جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

شرط احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة في مجال الاستثمار

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون العام للأعمال

من إعداد الطالبتين:

عباسي رادية

عمران كهينة

تحت إشراف الأستاذ

بقة حسان

لجنة المناقشة

الأستاذ (ة): أرزقي نبيلة..... رئيسا

الأستاذ: بقة حسان.....مشرفا و مقررا

الأستاذ (ة): تواتي محند الشريف..... ممتحنا

السنة الجامعية: 2018ـ 2019

بسم الله الرحمان الرحيم

كلمة شكر

نشكر الله سبحانه و تعالى أولا و نحمده كثيرا على أن ييسر لنا أمرنا في القيام بهذا العمل.

كما نتقدم بأسمى الشكر للأستاذ مشرف البحث بقة حسان على قبوله الإشراف على هذه المذكرة،

و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع.

رادية و كهينة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى عائلتي الحبيبة كل باسمه...

كما أهديه إلى جميع صديقاتي وكل من ساعدني في هذا البحث وإلى كل

من تمنى لي النجاح و التوفيق من قريب أو من بعيد و أتمنى أن يكون

هذا العمل سندا لكل الطلبة المقبلين على التخرج في السنوات القادمة.

كما اهدي هذا العمل إلي روح جدتي العزيزة

كمينة

إهـــداء

الحمد لله الذي أنار لنا هذا العلم و المعرفة، و أعاننا على أداء الواجب و وفقنا في إنجاز هذا العمل.

أهدي ثمرة جهدي إلى:

أول إسم نطقته، إلى أعز ما أملك في هذه الدنيا، التي سهرت الليالي على تربيتي و تعليمي، إلى التي طالما فرحت لفرحتي و حفظها الله و أطال في عمرها

أمي الحبيبة.

إلى من علمني معنى الكفاح و أوصلني إلى ما أنا عليه و تعب من أجلي و لم يبخل علي يوما بشئ

أبي الكريم

إلى أخي و زوجته و أخواتي الذين قدموا لي يد العون

وإلى أعز أحبائي رسيم ، رمزي و نهال

إلى

روح جدي و جدتي

إلى رفيق دربي الذي منحني الثقة بالنفس و القوة و العزيمة

خطيبي الغالي و عائلته،

و كل الأصدقاء و الزملاء

رادية

قائمة لأهم المختصرات

أولا : باللغة العربية:

ج.ر.ج.ج : جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص ص: من صفحة الى صفحة

ص: الصفحة

د ط : دون طبعة

د. س. ن : دون سنة النشر

ثانيا . باللغة الفرنسية

CIRDI: **C**entre **I**nternational pour le **R**èglement des **D**ifférends relatifs aux Investissements.

CNUDCI :Commission des **N**ations **U**nies pour le **D**roit **C**ommercial **I**nternational .

J.D.I: Journal de **D**roit International.

N°: Numéro.

Op.cit: **R**éférence **P**récitée.

P: page.

مقدمة

تحضى الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية باهتمام واسع ومتزايد وذلك باعتبارها الأداة الأساسية للحصول على التكنولوجيا ، المهارات ، الخبرات التنظيمية و الإدارية ، حيث يتجلى هذا الاهتمام من خلال مجمل النصوص القانونية الصادرة في هذا المجال.

فالدولة الجزائرية من بين الدول التي أولت اهتمام كبير لمجال معاملة و تنظيم الاستثمار وطنيا كان أو أجنبيا ، إلى جانب الإصلاحات الاقتصادية التي قامت بها ، حيث نجد أنها أبرمت إتفاق الشراكة مع العديد من الدول ، و التي تعتبر بمثابة خطوة أساسية و هامة في مسار انضمامها إلى المنظمة العالمية للتجارة ، كما قامت بوضع ركائز قانونية و تشريعية لغرض تحفيز المستثمرين الأجانب في مختلف القوانين الوطنية.

تنشئ عقود الاستثمار على عاتق الدولة مجموعة من الالتزامات و الغاية منها هو إزالة و تسهيل كافة المعوقات و الأساليب البيروقراطية المعقدة التي من شأنها إعاقة تدفق الاستثمارات الأجنبية الخاصة.

إذ تتمتع الدولة بحق إبرام الاتفاقيات الدولية سوءا الثنائية منها أو المتعددة الاطراف و إبرام عقود التجارة الدولية كعقد الاستثمار حيث أنها تتمتع بقوة إلزامية كونها مصدرا معترفا بها فيما يتعلق بالحقوق و الالتزامات القائمة بين أطرافها أو أن تنشأ بعض الالتزامات في حقها عن طريق بعض الوعود التي تقدمها بصفة رسمية.

و تهدف التزامات الدولة إلى تسهيل تنفيذ العقد على أرضها و ألَا يكون قصور الدولة هو السبب في عدم تنفيذ العقد ففي العديد من منازعات عقود الاستثمار يرجع سبب النزاع إلى عدم التزام الدولة بتسهيل إقامة المستثمر الأجنبي لمشروعه و هناك العديد من أحكام التحكيم التي تتعلق بإخلال الدولة بالتزاماتها فيما يتعلق بتسهيل تنفيذ العقد و إزالة المعوقات أمام المستثمر الأجنبي .

تكمن أهمية دراستنا لهذا الموضوع في كون أن الاستثمار يعتبر ظاهرة اقتصادية تشكل عملية تشجيعه و حمايته و مظهرا من مظاهر تفتح اقتصاديات الدول و اندماجها في الاقتصاد العالمي ويعتبر عاملا من عوامل تكريس العلاقات الاقتصادية الدولية و تفصيلها و نظرا للأهمَيته فقد أصبحت الدول النامية و من بينها الجزائر تنظر إليه على أساس أنه فرصة للنمو والتطور.

و من أسباب اختيارنا للموضوع الاهتمام المتزايد الذي حضي به و مازال يحضى به الاستثمار في الجزائر، ذلك بالنظر إلى مختلف التسهيلات التي تمنحها الدولة الجزائرية لتشجيع الاستثمار و كذلك الدور البارز الذي يلعبه الاستثمار في مجال التنمية الاقتصادية وفي ازدهار الدول.

و انطلاقا مما سبق و حتى نتمكن من الإلمام بمختلف جوانب الموضوع نطرح الإشكالية المراد معالجتها من خلال هذه الدراسة بالصيغة التالية:

إلى أي مدى ضمن المشرع الجزائري التزام الدولة بحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر الغير تجارية ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا المنهج الوصفي و التحليلي القائم على تحديد التزامات الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي ، و ذلك في إطار خطة تقتضي دراسة الموضوع في فصلين ، احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية (الفصل الاول) ، ثم احترام الدولة لالتزاماتها الغير التعاقدية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية في مجال الاستثمار

تتعهد الدولة المضيفة للاستثمار باحترام بعض الالتزامات الخاصة تجاه المستثمر الأجنبي و التي تحرص على تنفيذها قصد طمأنته على حماية أمواله وتشجيعه على الاستثمار فيها ، إلا أن هذا الالتزام قد يحدّ من ممارسة حقها في اتخاذ إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة أو أي إجراء آخر مماثل ، يكون الهدف منه تحريم المستثمر الأجنبي من حقوقه في استعمال أو استغلال مشروعه الاستثماري حتى و لو كانت لمدة محددة .

و قد تم التأكيد على مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة في العديد من الاتفاقيات الدولية للاستثمار التي صادقت عليها الجزائر وفي كل ذلك ضمان لحماية أملاك المستثمرين الأجانب[1].

الأمر الذي يقتضي منا التطرق إلى تحديد مضمون شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية (المبحث الأول) ، ثم التطرق إلى الالتزام بعدم تعديل النصوص التشريعية (المبحث الثاني).

[1]– حسين نوارة ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري– تيزي وزو ، 2013 ،ص126 .

المبحث الاول

تحديد مضمون شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية

تعتبر التزامات الدولة المضيفة للاستثمار قيود ينبغي احترامها في إطار أحكام الاتفاقيات التي تربطها بالأطراف المتعاقدة،وبناء عليه يجب تناول مفهوم شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية(المطلب الأول) ، ثم مصادر التزامات الدولة و الاستثناءات الواردة عليها (المطلب الثاني).

المطلب الاول

مفهوم شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية

إن دراسة مفهوم شرط احترام الدولة لالتزاماتها يقتضي البحث عن مضمونه(الفرع الأول)، ثم تحديد القوة الإلزامية لهذا الشرط (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية

تعتبر التزامات الدولة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العام بحيث تتقيّد الدولة بالتزاماتها بموجب المعاهدات الدولية ، إذا لم تطرأ ظروف يمكن لها التخلي عن التزاماتها الدولية بغض النظر عن إرادة الدول المتعاقدة معها ، وذلك بعد عرض الأمر على التحكيم أو القضاء الدولي[2].

و تنشئ العقود المبرمة بين الدولة و الطرف الأجنبي مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي ، وللدولة الحق في وضع قواعد وشروط معينة لاكتساب الأجانب الحق في حماية ممتلكاتهم و أموالهم داخل إقليمها [3].

[2] - هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002، ص 4 .

[3]– بلحسان هواري ، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية دراسة قانونية للدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مستغانم ، 2017، ص 29.

وفي هذا الصدد يعرّف الأستاذ هشام علي صادق التزام الدولة بأنه "**الالتزام الذي يخضع للأحكام القانونية المنظمة لحق الملكية بوصفها أحد الحقوق التي تتصل بمركز الأجانب و بالحد الأدنى لمعاملتهم على ضوء مبادئ القانون الدولي إذا ما يشمل التأميم أشخاصا غير وطنيين**"[4].

الفرع الثاني

القوة الإلزامية لشرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية

تعتبر التزامات الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية التي تتعلق بعدم المساس بملكية المستثمر الأجنبي مهما كانت الإجراءات التي اتبعتها في ذلك و الواردة سواء في عقد الاستثمار أو الاتفاقيات الدولية أو غيرها من المصادر، فهو يعتبر التزام بتحقيق نتيجة و ليس مجرّد التزام ببذل عناية[5].

و قد نصّت المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه: "**أنه كل معاهدة نافذة تلزم أطرافها بتنفيذها بحسن نية وفق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين**"[6].

المطلب الثاني

مصادر التزامات الدولة و الاستثناءات الواردة عليها

تعد مصادر التزام الدولة السبب القانوني الذي أنشئ الالتزام بسببه ، فغالبا تأخذ الدولة بالتزاماتها اتجاه المستثمر الاجنبي ولكن يمكن في بعض الحالات أن تتنازل الدولة عنها بالتالي سوف نتطرق إلى مصادر التزامات الدولة في(الفرع الأول) ، الاستثناءات الواردة عليها في (الفرع الثاني).

---

[4]–هشام علي صادق ، مرجع سابق، ص 87

[5]– حسين نوارة ، مرجع سابق ، ص 129.

[6]– المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، و قصد الاطلاع على النص الكامل للاتفاقية انظر الموقع:

hklibrary.umn.edu/arabic /vienna law treaty conv.html (consulté le : 06/06/2019)

الفرع الاول

مصادر التزامات الدولة

تختلف مصادر الالتزامات باختلاف العقود المبرمة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي لهذا قسمنا هذه المصادر الى العقد (أولا) ، الاتفاقيات الدولية (ثانيا)، الوعود الرسمية (ثالثا) .

أولا: العقد

انَ العقد عبارة عن توافق إرادتين على إحداث التزام أو نقله. و يمكن تعريفه أيضا على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، يمكن أن يكون عبارة عن إنشاء التزام أو نقله أو إنهاءه[7].

و قد عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد بأنه: " **اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما** "[8].

يعتبر العقد قانون المتعاقدين، إذ يجب تنفيذه من طرفهم بأمانة وحسن النية حيث أكّدت على ذلك المادة 107 من القانون المدني التي تنص: " **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه العقد و بحسن النية**"[9]. و حسن النية عبارة عن معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي إذ القاضي يرجع فيه إلى سلوك كل من المتعاقدين لكي يقرر إذا كان ذلك السلوك هو سلوك الرجل العادي والعقد لا يلزم كلا المتعاقدين بتنفيذ ما التزمه فقط بل يلتزم كل منهما بتنفيذ ما يترتب على

---

[7]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات : (نظرية العقد) ، الطبعة الثانية، الجزء الأول، منشورات الحلبي، بيروت ، 1998، ص ص 80 و 81 .

[8] – أمر رقم 75– 58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني ، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم بموجب قانون رقم 05_10، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج ،عدد 44 ، صادر في 26 جوان 2005، معدل و متمم بموجب القانون رقم 07 –05،مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31 صادر في 2007.

[9]– مرجع نفسه.

العقد من مستلزماته الواردة في النصوص القانونية ، أو التي يقتضيها العرف أو بحسب طبيعة الالتزام التي تتطلبها العدالة[10]

فالعقد عبارة عن طائفة خاصة من الاتفاق[11]، كما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني على أنه:" **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون**"[12]. و عليه فعقد الاستثمار هو العقد الذي يبرم بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي و المستثمر الأجنبي،تحتفظ فيه الدولة ببعض الامتيازات اتجاه المستثمر الأجنبي ، و تنفيذ العقد يتم في إطار قوانين الدولة المضيفة، و ذلك ما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل أن تدافع عن مصالحها الخاصة و تحقيق أهدافها التنموية[13].

ثانيا: الاتفاقيات الدولية

إنّ العلاقات التعاقدية بين الدولة و المستثمر الأجنبي في ظل الاتفاقيات الدولية للاستثمار سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف تصبح التزامات دولية حقيقية في مفهوم القانون الدولي، فلا تسمح الدولة من التهرب من التزاماتها التعاقدية، و يكون الالتزام الخاص الذي يقيد حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي حماية للملكية العقارية ، و ذلك عندما يكون مصدرها إحدى الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية التي صادقت عليها الجزائر[14] ، وقد نصت المادة 2/10 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و سويسرا على أنه:

---

[10]–علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام مصادرا لالتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة السابعة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2007،ص ص 97 و98 .

[11]–قتال حمزة ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة السابعة،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،د.س.ن، ص 28.

[12] – أمر رقم 75–58 ، يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

[13]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشرو التوزيع، الجزائر، 2014، ص 203.

[14]– حسين نوارة ، مرجع سابق، ص 131 .

" **يطبق كل من طرف متعاقد التزاماته اتجاه الاستثمارات المنجزة على إقليمه من طرف مستثمري الطرف المتعاقد الآخر**"[15].

و تلتزم الدولة بالتعويض اذا أخلت بأحد التزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي و تم تأكيد هذا المبدأ في المادة 12 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي كمايلي : "**يستحق المستثمر تعويضا عما يصيب استثماره من ضرر نتيجة قيام الطرف المتعاقد أو إحدى سلطاته العامة أو المحلية أو مؤسساته... الإخلال بأي من الالتزامات و التعهدات الدولية المفروضة على عاتق الطرف المتعاقد و الناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر المغاربي أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء كان عمد أو إهمال**"[16].

ثالثا: الوعود الرسمية

تمتد التزامات الدولة المستضيفة للإستثمارات الأجنبية إلى بعض إلتزاماتها الواردة في مصادر أخرى معترف بها، ومثال ذلك التزام الدولة بالامتناع عن القيام بالتأميم أو نزع الملكية الذي تصرح به عن طريق الوعد، و الذي تصرح به في تصريحاتها الرسمية و خطاباتها السياسية، و هو عبارة عن التزام صادر عن الإرادة المنفردة للدولة، و يرتب مسؤوليتها اتجاه الموعود له عند نزولها عن مضمونه، و بذلك يستمد قوته الإلزامية من التزام الواعد بما يصدر عن إرادته الحرة بنفس ما يتمتع به الاتفاق من إلزامية هذا من جهة، و أيضا من جهة أخرى لاعتبارات الطمأنينة القانونية[17].

ومن بين الأمثلة للوعود المؤكدة للالتزامات الصادرة عن الإرادة المنفردة المنشأة للالتزامات الدولية التصريح عن ممثل اتحاد جنوب إفريقيا في الجمعية العامة لعصبة الأمم المتحدة في 09 أفريل 1946، و التصريح الصادر عن ممثل بريطانيا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية في

---

[15]–الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجلس الفدرالي السويسري ، حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر2004، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي ، رقم 05-235 مؤرخ في 23 جوان 2005 ، ج.ر.ج.ج ، عدد 45 ، صادر في 29 جوان 2005 .

[16]–المادة 12 من اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد الدول المغرب العربي ، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990،ج.ر.ج.ج، عدد 06 ، صادر بتاريخ 06 فيفري 1991

[17]– حسين نوارة، مرجع سابق، ص 134.

