقة بين هيئة الضمان والدولة المضيفة التي تنشأ على أساس نظرية الحلول كآلية قانونية تبرر التواجد الثلاثي للعلاقة العقدية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ إبرام عقد الضمان بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي يتطلب موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على مبدأ الحلول في قبول رجوع هذه الهيئة عليها في دفع مستحقات تعويض المستثمر عن الخسائر التي لحقت استثماره نتيجة تحقق خطر يشملها التأمين ، وهذا ما جاء في نص المادة 15 من اتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار والتي تنص على أنّه:

"لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها"[914]

ولقد أقرّت العديد من الدول على غرار الدولة الجزائرية على إمكانية لجوء المستثمرين الأجانب إلى إبرام عقود الضمان للتأمين على مشاريعهم الاستثمارية من مختلف المخاطر غير التجارية التي يمكن أن تلحق بها ، ذلك أنّ استقطاب المستثمرين الأجانب ليست بالمهمة السهلة، بل يتطلب وجود بيئة ملائمة ومحفّزة للاستثمار.

---

[913] – محمد عامر شنجان، على غسان أحمد، مرجع سابق، ص 58.

[914] – الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2- هيئات الضمان الدولي للاستثمار

نظرا لما يترتب عن رفع المخاوف المتعلّقة بالمخاطر غير التّجارية وتدفق وتشجيع الاستثمار الأجنبي، و اقتناعا بأهمية الدّور الذي تقوم به هيئات الضمان، عمدت الجزائر بالانضمام إلى الهيئات المتخصصة بتأمين المخاطر غير التّجارية ، و ذلك لاستقطاب أكبر عدد ممكن من رؤوس الأموال الأجنبية.

أ- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار CIAGI :

تعود نشأة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1971، بموجب اتفاقية دولية دخلت حيّز التنفيذ في 01 أفريل 1974 وهي هيئة مستقلة إداريا وماليا ذات شخصية معنوية، تتمتع بكافة الحقوق و الصلاحيات اللاّزمة لممارسة اختصاصاتها على إقليم كل دولة عضوة، ولقد اتخذت المؤسسة من مدينة الكويت مقرا لها في جانفي 1975. تهدف المؤسسة العربية لضمان أموال الاستثمار العربي من المخاطر غير التّجارية.

ب-الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار AMGI:

تم إنشاء الوكالة الدولية للاستثمار في إطار البنك الدّولي للإنشاء و التّعمير بموجب اتفاقية سيول بتاريخ 11 أكتوبر 1985، وقد دخلت حيّز النفاذ بتاريخ 12 أفريل 1988. وانضمت إليها الجزائر بعدما صادقت عليها في أكتوبر 1995، و هي مؤسسة دولية مستقلة لها شخصية قانونية كاملة، تهدف إلى إزالة مخاوف المستثمرين الأجانب من خلال ضمان الأخطار الّتي تتعرض استثماراتهم بالإضافة إلى تشجيع تدفق رأس المال و التكنولوجيا بغرض المساهمة في مجال التنمية[915]

[915]- كعباش عبد الله، مرجع سابق، ص 243.

ج- المؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثماراتSIGCE

أنشئت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات بموجب الاتفاقية المبرمة في 19 فيفري1995 [916]، وهي مؤسسة تابعة للبنك الإسلامي للتنمية، اتّخذت شكل هيئة دولية، مقرّها بمدينة جدّة بالسعودية، تتمتع بكامل شخصيتها المعنوية لها ذمة مالية مستقلة. وقد جاءت هذه المؤسسة لتكمّل دور البنك في مجال التّنمية، حيث أنّها تهدف إلى توسيع نطاق المعاملات التجارية، وتدفق الاستثمارات بين الدول الأعضاء فيها، وتحقيقا لهذا الهدف فإنها تقدم للمصدرين والمستثمرين من الدول الأعضاء بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية[917].

ثانيا: الالتزامات الواقعة على أطراف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

إنّ عقد الضمان كغيره من العقود تترتّب عنه آثار بين طرفيه المتمثلين في هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي، كما تترتّب عنه آثار تمتد إلى الغير والمتمثل في الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي. باعتبارها الطرف المتسبب في الضرر.

1- التزامات الهيئة الضامنة:

تلتزم مختلف هيئات الضمان بمجموعة من الالتزامات تحددها الاتفاقية المنشئة لها، والتي تساعد بدورها بصفة مباشرة في تكوين العقد، وتتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

أ- الإلتزام بالتحقيق في صلاحية المشروع للضمان:

تلتزم هيئات الضمان بالتحقيق في مدى صلاحية المشروع للضمان والتّأكد من قدرته على المساهمة في التّنمية الاقتصادية للدّولة المضيفة و مدى حداثته[918] ، كما تلتزم بالتّحقق من مدى مواكبة

---

[916]- أنظر موقع المؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات:http://www.iciec.org

[917]- أيت شعلال وردية، مرجع سابق، ص 43.

[918]- أنظر المادة 12 من الاتفاقية المتضمنة الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية المعلنة للدّولة المضيفة[919] . وتعتبر الاستثمارات الّتي لا تعود بمنفعة عامة على الدّولة المضيفة غير صالحة للضمان، والسلطة التقديرية في تقدير صلاحية المشاريع للضمان من اختصاصات هيئة الضمان، حيث تستبعد من الضمان كل الاستثمارات القائمة قبل طلب الضمان، و الّتي تنشط في مجالات غير مشروعة، أو لا تحقق منفعة عامة للدّولة المضيفة بالإضافة إلى الاستثمارات الّتي لا تعمل على أسس تجارية[920].

ب- التزام الهيئة الضامنة بتقييم الظروف المحيطة بالاستثمار

يقصد بذلك أنّ هيئة الضمان ملزمة بالتأكد من النظام القانوني المعمول به في معاملة و حماية الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة، لارتباطه كل الارتباط باحتمالات تحقق المخاطر المراد تغطيتها أو ضمانها، ودراسة سياسة الاستثمار فيها للتحقق من مدى تهديد مركزها المالي من خلال إبرامها لعقود الضمان على هذه الاستثمارات من جهة والتّحقق من نسبة احتمال تحقق المخاطر المغطّاة بالمقارنة مع الظروف المحيطة بالاستثمار ومسبباتها من جهة ثانية[921] ، وهذا ما أكّدت عليه المادة 12/د/4 من اتّفاقية الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار[922] .

ج- الالتزام بتحديد نطاق الضمان

يشمل التزام الهيئة بتحديد نطاق الضمان الإشارة في صلب العقد إلى المخاطر الّتي سيتم تغطيتها بصفة مفصّلة و دقيقة، وذلك لتفادي أي نزاع أو خلاف حول حدود الضمان ونطاقه، ولاستبعاد

---

[919]- أنظر المادة 1/16 من الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

[920]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 252.

[921]- مرجع نفسه، ص 251.

[922] - تنص المادة 18/د/4 من اتّفاقية الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار على أنّه:"**على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان الاستثمار مما يأتي... ظروف الاستثمار في الدّولة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة و الحماية القانونية للاستثمار**" .

الهيئة لمسؤوليتها حول الالتزام بالتّعويض عن أيّ ضرر، إلاّ في حدود المخاطر المتّفق على تغطيتها[923] والّتي حددتها كل الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان على سبيل الحصر[924].

د- التزام الهيئة الضامنة بتعويض المستثمر الأجنبي

تلتزم هيئة الضمان في تعويض المستثمر متى توافرت الشروط المنصوص عليها في عقد الضمان الّذي يجمعهما، إلاّ أنّها لا تقوم بأداء التّعويض إلا إذا قام المستثمر بطلبه، وتقوم عملية تقدير التّعويض على عدّة اعتبارات من بينها قيمة المشروع المؤمّن طبيعة الخطر المحقق، مقدار الأقساط المدفوعة[925] تتمّ عملية تقييم وتحديد الخطر المحقق بعد إجراء التحقيقات من طرف هيئات الضمان، وفي حالة تعذّر هذه الأخيرة من تحديد الأضرار الّتي أصابت المستثمر الأجنبي، فيحقّ لها بأداء تعويض مؤقت له، مع إلزامها بإعادة النظر فيه، مقيّدة بالآجال المحددة في عقد الضمان، و ذلك بهدف إعادة تقييم التعويض الذي قد يزيد أو يقل عن التعويض الحقيقي[926]، أمّا في حالة ما إذا تبيّن أنّ التعويض المستحق يقل عن التعويض المؤقت فيجب على المستثمر أن يعيد الفرق بينهما، غير أنّه إذا تبيّن للمؤسسة بعد أدائها للتعويض، أنّه تخلّف شرطا من شروط استحقاق التّعويض المقدّم، فيمكنها أن تطالب المستثمر برد مبالغ التّعويض الّتي تتقاضاها بغير وجه حق، مع إرجاعها للحوالات الّتي تسلّمتها بموجب هذا التّعويض[927].

2- التزامات المستثمر الأجنبي:

يترتب عن عقد الضمان مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق المستثمر بمجرد إبرامه لعقد الضمان مع الهيئة الضامنة تتمثل فيما يلي:

---

[923]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 245.

[924]- أنظر في ذلك:- المادة 18من الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.
- المادة 19 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات، مرجع سابق.
- المادة 11 من الاتفاقية المتضمنة الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

[925]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 255.

[926]- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 282.

[927]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 256.

