جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحـــة

للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الدولي للأعمال

آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

من إعداد الطالب:

سي فضيل الحاج

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتور حيتالة معمر

تم تقديمها ومناقشتها علنا

أمام لجنة المناقشة

الأستاذ بقنيش عثمان	أستاذ	جامعة مستغانم	رئيساً
الأستاذ حيتالة معمر	أستاذ محاضر أ	جامعة مستغانم	مشرفاً مقررًا
الأستاذ ساجي علام	أستاذ	جامعة مستغانم	عضواً مناقشاً
الأستاذة حميدي فاطيمة	أستاذة محاضرة أ	جامعة مستغانم	عضواً مناقشاً
الأستاذ بغداد صديق	أستاذ محاضر أ	جامعة تلمسان	عضوًا مناقشاً
الأستاذة يحياوي سعاد	أستاذة محاضرة أ	جامعة معسكر	عضواً مناقشاً

السنة: 2019/2018

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقني ورزقني الصبر والإخلاص في إعداد هذه الأطروحة، أحمده وأشكره على نعمه وأستعين به في السراء والضراء، فهو العلي القدير الذي أنعم علي بنعمة العقل والدين فشكراً له وإليه المصير.

يطيب لي بعد شكر الله عز وجل، أن أتوجه بخالص شكري وتقديري وعظيم عرفاني وامتناني إلى أستاذي الفاضل السيد: الدكتور حيتالة معمر، على تفضله بالإشراف على هذه الأطروحة، وعلى توجيهاته العلمية البناءة ونصائحه السديدة وما لديه من دقة في مجال البحث العلمي، فقد كان مشرفا ومساعدا وناصحا ومعلما، وتعلمت منه الكثير وأسعدني وحالفني الحظ بأن يكون مشرفاً على هذا البحث.

كما يسعدني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري للأساتذة الأفاضل: الأستاذ الدكتور بقنيش عثمان مدير مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، وكافة أعضائه، وإلى الدكتور: عباسة طاهر عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الحميد ابن باديس بمستغانم، وكذا كافة أساتذة الكلية، ولا يفوتني أن أتقدم بخالص الشكر للأستاذ: عدالة عجال مدير مجلة الإستراتجية والتنمية بكلية العلوم الاقتصادية بجامعة مستغانم، وكذلك السيد: الأستاذ بن طاطا سمير مدير جامعة مصطفى اسطنبولي بمعسكر، والأستاذ بوشكارة محمد عميد كلية العلوم والتكنولوجيا بجامعة معسكر زميلي في العمل ، والأمين العام لجامعة معسكر السيد بتومي بن عومر، والأستاذ مسعودي رشيد عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر.

كما يسعدني أتقدم بخالص شكري للسادة الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، الذين شرفونا بحضورهم لمناقشة هذه الأطروحة.

و أتشرف في هذا الصدد كذلك، أن أتقدم بجزيل الشكر إلى مسئولي وعمال المكتبات الجامعية، وأخص بالذكر مكتبة كلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة مستغانم، ومكتبة جامعة معسكر، ومكتبة جامعة سعيدة وجامعة وهران وجامعة سيدي بلعباس وجامعة تلمسان وجامعة الجزائر.

كما أتوجه بخالص شكري وعرفاني وتقديري لكل الذي أمدني بيد العون، سواء من قريب أو بعيد.

والله ولي التوفيق

سي فضيل الحاج

الإهـداء

إلـى الذي علمني حب المساكين والدي خير سند.

إلـى التي علمتني جمع الزاد قبل الرحيل والدتي شفاها الله وأطال في عمرها.

إلـى عائلتي الكريمة زوجتي، وأولادي: محمد، علاء الدين، يوسف.

إلـى إخوتـي وأخواتي .

إلـى جميع أفراد عائلتي .

إلـى جميع الأصدقاء والأقارب.

إلـى جميع أبناء شعب بلدي الجزائر .

إلـى هؤلاء جميعا أهدي حصاد جهدي وثمرة عملي هذا...