قضية مافروماتيس و الذي تضمن تعهد حكومته بتنفيذ كافة ما قد ترى المحكمة أن بروتوكول لوزان قد أنشأه على عاتقها التزامات، و هي وعود يجب على الدولة أن تلتزم بها لأنها وردت في تصريحات ذات صفة إلزامية لأن المصرحين ناطقين رسميين للدولة يتصرفون باسمها ولصالحها18.

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية

تنحصر هذه الاستثناءات في صور السبب الأجنبي ، والتي بسببها يمكن أن يعفى الأطراف المتعاقدة من المسؤولية. وعليه سنقوم بدراسة هذه الأسباب التي تتمثل في الظروف الطارئة(أولا)، ثم القوة القاهرة (ثانيا) ، و يليها الخطر (ثالثا) ، و بعدها حالة الضرورة (رابعا).

أولا: الظروف الطارئة

تبنى المشرع الجزائري نظرية تغيير الظروف في المادة 3/107 من القانون المدني،و التي تنص على مايلي: " **غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدي، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد العقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** "[19]. إن المستثمر المقبل على استثمار أمواله في بلد أجنبي، يخاطر بحثا عن كسب و توسيع أرباحه ، فيقوم بدراسة مشروعه الاقتصادي و ذلك بالقيام بالتحقيقات اللازمة المرتبطة بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمال الربح و الخسارة، ضف إلى ذلك معرفته للقوانين و الأعباء الضريبية و الإعفاءات التي سيحظى بها في الدولة المضيفة، و الأساس من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، و بذلك ينظم تحويل عائدات الاستثمار، و غالبا المستثمر الأجنبي لا يملك جميع الأموال المستثمرة في المشروع لذلك تساعده البنوك أو المؤسسات المالية التي غالبا لا تقبل الدخول ضمن هذه

---

[18]– محمدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية ، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 279.

[19]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

المشروعات إلا بعد التأكد من مضمون الأعباء التي يتحملها المستثمر و عائدات استثماراته و الضمانات التي يتلقاها من الدولة المضيفة. فالظروف الاقتصادية والاجتماعية تساهم في ارتفاع نسبة رأس المال و توظيفه بحيث تشكل ما يعرف بالمناخ الجاذب للاستثمار، و من العوامل الأساسية التي تجذب المستثمر هو الاستقرار السياسي و الأمني الذي يعد من أهم مقومات توفير بيئة استثمارية جديدة ، غير أنه إذا حدث عكس ذلك فسيكون المستثمر في حالة اضطراب مما يجعله غير مطمئن على مشروعه.

تعتبر الأحداث الطارئة هي أحداث نادرة الوقوع و غير متوقعة كما في حالات القوة القاهرة ، فبذلك يجعل تنفيذ العقد مرهق لكن ليس مستحيل ، لأن وقوع الحدث الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد مثلما هو الحال في القوة القاهرة ، و إنما يكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالة الأحداث الاستثنائية الطارئة بدلا من إلغاء العقد[20].

استمدت نظرية الظروف الطارئة من القانوني البولوني و القانون المدني الإيطالي الجديد ، و هي تعرف في القانون الدولي العام بتسمية « rebus sic stantibus »، و التي تسمح بتغيير شروط المعاهدات كلما تغيرت الظروف، و الشريعة الإسلامية عرفت من قبل ذلك بنظرية شبيهة بها التي سميت بنظرة العذر، و هذه النظرية أجازت بفسخ العقد في حالة العذر، و ذكرت أنه إذا لزم تنفيذ العقد لترتب لصاحبه ضرر لم يلزمه بالعقد، و بالتالي يكون الفقه الإسلامي قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرن[21].

ثانيا: القوة القاهرة

تنص المادة 50 من المرسوم رقم 82-145 على أنه :"**يجب أن ينص في كل صفقة بناءا على التشريع المعمول به و على هذا المرسوم كما يجب أن تتضمن البيانات التالية: كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة** "[22].

---

[20]- زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الأول ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2016، ص 539.

[21]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 98.

[22]- مرسوم رقم 82- 145 مؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر.ج.ج، عدد 15، صادر في 13 أفريل 1982.

و قد حددت هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية المقصود بالقوة القاهرة في القرار رقم 2142 سنة 1974 بأنه " **التهديدات التي تحتج بها الشركة المدعى عليها لانتفاء مسؤوليتها عن عدم تسلمها المنتجات البترولية تتوافر فيها شروط القوة القاهرة ، و ذلك لغياب شرطي عدم توقع و استحالة الدفع...** "[23]، و يشترط في القوة القاهرة أن تكون من غير الممكن توقعها و أيضا يجب أن تكون مستحيلة الدفع[24]و تكمن حالات القوة القاهرة في الحروب، الثورة، الغزو، الانقلابات والتخريب، و عند تخلي الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بأحد التزاماتها المنصوص عليها في عقد الاستثمار أو غيره تنتفي مسؤوليتها الدولية من حيث الأصل، و هي تلتزم بالتعويض عن نزع الملكية، و يتميز عقد الاستثمار الدولي بطبيعة خاصة و أطرافه تهدف إلى تحقيق الأرباح المالية على المدى الطويل، و هذا ما يجعلهم يفضلون الحفاظ على العقد الموجود بينهم بغض النظر عن هذا الحدث، و ذلك باختلاف القواعد العامة التي استقرت عليها معظم القوانين و التي تقوم بإلغاء العقود عند حدوث قوة قاهرة[25].

و قد جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار، نظرا لأهمية هذه الأحداث و أثرها على حياة العقد، و لكن ذلك لم يكن دون حدوث المنازعات الناشئة عن إعمال هذا الشرط، وقد أكدت في الوقت ذاته على أن الوسيلة المثلى لفض منازعات الاستثمار بصفة عامة هو التحكيم. و المنازعات التي تدور حول القوة القاهرة يغلب عليها الطابع الفني، و بذلك لكي يتم الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة يجب أن تتوفر لدى القائمين بها الخبرة و الدراية العملية الكافية و التي لا يستطيع الرجل القاضي العادي ادعائها، و من جهة أخرى بعيدا عن الجانب الفني الذي تتميز به منازعات القوة القاهرة، تكمن الأهمية الأساسية التي سيقوم بها المحكمون، لا يمكنها أن تقف عند التحقق من الأسباب أو الأحداث التي أوجدت هذه القوة القاهرة،

[23]– شريف محمد غانم، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص28.

[24]– شواربي عبد الحميد، فسخ العقد: (في ضوء القضاء و الفقه)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 359.

[25]– زروال معزوزة، مرجع سابق ص 537.

بل ستصل إلى صميم المنازعة ذاتها، وفي غالبية الأحيان ترتكز حول أثر القوة القاهرة على العقد الأصلي[26].

ثالثا: الخطر

يعرَف معهد بحوث السياسة الخارجية الأمريكي الخطر و بالضبط الخطر السياسي بأنه: "**مجموعة الأحداث السياسية التي تؤثر بشكل ظاهر على التوقعات الربحية للاستثمارات الأجنبية المباشرة التي تقوم بها الشركات في الدول المضيفة** "[27]، و يكمن الخطر حسب هذا التعريف في انحصار مجموعة من القواعد المادية في كلمة الأحداث و التي توحي لنا بوقوع سلوك مادي فيما يخص التأميم و نزع الملكية و المصادرة فهي لا تحسب ضمن الأحداث المادية ، بل هي عبارة عن تصرفات قانونيه و هو الأمر الذي يجعل مفهوم الخطر السياسي الذي جاء به هذا المعهد مفهوما قابلا لكل التأويلات.

لم يتفق الباحثون على مفهوم واحد لظاهرة الخطر بالرغم من أنه ليس بظاهرة جديدة ، إلا أن الباحثين قد اختلفوا في تحديدهم لهذه الظاهرة ، فمنهم من عرفه بالنظر إلى العوامل النفسية ومنهم من عرفه من الجانب السياسي و آخرون من الجانب الاقتصادي ، و للخطر أنواع منها المخاطر السياسية في خطر الاستيلاء ، خطر المصادرة ، خطر نزع الملكية ، خطر التأميم ، خطر عدم الاستقرار السياسي [28].

يمكن للدولة أن تواجه الخطر في بعض الحالات و التي لا يمكن لها أن تجد لها حلولا أو وسائل أخرى قانونية لإتمام تنفيذ التزاماتها.[29]فتنتفي المسؤولية الدولية للدولة التي تستضيف المستثمر الأجنبي ، وعند الإخلال بمضمون التزاماتها الدولية التي نتجت عن عقد الاستثمار

---

[26]– عصام الدين القصبي ، خصوصية تحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص 132.

[27]– كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر، 2002 ص ص 47 و48 .

[28]– صدوق عمر، محاضرة في القانون الدولي العام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الجزائر، 2003، ص 35.

[29]– مرجع نفسه، ص36.

أو الاتفاقية الدولية بسبب الخطر فعلى الدولة في مثل هذه الحالات التي تتعرض فيها للخطر أن تبرر إصابتها بالخطر، لكون أن هذا الأخير هو السبب المانع لإنهاء التزاماته و لكي تعفى من إلتزماتها و مسؤوليتها الدولية حتى و إن كانت منظمة بموجب اتفاقية دولية، كما تستبعد مسؤوليتها في دفع التعويض اتجاه المستثمر الأجنبي و هناك بعض الهيئات التحكيمية التي أشارت إلى فكرة انتفاء المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات ، و من بينها هيئة التحكيم الدولية في قضية CMS Gaz ضد جمهورية الأرجنتين[30].

رابعا: حالة الضرورة

من بين الحالات الاستثنائية الواردة على تطبيق مبدأ احترام الدول لالتزاماتها التعاقدية حالة الضرورة، و قد تم إدراجها لدى لجنة القانون الدولي في مشروعها حول المسؤولية الدولية عن تصرفاتها غير المشروعة دوليا، و ذلك أثناء اللجوء إلى أي إجراء من الإجراءات في مواجهة المستثمرين الأجانب أو أموالهم[31] .

و قد أكد هذه الفكرة بعض الفقهاء و اللذين يصرحون: " **أن حالة الضرورة التي سادت في الأرجنتين كانت سببا في تحريرها من التزاماتها الدولية** " [32]. و بذلك تنتفي مسؤولية الدولة عن الإجراءات التي تقوم بها اتجاه المستثمر الأجنبي ، حتى و لو كانت متفقة مع المستثمر الأجنبي أثناء إبرامها لعقد الاستثمار عن استبعادها ، لكن ذلك يشترط أن تشكل حالة الضرورة دافعا قويا مبررا لذلك الإجراء ، فيكون الإجراء الذي أخذت به هو الحل الوحيد من الخطر، و الوسيلة الوحيدة لكي تضمن مصلحتها العامة من الأخطار المحدقة، و يجب أن يكون الإجراء الذي أتخذته الدول المضيفة لدرء أو إبعاد الخطر أن لايسبب في المقابل أضرارا بالدرجة ذاتها التي تعرضت لها ومن ثم المشكل يبقى دائما مطروح في مثل هذه الحالات و يكمن ذلك المشكل في صعوبة مدى إثبات الدولة المضيفة لمدى تلازم الخطر المحدق بمصالحها العامة، وإلى أي حد يتم دفعه عن طريق

---

[30]– حسين نوارة، مرجع سابق، ص 143.

[31]– مرجع نفسه ، ص 142.

[32] -BACHAND Remi « Les poursuites de CIRDI contre l'Argentine : quand la gestion publique se heurte aux droits des investisseurs étrangers » ,p8,Disponible en ligne sur : www.er.uqam.ca./nobel/ieim/img/pdf. Consulté le (29 mai 2019.)

الإجراء الذي اتخذته ، و هل كان على حساب التزاماتها التي منعتها من اللجوء إلى ذلك الإجراء ، لأنه في الأصل يرجع اتخاذه للسلطة التقديرية للدولة التي تعيش في حالة الضرورة تحديد طبيعة الإجراء اللازم لاتخاذه ، كما أن الدولة تتمتع بالسلطة التقديرية للدفع بحالة الضرورة لاستبعاد مسؤوليتها عن الإخلال بالالتزامات ، و هو السبب الذي دفع بعض الهيئات التحكيمية إلى أن تستبعد بعض الدفوع المؤسسة على حالة الضرورة كسبب لانتفاء المسؤولية[33].

[33]– حسين نوارة، مرجع سابق، ص 142.

المبحث الثاني

الالتزام بعدم تعديل النصوص التشريعية

إن استقرار القوانين التي تحكم الاستثمار أهمية بالغة في جذب المستثمر الأجنبي، فهدف كل مستثمر في بلد ما متوقف على نظام الاستثمار السائد فيه ، بذلك قسمنا هذا المبحث إلـى شرط الثبات التشريعي في (المطلب الأول)، و إلى لجوء الدولة إلى نزع الملكية في ظل احترام الالتزامات الدولية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شرط الثبات التشريعي

قامت الدول بإدراج بعض الشروط الخاصة في عقود الاستثمار و من بين هذه الشروط نجد شرط الاستقرار أو الثبات التشريعي ، ويكون هذا الشرط قيدا على الدولة المضيفة بتجميد القانون الواجب التطبيق على العقد وقت ابرامه[34]. و عليه قسمنا هذا المطلب الى تعريف شرط الثبات التشريعي (الفرع الاول) ، و إلى تكريس شرط الثبات التشريعي (الفرع الثاني) و انواع شرط الثبات التشريعي (الفرع الثالث) ، مدى التزام الدولة بشروط الثبات التشريعي (الفرع الرابع)، موقف المشرع الجزائري من الثبات التشريعي (الفرع الخامس).

الفرع الأول

تعريف شرط الثبات التشريعي

يعد شرط الثبات التشريعي clause de stabilité législative على أنه مصطلح يطلق على الشرط التعاقدي clause contractuelle ، يتم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المستقبلة ويكون عن طريق الاتفاق بينهما أي الاتفاق بين الأطراف على عدم تطبيق أي تعديل تشريع لاحق لاحق على العلاقة العقدية القائمة بين الطرفين أو تعويض المستثمر الأجنبي وغالبا ما يتم الاتفاق على مثل هذه الشروط في العقود الزمنية الطويلة المدة وعقود الاستثمار الدولية

[34]– إقلولي محمد: " شروط الاستقرار المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، 2006، ص ص 94 و95.

والتي تخشى فيها الشركات الأجنبية المستثمرة تدهور و ضعها القانوني و المالي في البلد المضيف بتعديلات تشريعية لم تكن مبنية عليها أثناء التعاقد، فقد يتم الاتفاق في العقد على شروط الثبات تتعلق بالتزامات قانونية معينة ،كما قد يرد هذا الشرط بشكل عام يشمل أية تعديلات تشريعية لاحقة تؤثر على التزامات الدولة المضيفة.

وغالبا ما تنص عقود الاستثمار على فكرة الثبات التشريعي و التي بمقتضاها لا يكون للتغيرات و المراجعات التي قد تطرأ في المستقبل أثر على المزايا و الامتيازات الممنوحة للمستثمر الأجنبي[35]، والذي يتخوف في الغالب من قيام الدولة بتعديل العقد أو إنهائه بصفة انفرادية عن طريق نصوص تشريعية تؤثر في التوازن المالي للعقد، و للتقليل من هذه المخاوف يتم في الغالب الاتفاق بين الأطراف على إدراج شروط استثنائية ، و ذلك لتحقيق نوع من التوازن بين الأطراف ومن بين هذه الشروط نجد شرط استقرا و تجميد القانون الواجب التطبيق و شرط ثبات أو عدم المساس بالعقد ، و التي تعد كضمانة تقدمها الدولة للمؤسسة الأجنبية ضد احتمال وقوع أي تعسف من قبلها[36].

و قد أدرج المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في التشريع الوطني، حيث نصت المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي: " **لا تطبق المراجعات و الإعفاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، عادا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[37].

كما ورد في تقرير هيئة الأمم المتحدة الصادر عن مجلس حقوق الإنسان في سنة 2007 تعريف شرط الثبات التشريعي على أنه: ذلك الشرط الذي تتعهد به الدولة المضيفة بمقتضاه بعدم تطبيق أي إجراء أو تشريع جديد على العقد الذي أبرمته الدولة المضيفة مع المستثمر الأجنبي كما يعرف أيضا على أنه أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع

---

[35]– فياض محمود، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، دار الوراق للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص 80.

[36]-غسان عبيبد محمد المعموري، "شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول "مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني ، جامعة كربلاء ، العراق ، 2009، ص 145.

[37]– المادة 15 من الأمر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج.، عدد 47 لسنة 2001، معدل و متمم بالأمر 06-08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج.ر.ج.ج.، عدد 47، صادر في 19 جوان 2008، (ملغى جزئيا).

متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع في نطاق الناظمة بهذا المستثمر الأجنبي[38].