أ- التزام المستثمر بتقديم بيانات خاصة بالاستثمار المضمون

يلتزم المستثمر المضمون بتقديم مجموعة من البيانات تتضمّن جميع البيانات اللازمة والضرورية، من شأنها تمكين الهيئة الضّامنة من تكوين فكرة على الخطر المطلوب ضمانه[928]، و يدخل في نطاق هذا الالتزام تقديم تقرير آخر لإخطار المؤسّسة عن الخطر و مدى تحقّقه(. و تقدّم هذه البيانات مشمولة بكلّ الظروف المعلومة لديه وقت إبرام العقد، وإلحاقها بتقارير جديدة كلّما ظهرت بيانات جديدة، كما يلتزم بتقديم البيانات التي تطلبها الهيئة بصفة خاصة التقارير الدّورية ودفاتر الحسابات والسّجلات المعدّة سابقا لأصول المحاسبة المتضمّنة لقيمة صافي الاستثمار وعوائده، بالإضافة إلى حصصه وأسهمه التي يشملها الضّمان، ويتعيّن عليه أن تكون كلّ هذه البيانات معتمدة من محاسب قانوني[929].

ب-التزام المستثمر ببذل الجهود لتفادي حدوث الخطر:

يقصد بهذا الالتزام، بأن لا يكون لطالب التّعويض أيّة علاقة بحدوث الخطر المضمون أو أن يقع الخطر خارجا عن إرادته أو ألاّ يكون الفعل قد وقع بموافقته[930]، وقد تبنّته معظم الاتفاقيات المتضمّنة إنشاء هيئات الضّمان[931]، إذ نصّت جميعها على استبعاد التّعويض في الحالات التي يتحقّق فيها الخطر، ويحدث أنّ الضرر كان نتيجة لأسباب يكون للمستفيد من الضّمان علاقة بحدوثها، وفي كلّ الأحوال لا يعتّد بالأخطار الّتي تحقّقت في فترة نفاذ عقد الضّمان أو سريانه، حيث تستبعد الأضرار النّاتجة عن الإجراءات المتّخذة قبل إبرام العقد.

---

[928] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 313.

[929]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 241.

[930]– أنظر المادة 2/18 من الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

[931]– أنظر في ذلك:

– المادة 4/19 من الاتفاقية المنشئة للمؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمار، مرجع سابق.

– المادة 02/11 من الاتفاقية المتضمنة الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

ج- التزام المستثمر بأداء أقساط الضمان

يعتبر التزام المستثمر بأداء أقساط[932] التّامين شرطا أساسيا لا يقوم بدونه التزام هيئة الضّمان بالتعويض، فالالتزامين متقابلين[933]، ذلك أنّ قيام المستثمر بسداد أقساط التّأمين في الآجال المحددة في العقد، يقابله تغطية الخسائر النّاجمة عن الأخطار المتّفق عليها في العقد من طرف هيئة الضّمان، وتحدّد هذه الأخيرة بصفة دورية أسعار الأقساط و الرّسوم و التّكاليف بالنسبة لكل نوع من المخاطر[934]. كما تحدد القسط أيضا بحسب طبيعة الاستثمار سواءً في شكل شركة مساهمة في ملكية المشروع، أو في شكل قرض أو استثمار مباشر، لأن احتمالات تأثر القروض بالمخاطر السياسية أقل عادة من تأثّر الاستثمارات الأجنبية لها[935].

د-التزام المستثمر بالتنازل عن حقوقه لهيئة الضمان:

مفاده أن يقوم المستثمر بالتّنازل عن حقوقه و يحوّلها لهيئة الضمان، إذا تقدّم بطلب التّعويض عن الأضرار المترتّبة من تحقق أحد المخاطر المغطاة، و ذلك في أجل 180 يوم على الأكثر من تاريخ إخطاره كتابة بقرارها بالموافقة عن أداء التّعويض وتحديد مقداره عن كافة الحقوق المقررة له من الاستثمار المشمول بالضمان وعوائده[936]. بالإضافة إلى وجوب تسليم المستثمر كافة الأسهم والسندات الدالة على حلول الهيئة[937] ، مع الالتزام بالقيام بكافة الإجراءات الّتي تتضمّن سلامة التّنازل أو الحوالة الواردة عن الحقوق المقررة، وعدم اتّخاذ أي إجراء من شأنه إضعاف أي حق أو تأمين أو ضمان واجب

---

[932] – يعرّف القسط في عقد التأمين بأنّه المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه، فالقسط هم مبلغ من المال يدفعه المستأمن للمؤمن مقابل التزام هذا الأخير بتغطية الخطر المؤمن منه. نقلا عن:
– عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 301.

[933]– هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التّجارية، مرجع سابق، ص217.

[934]– أنظر المادة 26 من الاتفاقية المتضمنة الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

[935]– حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص.252.

[936]– مرجع نفسه، ص.252.

[937] – عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 321.

الحوالة، أو وضع عراقيل تحول دون قابلية هذه الحقوق للتنازل أو الحوالة في الآجال المنصوص عليها في العقد[938].

3- التزامات الدولة المضيفة للاستثمار

تنتهي العلاقة بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي بمجرد قبض هذا الأخير مبلغ التعويض، إلاّ أنّه هناك علاقة أخرى تنشأ بين هيئة الضمان والدولة المضيفة للاستثمار التي تلتزم عند انعقاد عقد الضمان بقبولها حلول هيئة الضمان محلها في تعويض المستثمر الأجنبي ثم الرجوع عليها كما تلتزم أيضا بدفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان

أ- قبول حلول هيئة الضمان محل الدولة المضيفة في تعويض المستثمر

يمكن للهيئة الضامنة الرجوع على الدّولة المضيفة الّتي قامت بتصرّفات سببت بها خسائر وأضرار للمستثمر المضمون، في عقد ضمان الأخطار غير التّجارية، لكن هذا الالتزام مشروط بموافقة الدولة المضيفة [939] ، حيث تقضي المادة 15 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنه:

"لا يجوز للوكالة أن تبرم عقد الضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة لضمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيته"

وبالتالي لا يجوز للمؤمن أن يتحلل من التزاماته بعذر إمكانية رجوع المؤمن له إلى الغير المسؤول عن الخطر، لكن إذا دفع مبلغ التعويض باعتباره مقدار التأمين كان له حق الرجوع على الغير المسؤول عن وقوع الخطر للمطالبة بأداء المبلغ الذي دفعه للمضرور[940]

---

[938]- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التّجارية، مرجع سابق، ص 207.

[939]- المادة 15، من الاتفاقية المتضمنة الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

[940] - بزاز الوليد، مرجع سابق، ص488.

ب-التزام الدولة المضيفة بدفع التعويض لهيئة الضمان

يعتبر التزام الدولة المضيفة بدفع التعويض لهيئة الضمان من أهم الآثار المترتبة على إعمال مبدأ الحلول، إذ أن هذا الالتزام يقابل التزام هيئة الضمان بأداء مبلغ التعويض للطرف الآخر في العقد وهو المستثمر الأجنبي.[941]

يفرض عقد الضمان على الدولة التي قبلت بانتقال حقوق المستثمر الحاصل على التعويض لصالح هيئة الضمان، بنقل حتى حقوقه في المطالبة بهذا الحق في مواجهة الدولة المضيفة لصالح هيئة الضمان[942]، فإذا التزمت الدولة بدفع مبلغ التعويض لهيئة الضمان، فيجب عليها أن ترد أي مبلغ إضافي تكون قد تحصلت عليه إذا ما كان زائدا مبلغ التعويض السابق لها دفعه، بينما إذا قصّرت الدولة المضيفة في دفع التعويض لهيئة الضمان فلا يحق لها استعادة قيمة التعويض السابق لها أدائه للمستثمر، كما لا يعفيها من الالتزامات التي يرتبها عقد الضمان، ويحق لها اللجوء إلى وسائل حل النزاعات المتعلقة بالاستثمار مثل المتعلقة بالتعويض[943].

ويمكن القول أنّ أهم الأهداف الّتي أنشئت من أجل تحقيقها هيئات الضمان هو توفير الحماية الخاصة للمستثمر الأجنبي بتعويضه تعويضا مناسبا على كل ما يلحقه من خسائر نتيجة وقوع المخاطر غير التجارية، فالتأمين على الاستثمار الأجنبي يضمن استمرار واستقرار عقد الاستثمار الأجنبي.

---

[941] - بزاز الوليد، مرجع سابق، ص 488

[942]- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص261.

[943]- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 249.

خاتمـــة

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبي من الوسائل الفعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية لاسيما في الدول النامية، حيث اتخذتها هذه الأخيرة كوسيلة للخروج من التخلف الاقتصادي الّذي تعاني منه، من خلال استغلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للمستثمرين الأجانب.

تبرم عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة من جهة والمستثمر الأجنبي سواءً كان شخصا طبيعيا أو معنويا من جهة أخرى، وبالتالي فهما طرفين غير متكافئين من الناحية السياسية الاقتصادية والقانونية. وإذا كانت عقود الاستثمار ترتبط بالنسبة للدولة المضيفة بتنميتها الاقتصادية، فهي بمثابة أداة ربح بالنسبة للمستثمر الأجنبي.

وفي سياق تكييف هذه العقود، فهناك من يرى أنها عقود إدارية تنتمي للقانون العام، بينما يعتبرها البعض الآخر عقود مدنية تنتمي للقانون الخاص، وصولا إلى اعتبارها اتفاقيات دولية فهي مجرّد نتاج اتفاقيات تعقدها الدول، غير أنّ هذه العقود في حقيقة الأمر ذو طبيعة مختلطة يجمع فيها ما بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، ذلك أن تكييفها مرتبط بالنظام السياسي والاقتصادي والقانوني السائد في كل دولة، فقد يستعمل أدوات القانون العام فيعتبر العقد إداريا، كما يمكن أن تستعمل أدوات القانون الخاص فيعتبر العقد من قبيل العقود الخاصة.

هذه الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار الأجنبي ترجع إلى موضوعها من ناحية والّذي يتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن ناحية أخرى إلى طبيعة أطرافها غير متجانسة التي تفرض طابعا خاصا لتلك الحقوق والالتزامات التي تختلف عن تلك التي ترتبها العقود الدولية، خاصة فيما يتعلق بحق الدولة في إنهاء عقد الاستثمار، عن طريق القيام بإجراءات التأميم أو نزع الملكية والتي يعود أسبابها إلى المصلحة العامة للدولة، بالإضافة إلى حق المستثمر الأجنبي في الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم الجمركية، فهي بمثابة حقوق غريبة تنفرد بها هذه العقود .