سي فضيل الحاج

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

01	ط	الطبعة
02	ص	الصفحة
03	ف	الفقرة
04	ج.ر.ج.ج.د.ش	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
05	ع	العدد
06	إ.و.ت.م.إ	اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار
07	إ. م.ع.ض.إ.إ.ص	اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات
08	إ.إ.و.د.ض.إ	إتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
09	إ.م.إ.ر.أ.ع	الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية
10	ق.إ.م.إ.ج	قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
11	ا.أ.م..ق.ب	اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار
12	ق.إ.م.ف	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ثانيا: باللغتين الإنجليزية والفرنسية

01	V	Voir
02	P	Page
03	I.C.C	International Chamber of Commerce
04	CCI	Chambre de Commerce International
05	I.C.S.I.D	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
06	C.I.R.D.I	Centre international pour le règlement des déférents des relatifs aux investissement
07	NAFTA	North American Free Trade Agreement
08	L'ALENA	l'Accord de libre-échange nord américain
09	FMI	Fond Monétaire international
10	OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
11	CNUCED	Conférence des Nation unies sur le commerce et le développement
12	IED	Investissement étranger direct
13	ADR	Alternative Dispute Resolution
14	ILC	International Law Commission
15	ANDI	Agence nationale de développement de l'investissement
16	CNI	Conseil national d'investissement
17	UNICTRAL	United Nations Commission on international Trade Law
18	SCC	Stockholm Chamber of Comerce
19	M.I.G.A	Multilateral Investment Guarantee Agency
20	T.R.I.M.S	Tade Related Investment Measures
21	P P	De la page au page
22	Op.cit	Opus citatum. Une locution latine qui signifie:"Ouvrage précédemment cité"

مقدمـــــة

مقدمة:

يعتبر الاستثمار الأجنبي المباشر من أهم أشكال تدفقات رؤوس الأموال الدولية طويلة الأجل إذ يشكل قناة رئيسية للعلاقات الاقتصادية الدولية في الوقت الراهن ويعد هدفاً منشوداً من قبل جميع الدول سواء كانت متقدمة أو نامية [1].

وتعد قضية التنمية كذلك من أهم قضايا القرن الحالي مما يجعلها تشغل بال المشرعين وتستهوي شغل الباحثين، وتجعل الدول النامية تلهث وراء ما يحقق أفضل السبل للوصول إلى التنمية المستدامة، ولعل عالمنا في الوقت الحاضر، يمر بفترة نشاط وتنافس واضحين في مجال التنمية الاقتصادية في زمن سادت فيه ثقافة العولمة وهيمنت فيه اليد الطولى للتقنية الحديثة، وأصبح الاقتصاد هو السلاح الأكبر في ميزان القوى.

ولمشكلة التنمية في الدول النامية، أسباب عديدة تكمن أهمها في عدم قدرة هذه الدول على استغلال ما لديها من موارد بالشكل المناسب، وذلك بسبب قلة الخبرة التقنية أو انعدامها، أو لعدم توفر الأموال اللازمة لذلك، فكانت قبلة الدول النامية نحو الاستثمارات الأجنبية المباشرة كحل أمثل يخفف من وطأة مشكلة التنمية في هذه الدول، نظراً لما تحققه مثل هذه الاستثمارات من آثار على الهيكل الاقتصادي للبلد المضيف للاستثمار، كما أن الاستثمارات الأجنبية لن تتدفق على الدول النامية من أجل تحقيق التنمية لها من غير مقابل، فهي تجد الكثير من الخيارات المتاحة لها بين الدول الطامحة لجذبها ولها أن تتخير أياً منها، وبالتالي فالدول النامية وعلى غرار الجزائر بحاجة لجذب أي استثمار يحقق لها مطامحها في تحقيق التنمية ولن يكون ذلك إلا بمنح الاستثمارات الأجنبية مكانة قانونية واقتصادية وضمانات اتفاقية وقانونية وقضائية تحقق للمستثمر الأجنبي اطمئنانا على مشروعه الاستثماري القادم به إلى هذه الدول النامية[2].