الفرع الثاني

تكريس شرط الثبات التشريعي

لقد تم تكريس شرط الثبات التشريعي في مجال الاستثمار إذ تم إدراج هذا الشرط من خلال المادة 22 من القانون رقم 16-09 التي تنص على أنه: " **لا تسري الآثار الناجمة عن المراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة** "[39]

و يتبين من خلال هذه المادة ، أن شرط الثبات التشريعي يعد بمثابة التزام الدولة بعدم تطبيقها للقوانين الجديدة على الاستثمارات التي بدأت في طور الإنجاز أي أن هذا الإجراء يقوم بتجميد قانون الاستثمار الجزائري و ذلك لمنح امتيازات و ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي من حيث الجوانب التالية: الجانب المالي، الجانب الاجتماعي.

غير أن الدولة الجزائرية تحتفظ بحقها السيادي في إلغاء أو تعديل القانون، لكن التعديل أو الإلغاء الذي يتم من طرف الدولة لا يتم تطبيقه على المستثمرين الأجانب الذين شرعوا في مشاريعهم في ظل القانون الحالي أو يعتبر وجود قانون قائم على الحرية و كفالة حقوق الإنسان من أهم العوامل التي تساعد في جذب المستثمرين، و هذا مايدفعهم للاستثمار في بلد ما، لأن المستثمر الأجنبي يجب أن يتأكد أولا أن تلك الدولة التي يريد الاستثمار فيها لا تعيق مشروعه الاستثماري و يكون مطمئن في تلك الدولة من الناحية القانونية و الاستقرار التشريعي، و من غير المعقول الاستثمار في دولة تتميز بالتغيير المستمر لقوانينها، فالمستثمر الأجنبي يبحث دائما على قانون للاستثمار

[38]- فياض محمود، المعاصر في قوانين التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 58

[39]- المادة 22 من القانون رقم 16- 09 ، مؤرخ في 03 أوت ، يتعلق بترقية الاستثمار ،ج .ر.ج.ج ، عدد 46 ، صادر في 03 أوت 2016.

مستقر و موحد و خالي من الغموض و أيضا يتميز بالشفافية و الثبات و يكون مستقر لمدة أطول[40].

الفرع الثالث

أنواع شرط الثبات التشريعي

تختلف أنواع شرط الثبات التشريعي باختلاف الأساس المعتمد من حيث التصنيف ، وبالتالي قمنا بتقسيم أنواع شرط الثبات التشريعي و صنفناها وفقا لمصدره (أولا) ثم قسمناها وفقا لطبيعته(ثانيا).

أولا: أنواع شرط الثبات التشريعي وفقا لمصدره

و يكون تصنيف شرط الثبات التشريعي بتقسيمه إلى شروط الثبات التعاقدية (أ) ثم شروط الثبات التشريعية (ب) .

أ-شروط الثبات التعاقدية

يقصد بشروط الثبات التعاقدية تلك الشروط التي تكون في عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، و هذه الشروط عادة ما تنص على القانون الواجب التطبيق على العقد في حال وقوع نزاع بين الطرفين فيما يخص العقد، و هو القانون الساري المفعول وقت إبرام العقد، أو القانون الذي انعقد في إطاره و تحت أحكام العقد محل النزاع، و يمكن أن نعرفها أيضا أنها الشروط التي ترد ضمن بنود العقد ذاته و التي تنص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد عند النزاع هو القانون بأحكامه و قواعده النافذة وقت إبرام العقد مع أن نستبعد أي تعديل لاحق قد يطرأ[41].

ومن أمثلة شرط الثبات التشريعي في القانون الإتفاقي نجد العقد المبرم بين Equateur وشركة Texaco petroleum الموقع في 21 فبراير 1964، حيث تنص المادة 4 منه على أنه: " **يلتزم الأطراف بقوانين البترول و التعدين السارية وقت التوقيع على العقد و هي تلك**

---

[40]- أميرة حسب الله محمد محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في البيئة الاقتصادية العربية ، د ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية 2005 ، ص 35.

[41]- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،1998 ص 290.

القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد و تتولى حكم العمليات التي تتم بين الأطراف في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمه" . و أيضا العقد المبرم بين كلا من جمهورية مالي كطرف أول و شركة Général des matières nucleaires كطرف ثاني سنة 1977، فقد نصت المادة 1/16 منه على : " **تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة القانونية و الاقتصادية و المالية التي ستعمل الشركة في ظلها وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات و اللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام و استغلال اليورانيوم بوجه خاص** ".

و الجزائر أقرت شرط الثبات التشريعي في بعض العقود التي أبرمتها مع مستثمرين أجانب في مجال الاستثمار، و منها الاتفاقية المبرمة مع شركة أوراسكوم تيليكوم في مجال الاتصالات، إذ تنص في المادة 6 فقرة 1 على أنه: " **إذا تضمنت القوانين و التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية**"[42] .

ب- شروط الثبات التشريعية

يقصد بشروط الثبات التشريعية الشرط الذي يرد في النص التشريعي للدولة إذ يتضمن تقيُد سلطة الدولة على عدم تطبيقها للتشريعات اللاحقة على العقد ماعدا تلك التي كانت وقت إبرام العقد، مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الجديد، و منه يعتبر هذا الشرط أكبر حماية للطرف الاجنبي ضد احتمال أي إلغاء أو تعديل للقانون الذي يحكم الاستثمار[43].

---

[42]- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار و دعمها و متابعتها من جهة، و بين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر، موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، العدد 80 الصادر بتاريخ 26ديسمبر 2001 علما أن هذا الاتفاق وقع في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، الذي يتضمن في مادته 39، عدم تطبيق المراجعات و الإلغاءات التي قد تطرأ على الاستثمار، إلا إذا طلب المستثمر ذلك.

[43]- يوسفي محمد ، " مضمون و اهداف الاحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات "، مجلة الادارة ، مجلد التاسع ، العدد الثاني ، الجزائر ،1999 ، ص 95 .

كما أن معظم الدول النامية أدرجت في عقود الاستثمار التي أبرمتها مع الشركات الاجنبية شروط تثبيت التشريعات الاقتصادية، و الغرض منه تفادي المساس بصحة هذه العقود، و ضمان استمرار سريان الاطار القانوني الذي اتَخذ وفقا له الالتزامات التعاقدية[44].

ثانيا: تصنيف شرط الثبات التشريعي وفقا لطبيعته

لقد قسمنا هذا التصنيف إلى ثلاثة أقسام، يتمثل الصنف الأول في شرط التجميد التشريعي (أ) ثم شرط التوازن الاقتصادي (ب) و يليه شرط الحماية المختلط (ج) .

أ- شرط التجميد التشريعي

يحتفظ المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي تفاديا للتعديلات التي قد تطرأ في القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، و التي تقوم بها الدولة لغرض تحقيق أهدافها الاقتصادية و لمواكبة تطوراتها في جميع المجالات، و هنا يكون المستثمر الأجنبي على علم بجميع القواعد القانونية التي ستنظم علاقته مع الدولة، و ذلك يسمح له بضمان ربح و أمن الاستثمار الذي يبقى خاضعا للشروط المنجزة.

و يكمن هدف شرط التجميد في الحفاظ على توازن العلاقة العقدية ، من خلال تجميد الإطار التشريعي و التنظيمي الذي يتم فيه تنفيذ العقد و لكن ليس تجميد مضمون الاتفاق و هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك، أي إلى جانب تجميد التشريع الوطني للدولة المضيفة. يعتبر هذا الشرط وسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية.

كانت الدول النامية ترفض شرط التجميد لأسباب تتمثل في أنّ سيادة الدولة تمنع وضع حدود لحق الدولة في التنظيم و الإشراف على نشاطاتها الاقتصادية و أنَ تحقيق المصلحة العام يقتضي تدخل الدولة كلما اقتضى الأمر ذلك. و شرط التجميد يتخذ من قبل السلطة التنفيذية لذلك فإنه يمس بمبدأ الفصل بين السلطات و أن الدولة أيضا لا تستطيع تحمل ما التزمت به الهيئات التابعة لها عند إبرامها لعقود الاستثمار، لكن نظرا لحاجتها إلى رؤوس الأموال الأجنبية و نزولا عند رغبة

---

[44]- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008، ص 138 .

الشركات الأجنبية، فقد وافقت على إدراج شرط التجميد في التشريعات الداخلية و لاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية.

اختلف الفقه حول مدى صحة و فعالية شرط التجميد ، حيث أن معظم الفقهاء و من بينهم (P.WEIL) يرون أن الدولة ليس بإمكانها التنازل عن سيادتها لفائدة مصالح خاصة ، ويرى بعضهم مثل (Charles LEBEN) بضرورة الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرفين، حيث أنه إذا كانت الدول النامية تسعى إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية و في مقابل ذلك تبحث الشركات الأجنبية عن حقها في الحماية ، لذلك نلاحظ في السنوات الأخيرة معظم العقود تتضمن التجميد التشريعي باعتباره وسيلة لتحقيق مصالح الطرفين المتعاقدين. إلا أن هناك جانب أخر من الفقه من بينهم(S.LEMAIRE) يشكو من فعالية هذا الشرط و ذلك استنادا إلى بعض القرارات التحكيمية، حيث أنهم يرون أنه إذا كان الهدف من هذا الشرط هو مجرد احترام الشروط المالية الواردة في العقد وليس منع الدولة من التصرف ، فلا يمكننا الاعتماد عليه لإثبات وجود الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ، لذلك فالدولة لا تتدخل كشخص من أشخاص القانون الدولي إلا فيما يخص المعاهدات الدولية[45].

ب-شرط التوازن الاقتصادي

يتميز هذا الشرط بأنه لا يعفي المستثمر الأجنبي من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق بل العكس من ذلك سوف يقوم بالتأكيد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لهذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة ، و في مقابل ذلك ينص هذا الشرط على التزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر عن جميع الخسائر المادية التي أصابته أثناء هذه التعديلات ، و التعويض يمكن أن يكون تعويض كلي و الذي سمي بشرط التوازن الاقتصادي الكلي ، و يمكن أن يكون التعويض جزئي وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ، و بذلك نسميه بشرط التوازن الاقتصادي الجزئي.

و في حالة التعويض الجزئي يتم الاتفاق على تعويض المستثمر الأجنبي في إحدى الحالات التي تتمثل في متى أقرت الدولة المضيفة نوع معين من التشريعات ما أدت إلى زيادة

[45]- عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق ، ص ص 216 و 217.

أعباء هذا المستثمر المالية ، و في هذه الحالة سيعوض المستثمر بشكل كلي بسبب ما أصابه من ضرر مادي جراء هذه التشريعات ، و أيضا عندما تقوم الدولة المضيفة بإقرار تشريعات وطنية تميز بين المستثمر الأجنبي و الوطني ، وهذا ما يخل بشروط المنافسة العادلة في السوق الوطنية و بهذا يتلقى المستثمر الأجنبي خسائر مادية أكثر من المستثمر الوطني. و هناك حالة أخرى عند اتفاق طرفي العقد على تعويض المستثمر الأجنبي عن نسبة متفق عليها من مجمل خسائره الاقتصادية نتيجة التعديلات التشريعية المتكررة [46].

وفي العادة أنه متى اتفق طرفي العقد على هذه الأسس يتم الاتفاق أيضا على تحديد جهة محددة تقوم بتقدير حجم الخسائر التي أصابت المستثمر الأجنبي و مبلغ التعويض المستحق وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ، و غالبا ما يتم الاتفاق على تحقيق هذا التوازن بإحدى الطريقتين إما النص صراحة في العقد على التزام الدولة المضيفة بالتعويض بشكل كلي أو بالنسبة التي اتفقوا عليها و ذلك عندما تحدث هذه الدولة تعديلات قانونية لا تصلح على حقوق أو التزامات المستثمر، و الطريقة الثانية تكمن في اتفاق الطرفين على وجوب إعادة النظر في شروط العقد، ليتم إعادة التفاوض من جديد، و القيام بتعديلها بما يضمن توازن العلاقة التعاقدية بين الأطراف، و يضمن تحقيق الأرباح المالية المتوقعة للمستثمر الأجنبي وقت التعاقد. و بالتالي يفضل المستثمر الأجنبي الطريقة الأولى لكونها ستضمن تعويضه عما لحقه من ضرر دون حاجة إلى إعادة التفاوض على شروط العقد من جديد مع الدولة المضيفة[47].

ج- شرط الحماية المختلط

يعتبر شرط الحماية المختلط ذو طبيعة متوسطة بين شرط التوازن الاقتصادي و شرط التجميد التشريعي فهو يقترب من شرط التوازن الاقتصادي نوعا ما من خلال عدم إعفاء المستثمر الأجنبي من تطبيق أي نوع من التعديلات التي قد تضر بمركزه المالي بعد التعاقد و في مقابل

---

[46]- فياض محمود، "دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكاليات التطبيق"، مداخلة في المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد بتاريخ 20، 21 ماي 2013، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ص ص 36 .منشور في موقع إلكتروني :
http://www.academia.edu Consulté le (12 /06/2019).

[47]- مرجع نفسه، ص37.

ذلك فهو يقترب أيضا من الشرط الأول ألا وهو شرط التجميد التشريعي من خلال النص على إعفاء المستثمر الأجنبي من تطبيقه لبعض التعديلات التشريعية متى كانت هذه الوسيلة هي الطريقة الوحيدة و الكفيلة بعد تأثر المستثمر الاجنبي سلبا بالتعديل التشريعي[48].

الفرع الرابع

مدى التزام الدولة بشروط الثبات التشريعي

إن إبرام العقد بين المستثمر الأجنبي و الدولة أو أحد هيئاتها يترتب عليه التزام الطرفين بهذا العقد كذلك ينبغي على الدولة احترام شروط الثبات عند ادراجها في العقد ، إلا أن هذا الالتزام يتوقف على طبيعة القانون الذي يخضع له العقد[49]، و هذا ما نحاول الوصول إليه في حالة خضوع هذه الشروط لقانون الدولة (أولا) و كذلك في حالة خضوعها للقانون الدولي (ثانيا) .

أولا: حالة خضوع شروط الثبات التشريعي لقانون الدولة

ينبغي على الدولة عدم تعديل القانون أو المساس بالعقد عند خضوع هذه الشروط لقانون الدولة، إلا أن حق الدولة السيادي في التعديل لا يوقف بل يمنع عليها القيام بأي إجراء يمس بالعقد، و قد تم التأكيد على هذا في قضية (ARAMCO) بالقول أن: " **الدولة هي التي تمنح الحق للطرف الأجنبي، و بالتالي تمتنع عن ممارسة سيادتها، و هي التي لها الرجوع عن هذا الأمر وفقا لقانونها، و إذا حدث و أن قامت الدولة بعمل مخالف لما التزمت به فإن ذلك يعد مخالفا للقانون**"[50]. و أيضا في قضية (AGIP) أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و بعدما قامت الدولة بالتأميم اعتبر هذا التصرف مخالف للقانون من قبلها لأنه تم خلافا لما التزمت به . فالدولة هي مسؤولة عن كل التصرفات التي تلحق العقد وتأثر سلبا في توازن أداءات الأطراف لقد وجدت عدة دعاوى تم عرضها على قضاء التحكيم ، و تم فيها الحكم بالمسؤولية الدولية على مثل هذه التصرفات،التي تلحق العقد و تؤثر سلبا في توازن أدءات الاطراف و لقد وجدت عدة دعاوى تم عرضها على قضاء التحكيم، و تم فيها الحكم بالمسؤولية

---

[48]– فياض محمود، مرجع سابق ، ص 38.

[49]– شوشو عاشور، مرجع سابق، ص97.

[50] -MAYER Pierre, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matière de contrats d'état », J.D.I، n°01, 1986, p41.

الدولية على مثل هذه التصرفات، و مثال ذلك القرار الصادر في قضية(letco) ضد ليبيريا أين قررت المحكمة أن ليبيريا قد أخلت بالتزاماتها[51].

ثانيا:حالة خضوع شروط االثبات التشريعي لقانون الدولي

يمكن للأطراف أن تتفق أثناء إبرامها لعقود الاستثمار على خضوعها لقانون الدولي و المبادئ العامة للقانون وعليه في حالة ما إذا ورد الشرط في عقد يخضع للقانون الدولي، يترتب عن ذلك أن يبقى للشرط نفس الأثر على غير ما إذا كان يخضع للقانون الداخلي، و ذلك لغياب الأخذ بنظرية العقود الإدارية و أيضا نظرية السيادة على الثروات الطبيعية. ما ينتج عن صحة الاستقرار، لكن من جهة تطرح مسألة آثار هذا الأخير و يأخذ في هذا مبدأ القوة الإلزامية للعقود إضافة إلى أن القوة الإلزامية للعقود قد تثير أيضا فكرة القوة القاهرة التي تؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام ، و تعليق شرط الاستقرار التشريعي .