تتسم عقود الاستثمار الأجنبي باكتسابها لصفة الدولية، هذه الصفة التي تجمع مجموعة من العناصر والمعايير المكونة للعقد لتحقيقها مما يجعلها تتمتع بطبيعة خاصة ومختلفة عن باقي العقود التي تبرمها الدولة، كما تتميز هذه الفئة من العقود بطابعها المعقد والمركب وبطول مدتها، نظرا لطبيعة المشاريع التي تحققها والتي تتطلب في أغلب الأحيان استمرار تواجد المستثمر الأجنبي لمدة قد تطول.

مثّلت الاتفاقيات الدولية، إلى جانب البنك العالمي الذي اعتمد قواعد بخصوص معاملة الاستثمارات الأجنبية، أفضل السبل للتصدي للمركز السيادي الذي تتمتع به الدول النامية، إذ بفضل هذه الآليات تمّ إخضاع إرادة الدول النامية لإرادة الشركات المتعددة الجنسيات، من خلال حماية هذه الأخيرة بتطوير المبادئ المنظّمة للاستثمارات الدولية التي لم تعد مرتبطة بمبادئ كلاسيكية، وإنما بمبادئ تتدرج في سياق بلوغ عالمية قواعد تنظيم الاقتصاد الدولي على العموم والتجارة الدولية على الخصوص، وهو ما أعطى عقود الاستثمار الأجنبي خصوصية تميّزها عن باقي العقود الأخرى خصوصا من حيث إبرامها، تنفيذها، والشروط المدرجة فيها.

تنفرد عقود الاستثمار بشروط لا نجدها في العقود العادية، إذ أنّ مثل هذه الشروط يتمّ إدراجها بغية إعادة التوازن من الناحية القانونية في العلاقة التعاقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي الّذي يبحث عن ضمانات تعمل على تقييد من سلطة الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان، حيث أنّ هنالك حقيقة يجب عدم إغفالها ألا وهي تمتع الدولة بسلطة تتمثل في ممارسة نفوذها على المستويات التشريعية، لذلك يلجأ المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة إلى تضمين عقد الاستثمار الأجنبي لشرط الثبات بهدف الحد من الاختصاص التشريعي للدولة، وبالتالي بوجود مثل هذه الوسيلة تغل يد الدولة في تعديل تشريعاتها، كما أنّها تعتبر في نفس الوقت من الوسائل الوقائية لتجنب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، ولقد وجدت هذه الآلية تطبيقات كثيرة في عقود الاستثمار الأجنبي سواءً بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة أو في إطار التشريعات الوطنية الداخلية بما في ذلك التشريع الوطني الجزائري أو الدولية لاسيما تلك المنظمة للاستثمار أو جانب القانون الدولي العرفي أو الاتفاقي.

كما يسعى المستثمر الأجنبي قصد المحافظة على التوازن العقدي، إلى المطالبة بضمانة إجرائية لتشجيعه للتعاقد مع الدولة المضيفة والتمكن من تنفيذ المشاريع الاستثمارية بعيدا عن الخشية والتردد، لهذا كان ينبغي توفير وسيلة قانونية، محايدة وفعَّالة يمكنه اللجوء إليها لحسم ما قد يثور من النزاعات الناجمة عن الاستثمار، ذلك أن هذه المنازعات تتميز بطابعها الخاص والمعقد، لذلك يفضل المستثمرين الأجانب أن تناط مهمة تسوية النزاعات بالتحكيم التجاري الدولي الذي لا مفرّ منه في عصرنا الحالي والذي يعتبر أمرا حتميا للدولة، حيث أنّ معظم عقود الاستثمار الأجنبية تنص على شرط الاختصاص القضائي لاسيما شرط التحكيم، وهذا راجع إلى مختلف المزايا المتعددة التي يوفرها من حيث السرعة والسرية والتخصص الفني والمهني.

وكما أوضحنا آنفا أنّ الطبيعة الخاصة لهذه الفئة من العقود الناتجة عن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها، وارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة قد جعل مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود مسألة شائكة، ومعقدة نظرا لما تنطوي عليه من مصالح متضاربة للأطراف الأمر الذي أدى إلى تعدد واختلاف الآراء حول هذه المسألة، حيث برز اتجاه يسعى إلى تدويل هذه العقود، واتجاه آخر يرمي إلى توطينها كل حسب مصلحته، فاستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة يمكن لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي الاتفاق على القانون الّذي يحكم العلاقة التعاقدية سواءً بطريقة صريحة أو ضمنية وهو ما يعرف بقانون الإرادة، ولقد كرسته العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال عقود الاستثمار بما في ذلك التشريع الوطني الجزائري، غير أنّ إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي تخضع للعديد من الضوابط أهمها ضرورة مراعاة النظام العام المنصوص عليه في القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، وعدم التحايل أو الغش على القانون.

أمّا في حالة غياب قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد ظهرت في هذا الصدد عدّة أراء مختلفة حول تحديد القانون واجب التطبيق، بين من دعا إلى تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار الأجنبي، وبين من عارض تطبيق هذا الأخير على العلاقة التعاقدية.

إنّ خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقوانين الوطنية حسب أنصار التوطين يكون استنادا إلى تكييفها عقودا إدارية، أو استنادا لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، التي أكدت أنّ أغلب هذه العقود مرتبطة بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، الأمر الّذي يستلزم ضرورة توطين هذه العقود، كما تخضع هذه الأخيرة للقانون الوطني كذلك استنادا إلى الاتفاقيات الدولية سواءً الثنائية منها أو المتعددة الأطراف.

أمّا في سياق تدويل عقود الاستثمار الأجنبي فقد ذهب الفكر المدافع على الشركات المهيمنة على الاقتصاد العالمي على أن هذه العقود لا تنتمي للنظام الداخلي بل للقانون الدولي تحت غطاء نقص وتخلف القوانين الوطنية، وعدم ملائمتها لتطبيقها على هذه العقود، فهي قواعد وضعت لتحكم العلاقات الداخلية، وليس العلاقات التي تحتوي على عنصر أجنبي.

وباعتبار أن القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي غالبا ما يكون القانون الوطني للدولة الطرف في العقد، فيمكن أن ينحاز إلى الدولة المتعاقدة وحماية مصالحها دون مصالح وأهداف المستثمر الأجنبي، لهذا فإنّ إعمال النظام القانوني للدولة المضيفة هي آلية قانونية غير فعّالة وغير كافية لحمايته بالإضافة إلى كون وجود الدولة طرف في العقد تتمتع ببعض الصلاحيات كإصدار نصوص تشريعية تمس بالعقد أو التعديل الانفرادي.

حيث أنّ التعديلات التي تقوم بها الدول المضيفة على قوانينها الداخلية، يشكّل خرقا واضحا لمبدأ الاستقرار التشريعي، فالأمن القانوني الذي يجب أن توفره هذه الدول لابد أن يكون على أساس عدم مفاجئة المستثمر الأجنبي بقوانين وتشريعات جديدة لم تكن موجودة وقت إبرام العقد، الأمر الّذي أدى إلى التأكيد أنّ إعمال القانون الوطني أصبح يعاني من أزمة حقيقية وهي أزمة صنعتها الدول المضيفة بنفسها.

لذلك يمكن القول أنّ إصرار الدولة المضيفة على تطبيق قانونها الوطني وفي كل الأحوال من شأنها أن يضرّ بمصالحها الاقتصادية بدلا من تحقيق التنمية الاقتصادية، كما أنّ تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي ليس دائما في غير صالح الدولة، باعتبار أنّ القواعد عبر الدولية قواعد تتسم بالعمومية والتجريد وأنّ تطبيقها ليس دوما في خدمة مصالح الأقوياء اقتصاديا، وهو الأمر الّذي أثبتته العديد من قرارات التحكيم.

وفي سبيل تحقيق أهداف العقد كرّس المشرّع الجزائري برنامجا قانونيا مشجعا لحماية الاستثمار الأجنبي من المخاطر غير التّجارية الّتي يمكن أن يتعرّض لها والتي يمكن أن تشكل عائقا في سبيل تدفقها، حيث تبنّى ترسانة قانونية لضمان حماية المستثمر الأجنبي من مختلف الإجراءات التي يمكن أن تؤدي إلى المساس بملكيته سواءً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. غير أنّ هذه الوسائل لا تتّسم بالفعالية المتطلبة مع مقتضيات تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية مما استدعى ضرورة تعزيز هذه الحماية بإقرار تعويض المستثمر الأجنبي عن الأضرار التي يمكن أن يتعرّض لها، وإبرام عقود الضمان التي تتصف بالطابع الدولي باعتبارها تبرم بين هيئات الضمان الدولية، والتي من شأنها أن تزيد من قدر الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية، حيث يتسع هذا الضمان ليشمل مختلف المخاطر غير التجارية، إذ يمكن القول أنّها أفضل الوسائل القانونية لضمان الاستثمار الأجنبي، باعتبارها من أهم الضمانات

المالية التي يمكن توفيرها له، فهي تحقق حماية أكبر من تلك التي تحققها الاتفاقيات الدولية، حيث تساهم بشكل كبير في التقليل من المخاوف السياسية التي قد تمنع المستثمر الأجنبي للقدوم للاستثمار في الدول النامية.