هذا في ظل عدم وجود مفهوم موحد للاستثمار الأجنبي المباشر نظراً لتعدد المصادر من تشريع وطني، وتشريع دولي ومعاهدات ثنائية ومتعددة الأطراف أو الاختلاف في الغاية، سواء فيما بين الدول فيما بينها أو بين الدول والمستثمرين الأجانب، وترجع الصعوبة في إيجاد تعريف محدد إلى كون الاستثمار مصطلح اقتصادي قبل أن يحظى باهتمام القانون الدولي العام، والذي تغير محتواه مع تطور العلاقات الاقتصادية الدولية، فانتقل من مفهوم كلاسيكي ضيق إلى مفهوم جديد يشمل كل أشكال الاستثمار، وهذا ما سنتعرض له في هذه الدراسة من خلال إبراز مفهوم الاستثمار وتعارفه المختلفة في الفقه والتشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية، أنواعه وأشكاله ذلك أن تعريف الاستثمار بصفة عامة، والاستثمار الأجنبي الخاص

---

[1]– دلال بن سمينة، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، محدداتها، آثارها وتوجهاتها، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2017، ص 9.

[2]– عبد الله عبد كريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص ص 10-11.

المباشر وغير مباشر وتمييزه عن غيره كالاستثمار المحلي مسألة أساسية لتحديد مجال تطبيق القانون الداخلي للدولة المستقبلة للاستثمار والقانون الدولي[1].

وعلى الرغم من الجدل الدائر حول جدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور الشركات متعددة الجنسيات، فلا يمكن تجاهل أهميتها لدفع عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول النامية، وفي الوقت نفسه، يخطأ من يتصور أن المنافع التي تعود على الدول النامية من جراء جذب هذه الاستثمارات يمكن الحصول عليها بلا تكلفة.

وفي هذا الإطار ظهرت نظريتان: الأولي النظرية التقليدية والتي تذهب إلى افتراض أن الاستثمارات الأجنبية هي بمثابة مباراة من طرف واحد الفائز بنتيجتها الشركات المتعددة الجنسية في معظم الحالات، وهذه الأخيرة تأخذ أكثر مما تعطي، ولا تجازف بإدخال استثماراتها إلى البلدان التي لا يتوفر فيها مناخ استثماري سليم.

أما الثانية فهي النظرية الحديثة والتي تذهب إلى عكس ما ذهبت إليه النظرية التقليدية بشأن جدوى الاستثمارات الأجنبية المباشرة لدفع عجلة التنمية الشاملة في الدول النامية، حيث تفترض هذه النظرية أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة تحكمها مصالح مشتركة بين طرفي الاستثمار (الدول المضيفة والشركات متعددة الجنسيات)، فهي ليست بمباراة من طرف واحد، بمعنى أن الدول المضيفة تسعى إلى جذب الاستثمار الأجنبي تحقيقاً لمصالحها مع تطورات في الخبرة الفنية والتكنولوجية، ونجد أغلب الباحثين يؤيدون هذه النظرية الحديثة، ولعلا ذلك يكمن في حاجة هذه الدول النامية إلى الاستثمار الأجنبي المباشر في حد ذاته لتحقيق مختلف أوجه التنمية خاصة تلك التي تعجز عنها الدولة النامية[2]، فالاستثمار الأجنبي المباشر يحقق العديد من المزايا للدول المستوردة لرأس المال الأجنبي والدول المصدرة له على حد سواء[3].

وتتسم عقود الاستثمارات الدولية بالالتباس وعدم التنسيق للعمل بها في مجال التجارة الدولية، من حيث كيفية تنفيذها، ومدى قوتها الملزمة اتجاه أطرافها وطرق حل منازعاتها بالرغم من أن الاستثمار الأجنبي المباشر يعتبر من أهم العمليات التي تدفع التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول التي تعاني من نمو متدني، فتسعى هذه الدول جاهدة لجذب الاستثمارات الأجنبية ومنحها حوافز جمركية وضريبية مختلفة على

---

[1]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2013، ص 120.

[2]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ط 2016، ص 8.

انظر كذلك: – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص ص 21–22.

– عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط 2002، ص ص 326–327.

[3] - Higgins,B, Economic Devellopment Principale problems and policies, India, Central Book Depot.Allahabad,n 1966, p p, 615-616.

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 25.

اعتبار أن الاستثمار يؤمن إنتاج سلع وخدمات جديدة، وتشغيل يد عاملة واستخدام تكنولوجيا جديدة، ويعتبر الاستثمار الأجنبي من أنواع الأعمال الدولية، ولكن يتم بموجب عقد يسمى **عقد الاستثمار الأجنبي المباشر**[1].