استنادا لما سبق ، فالدولة التي قامت بإبرام العقد مع المستثمر الأجنبي هو عقد محتوي على شرط الثبات ، و هذا لا يعني أنه لا يمكن المساس به باعتبار أنه لا يوجد مبدأ عام يقرر أن الأشخاص الأجنبية المتعاملة مع الدولة تقف معها على قدم المساواة ، علما أنه لا يوجد مبدأ يقوم بتغليب المصالح الفردية على المصلحة العامة ، إضافة إلى ذلك حتى القانون الدولي العام يعترف بتغيير المعاهدات نظرا لتغيير الظروف ، كما أن مبدأ عدم جواز المساس بالعقد و إن كان معترف به في أغلب التشريعات فإنه ترد عليه كذلك استثناءات. و بذلك ينتج عنه أن الدولة يمكن لها المساس بالعقد لكن بشروط لكي تكون تصرفاتها صحيحة[52] .

[51]– شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 98.

[52]- JAQUET jean-Michel ، « L’etat operateur du commerce International »، J.D.I ,N°03، 1989 p.655.

الفرع الخامس

موقف المشرع الجزائري من الثبات التشريعي

نص المشرع الجزائري على مبدأ الثبات التشريعي في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 ثم في نص المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار و التي تنص على ما يلي: " **لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[53]. بحيث يفهم من نص المادتين 39 و 15 أن المشرع لم يقتصر فحسب على ضمان القرار التشريعي للمستثمر من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء لقانون على الاستثمارات التي تم الشروع في انجازها بل أضاف ضمان أوسع و أشمل يتمثل في الاستفادة من التشريع الجديد حيث يتمتع بحق معين إذا احتوى التعديل الوطني الجديد على ضمانات أخرى فبعد تكريس هذا المبدأ يستمر المستثمر من الاستفادة من أحكام القانون الساري المفعول عند الشروع في إنجاز مشروعه بالرغم من إعادة النظر في النظام القانوني للاستثمارات بحيث لا تطبق علية التعديلات إلا إذا وافق عليها صراحة و لا يطالب بذلك إلا إذا كانت هذه التعديلات تتضمن امتيازات و حوافز إضافية في جميع المجالات[54].

المطلب الثاني

لجوء الدولة إلى نزع الملكية في ظل احترام التزاماتها الدولية

لقد عرفت الأنظمة القانونية منذ القديم تدخل السلطة العامة في الدولة لنزع الملكية بغرض تحقيق المصلحة العامة. وعليه سوف نتطرق إلى صور نزع الملكية (الفرع الأول) ، و إلى القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية (الفرع الثاني).

---

[53]- المادة 15 من الأمر رقم 01-03 ،المتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

[54]- عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 84 .

الفرع الأول

صور نزع الملكية

رغم تعدد صور نزع الملكية إلا أن هدفها واحد و هو تحقيق المصلحة العامة، و هذه الصور تكمن في كل من نزع الملكية (أولا)، التأميم (ثانيا)، المصادرة (ثالثا)، و الاستيلاء (رابعا)

أولا: نزع الملكية

يهدف إجراء نزع الملكية إلى تمليك الدولة بموجب قرار إداري للصالح العام ، و ذلك لكي تنشأ مرافق عامة كالمستشفيات، و المدارس و غير ذلك ، فالقانون يمنعها من اللجوء إلى هذه الإجراءات بهدف عرقلة إنجاز مشروع معين من طرف المستثمر الأجنبي[55] .

و قد نصت عليه المادة 677 من القانون المدني على أنه: " **...للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل و منصف**".[56]

وتنص المادة 02-02 من القانون رقم 91-11 على **أنه** "**...لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعملية ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير، التهيئة العمرانية التخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات متعددة الأطراف و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عامة**"[57].

كما تنص المادة 22 من دستور 1996 على أنه: " **لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عليه تعويض عادل و منصف** "[58].

---

[55]- كروغلي مقداد، " نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر 1998، ص 21.

[56]- الأمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق.

[57]- المادة 02/02 من القانون رقم 91-11 مؤرخ في 21 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر، ج ج عدد 21، الصادر في 8 ماي 1991،معدل و متمم بموجب القانون رقم 04-21، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2005 ،ح.ر.ج.ج عدد 85 صادر في 30 ديسمبر 2004،معدل و متمم بموجب القانون رقم 07-02، مؤرخ في 29 ديسمبر 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج.ر.ج.ج،عدد82 صادر في 31 ديسمبر 2007.

[58]- المادة 22 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية ل 28 نوفمبر 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 سبتمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر في08 ديسمبر1996،معدل و متمم بموجب قانون

تعرف نزع الملكية بأنه الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة، تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة، و يجب أن يرد على العقارات دون المنقولات.[59] و لنزع الملكية خصائص أبرزها تتمثل في:

- وجوب أن تكون نزع الملكية صادرة من سلطة عامة
- موضوع نزع الملكية عقارا معين و محدد بكل دقة
- إجراء يهدف إلى نقل ملكية العقارات من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة
- يهدف إلى المنفعة العامة
- يكون مقابل تعويض عادل [60].

ثانيا: التأميم

يتم بموجب التأميم تحويل ملكية مؤسسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة ، مقابل أن يكون هناك تعويض عادل و منصف ، إما للقضاء على جميع مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج بهدف الاستغلال الكامل لموارد الدولة أو بمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني[61].

يعتبر إجراء التأميم أحد الأسلحة التي تستخدمها الدول النامية للتخلص من التبعية و تحقيق النمو الاقتصادي و لكي يصبح الاستقلال حقيقة و ليس بصفة شكلية فقط[62].

رقم 02-03 مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002،ج.ر.ج.ج عدد 25 صادر في 14أفريل سنة 2002،و بموجب قانون رقم 08-19،مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008 ،ج.ر.ج.ج عدد 63،صادر في 16 نوفمبر سنة 2008 و بموجب قانون رقم 16-01،مؤرخ في 06 مارس سنة 2016،ج.ر.ج.ج عدد 14،صادر في 07 مارس سنة 2016.

[59]- بوسهوة نور الدين ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانوني الدولي و الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دحلب، البليدة، 2005، ص 85.

[60] -https://www.mohamat.net/law/ ,Consulté le (20/06/2019.).

[61]- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 19.

[62]- بوسهوة نور الدين ، مرجع سابق، ص 88.

و يعد هذا الإجراء سيادي تقوم به الدولة بموجب قرار انفرادي لتحويل ملكية المشروع الاستثماري من ملكية خاصة إلى ملكية عامة، و حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي و يعتبر كوسيلة لممارسة سيادتها.

إن التأميم من أخطر صور نزع الملكية، إذ أن الدولة التي تكثر فيها حالات التأميم يتهرب عنها المستثمرون الأجانب حيث أنه يتخوفون من تعرض أملاكهم لإجراء التأميم خصوصا إذا كانت القوانين المتعلقة بالاستثمار لا تقوم بتوفير ضمانات ضد هذا المبدأ[63].

ثالثا: المصادرة

المصادرة هي عقوبة جزائية تتخذها السلطة التنفيذية و القضائية للدولة لكل أو جزء من حقوق المستثمر، و يجب أن يتم هذا الإجراء في حدود القانون و عند توفر إحدى الحالات التي تبرر ضرورة اللجوء إلى المصادرة.[64] كما عرفت المادة 15 المعدلة من قانون العقوبات المصادرة بأنها: " **المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء، غير أنه لا يكون قابلا للمصادرة: – محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول و الفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، إذا كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة، و على شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع. – الأموال المذكورة في الفقرات 2 و 3 و4 و5 و6 و 7و 8 من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية. – المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج و أولاد المحكوم عليه و كذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته**"[65].

---

[63]– والي نادية ، النظام القانوني الجزائري للاستثمار و مدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري_ تيزي وزو، 2015، ص ص 167و 169.

[64]– عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 175.

[65]– المادة 15 من القانون رقم 06–23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج. ر.ج.ج عدد 84 .

رابعا: الاستيلاء

من الطرق الجبرية للحصول على العقارات أو المنقولات مؤقتا الاستيلاء، و يمارس هذا الإجراء من قبل الإدارة في إطار القانون و يعتبر عملية استثنائية مقرونة بإجراءات محددة ضمانا لحق ملكية الأفراد ، و نظرا لكون الاستيلاء عبارة عن طريق جبري ينصب على حق الملكية الخاصة بالأفراد المكرس دستوريا فقد أحاطه المشرع بمجموعة من القيود و الإجراءات كضمانة للحد من خطورته ، و ذلك بهدف حماية حقوق الأفراد و حريتهم بواسطة وضع آليات و قواعد و هيئات تعمل على تحقيق هذه الضمانة من بين هذه الضمانات نجد عدم إمكانية الاستيلاء على الملكية الخاصة إلا في الحدود التي ينص عليها القانون ، و التزام الإدارة في إطار ممارستها لإجراء الاستيلاء برد العقار بعد انتهاء مدة الاستيلاء بنفس الحالة التي أخذته، و إن كان هناك إتلاف أو نقص في قيمة العقار تلتزم بتعويض مالكه[66].

الفرع الثاني

القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية

للدولة الحق في نزع الملكية لصالح المنفعة العامة ، لكن هذا الإجراء تحده مجموعة من القيود أو الشروط على الدولة احترامها و التقيد بها. و عليه يقتضي الأمر التطرق إليها بداية بشرط عدم مخالفة التزام تعاقدي سابق (أولا)، ثم شرط المصلحة العامة و مطابقة إجراء نزع الملكية للقانون (ثانيا)، و يليها عدم مخالفة مبدأ المساواة و عدم التمييز (ثالثا)، و الالتزام بأداء التعويض(رابعا).

أولا: مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة

يمكن أن تلجأ الدولة المضيفة للاستثمار في بعض الحالات إلى تقييد نفسها بنفسها، ذلك عن طريق بعض الالتزامات الخاصة التي تصرح بالتقييد بها و تحرص على تنفيذها بنفسها، و هو

66– حيدرة صوفيان و جلواح سليم ، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2013، ص 65.

الأمر الذي يجعل هذا الالتزام السابق قيدا إضافيا يحد من حريتها في ممارسة حقها السيادي في نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة أو أي إجراء مماثل يكون هدفه حرمان المستثمر من حقوقه[67].

و قد أكد هذا المبدأ في عدَة اتفاقيات ، من بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و إيطاليا في المادة 1/10 الذي كيفته على أنه: " **قيد مؤكد لحماية أملاك المستثمرين** "[68].

و سواء كان الالتزام حالي أو سابق ، فالدولة تلتزم و تتقيد بمضمونه ، في جميع مراحل عملية الاستثمار و إن قامت بمخالفته فتلتزم بالتعويض[69].

الدولة تتقيد بكل ما تعهدت به من التزامات اتجاه الدول أو الأشخاص من المستثمرين الأجانب خاصة و أن فكرة جعل التزامات الدولة الخاصة كقيد يقف كقيد أمام حق الدولة في ممارسة حقوقها السياسية في استرجاع ممتلكاتها من أي يد كانت فيها بغض النظر عن جنسيتها، و التزاماتها بعدم التعرض لملكية المستثمر الأجنبي هي عبارة عن التزام بتحقيق نتيجة و ليس فقط ببذل عناية[70].

ثانيا: شرط المصلحة العامة

إن قرار نزع الملكية لتحقيق المصلحة العامة يعد من الأمور المهمة لاستبعاد مخاوف وشكوك المستثمر الأجنبي بالخصوص مخاطر نزع الملكية و تعد المنفعة العامة شرط أساسي لإمكانية الدولة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي ، أي أنه لا يمكن للدول المضيفة نزع ملكية المستثمر الأجنبي إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة. و بهذا الخصوص اعتبر المشرع الجزائري أن الملكية العامة هي الأصل أما الملكية الخاصة هي الاستثناء ، حيث أنه قد نتج عنها توسيع

---

[67]– هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص 218.

[68]– الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في الجزائر، بتاريخ 18 ماي 1991، مصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي 91–346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج.ر.ج.ج عدد 46 صادر في 6 أكتوبر 1991.

[69]– محمدت مي عبد الحميد ، أصول القانون الدولي العام القاعدة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، 1995 ص 172.

[70]– عسول مهدي ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2017، ص 21.

الذمة العقارية للدولة عن طريق نقل الأملاك العقارية الخاصة للدولة و التابعة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من الجنسية الأجنبية[71].

يكمن الهدف من نزع الملكية في تحقيق المنفعة العامة، إذ لا يجوز نزع الملكية للمنفعة العامة إلا بموجب مرسوم تنفيذي يحدد فيه أهداف نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، و لا يجوز نزع ملكية الأفراد جبرا و حرمانهم من عقاراتهم لغاية أخرى غير المنفعة العامة، و من بين الشروط الأساسية لها نجد إما ضرورة عسكرية أو ضرورة اقتصادية أو صحية، ترتكز على الأحكام التالية:

- الحق في الرقابة القضائية على مدى فعالية المنفعة العامة.
- الحق في التعويض.
- الحق في استرجاع الأملاك المنزوعة.
- الحق في أولوية الشراء أو الإيجار[72].

ثالثا: عدم مخالفة مبدأ المساواة و عدم التمييز

يجب على الدول عدم التمييز بين المستثمرين لضمان المعاملة العادلة و المنصفة، و ذلك لاستقرار تدفق الأموال الأجنبية في الدول المضيفة، فالتمييز في إطار الملكية يظهر في أخذ ملكية المستثمر الأجنبي دون القيام بتطبيق بنفس الإجراء على الوطنيين أوحتى المستثمرين ذو جنسيات أخرى.

و على هذا الأساس، فإن عدم التمييز و المساواة عبارة عن شرط لكل إجراء يهدف إلى نزع الملكية و العكس يعتبر إجراء غير مشروع، لكن هناك بعض الحالات التي تستدعي التمييز استنادا إلى أسباب معقولة و بشرط عدم الإخلال بأحكام العرف الدولي. و بالإضافة إلى حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي و ذلك ضد كل ممارسة غير شرعية لها، مثال على ذلك التقليد، إذ تعتبر الملكية الصناعية حديثة النشأة و لذلك لم تحضى بالعناية اللازمة من طرف الدول[73].

---

[71]– عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص ص291 – 192.

[72]– عليوات ياقوتة،" نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري"، مجلة الشريعة و الاقتصاد ،كلية الشريعة و الاقتصاد،جامعة قسنطينة، مجلد5 ، عدد9 ، 2016 ، ص 109.

[73]– عسول مهدي، مرجع سابق، ص 18.

و كما تنص المادة 32 من دستور 2016 على أن: " **كل المواطنين سواسية أمام القانون، و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي**".[74]

رابعا: الالتزام بأداء التعويض

يلتزم كل شخص قد تسبب في ضرر ما لشخص آخر بالتعويض، بغض النظر عن طبيعته القانونية أو المركز القانوني له، و ذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، و إن لم يستطع يجب أن يلتزم بالتعويض و ذلك لكي يصلح آثاره[75].

و قد ورد هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر و التي تسعى إلى حماية و تشجيع الاستثمار، حيث يكون التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستثمر إذا أخل الطرف الآخر المتعاقد بإحدى التزاماته أي إذا كان مساسا بالحقوق و الضمانات المقررة للمستثمر أو الإخلال بالالتزام و التعهدات الدولية المفروضة أو الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صلة مباشرة بالاستثمار.

و قد أتى الاتفاق المبرم بين الجزائر و إسبانيا المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار في المادة 6 منه على أنه: " **إن المستثمر أحد الطرفين المتعاقدين اللذان تضررت استثماراتهما المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بسبب الحرب، نزاع مسلح، حالة طوارئ أو ثورة حدثت على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، يستفيدون من هذا الأمر في إطار تصليح تعويض أو مقاصة من معاملة لا تقل امتيازا من الذي منه الطرف المتعاقد الآخر لمستثمري دولة أخرى**"[76].

---

[74]– دستور 2016 المعدل و المتمم لدستور 1996، مرجع سابق.

[75]– خالد محمد جمعة،""المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية و العشرون, عدد 03 ، 1998، ص 103.

[76]–الاتفاق المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الإسبانية الموقع في مدريد بتاريخ 23 ديسمبر 1994 ، و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 مارس 1995 ج.ر.ج.ج.، عدد 23، صادر بتاريخ 26 أفريل 1995.

كما ولى المشرع الجزائري اهتماما لهذا المبدأ بنصه في عدة قوانين على التعويض مثلا نص المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186التي تنص على أنه : " **يجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا و منصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية**"[77].