وبالرغم من المساهمة الإيجابية التي أبدتها هاتين الآليتين في سبيل تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية إلاّ أنّها غير كافية، ذلك أن تقرير التعويض و إبرام عقود الضمان لا يعني وفود الاستثمارات الأجنبية حتما إلى الدول النامية، بل هناك عوامل أخرى تتطلب معالجتها من خلال تحسين مناخ الاستثمار في جميع جوانبه لذلك يمكن القول أنّه يتعين على الدولة الجزائرية أن تكثف من جهودها لتتمكن من استقطاب الاستثمارات الأجنبية الّذي أصبح مظهر من مظاهر التفتح الاقتصادي، فبدلا من التخلي عن سياسة الباب المفتوح وتشديد الرقابة على الاستثمار الأجنبي بدافع السياسة الحمائية، يقتضي الأمر تبني نظام قانوني متكامل، يهدف إلى تحقيق التوازن بين طرفي عقد الاستثمار الأجنبي أي مراعاة مصالح الاقتصاد الوطني ومصالح المستثمر الأجنبي لأنّه شريك جدّ مهم، مما يسمح لها بتحقيق تنمية اقتصادية فعلية من جانب واستقطاب أكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال من جانب آخر.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I - الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
2. أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة ، 2000.
3. أحمد حسين جلاب الفتلاوي، النظام القانوني لعقد الاستثمار، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت،2017.
4. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5. أزاد شكور صالح، الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2006.
6. بدر علي بن علي جمرة، ضمانات الاستثمار وفقا للقانونين اليمني والمصري، دراسة مقارنة، دار الكتاب، صنعاء، 2013.
7. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها–القانون الواجب التطبيق عليها–وسائل تسوية منازعاتها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2006.
8. ----------، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
9. ----------، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.
10. بوجمعة نصيرة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
11. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1990.
12. ----------، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
13. حامد عبد المجيد دراز، السياسات المالية، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2000.

14.حافظ ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص العراقي، د د ن ، بغداد، 1972.

15. حسام الدين فتحي ناصيف، قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

16. حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، الجزائر، 2010.

17.حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية للقانون، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

18.حفيظة السيّد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها و النّظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

19.حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

20. حمزة هاني محمود، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

21. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

22.سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 .

23. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

24. صفوت أحمد عبد الحميد، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

25. عبد اللّه عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية (دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات الدولية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

26.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهصة العربية القاهرة، 1993.

27.عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود BOT، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

28. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

29.عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1999.

30.عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

31.عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013.

32. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008.

33. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

34.محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دراسة إمكانية تقليص الدور الّذي تلعبه في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية أمام هيئات التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001.

35.مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2010.

36.مصعب محمد محمد أحمد، الوسائل القانونية لتسوية منازعات الاستثمار، الطبعة الأولى، دار المصورات للنشر والطباعة والتوزيع، د ب ن، 2015.

37.ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات لباد، سطيف، 2006.

38.هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1988.

39.------، عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

40.هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

41. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

42. ----------، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

43. وفاء مزيد فلحوط ، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

44. ياقوت محمد محمود، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتّجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

II – الأطروحات والمذكرات:

أ)- الأطروحات:

1. أحمد المصطفى محمد صالح الصادق، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة شندي، 2012.

2. إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار'التجربة الجزائرية نموذجا'، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006.

3. بجي فيصل، الوساطة كآلية بديلة لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، سلا، المغرب، 2014.

4. بلاش ليندة، إخضاع العقد الدولي للقواعد الموضوعية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017.

5. بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2005.

6. حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2017.

7. حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

8. زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015 – 2016.

9. سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2018–2019.

10. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010–2011.

11. عوض اللّه شيبة الحمد السّيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 1992.

12. عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006.

13. عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2017.

14. عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018.

15. قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتّفاقية واشنطن، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012.

16.قرطبي سهيلة، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018.

17.قصوري رفيقة، النّظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011.

18.والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

19.معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998.

20.معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

21.محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، 2000.

ب)- المذكّرات:

1. أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.

2. أيت شعلال وردية، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة بومرداس 2006.

3. بامحمد نفيسة، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربة "OLI"، مذكرة لشهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلم التسيير، جامعة وهران، 2016 .

4. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011.

5. بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

6. بن يحي رزيقة، سياسة الاستثمار في الجزائر: من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013.

7. حرزي لوناس، دور الاتّفاقيات الثّنائية في مجال الاستثمار، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدّولي للأعمال، كلّية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.

8. حسين نوارة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003.

9. حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

10. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2010.

11. ديدي إبراهيم، الاتّفاقيات الدولية لضمان الاستثمار–دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002.

12.شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار(دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2009.

13.شوشو عاشور، الحماية الاتّفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

14. صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو 2012.

15. طاهر القرعان، النظام القانوني لحماية وضمان الاستثمارات العربية الخاصة في المملكة الأردنية الهاشمية دراسة مقارنة بالقانون المصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2004.

16. عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، جامعة البويرة، 2012.

17. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

18. كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003.

III – المقالات والمداخلات

أ)- المقالات:

1. إبراهيم محمد القعود، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد 07، 2015، ص ص 283-317.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، "شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتّجارة الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص ص 63-97.

3. إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد01، 2006، ص ص 94-123.

4. بلاق محمد، التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، المجلد 03، العدد 02، 2018، ص ص 1-13.

5. بن أحمد الحاج، " شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، مجلد 02، عدد 05، 2017، ص ص 530-542.

6. بوخالفة عبد الكريم، خويلدي السعيد، "دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 16، 2017، ص ص 185-194.

7. جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، "ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)"، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العدد 11، 2017، ص ص 593-611.

8. حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، عدد1، 2009، ص ص 55-104.

9. خالد محمّد الجمعة، "إنهاء الدّولة المضيفة للاستثمار اتّفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشّروط) مجلّة الحقوق، العدد 03، الكويت، 1999، ص ص 67-135.

10. طارق كاظم عجيل، " القيمة القانونية لشروط الثبات التشريعي (دراسة مقارنة)"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 03، 2011، ص ص 06-18.

11. عبد الخالق الدحماني، "عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية)"، مجلة العلوم القانونية، المغرب، العدد الأول، 2013، ص ص 89-119.

12. عدلي محمد عبد الكريم، "تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 18، 2011، ص ص 186-202.

13. عيبوط محند وعلي، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي"، مجلة إدارة، عدد 41، 2011، ص ص 53-69.

14. غسان عبيد محمد المعموري، " شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 02، 2009، ص ص 170-185.

15.فيضل بجي، نعمة العلمي، "شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة دفاتر قانونية"، العدد01، 2015، ص ص 115-133.

16.قادري عبد العزيز، "دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة Le contrat d'Etat)"، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد07، عدد01، 1997، ص ص 31-85.

17.قصوري رفيقة، "حماية الاستثمارات الأجنبية عن طريق التدخل الدبلوماسي"، مجلة الحقيقة، عدد 23، جامعة أدرار، 2012، ص ص 499-526.

18.قصوري رفيقة، عيواج طالب، " النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 05، 2016، ص ص 180-206.

19.قوراري عبد العزيز، "دراسة الحوافز القانونية لجلب الاستثمارات الأجنبية بالجزائر(الامتيازات والضمانات)"، مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 01، جامعة تلمسان، 2006، ص ص 99-118.

20.كريم مزعل شبي، ثامر داوود عبود خضير الشافعي، " النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق (دراسة في تنازع القوانين)"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، مجلد 32، عدد 02، 2017، ص ص 210-264.

21.كسال سامية، "دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي-عقود البترول نموذجا-"، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 03، 2006، ص ص 176-200.

22.لعماري وليد، " استقرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، عدد 09، 2016، ص ص 334-351.

23.محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، "الوسائل القانونية لتجنب منازعات الاستثمار"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، مجلد 18، عدد 02، 2016، ص ص 27-72.

24.محمد عبد الله المؤيد، "التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن بالنظر إلى أطرافها وذاتيتها"، مجلة الدراسات الاجتماعية، العدد 16، 2003، ص ص 151-193.

25.معمرو بومكوسي، "اتّفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية"، مجلة العلوم القانونية، العدد 01، الرباط، المغرب، 2013، ص ص 65-87.

26.نعيمي فوزي، "التحكيم التجاري الدولي ودوره في تدويل النظام القانوني لعقود التجارة الدولية في الجزائر"، مجلة التحكيم العالمية، عدد 02، 2011، ص ص 189-218.

27.يوسفي محمد، "مضمون أحكام الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرّخ في 20 أوت 2001، ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية"، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص ص 21-51.

28.يونس صلاح الدين، وسام محمد خليفة، "القانون الواجب التطبيق على إصابات العمل والأمراض المهنية ضمن نطاق عقد العمل الدولي"، مجلة بابل للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 15، العراق، د س ن، ص ص 2-56.

ب)- المداخلات:

1. الأحدب عبد الحميد، "قانون التحكيم التجاري الجديد"، يومان دراسيان حول الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح-الوساطة- التحكيم، المحكمة العليا، الجزائر، أيام 15 و16 جوان 2008.

2. بلحرش سعيد: "المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار"، أعمال الملتقى الدولي حول التحكيم التجاري الدولي في الجزائر (بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية)، كلية الحقوق ، جامعة بجاية، أيام 14 و15جوان 2006.

3. دحو مختار، " دور الأمن القانوني في دعم مناخ الاستثمار"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمانة للاستثمار ودعم لمناخ الأعمال في الجزائر، معسكر، يومي 15 و 22 أفريل 2009، ص 01. (غير منشورة)

4. عبد المجيد أونيس، " مناخ الاستثمار "، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الأوّل حول المؤسّسة الاقتصادية الجزائرية وتحدّيات المناخ الاقتصادي الجديد، سكيكدة، يومي 22 و23 أفريل 2003.

5. قبايلي طيب، "حماية الاستثمار من نزع الملكية والاستيلاء في القانون الجزائري"، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الدولي حول الإطار القانوني لترقية الاستثمار خارج قطاع المحروقات في

الجزائر: الفرص والتحدّيات، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، يومي 30 و31 جانفي 2018، ص 07. (غير منشورة).

6. مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة ورقلة، يومي 18 و19 نوفمبر 2015.

7. ميهوب يزيد، "الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين الأجانب في ظل اتفاقيات الاستثمار المبرمة من الجزائر"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، يومي 23 و24 أكتوبر 2013، ص 03.(غير منشورة).

8. هاني محمد البوعناني، "الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية"، مداخلة ألقيت في ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بإنفاذ العقود التجارية، واستيراد الديون في الجمهورية اليمنية"، صنعاء، يوم 20 ديسمبر 2009.

IV – النصوص القانونية:

النصوص القانونية الوطنية:

أ)- الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 89-18 المؤرّخ في 28 فيفري سنة 1989، ج ر ج ج، عدد 09، صادر في 01 مارس 1989.

2. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ل 28 نوفمبر سنة 1996، المنشور بموجب المرسوم الرّئاسي رقم 96-438 المؤرّخ في 07 ديسمبر سنة 1996، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 07 ديسمبر 1996، والمعدّل والمتمّم بموجب القانون رقم 02-03 المؤرّخ في 10 أفريل سنة 2002، ج ر ج ج، عدد 25 صادر في 24 أفريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرّخ في 15 نوفمبر سنة 2008، ج ر ج ج، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر2008،

والقانون رقم 16-01 المؤرّخ في 06 مارس سنة 2016، ج ر ج ج، عدد 14، صادر في 07 مارس 2016، (استدراك في ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 03 أوت 2016).

ب)- الاتّفاقيات الدّولية:

1. اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-222، المؤرّخ في 13 أكتوبر 1987، يتضمن الانضمام مع التحفّظ إلى اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة يوم 23 ماي 1969، ج ر ج ج، عدد 42 لسنة 1987.

2. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرّخ في 05 أكتوبر سنة 1991، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 06 أكتوبر 1991.

3. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرّخ في 02 جانفي 1994، ج ر ج ج، عدد 01، صادر في 02 جانفي 1994 .

4. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بمدريد في 23 ديسمبر 1994، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرّخ في 25 مارس 1995، ج ر ج ج، عدد 23 صادر في 26 أفريل سنة 1995.

5. اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرّخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج، عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.

6. اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرّخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج ر ج ج، عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.

7. اتفاقية إنشاء المؤسّسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144، مؤرّخ في 23 أفريل سنة 1996، ج ر ج ج، عدد 26، صادر في 24 أفريل1996.

8. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع عليه في الدوحة، بتاريخ 24 أكتوبر 1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-229، مؤرّخ في 23 جوان 1997، ج ر ج ج، عدد ، صادر في 25 جوان سنة 1997.

9. اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية سنة 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420 مؤرّخ في 22 ديسمبر 1990، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 25 جوان 1997.

10. 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، المؤرّخ في 11 أكتوبر سنة 1998، ج ر ج ج، عدد 76، صادر في 11 أكتوبر 1998.

11. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النيجر، حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 16 مارس 1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-247، المؤرّخ في 22 أوت 2000، ج ر ج ج، عدد 52، صادر في 23 أوت 2000.

12. الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 20 فيفري سنة 2000،

والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-205 مؤرّخ في23 جويلية سنة 2001، ج ر ج ج، عدد 41، صادر في 29 جويلية 2001.

13. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليمنية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بصنعاء بتاريخ 25 نوفمبر سنة 1999، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-211، المؤرّخ في 23 جويلية سنة 2001، ج ر ج ج، عدد 42، صادر في01 أوت 2001.

14. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والأرجنتين، حول الترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات ، الموقع بالجزائر، في 04 أكتوبر سنة 2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-366، مؤرّخ 13 نوفمبر 2001، ج ر ج ج، عدد 69، صادر في 18 نوفمبر 2001

15. الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في براغ، في 22 سبتمبر سنة 2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-124 مؤرّخ في 07أفريل 2002، ج ر ج ج، عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002.

16. الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدنمارك، الموقع بالجزائر في 25 جانفي سنة 1999، وتبادل الرسائل المؤرّخة في 12 جوان 2002 و 28 أكتوبر 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2003، ج ر ج ج، عدد 02 صادر في 07 جانفي 2004.

17. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة في 15 سبتمبر 2004، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-192، المؤرّخ في 28 ماي 2005، ج ر ج ج عدد 37، صادر في 28 ماي سنة 2005.

18. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفدرالي السويسري، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004،

والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235 المؤرّخ في 23 جوان سنة 2005، ج ر ج ج، عدد 45، صادر في 29 جوان 2005.

19. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع في تونس، بتاريخ 16 أفريل 2006، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404، مؤرّخ في 14 نوفمبر 2006 ، ج ر ج ج، عدد 73، صادر في 19 نوفمبر سنة 2006.

20. الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية صربيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع بالجزائر في 13 فيفري 2013، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 المؤرّخ في 30 سبتمبر 2013، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 02 أكتوبر 2013.

ج- النصوص التشريعية

1. قانون رقم 63-277، مؤرّخ في 26 جويلية 1963، يتضمّن قانون الاستثمارات، ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 02 أوت 1963. (ملغى).

2. أمر رقم 66-284 مؤرّخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمّن قانون الاستثمارات، ج ر ج ج، عدد 80، صادر في 17 سبتمبر 1966. (ملغى).

3. الأمر رقم 58/75 المؤرّخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمّن القانون المدني المعدل والمتمم، الأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz

4. الأمر رقم 75-59، المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الأمانة العامة للحكومة، www.joradp.dz

5. قانون رقم 82-11 مؤرّخ في 21 أوت 1982، يتعلّق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر ج ج، عدد 34، صادر في 24 أوت 1982. (ملغى) .

6. قانون رقم 82-13، مؤرّخ في 18 أوت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ج ج، عدد 34 لسنة 1982، صادر في 31 أوت 1982، معدل ومتمم

بالقانون رقم 86-13 المؤرّخ في 19 أوت 1986، ج ر ج ج، عدد 35، صادر في 27 أوت 1986. (ملغى).

7. قانون رقم 88-25 مؤرّخ في 12 جويلية 1988، يتعلّق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصّة والوطنيّة، ج ر ج ج، عدد 29، صادر في 13 جويلية 1988. (ملغى).

8. قانون رقم 28-13 مؤرّخ في 28 أوت 1988، يتعلّق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، ج ر ج ج، عدد 35، صادر في 31 أوت سنة 1988، معدل ومتمم (ملغى).

9. قانون رقم 90-10، مؤرّخ في 10 أفريل 1990، يتعلّق بالنّقد والقرض، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 18 أفريل 1990. (ملغى).

10.قانون رقم 91-11، المؤرّخ في 27 أفريل سنة 1991، يحدد القواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 08 ماي 1991، معدل ومتمم بموجب القانون 04-12، المؤرّخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج ر ج ج، عدد 85، صادر في 30 ديسمبر 2004.

11. مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرّخ في 25 أفريل 1993، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-154 مؤرّخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر ج ج عدد 27، صادر في 27 أفريل سنة 1993.(ملغى).

12.مرسوم تشريعي رقم 93-12، مؤرّخ في 5 أكتوبر سنة 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر في10 أكتوبر 1993، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 98-12 المؤرّخ في 31 ديسمبر 1998 يتضمّن قانون المالية لسنة 1998 ج ر ج ج، عدد 98 صادر في 31 ديسمبر 1998 (ملغى).

13.قانون رقم 2000-03 مؤرّخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلّقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر ج ج، عدد 48، صادر في 06 أوت 2000، معدل ومتمم بالقانون رقم06-24، مؤرّخ في 26 ديسمبر 2006، ج ر ج ج، عدد85، صادر في 27 ديسمبر 2006، معدل ومتمم بالقانون رقم 14-10، مؤرّخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمّن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر.

14.أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر.ج ج، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدّل و متمم بالأمر 06-08 المؤرّخ في 15 جويلية سنة 2006، ج ر ج ج، عدد 47 الصادر في 19 جويلية 2006 و الأمر رقم 09-01 المؤرّخ في 22 جويلية 2009، يتضمّن قانون الماليّة التّكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44 صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10-06 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمّن قانون الماليّة التّكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010، والقانون رقم 11-16 المؤرّخ في 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمّن قانون الماليّة لسنة 2012، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، والقانون رقم 12-12 المؤرّخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمّن قانون الماليّة لسنة 2013، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 30 ديسمبر 2012، والقانون رقم 13-08 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2018، والقانون رقم 14-10مؤرخ قي 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج عدد78، صادر في 31 ديسمبر 2014، والأمر رقم 15-01، المؤرّخ في 23 جويلية سنة 2015، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 40، صادر بتاريخ 13 جويلية 2015، والقانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر(استدراك في ج.ر.ج.ج، عدد 05، صادر في 31 جانفي 2016) (ملغى جزئيا).

15.أمر رقم 03-04، مؤرّخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلّق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 15-15 المؤرّخ في 15 جويلية سنة 2015، ج ر ج ج، عدد 41، صادر في 29 جويلية 2015.

16.أمر رقم 03-03، مؤرّخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر ج ج عدد 43، صادر في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج ر ج ج، عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 18 أوت 2010.

17.الأمر 03-11 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بالأمر رقم 09-01 المؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009، والأمر رقم 10-04 المؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 01 سبتمبر 2010، والقانون رقم 16-14 المؤرّخ في 28 ديسمبر سنة 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر ج ج عدد 77، صادر في 29 ديسمبر 2016.

18.القانون رقم 05-07 مؤرّخ في 28أفريل 2005، يتعلّق بالمحروقات، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 19 جويلية 2005، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-10، المؤرّخ في 29 جويلية سنة 2006، ج ر ج ج عدد 48، صادر في 30 جويلية 2006، والقانون رقم 13-01، المؤرّخ في 20 فيفري 20013، ج ر ج ج، عدد 11، صادر في 24 فيفري 2013، والأمر رقم 14-10 المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، والقانون رقم 15-18 المؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد72، صادر في 31 ديسمبر 2015.