إن العقد والمعاهدة كلاهما تصرف قانوني متعدد الأطراف، يتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثار قانونية معينة، ولكن المعاهدة (**Traité**) تبرم في إطار الجماعة الدولية بين أثنين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، وطبقاً لأحكامه، وهي تتعلق بشأن عام من شؤون الجماعة أو بأمر من الأمور السيادية للدول، لتنظيم العلاقات بينها بوصفها السيادي، أو مع المنظمات الدولية من خلال بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة، أو إرساء قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها، أما العقد الدولي(**Contrat International**) فيتعلق بشأن من شؤون الخاصة بتبادل السلع والمنتجات والخدمات، ويكون أطرافه من الأشخاص العاديين (طبيعي أو معنوي) أو مع الهيئات الأجنبية أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلي، "فالعقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، ويكون العقد داخلياً إذا لم يتضمن عنصراً أجنبياً يؤثر في خضوعه للقانون أو القضاء الوطني، ويكتسب الطابع الدولي في حالة وجود مثل هذا العنصر المؤثر (العنصر الأجنبي)"[2].

وتعتبر عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر من أنواع العقود الدولية بالمفهوم الواسع، حيث يرى الاتجاه الموسع لعقود الدولة أن هذه الأخيرة تشتمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها، العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها، ويذهب الاتجاه المضيق إلى أن مصطلح عقود الدولة يقتصر فقط على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال من يمثلها، أما العقود الأخرى التي تبرمها الأجهزة التابعة لها، فهي تعد من قبيل عقود التجارة الدولية والتي تبرم عادة بين أطراف عاديين، أشخاص طبيعية أو معنوية وتضم عنصراً أجنبياً، وذلك بعكس عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر والتي أطلق عليها الفقه تسمية "**عقود التنمية الاقتصادية**".

ولقد أفرز التطور المعاصر عن ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص عامة على مسرح الحياة الخاصة الدولية بوصفها طرفا في هذه العقود، والتي تتميز بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها، فالدولة بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام الداخلي، تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، لأنه كقاعدة عامة هو من أشخاص القانون الخاص، إلا أنه يتمتع أحياناً بمركز اقتصادي أقوى من الدولة، لذلك ينطوي العقد على عدم تكافؤ قانوني من جهة، واقتصادي من جهة أخرى، مما يستتبع إخضاعه لنظام قانوني مختلف عن العقود المعتادة للتجارة الدولية، وهذا ما سوف نبينه

[1]– عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص ص 204–205.

[2]– محمد حسين طه منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 10.

كذلك في هذه الدراسة من خلال الوقوف على مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي وبعض النماذج المختلفة لها وتمييزها عن غيرها من العقود الدولية وكذا خصوصيتها.

وتتميز عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بعدة خصائص فهي عادة عقود طويلة الآجال كعقود البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المقاولة...الخ، وترتبط بشكل أساسي بكيان الدولة المضيفة للاستثمار التي تسعى إلى تنفيذ خططها التنموية، ومادامت الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، كقوة سياسية مرتبطة بالسيادة فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة في مواجهة المستثمر الخاص الأجنبي الطبيعي أو المعنوي وذلك بالرغم من قوته الاقتصادية التي تفوق إمكانية الدولة المضيفة للاستثمار في بعض الأحيان، لذلك فقد تلجأ الدولة إلى اتخاذ إجراءات انفرادية نابعة من سلطتها السيادية تماشياً مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر فيختل توازنه خاصة الاقتصادي مما يرتب مسؤوليتها العقدية والدولية، وذلك بالرغم من تضمينه بعض الشروط الخاصة والتي تعتبر من الوسائل الوقائية لتجنب الخلافات فيه كشرط الثبات التشريعي وشرط الضمان وشرط إعادة التفاوض وشرط الموائمة وهذا ما يطرح إشكالية معرفة أهم الأسباب المؤدية لمنازعات عقود الاستثمار، وكذا الضمانات العقدية التي يمكن أن يحويها، وهو ما سوف نشير إليه كذلك في هذه الدراسة.