كما نجد أيضا هذا المبدأ في نص المادة 2/23 من قانون ترقية الاستثمار التي تنص على مايلي:"...**يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف**"[78].

[77]– مرسوم تنفيذي رقم 93-186 مؤرخ في 27 جويلية 1993، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11، مؤرخ في27 أفريل 1991، يتعلق بقوانين نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ،ج .ر.ج.ج عدد 51، صادر بتاريخ 1 أوت 1993.

[78]–قانون رقم 09-16 ، مؤرخ في 03 أوت 2016 ، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 46, صادر في 03 أوت 2016.

الفصل الثاني

احترام الدولة لالتزاماتها غير التعاقدية

تلتزم الدولة إلى جانب الالتزامات التعاقدية التي تطرقنا إليها في الفصل الأول بالتزامات أخرى متمثلة في الالتزامات غير التعاقدية التي يتوجب على الدولة احترامها لضمان الحفاظ على العدالة و المساواة بين المستثمرين سواء الأجانب منهم أو الوطنيين ، و بالتالي ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى معاملة المستثمر الأجنبي و حماية أملاكه في (المبحث الأول) ، ثم شرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في (المبحث الثاني).

المبحث الأول

معاملة المستثمر الأجنبي و حماية أملاكه

تقتضي الدولة معاملة المستثمر الأجنبي معاملة موازية و متساوية لمعاملة المستثمر الوطني عن طريق توفير الحماية ، الضمان و كذلك التشجيع المالي و الإجرائي بهدف استقطاب عدد أكبر من المستثمرين الأجانب ، و منه حاولنا أن نقسم هذا المبحث إلى معاملة المستثمر الأجنبي بما يكفل له حماية استثماره في (المطلب الأول) ، ثم موقف الاتفاقيات الثنائية المتعددة و الأطرا ف من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

معاملة المستثمر الأجنبي بما يكفل له حماية استثماره

إنَ تبني الدول لقوانين و اتفاقيات سواء الثنائية منها أو المتعددة الأطراف تضمن للمستثمر الأجنبي حمايته و بالتالي حماية أملاكه ، من هنا قسمنا هذا المطلب إلى المعاملة المدرجة في الاتفاقيات الدولية للاستثمار في (الفرع الأول) و التطبيقات الاتفاقية للمعاملة والاستثناءات الواردة عليها في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

المعاملة المدرجة في الاتفاقيات الدولية للاستثمار

نجد من بين المعاملات المدرجة في الاتفاقيات الدولية المعاملة العادلة و المنصفة (أولا)، ثم المعاملة الوطنية (ثانيا) و المعاملة استنادا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية(ثالثا).

أولا: المعاملة العادلة و المنصفة

تنص المادة 21 من القانون رقم 16 /09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه :" مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية

يتلقى الأشخاص الطبعيون و المعنويون الاجانب معاملة منصفة و عادلة فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة باستثماراتهم"[79]

أشارت معظم الاتفاقيات إلى ضرورة المعاملة العادلة و المنصفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، و بالتالي يطرح إشكال حول المعيار الذي بموجبه يتم الرجوع إليه في هذه المسألة باعتبارها تتمركز حول الحماية التي يقررها القانون الداخلي و كذا القانون الدولي ، و لكن الأغلب من هذا المبدأ يقصد به توفير الحماية و الضمان[80].

يتعلق مفهوم المعاملة العادلة و المنصفة بضرورة المعاملة في حدود الحد الأدنى المطلوب في معاملة الأجانب ، و الإدارة تتدخل عن طريق المعاملة الغير التمييزية ، و أيضا من الضروري احترام الشروط القانونية من كل العمليات ، فتختلف في ذلك عن مبدأ الدولة الأولى بالرعاية وعن المعاملة الوطنية ، و التي في الغالب تتطلب معاملة أكثر من حيث ضمان أكبر فيما يخص حقوقهم ، و هناك بعض المسائل التي تثور بشأن هذا المبدأ أنه في تحديدها يحال إما للقانون الداخلي أو الدولي و أحيانا أخرى لمبادئ القانون الدولي ، و هنا يطرح إشكال من حيث المعيار المعتمد عليه لاعتبار أي إجراء عادل و منصف ، و هنا نبرز بالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية يظهر غياب الإشارة إليه، لكن نجد الفقه قد اختلفوا في هذه المسألة ، يقول البعض منهم بأن الإجراء يعتبر عادلا و منصفا إذا كان منطبقا لمبادئ القانون الدولي، و آخرون يرون أن هذا الالتزام ذو طبيعة اتفاقية و يمكن معرفة محتواه من خلال الرجوع للاتفاقية المبرمة بين الطرفين[81] .

[79]– قانون رقم 09/16 مؤرخ في 29 شوال عام 1437 الموافق ل 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ج.ج عدد 46.

[80]- DAILLIER Patrick, DE LA PARADELLE Géraud ,CHERARI Habib, Droit de l'économie internationale , édition A. Pedone, Paris , 2004 , p 678.

[81]– شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 218.

ثانيا: المعاملة الوطنية

تنص الاتفاقيات الثنائية على ضمان المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي، أي أنه يعامل المستثمر الأجنبي كما يعامل المستثمر الوطني، و في حالة ما إذا خالفت الدولة هذا المبدأ يترتب عليها مخالفتها لالتزاماتها الدولية، و يعتبر شرط المعاملة الوطنية من أهم المبادئ التي تطرقت إليها أغلب الاتفاقيات الثنائية، كما نصت عليه أيضا الاتفاقيات المتعددة الأطراف، و من بين تطبيقات مبدأ المعاملة العادلة أنه إذا تم النص على ضرورة أن تكون المعاملة وفقا للقانون الداخلي فيجب أن تتم وفقا لهذا القانون، و بالمقابل يرد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات التي تتعلق بمنح بعض الامتيازات، كالإعفاء من الضريبة و المزايا الضريبية على سبيل المثال[82].تطبق هذه المعاملة على جميع المسائل التي لها علاقة بالاستثمار، و في حالة ما إذا نصت القوانين الداخلية لا تساوي الحماية التي منحها القانون للوطنيين فإننا في هذه الحالة نكون أمام تناقض بين الاتفاقيات و القوانين الداخلية[83].

ثالثا: المعاملة استنادا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في مجال تشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية و يقصد به أن تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضى معاهدة دولة بتمكين رعايا الدولة المستفيدة منه من الحصول على أفضل معاملة يتلقاها الأجانب في الدولة المضيفة و يعتبر هذا الشرط من بين الامتيازات الممنوحة للمستثمرين ، إذ يهدف إلى طمأنينة المستثمر و هو بمثابة معيار أساسي من معايير تشجيع الاستثمارات، و أيضا يعتبر كوسيلة لتوحيد المعاملات الاقتصادية على المستوى الدولي[84].

---

[82]– شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 219.

[83]– معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، 2015 ، ص 339.

[84]– زياني مريم وزياني كريمة، الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية في ظل الاتفاقيات الثنائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، ،2013 ص 49.

لقد تضمنت أغلب الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار على شرط الدولة الأولى بالرعاية، و من بين هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و مصر في مادتها الرابعة فقرة1 التي تنص بأنه: " **يمنح كل طرف تعاقد على إقليمه لاستثمارات مواطني و شركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لن تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه و شركاته أو مواطني و شركات دولة ثالثة**"[85].

الفرع الثاني

التطبيقات الاتفاقية للمعاملة و الاستثناءات الواردة عليها

أشارت الاتفاقيات الثنائية إلى مبدأ المعاملة و اعتبرتها من أهم المسائل التي يجب التطرق إليها ، حيث تعتبرها من أهم مواضيع الحماية التي يمكن أن تمنحها للمستثمر الأجنبي ، و منه نتطرق إلى تطبيقات الاتفاقية لمبدأ المعاملة (أولا)، ثم الاستثناءات الواردة عليها (ثانيا).

أولا: التطبيقات الاتفاقية لمبدأ المعاملة

المقصود منه استفادة المستثمر الأجنبي من الحماية بناءا على استخدام تلك المبادئ المتعلقة بالمعاملة و من بين التطبيقات التي أشارت إليها الاتفاقيات هي الاستفادة من التعويض إذا لحق المستثمر ضررا يسبب خسارة استثماره، بسبب حرب أو نزاع مسلح أوغير ذلك[86]. و تأكده المادة 4 فقرة 4 من الاتفاقية المبرمة مع سوريا التي جاءت بـ: " **يعامل المستثمرون التابعون لأي طرف ممن تلحق باستثماراتهم خسائر في أراضي الطرف الآخر، بسبب حرب أو نزاع مسلح... معاملة لا تقل عن تلك المعاملة التي يمنحها الطرف المتعاقد الآخر لمستثمرين من رعاياه، في**

[85]– الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و جمهورية مصر العربية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع في القاهرة في 29 مارس 1997 ، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98–320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 ، ج.ر.ج.ج ، عدد 76 ، الصادر في 11 أكتوبر 1998.

[86] - DAILLIER Patrick, DE LA PARADELLE Géraud ,CHERARI Habib, Op Cit, p 680.

ما يتعلق باسترداد أموالهم أو التعويض عن الأضرار."[87]، كما تضمنته العديد من الاتفاقيات الأخرى.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المعاملة الممنوحة للمستثمر.

نصت أغلب الاتفاقيات على المعاملة التي يمكن أن يتلقاها المستثمر الأجنبي، إلى جانب ذلك ذكرت أيضا بعض الاستثناءات التي تمكن الدولة من الخروج عن هذا الالتزام دون أن يترتب على الدولة مسؤولية ، و ترجع الاستثناءات المنصوص عليها إلى نفس الاتفاقيات التي نصت على مجموعة من العوامل التي تمكن الدولة على القواعد الخاصة بمعاملة المستثمر الاجنبي ومن بين الاستثناءات المنصوص عليها نجد بعض الإعفاءات و التخفيضات الضريبية للمواطنين والشركات المقيمة ، من أجل العمل على تشجيع الاقتصاد المحلي والنهوض بالمؤسسات الوطنية.

إضافة إلى الاستثناءات التي ذكرناها آلفا ، فإن من الاستثناءات التي نصت عليها الاتفاقيات في حالة منح امتيازات لطرف آخر بموجب اتفاقية خاصة[88]، نجد الاتفاقية المبرمة مع مصر في المادة التاسعة جاء فيها ما يلي : " **لا تمتد المعاملة الممنوحة بموجب هذه المادة إلى الامتيازات الممنوحة من طرف متعاقد إلى مواطني أو شركات دولة ثالثة، بموجب اتفاق عدم الازدواج الضريبي، أو أي اتفاق آخر في الميدان الضريبي** " [89] .

كما تجدر الإشارة إلى أن في بعض الاتفاقيات قد نصت على أن الدولة إذا قامت باتخاذ بعض الإجراءات في ظل الظروف العادية تعتبر أقل امتيازا و بالتالي يوجب مسؤوليتها الدولية، لكن نتيجة وجود مبررات أخرى يمكن للدولة القيام بهذا دون أن يترتب على ذلك مسؤوليتها[90].

---

[87]- الاتفاق المبرم بين الجزائر و سوريا حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في دمشق بتاريخ 14 ديسمبر1997 ، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98 - 430 مؤرخ في 27 ديسمبر 1998 ، ج.ر.ج.ج عدد 97 لسنة 1998.

[88]– شوشو عاشور، مرجع سابق ص 232.

[89]– المادة 09 من الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية وجمهورية مصر العربية ، مرجع سابق .

[90]– شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 233.

المطلب الثاني

موقف الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي

تبنت الجزائر معاملة غير التمييزية نحو الاستثمارات الأجنبية و بإقراره كل من مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة ، مبدأ المعاملة الوطنية ، شرط الدولة الأولى بالرعاية و هذه الضمانات تعتبر بأنها محفزة للمستثمرين الأجانب ، الذين يفضلون دائما و غالبا الاستثمار في الدول التي توفر لهم الحماية ، ومن خلال هذا يمكن القول أنه نتيجة لتكريس مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين ، وأن الدولة المضيفة لا تملك الحرية في معاملة المستثمرين الأجانب على إقليمها وإنما هي ملزمة باحترام قانونها الداخلي[91]، وبالتالي سنتطرق إلى موقف الاتفاقيات الثنائية من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي في (الفرع الأول) وإلى موقف الاتفاقيات المتعددة الأطراف من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف اتفاقية الثنائية من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي

لقد لجأت الجزائر منذ سنة 1990 لإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع و حماية الاستثمارات لتجنب عدم الاطمئنان وعدم الثقة لدى المستثمرين ، ويتبين لنا من خلال هذه الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر أنها استقرت على إقرار مبدأ عدم التمييز في العنصر المخصص" لمعاملة الاستثمار"[92] و التي نذكر منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و تونس التي تنص في مادتها الثانية فقرة 2 على أنه: "...**يمنح كل طرف متعاقد لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر في إقليمه معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي يمنحها لمستثمرين أو لمستثمري دولة أخرى**

---

[91]– حساييني لامية ، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2017 ، ص 34.

[92]– مرجع نفسه ، ص 35.

و ذلك فيما يتعلق بإدارة استثماراتهم و الحفاظ عليها و استعمالها و الإنتفاع بها، أيهما تكون أكثر أفضلية بالنسبة للمستثمر"[93].

كما توجد اتفاقية ثنائية أخرى مبرمة بين الجزائر و الدانمرك التي تنص في مادتها الثانية فقرة1 على: "...**لا يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين، و بأي طريقة كانت أن يعرقل بإجراءات غير معقولة و تمييزية، تسير استثمارات مستثمري الطرف الآخر، على إقليمه أو صيانتها أو استعمالها أو الانتفاع بها أو التعرف فيها**"94 .

يظهر من خلال المادتين المذكورتين أعلاه أنهما تنصان على مبدأ المعاملة الوطنية شرط الدولة الأولى بالرعاية و هما المبدأين المشكلين لمبدأ عدم التمييز بين المستثمرين و نجد في اتفاقيات ثنائية أخرى أن مصطلح مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة يتم استعماله كذلك للدلالة على المعاملة الغير التمييزية95. و نذكر الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و هولندا التي تنص في مادتها الثالثة فقرة 1 على مايلي: " يلتزم كل طرف متعاقد بضمان معاملة عادلة و منصفة للاستثمارات المنجزة من قبل مستثمر الطرف المتعاقد الآخر، و لا يعيق من خلال إجراءات غير معقولة أو تمييزية سير هذه الاستثمارات و إدارتها و صيانتها و استعمالها و التمتع بها..."96 و كذلك الا**تفاقية المبرمة بين الجزائر و كوريا في مادتها 3 فقرة 1: " يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه**

---

[93]– الاتفاق حول تشجيع و الحماية المتبادلة بين الاستثمارات ، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية التونسية الموقعة في تونس في 16 فيفري سنة 2006 ، و المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ج.ر.ج.ج 73، صادر في 19 نوفمبر 2006.

[94]– الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و مملكة الدانمرك حول الترقية و الحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 25 يناير 1999، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-525 مؤرخ في في 30 ديسمبر 2003 ،ج.ر.ج.ج العدد 02، الصادر في 7 يناير 2004.

[95]– حساييني لامية، مرجع سابق ، ص 36.

[96]– الاتفاق حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة مملكة هولندا ، الموقع بلاهاي في 20 مارس سنة 2007 ، و المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-378 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 2007 ، ج.ر.ج.ج عدد 78 ، صادر في 12 ديسمبر 2007.

للاستثمارات و مداخيل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة و منصفة لا تقل امتيازا عن تلك التي يمنحها للاستثمارات و مداخيل المستثمر بها أو استثمارات و مستثمري أي بلد آخر"[97].

إن إعمال قاعدة المعاملة العادلة و المنصفة إلى جانبها مبدأ المعاملة الوطنية و شرط الدولة الأولى بالرعايا تمنح ضمان أكبر للمستثمرين الأجانب و توفير حماية مطلقة لهم[98].

الفرع الثاني

موقف الاتفاقيات المتعددة الأطراف من المعاملة الممنوحة للمستثمر الاجنبي

لقد تم إقرار مبدأ المساواة و عدم التمييز في الاستثمارات و تم إقراره في الاتفاقيات المتعددة الأطراف المبرمة في مجال الاستثمار و التي تتعلق بحماية الاستثمارات الأجنبية و كذلك تشجيع التعاون الدولي و من بينها اتفاقيات تشجيع و ضمان الاستثمار بين الدول اتحاد المغرب العربي، وقعت هذه الاتفاقية المغاربية بالجزائر في 23 جويلية 1990 و تم إبرامها بعد عام و نصف من دخول معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي حيز النفاذ، و تضمنت على مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين المغاربة في الفصل الثاني تحت عنوان" معاملة الاستثمار"[99]. حيث تنص المادة 1 منها بأنه :" **يعمل الطرف المتعاقد على توفير الإمكانيات اللازمة و الملائمة الاستثمار رأس المال وفقا لطبيعة الاستثمار، بما لا يقل عما يقدم للمستثمر الوطني و بما يتيح له بدأ النشاط خلال فترة معقولة..."[100]**

---

[97]– الاتفاق حول ترقية و حماية الاستثمارات ، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية كوريا ، الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999 ، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01–204 مؤرخ في 23 جويلية سنة 2011، ج.ر.ج.ج عدد 40، صادر في 25 جويلية 2001.