19.أمر رقم 06-08، مؤرّخ في 15 جويلية سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 01-03 المؤرّخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلّق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 47، صادر في 19 جويلية 2006.

20.قانون رقم 08-09 مؤرّخ في 25 فيفري 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

21.أمر رقم 09-01، مؤرّخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

22.الأمر رقم 10-01، مؤرّخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمّن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج، عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

23.الأمر رقم 13-08 المؤرّخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2014، ج ر ج ج، عدد 68، صادر في 31 ديسمبر 2013.

24.قانون رقم 14-10، مؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 31 ديسمبر 2014.

25.قانون رقم 15-18، مؤرّخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 31 ديسمبر 2015.

26.قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46 صادر في 03 أوت سنة 2016، معدل ومتمم بالقانون رقم 13-18، المؤرخ في جويلية سنة 2018، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2018، ج ر ج ج، عدد 42، صادر في 15 جويلية 2018.

د)- النصوص التّنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 93—186 مؤرّخ في 27 جويلية 1993، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 19-11، المؤرّخ في 21 أفريل 1991، الّذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر ج ج، عدد 51، صادر في01 أوت 1993.

2. مرسوم التنفيذي رقم 06- 355، مؤرّخ 09 أكتوبر 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره، ج ر ج ج، عدد 64، صادر في 11 أكتوبر 2006.

3. مرسوم تنفيذي رقم 17-100، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يعدّل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 06-356، مؤرّخ في 09 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.

4. مرسوم تنفيذي رقم 17-101، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يحدد القوائم السلبية والمبالغ للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.

5. مرسوم التنفيذي رقم 17-102، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.

6. مرسوم التنفيذي رقم 17-105، مؤرّخ في 05 مارس 2017، يحدد كيفيات تطبيق المزايا الاضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من (100) منصب شغل، ج ر ج ج، عدد 16، صادر في 08 مارس 2017.

7. النظام رقم 05-03، المؤرّخ في 06 جويلية سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج ر ج ج، عدد 53، صادر في 31 جويلية 2005.

V – اتّفاقيات الاستثمار:

1. اتفاقية استثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، مصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416 مؤرّخ في 20 ديسمبر 2001، ج ر ج ج، عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

2. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للاسمنت (A.C.C)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

3. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، شركة ذات مسؤولية محدودة، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

4. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

5. اتفاقية استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وحامة واتر ديسالنايشن(H.W.D)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

6. اتفاقية استثمار استثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (A.D.S)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

7. اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وكهرما (Kahrama)، ج ر ج ج، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

- **النصوص القانونية الأجنبية:**

1. قانون رقم 95-18، يتعلق بميثاق الاستثمارات المغربي، صادر بموجب ظهير شريف رقم 1.95.213، مؤرّخ في 08 نوفمبر 1995، ج ر، عدد 4335، صادر في 28 نوفمبر 1995.

2. القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:

3. http://www.f-law.net

V I -الجرائد:

عبد الرزاق عبد الله، الفرق بين عقد الإيجار وعقد الاستثمار، جريدة القبس، 27 جانفي 2018، https://alqabas.com/493794/، تم الإطلاع عليه بتاريخ 14 فيفري 2018.

ثانيا: باللّغة الفرنسية

I –Ouvrages :

1. BEDJAOUI Mohamed, Droit international bilan et perspectives, Tome 2, A.Pedone, Paris, 1991
2. BOUHACENE Mahfoud, Droit international de la coopération industriel, O.P.U, Alger, 1982
3. CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3 ème édition Vuibert, Paris, 2007
4. FOUCHARD Philipe, GAILLARD Emanuel, et GOLDMAN Berthold, traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, 406 .
5. HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-algérienne. Litec, Paris, 2000.
6. LEBOULANGER Philippe, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Economica, Paris, 1985
7. MANCIAUX Sébastien, Investissements étrangers et arbitrage entres Etat et ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris, 2004

8. SCHOKKAERT Jan, La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé – droit interne – conventions européens, Edition Bruylant, Bruxelles, 2006

9. VINCENT Jean-Yeves, CRUCIS Henry-Michel, DE VILLIERS Michel, DE BERRANGER Thibaut, CADEAU Emmaneul, EUDE Catherine, MONDIELLI Eric,YVON le Gall, BACHELIER Gilles, droit public général, institutions politiques, administratives et communautaires, droit administratif finances publics, 3eme édition, édition de Juris-Classeur, Paris, 2003

10.TRARI TANI Mostefa, Droit Algérien de l'arbitrage commercial international, Berti Edition, Alger, 2007.

11.WALDE Thomas, Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisations de l'économie, étude de questions spécifiques, Institut des hautes Etudes internationales de Paris, éd A PEDONE, Paris II, 2004.

12. ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005

13.----------, les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005

II-Theses et mémoires :

- **Thèses :**

1. ARFAOUI Basma, L'interprétion arbitrale du contrat de commerce international, Thèse de Doctorat, Université de Limoge, faculté de droit, 2008

2. BAL Lider, Le mythe de la souveraineté en droit international, thèse de doctorat en droit, spécialité droit international, université de Strasbourg, 2012

3. NADJALI Ahmed-Ali, L'arbitrage et les contrats pétroliers dans le monde arabe, thèse de doctorat, Paris II, 2004

4. NAMIE –CHARBONNIER Maire, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économique, sciences sociales, université panthéon- Assas Paris II, Paris, 2003

5. RATCHANEEKORM Larpvanichar, Les contrats internationaux : étude comparative franco-thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, discipline droit international privé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université de Lille 2, Cambrai, 2012

6. YESSAD Houria, Le contrat de vente international de marchandises, thèse pour obtenir le grade de docteur en droit, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-ouzou, 2008.

- **Mémoires :**

- NADJI Mohamed Salah, Analyse du code des investissements: 93-12 du 05 Octobre 1993, mémoire pour l'obtention de magister en Droit, institut de Droit et des sciences Administratives de Ben Aknoun, Université d'Alger, 1996.

III- Articles :

1. FERJANI Nabil et HUET Véronique, « L'impact de la décision onusienne d'embargo sur l'exécution des contrats internationaux », Journal de droit international (Clunet), N° 03, 2010, pp 108-124.

2. GUESMI Amelle et GUESMI Ammar, « Patriotisme économique, investissements étrangers et sécurité juridique », in l'exigence et le droit mélanges d'études en l'honneur du professeur Mohand ISSAD, AJED Ed, Alger, 2011, pp 263-284.

3. HORCHANI Ferhat, « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation », JDI, N°02, 2004, pp 367-441.

4. ISSAD Mohand, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », Revue de l'arbitrage, N° 3, 1993, pp 377-400.
5. JUILLARD Patrick, « Les conventions bilatérales d'investissements conclus par la France », JDI, N° 02, 1979, pp 274-325
6. KACHER Abedelkader, « Pour une gouvernance politiquement correcte dans un projet d'Etat de droit juste et équitable » Revue critique de Droit et Sciences Politiques, N° 01, 2006 , pp 25-43.
7. LAGGOUNE Walid, « Questions autour du code des investissements », Revue Idara, école national d'administration, Vol 04, N° 01, 1994, pp 39-53.
8. LAVIEC Jean-pierre, protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique, Graduate Institute Publications, Coll. International, Genève, 1985, pp 157-213.
9. LEBEN Charles « L'évolution du droit des investissements », in Un accord multilatéral sur l'investissemet : d'un forum à l'autre ?, journée d'étude organisée par l'institut des hautes études internationales, Université Paris II, le 7 décembre 1998, société française pour le droit international, Edition a Pédon, Paris 1999, pp 09-32.
10. LEVASSEUR Sandrine, Investissements Directs à l'étranger et stratégies des Entreprises Multinationales, revue de L'OFCE. Mars, 2002, (http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/revue/4-hs.pdf) page consultée 21/01/2015, pp 103-152.
11. MAYER Pierre, «L'application par l'arbitre de conventions internationales de droit privé »/ in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, DALLOZ, Paris, 1994, pp 275-287.
12. NICOLAS David, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers question d'un praticien », Clunet, 1986, pp 106-107.
13. OPPETIT Bruno, « Arbitrage et contrats d'Etat, l'arbitrage Framatome et autres C/ Atomic Energy organisation of Iran », Clunet, N° 1, 1984, pp 37-57.
14. - PAZARCI Husseiyn, « La responsabilité internationale des Etats à l'occasion des contrats conclus entre Etats et personnes privées étrangères », RGDIP, N° 2, Tome 79, 1975, pp354-421.

15.STERN Brigitte, « Trois arbitres, un même problème, trois solutions, les nationalisations pétrolières libyennes devant l'arbitre international », Revue de l'arbitrage, N° 1, 1980, pp 03-19.

16.ZOUAIMIA Rachid, "Le régime des investissements étrangers en Algérie", JDI, N° 3, 1993, pp 569-598

17.----------, « Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie », Revue académique de la recherche juridique, Faculté de droit, Université de Bejaia, n° 01, 2010 , pp 04-25.

18.----------, «Le régime des investissements étrangers à la l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie », RASJEP, faculté de droit, université d'Alger, N° 02, 2011, pp,05-38.

19.----------, « Le cadre juridique des investissements en Algérie : les figures de la régression », revue académique de la recherche juridique, faculté de droit et des sciences politiques, université de Bejaia, Vol 08, N^{O} 02, 2013, pp 05-22.

IV–Textes juridiques :

Loi n^{o} 63-277 du 26 juillet 1963, portant code des investissements, JORA , n^{o} 53 du 02 aout 1963 (abrogée).