وفي هذا الإطار تمنح عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للدولة المضيفة حقوقاً وتضع على عاتقها التزامات واجبة الوفاء اتجاه المستثمر الأجنبي من جهة، وتمنح كذلك هذا الأخير حقوقاً وتضع على عاتقه التزامات واجبة الوفاء بها اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، وبما أن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تنشأ نتيجة الانتهاك للحقوق والخرق للالتزامات التي ترتبها، فضلا على الشروط الخاصة المتفق عليها في العقد نفسه، فهذا يطرح إشكالية معرفة هذه الحقوق والالتزامات وكذا الوقوف على أهم الأسباب الحقيقية التي قد تؤدي أدت إلى انتهاكها وخرقها.

وتثير هذه العقود غالباً الكثير من المشاكل عند التفاوض والإبرام والتفسير والتنفيذ، وبصدد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، حيث يكون من الصعب إخضاع الدولة وهي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون أو قضاء دولة أخرى، ما لم تكن قد ارتضت ذلك صراحة، وتجرى محاولات لتدويل هذه العقود، وتضمينها شروط ذاتية كشرط الثبات التشريعي، وغل يد الدولة عن المساس بالعقد وتجميده زمنياً وشرط الالتجاء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات[1].

وإذا كانت هذه العقود تثير الكثير من المشاكل عند إبرامها والتفاوض بشأنها فإنها تثير كذلك الكثير من المشاكل بعد إبرامها وعند نشأة المنازعات بشأن تفسيرها وتنفيذها، لذلك يرى المختصين بوجوب تحديد

[1]- محمد حسين طه منصور، مرجع سابق، ص ص 13-14.

بنودها بدقة من حيث القانون الواجب التطبيق عليها والجهة المختصة بالفصل بالمنازعات الناشئة عن هذه العقود، للمحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد[1].

وتعتبر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من أنواع المنازعات الدولية الاقتصادية، والتي يكون أحد طرفيها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، فهي تنشأ بين الدول المضيفة للاستثمار وبين الأطراف الأجنبية الخاصة سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، نتيجة لعدم الالتزام بشروط الاتفاق المبرم والخاص بإقامة مشروعات استثمارية على إقليم الدولة المضيفة، وعلى الرغم من عدم وجود تعريف لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، إلا أنه يمكن تعريفها بأنها: "ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي) نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري، أو إنهاء العقد إنهاء مبستراً أو اتخاذ أي إجراء إنفرادي من قبل أحد الأطراف، مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الأخر، يستلزم تعويض الطرف الواقع عليه الضرر عما أصابه من أضرار نتيجة الانتهاكات أو الإجراءات"[2].

وتعد منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من قبيل منازعات القانون الدولي الاقتصادي والتي تتميز عن باقي المنازعات الدولية من عدة وجوه كما يلي:

1- في النزاع الدولي العام نجد أطراف النزاع هم دائما من أشخاص القانون الدولي العام، أما النزاع الدولي الاقتصادي فقد يكون بعض أطرافه أشخاصاً خاصة، طبيعية أو اعتبارية، مثل النزاع بين دولة وشركة أجنبية أو مستثمر أجنبي.

2- موضوع النزاع الاقتصادي الدولي هو دائماً نقدي مالي، وينتهي الحكم في النزاع غالباً إلى تسوية من هذا النوع أو لتوقيع جزاءات ذات طابع خاص تتفق وموضوع النزاع.

3- حجم النزاع الدولي الاقتصادي عادة ما يكون كبير حيث يتنازع أطرافه على قيمة مالية كبيرة، لذلك تبدو أهميتها ملموسة وعاجلة وتبحث عن تسوية سريعة حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها[3].

وفيما يخص القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، فقد اختلفت الآراء وانقسم الفقه القانوني إلى نظريتين أساسيتين، النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية فالأولى التي نشأت في رحاب المذاهب الفردية التي تقوم على تقديس حرية الفرد واستقلال إرادته، ركزت على قاعدة خضوع عقود

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ط 2007، ص ص 20-21.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 9-11.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 10.

- أنظر كذلك، حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1992، ص 187.

- أنظر كذلك، بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2016-2017، ص 2.