[98]– حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الاجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 ، ص 71.

[99]– مرجع نفسه ، ص72 .

[100]– اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

من خلال نص هذه المادة نستنتج أن المستثمر المغاربي يجب أن يعامل معاملة وطنية مثله مثل المستثمر الوطني ، و كذلك المادة 6 من نفس الاتفاقية تشير إلى معاملته على أساس شرط الدولة الأولى بالرعاية[101] بنصها على ما يلي: " **يتمتع الاستثمار المنجز من قبل مستثمري بلدان اتحاد المغرب العربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد لمواطني أية دولة أخرى**"[102].

[101]– حساييني لامية، مرجع سابق، ص 39.

[102]- اتفاقية التشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

المبحث الثاني

اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من أهم الوسائل التي يلجأ الأطراف اليها لحل النزاعات على المستوى الدولي ، ولهذا الغرض قامت الدول بإدراج بند في معاهداتها و اتفاقياتها ما يجعل من التحكيم الملجأ الأخير لتسوية ما قد ينشب بين الأطراف المتعاقدة من نزاعات بالطرق السلمية و سنتناول في هذا المبحث الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في(المطلب الاول) ثم تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات الاستثمار في (المطلب الثاني)

المطلب الأول

الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

حظي اتفاق التحكيم في الآونة الأخيرة بعناية و اهتمام و لم يقتصر فقط على صعيد التشريعات الوطنية لكن أيضا على صعيد المعاهدات الدولية ، فاتفاق التحكيم هو المحرك السبيل و المعتاد لحل المنازعات الخاصة بالاستثمار ، بالتالي نعرض اتفاق الأطراف على التحكيم وشروطه في (الفرع الأول) و أركان اتفاق التحكيم، صحته و آثاره في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

اتفاق الأطراف على التحكيم و شروطه

غالبا ما تكون الأطراف في العقود التجارية الدولية قد اختارت التحكيم كوسيلة لحل النزاع بينهم و لكن لصحة اللجوء إلى الإجراء ينبغي المرور على العديد من الشروط و كذا الإجراءات المتمثلة في شكل اتفاق التحكيم و خصائصه(أولا)،الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم(ثانيا) و الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم (ثالثا) .

أولا: شكل اتفاق التحكيم و خصائصه

يتم غالبا اتفاق بين الأطراف من أجل عرض النزاع على التحكيم إلا أن هذا الاتفاق يمكن أن يأخذ شكل أو آخر حسب رغبة الأطراف ، و قد أشارت إلى هذا الاتفاقية الأوربية لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 و التي تقول بأن الرضا بالتحكيم يأخذ شكل شرط التحكيم أو اتفاق موقع من الأطراف[103]. و منه قد يأخذ الرضا بالتحكيم شكل مشارطه التحكيم أو اتفاق التحكيم و يمكن أ ن يكون في الاتفاقية التي تبرم بين دولة المستثمر و الدولة المستقبلة و كما أشارت المادة 7 من قانون (CNDCI) لسنة 1985على الشرط و الاتفاق و اللذان يعتبران بأنهما نوعان من الرضا[104].

و يسمى مشارطة التحكيم الاتفاق الذي يتم بين الأطراف بعد حدوث النزاع ، حيث يدرج فيه الأطراف موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان التحكيم و إجراءات التحكيم[105] ، و شرط التحكيم هو الذي يرد في شكل بسيط ضمن نصوص العقد الذي يتفق عليه الأطراف قبل نشوء أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم ، و تكون صياغة هذا النوع من الاتفاق في شكل مختصر و بسيط ، و لكي تترتب عليه كل الآثار يجب توفر مجموعة من الشروط في هذا الاتفاق ، و أن يراعي في ذلك مصالح الأطراف ، و النظام الملائم الذي يكفل لهم حقوقهم[106].

---

[103]- R.DELAUME Georges, « L'arbitrage transnational et les tribunaux américains »,J.D.I. n° 04, 1981, p 781.

[104] - CNUDCI, « Loi- type de la Commission des nations unies pour le droit commercial international . (CNDCI). Sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. n°04, 1987, p 889.

[105]– خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق للنشرو التوزيع، القاهرة، 2002، ص 164.

[106]– مرجع نفسه، ص 175.

ثانيا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

يكون اتفاق التحكيم صحيحا إذا توفرت فيه الشروط الشكلية التالية:

أ-شرط اتفاق التحكيم

اذا كان الاتفاق على التحكيم يتم برضاء الاطراف المتعاقدة فهل يلغي هذا الرضاء قيام التحكيم ؟ ام يجب أن يتم افراغه في شكل معين اي هل يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ؟ و ان كان كذلك فما نوعية الكتابة ؟ و للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي ان نعرض الاتفاقيات الدولية و قواعد التحكيم ذات الطبيعة الدولية و القوانين الوطنية. نصت الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشان الاعتراف بالأحكام التحكيم الاجنبية و تنفيذها سنة 1958 فملخص هذه المادة أن هذه الاتفاقية قد تطلبت ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا حتى تقره الدول الاعضاء و تعترف به ، بمعنى ان الدول الاعضاء لا تكون ملزمة بالاعتراف باتفاق التحكيم اذ لم يكون هذا الاتفاق مكتوبا[107]. و في ذلك تنص المادة الثانية فقرة 2 من اتفاقية نيويورك على أنه يقصد " **باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات** "[108].

إن إيراد شرط التحكيم في شكل كتابي يترتب عليه تجنب النزاعات المتعلقة بالمشروعية نتيجة أن القانون الداخلي يفرض ضرورة أن يكون الشرط في شكل كتابي[109]. و لقد أكد هذا الشرط أيضا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 1040 التي تنص: "... **يجب من حيث**

107 -شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 122.

108- اتفاقية نيويورك المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، ج.ر.ج.ج عدد 48 لسنة 1988.

109- شوشو عاشور، مرجع سابق، ص 123.

الشكل، و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإتيان بالكتابة..."[110].

ب- القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم

تبدو أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم ازاء اختلاف القوانين الوطنية حول الشكل الذي يجب يفرغ فيه اتفاق التحكيم و تثور مسالة القانون الواجب التطبيق عندما يتعلق الامر باتفاق التحكيم ذو طابع دولي كما هو الحال بالنسبة للاتفاق التحكيم المتعلق بعقود البترول المبرمة بين الدول المنتجة و الشركات الاجنبية . فيشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون محله مشروعا و اهم ما يلزم لتوفر مشروعيته هو ان يكون النزاع الذي اتفق الاطراف على اللجوء الى التحكيم بشانه، من المنازعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم . فالمسلم به أن كل دولة تتولى و بحرية تحديد المسائل التي تجوز او لا يجوز الاتفاق على تسويتها عن طريق التحكيم[111].

ج- الاهلية

أهلية الاتفاق على التحكيم : يتعين لصحة اتفاق التحكيم ان تتوفر لدى الاطراف الاهلية اللازمة لابرام هذا الاتفاق و تتطلب مختلف النظم القانونية ان تتوافر لدى الاطراف الاهلية التصرف في الحقوق التي اتفق على اللجوء الي التحكيم

و أهلية الدول و الاشخاص العامة في الاتفاق علي التحكيم : في ايطار الاتفاقيات الدولية لم يتضمن بروتوكول جنيف لسنة 1923 و اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أي نص يتعلق بأهلية الدول و الاشخاص المعنوية العامة في اتفاق على التحكيم كما نجد ان الجزائر في

---

[110]- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21 صادر بتاريخ 25 أفريل سنة 2008.

[111]- محمد داود الزعبي، دعوة بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011، ص ص 153 و 154.

ايطار عقود البترول المبرمة مع الشركات الاجنبية تتضمن شروط للتحكيم و يمكن ان نذكر على سبيل المثال العقود التي ابرمتها شركة سوناطراك الجزائرية مع شركات البترول الاجنبية [112].

في اطار أحكام التحكيم بالإطلاع على العديد من احكام التحكيم التي صدرت في منازعات التي ثارت بين الدول او الاشخاص العامة التابعة له او الشركات الخاصة الاجنبية بمثابة العقود ذات الطابع الدولي المبرمة بينهم ، نجد أن هذه الاحكام تؤكد على اهلية الدولة و الاشخاص العامة التابعة لها في ابرام اتفاقات التحكيم[113].

ثالثا: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم

يستمد اتفاق التحكيم مصادره حسب المشرع الجزائري و حصرها في ثلاثة مصادر تتمثل في:

1-القانون الذي اتفق عليه الأطراف

2- القانون الذي ينظم موضوع النزاع

3- القانون الذي يراه مناسبا[114]

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد استبعد فرض تطبيق القانون الجزائري على اتفاق التحكيم، إنما أعطى الحرية للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسب، و إذا كان القانون الجزائري هو المناسب فلا يوجد مانع لتطبيقه و إن هذا الاستبعاد يتماشى مع استقلالية شرط التحكيم في أي عقد عن أي قانون داخلي من حيث الصحة[115].

---

[112]-محمد داود ، مرجع سابق ص 157.

[113]- مرجع نفسه ، ص 167.

[114]- أنظر المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[115]-عيساوي محمد ، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر" على ضوء الاتفاقية الدولية للجزائر" أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري_ تيزي وزو، 2012 ، ص 27.

يشترط وجود اتفاق بين الأطراف لإمكانية اللجوء إلى التحكيم و يجب أن يكون النزاع قابلا للتحكيم ، لأنه قد يترتب عنه عدم قبول محاكم الدولة تنفيذ القرار التحكيمي إذا كان النزاع غير قابل للتحكيم وفق القانون الداخلي[116] .

بالرجوع إلى القانون الفرنسي و التشريع الجزائري القديم نجد أن المشرع قد اشترط في النزاع أن يكون متعلق بمصالح التجارة الدولية، و إلا كان اتفاق التحكيم باطلا، و بالتالي من المفروض استبعاد المنازعات ذو طابع اجتماعي أو سياسي، أو تلك المتعلقة بأحكام القانون العام، لكن هناك قوانين أخرى اعتمدت على معيار مختلف عما ذكرناه سابقا المتمثل في ضرورة أن يكون النزاع ذو طبيعة مالية حتى يمكن اللجوء للتحكيم، و مثال ذلك القانون السويسري.

إضافة إلى ما ذكرناه آلفا هناك بعض القوانين التي حددت المنازعات التي لا يمكن التحكيم بشأنها لأسباب تتعلق بحماية الطرف الضعيف في المعاملة ، و من جهة أخرى لتحديد المنازعات التي لا يمكن التحكيم فيها إذ اختلفت القوانين و التشريعات في المعيار المأخوذ ، هناك من القوانين من اعتمدت على معيار المصلحة ، و في قوانين أخرى استبعدت المسائل التي تكون من اختصاص المحاكم الداخلية للتحكيم ، و من خلال ما قلناه نتوصل إلى ضرورة وجود قانون يرجع إليه لمعرفة مدى توفر هذا الشرط و قابلية النزاع للتحكيم[117].

الفرع الثاني

أركان اتفاق التحكيم، صحته و آثاره

بمجرد توفر الشروط الشكلية و الموضوعية لاتفاق التحكيم تترتب عنه النتائج التي ينتظرها الأطراف ، و لكي تتحقق تلك النتائج لابد من النظر إلى عدة مسائل متعلقة به ، والمتمثلة في التراضي في اتفاق التحكيم (أولا) ، السبب (ثانيا) ، المحل (ثالثا) .

---

[116]– شوشو عاشور، مرجع السابق ، ص 123.

[117]– مرجع نفسه، ص ص 123 و 124.

أولا: التراضي

يقصد به تطابق ارادتين و اتجاههما الى ترتيب أثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه فلابد من ايجاب و قبول يتلاقين على اختيار التحكيم اختيارا حرا كا وسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشان العلاقة و الجدير بالذكر الى ان اتفاق التحكيم شرطا او مشارطة يختلف عن عن القانون الذي يحكم العقد الاصلي لذا ينبغي خلو التراضي من عيوب كالغلط و التدليس و الاكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم كما يلزم توفر اهلية الاطراف غالبا مع الدولة أو إحدى هيئاتها ، مما يدفع للبحث في أهلية كل من الأطراف ، و باعتبار أن الأهلية تتعلق بالقانون الشخصي للطرفين فإن أول ما يتم الرجوع إليه قانون الدولة[118].

يوجد في العالم نظامان يتم تحديد بموجبهم الشخصي المتمثل في قانون البلد الذي يحمل الشخص جنسيته أو قانون البلد الذي يقيم فيه و يزاول نشاطه الاعتيادي، و في الولايات المتحدة الأمريكية ما عدا ولاية الوزيانة ، تخضع لقانون و قواعد الأهلية لقانون العقد .

معظم الدول النامية التي لازالت تتمسك بالحصانة القضائية للدولة و مؤسساتها العامة، لا تريد الخضوع لقضاء دولة أخرى غير دولتها أو لتحكيم أجنبي، و تتمسك أيضا بالحصانة التنفيذية فيما يخص أموالها و ممتلكاتها ، فالحكم الصادر خارج دولتها لا يجوز تنفيذه على أموال الدولة[119].

إن تطور العلاقات التجارية الدولية عبر العالم أدت إلى ظهور قواعد على المستوى الدولي تنظم الأهلية مختلفة تماما عن تلك المعمول بها على المستوى الداخلي، من خلال الرجوع إلى النظام العام الدولي للقول بتوفر الأهلية للدولة أو الأشخاص العامة و هو ما تم تأكيده في الحكم التحكيمي الصادر في النزاع كان بين دولة إفريقية و شركة بلجيكية[120].

---

[118] - BEDJAOUI Mohamed , "le nouveau droit de l’arbitrage international en Algérie", J.D.I, n° 04, 1993, p 881.

[119]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 2008 ، ص 115.

[120]– إياد محمود بردان ، التحكيم و النظام العام دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،2004 ، ص 121.

ثانيا: المحل

يعد اتفاق التحكيم عقدا من العقود فلابد ان يكون له محلا و يقصد بالمحل في التحكيم التجاري الدولي هو ما ينعقد برضا الطرفين و هو عبارة عن نزاع قائم بالفعل او محتمل الوقوع وهو حق متنازع فيه أو مشكوك في مصيره يتميز اتفاق التحكيم باستقلاليته عن العقد ، فإن لتحديد صحته يكون من خلال الرجوع لقانون يختلف عن القانون الذي يحكم العقد، وعليه فلا يمكن للدولة الإدعاء بعدم صحة شرط التحكيم الذي كان صحيحا بالاستناد إلى ظهور قانون جديد يحظر التحكيم ، أو وجود إجراء جديد يجعل الشرط المتفق عليه مسبقا باطلا ، كما لا يمكن أن تدعي ببطلان الشرط نتيجة بطلان العقد ، لكن على المحكم النظر في مسألة الإدعاء ببطلان الشرط و النطق بصحته أو بطلانه[121].

ثالثا: السبب

االتفاق الاطراف على التحكيم يجد سببه في ارادة الاطراف في استبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الامر للمحكمين ، و هذا سبب مشروع دائما ،و لا نتصور عدم مشروعيته إلا اذا ثبت ان المقصود المقصود بالتحكيم التهرب من احكام القانون الذي يتعين تطبيقه او طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود و التزامات يراد التحلل منها وبالتالي نكون امام حالة الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الاطراف[122] .

رابعا: آثار اتفاق التحكيم

قسمنا آثار اتفاق التحكيم إلى آثار إجرائية (أ) و آثار موضوعية (ب)

[121]- ، مرجع نفسه ،ص 123.

[122]– شوشو عاشور، مرجع سابق ، ص 127.

أ- الآثار الإجرائية

- **الأثر المانع لاتفاق التحكيم:** المراد من هذا الأثر هو التخلي عن القضاء الوطني والتوجه إلى التحكيم الدولي، و يمكن تعداد النقاط التالية المحددة في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :

- لا تقضي المحكمة بعد الاختصاص متى رفعت إليه الدعوى القضائية ما لم يتحرك المدعى عليه ليتمسك باتفاق التحكيم.

- لا يحول رفع الدعوى أمام قضاء الدولة دون بدء إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم، و بالتالي يكون القانون قد غلق باب التحايل أمام المحتكمين[123].