V- Documents :

1. CNUCED, Traitement de la notion la plus favorisée, Nations Unies, New York et Genève, 2010, p 13, dispinible sur le site, http://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf consulté le 02/01/2017 à 10

2. CNUCED, traitement de la nation la plus favorisée, Nations Unies, New York et Genève, 2010, p13, disponible sur le site, https://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf

3. L'accord Multilatéral sur L'investissement, Projet de texte consolide, OCDE, 1998, disponible sur le site : http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1f.pdf

4. OCDE, Droit international de l'investissement : un domaine en mouvement : complément aux prescriptives de l'investissement international, Edition OCDE, 2006.

VI- Articles de presse :

1. ABDOU.(M), « Le droit de préemption est-il vraiment une menace pour le climat des affaires en Algérie », El Watan, 05 janvier 2011. www.elwatan.com/
2. ROUMADI Melissa, « La procédure d'arbitrage lancée par Naguib Sawiris contre l'Algérie vient de commencer », El watan, 21 avril 2013, www.elwatan.com/economie/.

فهرس المحتويات

العناوين	أرقام الصفحات
إهداء	
شكر خاص	
قائمة بأهمِّ المختصرات	
مقدمة	01
الباب الأول **الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي**	09
الفصل الأول **تحديد ضوابط عقد الاستثمار الأجنبي**	11
المبحث الأول: غموض مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي	12
المطلب الأول: مضمون فكرة عقد الاستثمار الأجنبي وموضوعه	12
الفرع الأول: : مضمون فكرة عقد الاستثمار الأجنبي	13
أولا: اختلاف الآراء الفقهية حول الإلمام بتعريف عقود الاستثمار الأجنبي	14
ثانيا: المقصود بعقد الاستثمار في قضاء التحكيم	16
ثالثا: عدم دقة تحديد معالم عقد الاستثمار في القانون الجزائري	18
رابعا: التمييز بين عقد الاستثمار والاتفاقية الدولية في مجال الاستثمار	22
الفرع الثاني: موضوع عقد الاستثمار الأجنبي	24
أولا: تحديد موضوع عقد الاستثمار الأجنبي	24
1. الاستثمار الأجنبي غير المباشر	25

2. الاستثمار الأجنبي المباشر	25
أ- الشركات المتعددة الجنسيات	26
ب-المشروع المشترك	27
ثانيا: دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية بالنسبة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي	28
المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار الأجنبي	29
الفرع الأول: الدولة أو أحد أجهزتها	30
أولا: الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي	31
1. الاتجاه الضيق لمفهوم الدولة	32
2. الاتجاه الموسع لمفهوم الدولة	32
ثانيا:الأجهزة التابعة للدولة الجزائرية	38
الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف ثان في عقد الاستثمار الأجنبي	42
أولا: تعريف المستثمر الأجنبي	42
ثانيا: معايير تحديد جنسية المستثمر الأجنبي	43
1. الشخص الطبيعي	44
2. الشخص الاعتباري الأجنبي	46
أ- معيار التأسيس	46
ب-معيار جنسية المؤسس	47
ج- معيار مركز الاستغلال	47
د- معيار مركز الإدارة الرئيسي	48
هـ- معيار الرقابة أو السيطرة	49

المبحث الثاني: تصنيف عقد الاستثمار الأجنبي وتكييفه	51
المطلب الأوّل: تصنيف عقد الاستثمار الأجنبي	51
الفرع الأول: نماذج عقد الاستثمار الأجنبي	53
أولا: عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية	53
1. عقود الامتياز	54
2. عقود المشاركة	55
3. عقود المقاولة	56
ثانيا: عقود التعاون الصناعي	56
1. عقود نقل التكنولوجيا	57
2. عقود المساعدة الفنية	58
3. عقود تسليم المفتاح	58
4. عقود المنتوج في اليد	59
ثالثا: عقود الأشغال العامة الدولية	60
الفرع الثاني: عقد الاستثمار كنموذج لعقود الدولة	62
أولا: مدى اعتبار كل عقد استثمار عقد دولة	62
ثانيا:معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي	64
1. المعيار القانوني	65
أ- المعيار القانوني التقليدي	66
ب- المعيار القانوني الحديث	66
2. المعيار الاقتصادي	67

أ- معيار المد والجزر	68
ب-معيار مصالح التجارة الدولية	69
3.المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)	70
4.موقف المشرع الجزائري من معايير دولية العقد	70
المطلب الثاني: تكييف عقد الاستثمار الأجنبي وتمييزه عن بعض العقود المشابهة.	72
الفرع الأول: تكييف عقد الاستثمار الأجنبي.	72
أولا: عقد الاستثمار الأجنبي اتّفاقية دولية.	73
ثانيا: عقد الاستثمار الأجنبي من العقود الإدارية	76
ثالثا: عقد الاستثمار الأجنبي من عقود القانون الخاص	79
رابعا:الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار الأجنبي	83
الفرع الثاني: تمييز عقد الاستثمار الأجنبي عن بعض العقود المشابهة	86
أولا: تمييز عقد الاستثمار الأجنبي عن عقد الإعارة	86
ثانيا: تمييز عقد الاستثمار الأجنبي عن عقد الإيجار	87
الفصل الثاني **خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي**	90
المبحث الأول: عقد الاستثمار الأجنبي: أطراف غير متجانسة وأسباب أخرى مميّزة	91
المطلب الأول: خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى أطرافه	91
الفرع الأول: الطبيعة غير المتجانسة لطرفي عقد الاستثمار الأجنبي	92
الفرع الثاني: حقوق والتزامات طرفي عقد الاستثمار الأجنبي	93

أولا: حقوق والتزامات الدولة المضيفة	94
1. حقوق الدولة المضيفة	94
2. التزامات الدولة المضيفة	97
ثانيا:حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي	102
1. حقوق المستثمر الأجنبي	102
2.التزامات المستثمر الأجنبي	104
المطلب الثاني: خصوصية عقد الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى أسباب أخرى مميّزة	110
الفرع الأول: دوافع إبرام عقود الاستثمار الأجنبي بالنسبة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.	110
الفرع الثاني:استمرار عقد الاستثمار الأجنبي على المدى الطويل	111
الفرع الثالث: تدويل وسائل حماية الاستثمار في عقد الاستثمار الأجنبي	114
أولا: معاملة الاستثمارات	114
ثانيا: : حماية الاستثمارات الأجنبية.	116
ثالثا: اختيار القانون الواجب التطبيق	117
رابعا: آلية لحل النزاعات(التحكيم)	118
الفرع الرابع: استفادة المستثمر الأجنبي من مزايا خاصة	121
المبحث الثاني: إدراج شروط خاصة في عقد الاستثمار الأجنبي	128
المطلب الأول: تكريس شرط الثبات في عقد الاستثمار الأجنبي	129
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات	130
أولا: :المقصود بشرط الثبات	130

1. تعريف شرط الثبات	131
أ- تعريف شرط الثبات التشريعي	131
ب-شرط عدم المساس بالعقد	132
2. الغرض من شرط الثبات	133
3. الأشكال المختلفة لشرط الثبات	135
أ- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية	136
ب-الشروط التشريعية	137
ثانيا: التكييف القانوني لشرط الثبات	138
1. شرط الثبات هو شروط تحويلي لقانون العقد	138
2. شرط الثبات يوقف قوة سريان القانون الجديد	139
الفرع الثاني: تقييم دور شرط الثبات التشريعي في تعزيز الاستثمار بالجزائر	141
أولا: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات	141
ثانيا: مدى التزام الجزائر بشرط الثبات	146
المطلب الثاني: شرط اللجوء إلى التحكيم	150
الفرع الأول: التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري	151
أولا:المقصود بالتحكيم التجاري الدولي	151
1. تعريف التحكيم التجاري الدولي	152
2. أنواع التحكيم التجاري الدولي	153
ثانيا: تكريس التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري	156
1. التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية	157
2. التحكيم في إطار قانون الاستثمار	158

الفرع الثاني: المشاكل الناجمة عن وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الأجنبي	160
أولا:المشاكل الناجمة عن التشكيك في قابلية النزاع للتحكيم	160
1. التشكيك في أهلية الدولة على اللجوء إلى التحكيم	160
2. التشكيك في قابلية موضوع النزاع للتحكيم	164
الباب الثاني **النظام القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي**	172
الفصل الأول **تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي**	174
المبحث الأول: اتّفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق	176
المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار الأجنبي لقانون الإرادة	177
الفرع الأوّل: مفهوم مبدأ قانون الإرادة	177
أولا: ظهور وتطور فكرة قانون الإرادة	178
ثانيا: مضمون مبدأ سلطان الإرادة	179
ثالثا: الاعتراف بقاعدة قانون الإرادة في مختلف الأنظمة القانونية	180
1. تبني القضاء لقاعدة قانون الإرادة	180
2. تبني التشريعات الوطنية لقاعدة الإرادة	183
3. الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية	184
الفرع الثاني: كيفية اختيار قانون الإرادة	187
أولا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة	188
ثانيا: الاختيار الضمني لقانون الإرادة	189
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة	190

المطلب الثاني: ضوابط قانون الإرادة ومعوقات تطبيقه	194
الفرع الأول: ضوابط قانون الإرادة	194
أولا: النظام العام كضابط لحرّية الإرادة في الاختيار	195
ثانيا: التحايل أو الغش نحو القانون عند اختيار قانون العقد	198
الفرع الثاني: معوقات تطبيق قانون الإرادة على عقد الاستثمار الأجنبي	200
أولا: اندماج قانون الإرادة في العقد	200
1. مضمون فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد	200
2. الآثار المترتبة عن اندماج قانون الإرادة في العقد	203
المبحث الثاني: عدم اتّفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق	210
المطلب الأول: توطين عقود الاستثمار الأجنبي	211
الفرع الأول: أسس توطين عقود الاستثمار الأجنبي	212
أولا: تكييف عقود الاستثمار بوصفها عقوداً إدارية	212
ثانيا: تطبيق القانون الوطني إعمالا بالمعاهدات الدولية	216
1. في ظل اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965	216
2. في ظل اتفاقية روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية	220
ثالثا: إخضاع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الوطني بناءً على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة	222
رابعا: الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى قرينة مفترضة لصالح هذا القانون	225
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الاستثمار الأجنبي	227