الاستثمار الأجنبي للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين، وحجتهم في ذلك هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يخول للإرادة سلطان مطلق في هذا الصدد يرتفع بها فوق القانون، ومثال عن هذه النظرية ما نادي به الفقيه **(Vedross)** من خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الذاتي للعقد، وهذا ما ستقوم به الدراسة بالإشارة إليه عند تعرضها للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي، في حين نجد النظرية الموضوعية أبرزت سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، حيث إن كان لهذه الإرادة أن تختار قانون العقد فإن دورها في هذه الحالة لا يعدوا أن يكون مجرد إبداء رغبة في تركيز الرابطة العقدية في إطار قانوني معين، يتصل بالضرورة بهذه الرابطة وبهذا الاختيار تستند إلى حكم القانون الذي أجاز لها ذلك، ومن ثمة تبدو إرادة المتعاقدين بوصفها ضابط الإسناد الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق في شأن الرابطة العقدية، ويترتب على ذلك خضوع عقد الاستثمار الدولي لسلطان القانون المختار الذي لا يملك المتعاقدون مخالفة أحكامه الآمرة، ولهذا يجري القضاء الحديث على استظهار والكشف عن الإرادة الضمنية أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها في مركز الثقل في هذه الرابطة مع العلم أن النظرية الموضوعية تبناها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1] في الجزئية الخاصة بالنظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع محل تسوية والمعروض على محاكم المركز كما سيأتي بيانه في هذه الدراسة[2].

إن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة اختلاف نوعية المشاكل التي من الممكن أن تنشأ عنها، والتي تتبع أساساً من كون أحد الأطراف هذه العقود يمثل شخصاً عاماً يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص أجنبي، إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية تسوية النزاع بصبغة خاصة، لذلك يتعين توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين الطرفين بما يتلاءم وطبيعة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وعلى هذا الأساس ماهي هذه الوسائل الأكثر ملائمة ونجاعة وقبولاً في العمل على تجنب وحسم المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر؟ هذا ما سوف نجيب عليه في هذه الدراسة[3].

كما أن قوانين الاستثمار المقارنة والاتفاقيات الدولية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي تحرص على تحديد حقوق المستثمر والتزاماته من حيث النطاق والمضمون، بيد أن تنفيذ تلك الحقوق والالتزامات وتطبيقها على الواقع العملي يثير منازعات كثيرة بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يقوم بالاستثمار فيها ولهذا ينبغي توفير فضلاً عن الضمانات القانونية والاتفاقية، ضمانات قضائية للاستثمار الأجنبي عن طريق إناطة مهمة تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي لهيئة مستقلة، تحرص على تطبيق

---

[1]– الجدير بالذكر أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **(ICSID)**: هو أحد المنظمات الخمس التابعة لمجموعة البنك الدولي وهي: منظمات حكومية، والمنظمات الأربعة الأخرى هي: البنك الدولي للتعمير والتنمية **(IBRD)**، هيئة التمويل الدولي **(IFC)**، واتحاد التنمية الدولية **(IDA)**، ووكالة ضمان الاستثمار المتعدد الأطراف **(MIGA)**.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 171–172.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 4.

المساواة القانونية بين الطرفين المتنازعين وأن يكون كل واحد منهما قادراً على رفع دعواه أمامها وإنزال حكم القانون وتنفيذ الحكم الصادر عنها دون عوائق، وتدرك الدول المستقطبة للاستثمار أهمية وجود هذه الهيئة لما في ذلك من تشجيع لرأس المال الأجنبي على الاستثمار فيها.

لذلك فقوانين الاستثمار الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف وحتى إرادة الأطراف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر تعتبر من الآليات الضرورية في تهيئة مناخ الاستثمار من ناحية حسم الخلافات والنزاعات لما توفره من وسائل مختلفة لتسوية المنازعة الاستثمارية بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة بعضها رضائي ودي كالتوفيق والوساطة والمفاوضات وبعضها الآخر قضائي كاللجوء للقضاء الوطني أو الدولي أو التحكيم[1]، و هذا ما سوف نتناوله في هذه الدراسة من خلال الإشارة إلى منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر وحسمها وطنياً ودولياً وذلك بتبيان مختلف الآليات الوطنية والدولية القضائية وغير قضائية وما قدمته من وسائل إلزامية وغير إلزامية لفضها.