- **مبدأ الاختصاص بالاختصاص:**

بعد انتقال الاختصاص إلى هيئة التحكيم فإن أول مسألة تبث فيها هي التأكد من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع ، إذ يمكن لأحد طرفي النزاع إثارة مسألة بطلان اتفاق التحكيم او تنازله عنه صراحة باتفاقهم على ذلك أو باللجوء إلى القضاء المختص في نظر النزاع أصلا على أن ينفي اختصاص هيئة التحكيم في البث في اختصاصها بما فيها الدفوع المبنية على وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه[124].

ب- الآثار الموضوعية

نجد المشرع الجزائري من خلال المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الفقرة الثانية منها على أنه: " **في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:**

- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

---

[123]- زروال معزوزة، مرجع سابق، ص 572.

[124]- مرجع نفسه،ص 572.

– رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختيار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها بالجزائر"[125]. و الأثر المترتب على اتفاق التحكيم هو استقلاليته عن العقد الأصلي و هو ما تم إثباته في المادة 4/1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحيث لا يمكن التمسك بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

المطلب الثاني

التنظيم الإجرائي للتحكيم الدولي في منازعات الاستثمار

إن إعمال قواعد التحكيم التجاري الدولي تقتضي نزاع بين الأطراف إذ يربطها اتفاق أو شرط تحكيم وضع مسبقا أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى التحكيم، ولا تنشأ منازعات عقود الاستثمار بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته العقدية فقط، لكن أيضا بسبب قيام الدولة بإجراءات انفرادية ، تشريعية ، أو تنظيمية.

تؤثر بصورة كبيرة على العقد الاستثماري الذي يربطها بالمستثمر الأجنبي، وبالخصوص على إمكانية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم[126]. وبهذا قسمنا هذا المطلب إلى إجراءات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع في(الفرع الأول)، ثم حكم التحـكيم الدولي فـي(الفرع الثاني).

الفرع الأول

إجراءات التحكيم و القانون الواجب التطبيق على النزاع

إن إجراءات التحكيم جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية والتي ترمي إلى الوصول إلى حكم صادر من هيئة التحكيم و يفصل في النزاع القائم بين الدولة المستقبلة للاستثمار و المستثمر الأجنبي ،تبدأ هذه الأعمال و ذلك قبل عرض النزاع على التحكيم بتشكيل الهيئة التحكيمية ، إذ لم

[125]– قانون رقم 08–09 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق.

[126]- عمر مشهور حديثة الجازي،"التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين، عدد9، الاردن، 2002، ص 115.

يتم تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم , وقبول التحكيم بمهمة الفصل في النزاع ، و تحديد موضوع النزاع الذي من خلاله تتضح حدود إختصاص المحكمين .

وهذا الأمر لا صعوبة فيه عندما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع ، أما في حالة شرط التحكيم الذي يرد في العقد الاصلي و القاضي باللجوء إلى التحكيم عند نشوء نزاعات في المستقبل ، ففي هذه الحالة لا يبدأ التحكيم إلا منذ نشوء النزاع ، الذي يتم تحديده إما بوثيقة خاصة، أو في طلب التحكيم أمام الهيئة التحكيمية[127]، سنتناول في هذا الفرع تشكيل هيئة التحكيم(أولا)، ثم سير اجراءات التحكيم (ثانيا)، والقانون الواجب التطبيق (ثالثا).

أولا: تشكيل هيئة التحكيم

تتشكل محكمة التحكيم عادة من ثلاثة محكمين، كما نشير لمزيد من التجسيد إلى تشكيل هيئة التحكيم في ظل قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والقانون النموذجي حيث نجد أن المادة الخامسة تنص على ترك تحديد عدد المحكمين لإرادة الاطراف ، فإذا لم يكن هناك اتفاق مسبق ولم يتم الاتفاق خلال خمسة عشر يوما من تلقي المدعى عليه إعلان التحكيم على ان يكون المحكم واحدا، يتم تشكيل المحكمة من ثلاثة محكمين ، أما على مستوى غرفة التجارة الدولية فيجوز أن يكون المحكم فردا وأن يكون ثلاثيا.

أما موقف محكمة لندن ، فيمكن تشكيل المحكمة من محكم واحد أو عدة محكمين و يقترح أطراف النزاع أسماء المحكمين، غير أن المحكمة التي يتولى رئيسها أو أحد نواب إصدار ذلك القرار[128].

و في التشريعات الوطنية نجد المشرع الجزائري فيما يخص تشكيل محكمة التحكيم تنص المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه:"**تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي**"[129].

---

[127]–خالد محمد القاضي ، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة ، دار الشروق للنشر و التوزيع، القاهرة ، 2002 ، ص 201 .

[128]– قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 22.

ثانيا: سير إجراءات التحكيم التجاري الدولي

إن اجراءات المحكمة التحكيمية تبدأ بتقديم المدعي طلب التحكيم متضمنا الإفصاح عن الإعتداء على مركز قانوني له ويطلب حمايته، وما يمكن استخلاصه من المادة 1018من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي حددت مهلة للتحكيم يبدأ سريانه من تاريخ تعيين المحكمين، إذا تضمن إتفاق التحكيم طريقة تعيينهم فقط، أو من تاريخ إخطار المحكمة التحكيمية أي تقديم طلب التحكيم، إذا كان المحكمون معينون بالإسم في اتفاق التحكيم، أو أن المحكمة تابعة لمؤسسة تحكيمية .

و نصت قواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، على ان اجراءات التحكيم في نزاع ما تبدأ في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

على الدولة أو المستثمر الذي يرغب في اللجوء إلى التحكيم ان يرسل إلى المدعى عليه و كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا يتضمن اسمه و عنوانه واسم المدعى عليه و عنوانه وشرح لوقائع الدعوى يتضمن تحديد موضوع النزاع وطلباته و كل أمر اخر يقتضي ذكره بناءا على اتفاق الطرفين[130] .

وتجدر الإشارة إلى ان المشرع الجزائري لم يعرض لمسالة لغة التحكيم ولا مكانه، سواءا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي او التحكيم التجاري الدولي، فهو يكون بذلك قد تركه لإرادة الأطراف أو لقرار المحكمة التحكيمية.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق

يعتبر القانون الواجب التطبيق على النزاع في المنازعات التي تعرض على التحكيم الدولي من المسائل ذات القيمة الجوهرية ، ذلك لما لهذا الأمر من اهمية للفصل في النزاع ، وفي هذا الصدد اوجبت اتفاقية واشنطن هيئة التحكيم الدولي في النزاع المطروح أمامها بما يتفق مع قواعد

---

[129]–.قانون رقم 09/08، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

[130]–خالد محمد القاضي ، مرجع سابق ، ص 216 و 218.

القانون المتفق عليها بين الاطراف المتنازعة وفي حالة عدم وجود اتفاق يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار إضافة غلى القواعد المناسبة في القانون الدولي[131] ، هذا ما نفهمه من خلال نص المادة 42 من الاتفاقية التي تنص على انه:" **تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، و إذا 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**"[132].

الفرع الثاني

حكم التحكيم الدولي

بعد أن تنتهي المحكمة التحكيمية من النظر في النزاع ، تقرر غلق الجلسة لتتخذ قرارها، إذ تفصل في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضاءها ذلك طبقا لأحكام المادة 48 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن ، حيث يشترط من الناحية الموضوعية أن يرد على كافة الطلبات في الدعوى، كما يجب ان يكون مسببا و يجوز لكل محكم في المحكمة ان يلحق رايه الخاص بالحكم و يوضح فيه اسباب الخلاف، و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن متطلبات حق الدفاع تكون قد استوفت كل الشروط في حالة ما إذا كان المحكم الغائب في وضع يمكنه من إبداء ملاحظاته حول تعديل مشروع الحكم الاساسي[133].

ومن هنا قسمنا هذا الفرع إلى صدور حكم التحكيم و بياناته (اولا) ثم الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه (ثانيا) و طرق الطعن (ثالثا).

أولا: صدور حكم التحكيم

يتم التداول بين المحكمين في جلسة أو جلسات سرية لا يجب ان يحضرها سواهم و المداولة تعني مناقشة المحكمين لموضوع النزاع و الإدعاءات و الدفوع المقدمة من الاطراف و فحص

[131]–بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق ، ص 153.

[132]–اتفاقية واشنطن ، مرجع سابق.

[133]–عمر هاشم محمد صدقة ، مرجع سابق ،ص 219 .

الادلة و المستندات و الخروج في النهاية بقرار يفصل في النزاع و يرد على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى كما يجب ان يكون أيضا مسببا.

ومن شروط الحكم التحكيمي أن يكون بإجماع المحكمين هذا إذا كان عددهم أكثر من واحد بل يكفي ان تتوافق عليه اغلبيتهم و يجب ان يشير على عدم موافقة الاقلية في نص الحكم.و يكتسب حكم التحكيم التجاري الدولي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي فيه في النزان المفصول فيه ، وهو ملزم للأطراف ويمكن تنفيذه جبرا بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة التي يتم التنفيذ على اراضيها[134].

ثانيا: الإعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه

لقد حرصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ضمان الفعالية الدولية لاحكام التحكيم، إذ وضعت في بعض من موادها نظاما مستقلا بشان الاعتراف و تنفيذ احكام التحكيم الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة وفقا للاتفاقية.

و الغاية من اللجوء غلى التحكيم لتسوية المنازعات بين الاطراف في حماية الحق المعتدى عليه عن طريق صدور حكم تحكيمي فاصل في الموضوع.

تضمنت اتفاقية واشنطن بخصوص الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه قواعد خاصة حيث اكتفت بالتاكيد على الطابع الإلزامي لحكم التحكيم .

---

[134]– اتفاقية واشنطن ، ل 18 مارس 1965 ، الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المصادق عليها في الجزائر بموجب مرسوم رقم 95 /346 بتاريخ 30 أكتوبر 1995، ج.ر.ج.ج عدد 66 ، صادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

لقد ورد في اتفاقية واشنطن نص يبين الجهة المختصة التي يجب أن تعرض عليها مسالة الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه ، حيث اعطت للدولة المتعاقدة حرية كاملة من أجل تعيين الجهة القضائية او سلطة أخرى مختصة[135].

ثالثا: طرق الطعن في حكم التحكيم

تختلف الطعون المتاحة أمام الهيئات التحكيمية ، حسب نظام كل هيئة و إن اتفقت جميعها على انه يمكن مراجعة المحكمة التحكيمية لتصحيح الخطأ المادي او عندما يكون اغفال الذي يمكن من خلاله أن يؤثر بالحكم و يتم ذلك بطلب احد من الاطراف أو تقوم به من تلقاء نفسها[136].

فصلت اتفاقية واشنطن فيما يخص طرق الطعن وتتمثل هذه الطرق في :

1-تفسير القرار التحكيمي:

إذ تجيز اتفاقية واشنطن لأي طرف من أطراف النزاع ان يطلب تفسير الحكم أو مضمونه او حتى نطاقه، وذلك تطبيقا لاحكام المادة 50 من الاتفاقية التي تنص على انه:" **إذا نشأ نزاع بين الاطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم، فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم**".

2-إعادة النظر في الحكم:

تنص اتفاقية واشنطن على في مادتها 51على:"**يجوز لكل من الاطراف أن يطلب إلى السكرتير العام إعادة النظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شانها أن تؤثر بشكل قاطع في الحكمن بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من قبل كل من المحكمة و الطرف طالب إعادة الظر في الحكم، بحيث ان تجاهلها لم يكن راجعا غلى خطأ الطالب**"

[135]-بشار محمد الاسعد، مرجع سابق، ص 130.

[136]-عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص369.

3-الطعن بالبطلان:

إذ منحت نفس الاتفاقية السابقة لكل من طرفي النزاع إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة تحكيم المركز ، ذلك تطبيقا للمادة 52 التي تنص على:"**يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة غلى السكرتير العام إلغاء الحكم لأحد الاسباب التالية:**

ا-عيب في تكوين المحكمة

ب-تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح

ج-رشوة أحد أعضاء المحكمة

د-التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية اساسية

هـ-خلو الحكم من الأسباب[137].

و يؤدي الطعن ببطلان حكم التحكيمي امام القضاء في الجزائر الى الطعن بقوة القانون الى مجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم التحكيمي في امر التنفيذ و يحول دون اعطائه صيغة التنفيذ الى غاية البث بطلب الابطال و هذا حسب نص المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، فمسالة الاعتراف بالأحكام الدولية و الامر بالتنفيذ تتعلق بفكرة السيادة الوطنية، ذلك أن تنفيذ حكم أجنبي على الاراضي الوطنية مسالة حساسة تتطلب الفحص قبل تنفيذ الحكم و الاغتراف بها بما يتوافق و النظام العام الدولي و الداخلي[138].

[137]- المادة 52 من اتفاقية واشنطن ، مرجع سابق.

[138]-عيبوط محند وعلي ، مرجع سابق، ص 371.

خاتمة

بعد استعراضنا لموضوع شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية، و الذي حاولنا من خلاله إبراز الالتزامات الخاصة بالدولة اتجاه المستثمر الأجنبي، فالدولة الجزائرية عملت كل ما بوسعها من اجل جذب واستقطاب المستثمرين الأجانب وتشجيع الاستثمارات سوءا الوطنية منها أو الأجنبية وذلك على المستويين الداخلي و الدولي .

كما وفرت الحماية المرجوة للمستثمرين الأجانب لاستبعاد مخاوفهم ، من خلال تكريس مبادئ معترف بها دوليا ، من شأنها تحقيق ثقة المستثمر الأجنبي ، وكذا معاملته بنفس معاملة المستثمر الوطني ، إلى جانب عدم تغيير التشريع وعدم تطبيقه بأثر رجعي ، ضف إلى ذلك ضمان المستثمر الأجنبي لعدم تعرضه لأي إجراء يهدف إلى حرمانه من ملكيته و إقرار هذه الإجراءات تكون بصفة استثنائية و مقترنة بالتعويض العادل و المنصف.

و في اطار شرط احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة كرَس المشرع الجزائري حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة حدوث نزاع بين الأطراف ، فهو يعتبر كوسيلة ناجعة و طريق بديل عن القضاء لحل النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العلاقة التجارية.

ومن هنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج المتمثلة في:

-أن المشرع الجزائري رغب في جذب و ترقية الاستثمارات الأجنبية بإقراره جملة من التحفيزات سواء في القانون الوطني أو بموجب الاتفاقيات الدولية المصادقة عليها من قبل الجزائر.

-إن المشرع الجزائري حماية للملكية التي تخص المستثمر الأجنبي قد تصدى للإجراءات التي تباشرها الدولة باعتبارها ذات سلطة و سيادة في حرمانهم منها و ذلك من خلال فرضه لعدة شروط وقيود تحد من حريتها في ممارسة حقها السيادي باتخاذ قرار نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي أهمها وجود تقديم تعويض عادل و منصف و كذا توفر شرط نزع الملكية للمنفعة العامة .

-انضمام الدولة إلى العديد من الاتفاقيات الدولية ، الثنائية منها أو المتعددة الأطراف المتضمنة في نصوصها جملة من التحفيزات و الضمانات كما يعد أيضا مؤشرا جاذبا للاستثمارات الأجنبية .

-إن الجزائر بانضمامها لاتفاقية نيويورك لعام 1958 تكون قد فتحت الباب أمام التحكيم التجاري الدولي ، كما أزالت كل القيود السابقة التي كان أساسها قائما على السيادة و التناقض مع القوانين الوطنية وبذلك تكون خلفت ضمانات قضائية من شأنها إعطاء الثقة اللازمة للمستثمر الأجنبي في حالة نشوب نزاع أين يمكنه حماية حقوقه خصوصا في حالة لجوءه إلى آلية تسوية النزاع بطريق التحكيم.

و في الأخير توصلنا الى بعض النقاط الهامة في شكل توصيات كما يلي :

-تبسيط التشريعات وإضفاء الشفافية على المعاملات

-الحماية التامة من مخاطر التأميم و نزع الملكية و الأخطار الأمنية ;

-إرساء قواعد قانونية لحماية المستثمر و ملكيته ;

-التخفيف من القيود التي تحد أو تقلل من جذب الاستثمار ;

-تحسين وتطوير المناخ الاستثماري بصفة عامة ;

-التطبيق الفعلي للقوانين و الاتفاقيات المشجعة للاستثمارات ;

كما تجدر الاشارة الى أنه رغم الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري لغرض ضمان توفير عوامل أكثر تحفيزا للاستثمارات الأجنبية ، إلَا أن قانون الاستثمار الجزائري تنقصه بعض السياسات الاقتصادية كما تتخلله عدة نقائص.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

ا-الكتب:

1-أميرة حسب الله محمد، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر في البيئة الاقتصادية العربية، د .ط، الدار الجامعية، الإسكندرية،2005.