المطلب الثاني: تدويل عقود الاستثمار الأجنبي	229
الفرع الأول: : خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام	230
أولا: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي بناءً على الممارسة العملية	231
ثانيا: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي بناءً على قضاء هيئات التحكيم	233
ثالثا: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي بناءً على الاتفاقيات الدولية	233
1. خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على الاتفاقيات الثنائية للاستثمار	234
2. خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام بناءً على الاتفاقيات المتعددة الأطراف	236
الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون عبر الدولي	237
أولا: خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للمبادئ العامة للقانون الدولي	238
1. تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقوق المكتسبة	239
2. تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ حسن النية	241
ثانيا: تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار الأجنبية	242
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تدويل العقد	244
الفصل الثاني **الحماية القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي**	249
المبحث الأول: الحماية من المخاطر غير التجارية التي تهدد العلاقة التعاقدية	250

المطلب الأول: الحرمان من الملكية: خطر يعترض العلاقة التعاقدية	251
الفرع الأول: صور إجراءات نزع الملكية	251
أولا: التدابير التقليدية لنزع الملكية	251
1. التّأميم	252
2. نزع الملكية للمنفعة العامة	252
3. المصادرة	253
4. الاستيلاء	254
ثانيا: التدابير المماثلة لنزع الملكية	255
1. ظهور التدابير المماثلة في الفقه والقضاء الدوليين	255
2. التكريس القانوني للتدابير المماثلة لنزع الملكية	257
أ- تنظيم التدابير المماثلة في القانون الاتفاقي	258
أ1- تكريس التدابير المماثلة على مستوى الاتفاقيات الثّنائية	258
أ2- تكريس التدابير المماثلة في الاتفاقيات المتعددة الأطراف	259
ب- تكريس التدابير المماثلة في القانون الجزائري	260
الفرع الثاني: شروط أخذ الدولة لملكية المستثمر الأجنبي	264
أولا: تحقيق المنفعة العامة	265
ثانيا: احترام مبدأ عدم التمييز	266
ثالثا: شرط دفع التعويض	268
1. إقرار مبدأ التعويض	268
2. أوصاف التعويض	269

أ- التعويض الملائم	269
ب- التعويض الفوري	270
ج- التعويض الفعال	270
رابعا: احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة	271
المطلب الثاني: مخاطر غير تجارية أخرى تواجه العلاقة التعاقدية	272
الفرع الأول: المخاطر ذات الطابع السياسي	273
أولا: المقصود بالمخاطر ذات الطابع السياسي	274
ثانيا: أنواع المخاطر السياسية	274
1. الحروب الأهلية والدولية	275
2. الاضطرابات المدنية	276
3. العقوبات الاقتصادية الدولية	277
4. عدم الاستقرار السياسي	277
الفرع الثاني: خطر عدم التحويل	278
أولا: المقصود بخطر التحويل	279
ثانيا: أشكال خطر عدم التحويل	282
1. رفض التحويل أو منعه	282
2. التأخر في التحويل إلى الخارج	282
3. فرض سعر تمييزي على المستثمر	282
ثالثا: عملة التحويل وآجاله	283
1. عملة التحويل	283
2. آجال التحويل	283

الفرع الثالث: خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي	284
أولا: مضمون خطر الإخلال بالعقد	284
ثانيا: صور الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي	286
المبحث الثاني: أساليب الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي لضمان استمرارية العلاقة التعاقدية وتحقيق أهدافها	288
المطلب الأول:الحماية المزدوجة للاستثمار الأجنبي	289
الفرع الأول: الحماية القانونية الداخلية للاستثمار الأجنبي	289
أولا: الحماية الدستورية	290
ثانيا: الحماية التشريعية	292
الفرع الثاني:الحماية القانونية الدولية للاستثمارات الأجنبية	296
أولا: الضمانات الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	296
1. ضمان تمتع المستثمر الأجنبي بحد أدنى من الحقوق لحماية أمواله	296
2. ضمان الحماية الدبلوماسية	297
3. ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي	299
ثانيا: تطبيق مبادئ القانون الدولي حماية للمستثمر الأجنبي	300
1. مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة	300
2. مبدأ المعاملة الوطنية	302
3. مبدأ الأولى بالرعاية	304
المطلب الثاني: تعزيز حماية الاستثمار الأجنبي بموجب التعويض وعقود الضمان	307

الفرع الأول: ضمان حماية الاستثمار الأجنبي بإقرار التعويض	307
أولا: الأسانيد القانونية	308
1. مبدأ الحقوق المكتسبة	308
2. الإثراء بلا سبب	309
3. التعويض على أساس المسؤولية العقدية	310
ثانيا: طرق تقدير التعويض	311
1-الطرق المعتمدة للتعويض	311
أ- طريقة القيمة الحسابية	311
ب-الطريقة الحالية	312
ج- طريقة المقاصة	312
د- طريقة البورصة	312
هـ- طريقة القيمة السوقية العادلة	313
2-كيفية تقدير التعويض في القانون الجزائري	313
أ- تقدير التعويض في التشريعات الوطنية	313
ب-تقدير التعويض في الاتفاقيات الدولية	315
الفرع الثاني: حماية الاستثمار الأجنبي بموجب عقود الضمان	316
أولا: مفهوم عقود ضمان الاستثمار الأجنبي	317
1. المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي	317
2. هيئات الضمان الدولي للاستثمار	319
أ- المؤسسة العربية للاستثمار	319
ب-الوكالة الدولية لضمان الاستثمار	319

ج- المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات	320
ثانيا: الالتزامات الواقعة على أطراف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي	320
1. **التزامات الهيئة الضامنة**	320
2. **التزامات المستثمر الأجنبي**	322
3. التزامات الدولة المضيفة للاستثمار	325
خاتمة	327
قائمة المراجع	233
فهرس	361

ملخص الأطروحة

النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي

يعتبر الاستثمار الأجنبي الدعامة الأساسية للاقتصاد، فهو أحد أهم مصادر التمويل الدولية وعلى هذا الأساس فقد لجأت الجزائر إلى الاستثمارات الأجنبية وفق أساليب متنوعة تمثلت أساسا في عقود الاستثمار الّتي حلّت محل الأشكال التعاقدية التقليدية والتي تعتبر إحدى الوسائل الفعالة التي تحقق التنمية الاقتصادية من خلال ما يقدمه المستثمر الأجنبي من رؤوس الأموال، وجلب خبرات فنية وتكنولوجية حديثة.

تثير عقود الاستثمار التي تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية، العديد من التساؤلات لعل أهمها مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، ، فالدولة المضيفة تربط هذه العقود بتنميتها الاقتصادية والتي تحاول بذلك بإخضاعها وإسكانها في قوانينها الوطنية، في حين أنّ المستثمر الأجنبي الّذي يسعى لتحقيق الربح يحاول تدويل هذه العقود بإخضاعها للقانون الدولي.

وفي سبيل تحقيق أهداف العقد يطالب المستثمرين الأجانب بالحماية القانونية، لذلك يجب أن تحظى عملية الاستثمار بمناخ ملائم وجاذب من خلال توفير وسائل قانونية كفيلة لتوفير الأمان القانوني للمستثمر الأجنبي. فحماية الاستثمار الأجنبي أمر مهم جدّا لضمان استمرارية العلاقة التعاقدية.

Résumé de la thèse

Le régime juridique du contrat entre l'Etat Algérien et l'investisseur étranger

L'investissement étranger est considéré comme l'un des principaux piliers de l'économie, c'est l'une des sources de financement international les plus importantes, et sur cette base, l'Algérie a eu recours aux investissements étrangers suivant diverses méthodes consistant essentiellement en les contrats d'investissement qui ont remplacé les formes contractuelles traditionnelles et qui sont considérés comme un moyen efficace de développement économique grâce à l'apport en capitaux de l'investisseur étranger, et à l'expertise technique et technologique modernes .

Les contrats d'investissement conclus entre les États et les étrangers soulèvent de nombreuses questions, dont la plus importante est peut-être la question de la loi applicable à ces contrats. Le pays hôte lie ces contrats à son développement économique cherchant ainsi à les soumettre à sa législation interne, alors que l'investisseur étranger qui cherche à réaliser des gains tente d'internationaliser ces contrats en les soumettant à la législation internationale.

Dans le but d'atteindre les objectifs du contrat, les investisseurs étrangers demandent la protection juridique, et c'est pour cette raison que l'opération d'investissement doit bénéficier d'un climat favorable et attrayant en offrant des moyens juridiques susceptibles d'assurer la sécurité juridique à l'investisseur étranger .La protection des investissements étrangers est, dès lors, très importante pour garantir la continuité des relations contractuelles.

Summary of thesis

Legal regime of the contract concluded between the Algerian state and the foreign investor

Foreign investment is considered as one of the main pillars of the economy, it is one of the most important sources of international financing, and on this basis, Algeria has used foreign investment through various methods, consisting mainly in investment contracts, which have replaced traditional contractual forms and are considered as an effective means of economic development thanks to the capital contribution of the foreign investor, and to modern technical and technological expertis.

Investment contracts between States and foreigners raise many issues, perhaps the most important of which is the question of the law applicable to such contracts. The host country links these contracts to its economic development and thus seeks to subject them to its domestic law, while the foreign investor seeking to make profits attempts to internationalize these contracts by subjecting them to international law.

In order to achieve the objectives of the contract, foreign investors seek legal protection, and it is for this reason that the investment operation must benefit from a favourable and attractive climate by offering legal means likely to ensure legal security for the foreign investor. The protection of foreign investment is there fore very important to ensure the continuity of contractual relations.