2-إياد محمود بردان، التحكيم و النظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

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

4-خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2002.

5-شريف محمد غانم ، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

6-شواربي عبد الحميد، فسخ العقد: (في ضوء القضاء و الفقه)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

7-صدوق عمر، محاضرات في قانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003.

8-عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات : (نظرية العقد) ، الطبعة الثانية، الجزء الأول، منشورات الحلبي بيروت، 1998.

9-عصام الدين القصبي، خصوصية تحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

10-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام : (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007.

11-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2006.

12-عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.

13- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.

14-فياض محمود، المعاصر في قوانين التجارة الدولية، دار الوراق للنشر و التوزيع، عمان، 2012.

15-قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (تحكيم تجاري دولي، ضمان الاستثمارات)، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2004

16-قتال حمزة ، مصادر الالتزام :(العقد)، د.ط ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، د.س.ن.

17- محمد الروبي، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم Bot، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

18- محمد داود الزعبي، دعوة بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2011.

19- محمدت مي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية ، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

20-هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002.

II- الأطروحات و المذكرات الجامعية:

أ) أطروحات :

1- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،أطروحة شهادة دكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستتغانم،2017.

2 بوسهوة نور الدين ، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانوني الدولي و الجزائري أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دحلب، البليدة، 2005.

3-حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامغة مولود معمري_ تيزي وزوا، 2013.

4-زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2016.

5-شنتوفي عبد الحميد،المعاملة الادارية و الضريبية للاستثمار في الجزائر أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص الفانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري،2017 .

6-عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر " على ضوء الاتفاقية الدولية للجزائر " ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري_ تيزي وزو،2012.

7-معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1998 .

8-معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2015.

9-والي نادية، النظام القانوني الجزائري للاستثمار و مدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري_ تيزي وزو، 2015.

ب) المذكرات الجامعية:

ـ مذكرات الماجستير:

1-حنافي أسيا، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الاجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 .

2-شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر "بن يوسف بن خدة" ، 2008.

3-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2002.

ـ مذكرات الماستر:

1-حيدرة صوفيان و جلواح سليم، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2013.

2-زياني مريم وزياني كريمة، الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية في ظل الاتفاقيات الثنائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، ،2013.

3-عسول مهدي، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، جامعة العربي بن مهيدي، أم -البواقي، 2017.

III ــ المقالات:

1-إقلولي محمد، " شروط الاستقرار المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، تيزي_وزو، 2006 .ص ص 94-123.

2-خالد محمد جمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية و العشرون, عدد 03 ، 1998،ص ص 67-135.

3-عليوات ياقوتة ، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة في التشريع الجزائري ، مجلة الشريعة والاقتصاد ، كلية الشريعة و الاقتصاد ، عدد 9، مجلد 5، قسنطينة، 2016، ص ص 101 - 132 .

4-عمر مشهور حديثة الجازي،"التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين، عدد9 ، الاردن ، 2002. ، ص ص 65_120.

5-كروغلي مقداد، " نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، المجلة القضائية، الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا،عدد 02، الجزائر 1998. ص ص 29-42 .

6-يوسفي محمد، " مضمون و اهداف الاحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة المدرسة الوطنية للادارة ، المدرسة الوطنية للادارة، المجلد التاسع، عدد 02، الجزائر،1999، ص ص 53-117.

7-غسان عبييد محمد المعموري، "شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول "مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص 145

IV ـ -المداخلات :

1-فياض محمود، "دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكاليات التطبيق"، مداخلة في المؤتمر السنوي الحادي و العشرين الطاقة بين القانون

و الاقتصاد بتاريخ 20، 21 ماي 2013، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ص 36-37 .منشور في موقع إلكتروني:

https://www.academia.edu.

IV ـ النصوص القانونية :

1-الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية ل 28 نوفمبر 1996، منشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في7سبتمبر 1996 ، ج.ر.ج.ج عدد 76، صادر في08 ديسمبر1996،معدل و متمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أفريل سنة 2002،ج.ر.ج.ج عدد 25 صادر في 14أفريل سنة 2002،و بموجب قانون رقم 08-19،مؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008 ،ج.ر.ج.ج عدد 63،صادر في 16 نوفمبر سنة 2008 و بموجب قانون رقم 16-01،مؤرخ في 06 مارس سنة 2016،ج.ر.ج.ج عدد 14،صادر في 07 مارس سنة 2016.

2 - الاتفاقيات الدولية:

1-اتفاقية نيويورك المصادق عليها بموجب المرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 نوفمبر1988 يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج.ر.ج.ج عدد 48 لسنة 1988.

2- اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد الدول المغرب العربي ، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 90-420 مؤرخ في 22 ديسمبر 1990،ج.ر.ج.ج، عدد 06 ، صادر بتاريخ 06 فيفري 1991.

3-الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الإيطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في الجزائر، بتاريخ 18 ماي 1991، مصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي 91-346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج.ر.ج.ج عدد 46 صادرفي 6 أكتوبر 1991.

4-اتفاقية واشنطن ل18مارس 1965.الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ،المصادق عليها في الجزائر بموجب مرسوم رقم 95 /346 بتاريخ 30أكتوبر 1995،ج.ر.ج.ج عدد 66 ،صادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

5-الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و جمهورية مصر العربية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع في القاهرة في 29 مارس 1997 ، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998 ، ج.ر.ج.ج ، عدد 76 الصادر في 11 أكتوبر 1998.

6-الاتفاق المبرم بين الجزائر و سوريا حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في دمشق بتاريخ 14 ديسمبر 1997 ، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98 - 430 مؤرخ في 27 ديسمبر 1998 ، ج.ر.ج.ج عدد 97 لسنة 1998.

7-الاتفاق حول ترقية و حماية الاستثمارات ، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية كوريا ، الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999 ، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-204 مؤرخ في 23 جويلية سنة 2001، ج.ر.ج.ج عدد 40، صادر في 25 جويلية 2001

8-الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و مملكة الدانمرك حول الترقية و الحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 25 يناير 1999، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 03-525 مؤرخ في في 30 ديسمبر 2003 ،ج.ر.ج.ج العدد 02، الصادر في 7 يناير 2004.

9-الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المجلس الفدرالي السويسري حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع ببرن في 30 نوفمبر 2004، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي ، رقم 05-235 مؤرخ في 23 جوان 2005 ، ج.ر.ج.ج ، عدد 45 ، صادر في 29 جوان 2005 .

10-الاتفاق حول تشجيع و الحماية المتبادلة بين الاستثمارات ، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيــة و حكومة الجمهورية التونسية الموقعة في تونس في 16 فيفري سنة

2006 ، و المصادقة عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ج.ر.ج.ج 73، صادر في 19 نوفمبر 2006.

11-الاتفاق حول الترقية و الحماية المتبادلتين للاستثمارات، بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمـقراطية الشعبيـــة و حكـومة مملكة هولنـدا، الموقع بلاهاي في 20 مارس سنـة 2007 ، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 07-378 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 2007، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر في 12 ديسمبر 2007.

3-النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 75- 58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني ، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل و متمم بموجب قانون رقم 05_10، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج ،عدد 44 ، صادر في 26 جوان 2005، معدل و متمم بموجب قانون رقم 07 -05،مؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ج.ج عدد 31 صادر في 2007.

2-قانون رقم 91-11 مؤرخ في 21 أفريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج ر، ج ج عدد 21، الصادر في 8 ماي 1991،معدل و متمم بموجب القانون رقم 04-21، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2005 ،ح.ر.ج.ج عدد 85 صادر في 30 ديسمبر 2004،معدل و متمم بموجب القانون رقم 07-02، مؤرخ في 29 ديسمبر 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج.ر.ج.ج،عدد82 صادر في 31 ديسمبر 2007.

3-أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 لسنة 2001، معدل و متمم بالأمر 06-08 مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج. ر.ج.ج عدد 47، صادر في 19 جوان 2008،(ملغى جزئيا).

4-قانون رقم 16- 09 مؤرخ في 03 أوت يتعلق بترقية الاستثمار ج ر عدد 46 صادر في 03 أوت 2016.

4-النصوص التنظيمية:

1-مرسوم رقم 82- 145 مؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، ج. ر.ج.ج عدد 15، صادر في 13 أفريل 1982. (ملغى).

2-مرسوم تنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993، يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بقوانين نزع الملكية من أجل المنفعة العامة،ج .ر.ج.ج عدد 51، صادر بتاريخ 1 أوت 1993.

5-اتفاقيات الاستثمار:

-اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمار و دعمها و متابعتها من جهة، و بين شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر، موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، العدد 80 الصادر بتاريخ 26ديسمبر 2001 .

6-الوثائق:

1-اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969،و قصد الاطلاع على النص الكامل للاتفاقية انظر الموقع:

hklibrary.umn.edu/arabic /vienna law treaty conv.html

ثانيا: باللغة الفرنسية

1)ouvrage

1-DAILLIER Patrick, DE LA PARADELLE Géraud ,CHERARI Habib, Droit de l'économie internationale , édition A. Pedone, Paris , 2004.

2) Articles

1-BACHAND Remi «Les poursuites de CIRDI contre l'Argentine :quand la gestion publique se heurte aux droit des investisseurs étrangers»,pp7-65.

2-BEDJAOUI Mohamed , « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie », J.D.I, n° 04, 1993, pp.420-800.

3-CNUDCI, « Loi- type de la Commission des nations unies pour le droit commercial internationale , (CNUDCI) Sur l'arbitrage commercial international », J.D.I. n°04, 1987, pp 688- 889.

4-JAQUET jean-Michel ، « L'etat operateur du commerce International »، J.D.I ,N°03، 1989, pp 655-700.

5-MAYER Pierre, « La neutralisation du pouvoir normatif de l'état en matière de contrats d'état », J.D.I, n°01, 1986, pp 65-95

6-R.DELAUME Georges, « L'arbitrage transnational et les tribunaux américains »,J.D.I. n° 04, 1981, pp 780-881.

www.er.uqam.ca./nobel/ieim/img/pdf. Consulté le (29 mai 2019).

2)Sites internet :

-https://www.mohamat.net/law/

الفهرس

المحتويات	ص
مقدمة	3-2
الفصل الأول احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية في مجال الاستثمار	05
المبحث الأول تحديد مضمون شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية	06
المطلب الأول: مفهوم شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية	06
الفرع الأول: تعريف شرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية	06
الفرع الثاني: القوة الإلزامية لشرط احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية	07
المطلب الثاني: مصادر التزامات الدولة و الاستثناءات الواردة عليها	07
الفرع الأول: مصادر التزامات الدولة	08
أولا: العقد	08
ثانيا: الاتفاقيات الدولية	09

ثالثا: الوعود الرسمية	10
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على شرط احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة	11
أولا: الظروف الطارئة	12
ثانيا:القوة القاهرة	12
ثالثا: الخطر	13
رابعا: حالة الضرورة	15-14
المبحث الثاني الالتزام بعدم تعديل النصوص التشريعية	16
المطلب الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي	16
الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي	17-16
الفرع الثاني: تكريس شرط الثبات التشريعي	19-18

الفرع الثالث: أنواع شرط الثبات التشريعي	**19**
أولا: تصنيف شرط الثبات التشريعي وفقا لمصدرها	**19**
أ–شروط الثبات التعاقدية	**19**
ب–شروط الثبات التشريعية	**20**
ثانيا: تصنيف شرط الثبات التشريعي وفقا لطبيعته	**21**
أ–شرط التجميد التشريعي	**21**
ب–شرط التوازن الاقتصادي	**22**
ج–شرط الحماية المختلط	**24-23**
الفرع الرابع: مدى التزام الدولة بشروط الثبات التشريعي	**24**
أولا: حالة خضوع شروط الثبات التشريعي لقانون الدولة	**25-24**

ثانيا: حالة خضوع شروط الثبات التشريعي للقانون الدولي	**25**
الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري من الثبات التشريعي	**26**
المطلب الثاني: لجوء الدولة إلى نزع الملكية في ظل احترام التزاماتها الدولية	**26**
الفرع الأول: صور نزع الملكية	**27**
أولا: نزع الملكية للمنفعة العامة	**28-27**
ثانيا: التأميم	**29-28**
ثالثا: المصادرة	**29**
رابعا: الاستيلاء	**30**
الفرع الثاني: القيود الواردة على حق الدولة في نزع الملكية	**30**
أولا:مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة	**31-30**
ثانيا: شرط المصلحة العامة	**32-31**
ثالثا:عدم مخالفة مبدأ المساواة و عدم التمييز	**33-32**

رابعا: الالتزام بأداء التعويض	35-34
الفصل الثاني احترام الدولة لالتزاماتها غير التعاقدية	37
المبحث الأول معاملة المستثمر الأجنبي وحماية أملاكه	38
المطلب الأول: معاملة المستثمر الأجنبي بما يكفل له حماية استثماره	38
الفرع الأول: المعاملة المدرجة في الاتفاقيات الدولية للاستثمار	38
أولا :المعاملة العادلة و المنصفة	39-38
ثانيا: المعاملة الوطنية	40
ثالثا: المعاملة استنادا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية	41-40
الفرع الثاني: التطبيقات الاتفاقية للمعاملة و الاستثناءات الواردة عليها	41
أولا: التطبيقات الاتفاقية لمبدأ المعاملة	42-41

ثانيا: الاستثناءات الواردة على المعاملة الممنوحة للمستثمر	**42**
المطلب الثاني: موقف الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف من المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي	**43**
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الثنائية	**43**
الفرع الثاني: موقف الاتفاقيات المتعددة الاطراف	**45-44**
المبحث الثاني اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي	**46**
المطلب الأول: الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات الاستثمار	**46**
الفرع الأول: اتفاق الأطراف على التحكيم و شروطه	**46**
أولا: شكل اتفاق التحكيم و خصائصه	**47**
ثانيا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم	**48**
أ–شكل اتفاق التحكيم	**48**

ب- القانون الواجب التطبيق	49
ج-اهلية اتفاق التحكيم	49
ثالثا: الشروط الموضوعية في اتفاق التحكيم	51-50
الفرع الثاني: أركان اتفاق التحكيم، صحته و آثاره	53-52
أولا: التراضي	53
ثانيا: السبب	54
ثالثا:المحل	55
أ-الآثار الإجرائية	55
ب-الآثار الموضوعية	55
المطلب الثاني: التنظيم الإجرائي للتحكيم الدولي في منازعات الاستثمار	56
الفرع الأول: إجراءات التحكيم و القانون الواجب التطبيق	57

أولا:تشكيل هيئة التحكيم	**57**
ثانيا: سير إجراءات التحكيم	**58**
ثالثا: القانون الواجب التطبيق	**59**
الفرع الثاني: حكم التحكيم الدولي	**59**
أولا::صدور حكم التحكيم و بياناته	**60**
ثانيا:الاعتراف بحكم التحكيم و تنفيذه	**61-60**
ثالثا:طرق الطعن في حكم التحكيم	**62-61**
خاتمة	**65-64**
قائمة المراجع	**75-67**
الفهرس	**84-77**

ملخص:

يُعد الاستثمار ألية فعّالة للنهوض بالاقتصاد الوطني، وقد أصبح في الآونة الأخيرة موضوعاً بارزاً يكتسي أهمية بالغة لتحقيق التنمية في أي دولة بما فيها الجزائر، التى عملت على إدراج مجموعة من الحوافز والضمانات في قانون الاستثمار لتهيئة مناخ ملائم يُشّجع على جذب المستثمرين الوطنيين والأجانب.

ركّز المشرع الجزائري في إطار جذب المستثمرين على تكريس الحماية القانونية والضمانات، من خلال سن ترسانة من القوانين، وكذلك إبرام مجموعة من الاتفاقيات الدولية تلتزم فيها الدولة باحترام تعهداتها تجاه الأطراف المتعاقدة لخلق مناخ استثماري فعال.

Résumé:

L’investissement est un mécanisme efficace pour le développement de l’économie nationale, il est récemment devenu un thème de développement important dans tous les pays, y compris l’Algérie, qui a inclus un ensemble d’incitations et de garanties dans la loi sur l’investissement afin de créer un environnement propice à attirer les investisseurs nationaux et étrangers.

Le législateur Algérien s'est concentré pour l'attraction des investisseurs, à établir une protection et des garanties juridiques en adoptant un arsenal de lois, ainsi qu'à conclure une série d'accords internationaux dans lesquels l'État s'engage à respecter ses engagements envers les parties contractantes afin de créer un climat propice à l'investissement.