ومما لا شك فيه أن مسألة حسم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر أمراً في غاية الأهمية، والتي تكون باللجوء إلى وسائل معينة لفضها، فالمستثمر عند اتخاذه للقرار بالاستثمار في بلد ما فيضع في اعتباره ليس فقط المكان الذي يوفر له عائداً مناسباً على استثماراته، ولكن المكان الذي يتوافر فيه قوانين تحفظ له حقوقه وتحمي مصالحه، وتمكنه من استخدام آليات ميسرة وفعالة وغير مكلفة لتسوية منازعاته في حالة حدوثها، وهذا ما دفع معظم التشريعات الوطنية المقارنة الاستثمارية على غرار التشريع الجزائري إلى معالجة المسائل المتعلقة بتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مسايرين القانون الدولي للاستثمارات العرفي والاتفاقي، وما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة في العقود بصفة عامة[2].

والجزائر كبلد من البلدان النامية تبنت بعد الاستقلال نهجاً اشتراكيا مبنياً على اختيارات ومبادئ إيديولوجية مناهضة لكل أشكال التدخل الأجنبي، باستثناء بعض عقود الشراكة، أو ما يعرف بالشركة ذات الاقتصاد المختلط في قطاعي الصناعة والخدمات، بموجب قانون رقم: 82-13[3].

أما قطاع المحروقات فقد عرف إنشاء شركات مختلفة بموجب اتفاقيات دولية، لكن بعد الأزمة الاقتصادية التي ضربت الجزائر سنة 1986 نتيجة انخفاض أسعار البترول، وما ترتب عن ذلك من نتائج،

---

[1]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2006، ص ص 309-310.

[2]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2001، ص ص 132-133.

- انظر كذلك، رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات والبرمجيات، القاهرة، مصر، الامارات، ط 2012، ص ص 300-301.

[3]- المادة 6 من القانون رقم: 13/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 35 الصادرة بتاريخ: 31 أوت 1982، المعدل و المتمم بالقانون رقم: 13/86 المؤرخ في 19 أوت 1986، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 35 المؤرخة في 27 أوت 1986.

بدأ موقف الجزائر يتغير من الاستثمار الوطني والأجنبي الخاص، حيث قامت بإدماج الاستثمار الخاص المحلي مع الاستثمار العام الوطني، وفتحت الأسواق المحلية والوطنية أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وشرعت في وضع إطار تشريعي كضمان للانتقال إلى اقتصاد السوق، وكانت البداية بصدور قانون رقم : 90-10 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم الذي كرس الاقتصاد الحر وغير من نظام الاستثمار[1]، ثم إصدار المرسوم التشريعي رقم: 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار[2]، الملغى بالأمر رقم:01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[3]، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006، الملغى هو كذلك الأخر [4]، وصولاً إلى قانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار، وكذا صدور المراسيم التنفيذية له[5]، وذلك لتعزيز إصلاحاتها أكثر في هذا المجال[6].

---

[1]- القانون رقم: 10/90 المؤرخ في 1990/04/18 والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 1990/04/18، المعدل والمتمم ب الأمر رقم: 01/01 المؤرخ في المؤرخ في 2001/02/27، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 14 الصادرة بتاريخ: 2001/2802، والملغى بالأمر رقم: 11/03 المؤرخ في 2003/08/26، والمتضمن قانون النقد والقرض، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 52 الصادرة بتاريخ: 2003/08/27، والمعدل والمتم بالأمر رقم: 04/10 المؤرخ في 2010/08/26، المعدل والمتمم لقانون النقد والقرض رقم: 11/03، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 50 الصادرة بتاريخ: 2010/09/01.

[2]- المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في 1993/10/05، والمتعلق بترقية الاستثمار، الملغى، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 64 الصادرة بتاريخ: 1993/10/10.

[3]- الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في 2001/08/20، والمتعلق بتطوير الاستثمار، الذي حل محله قانون ترقية الاستثمار16-09، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 47 الصادرة بتاريخ: 2001/08/22.

[4]- الأمر رقم: 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم: 03/01 المؤرخ في 20 أوت والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 47 الصادرة بتاريخ: 19 يوليو 2006.

[5]- أنظرك المرسوم التنفيذي رقم: 17-100 المؤرخ في 05 مارس 2017 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 06-356 المؤرخ في: 09-10-2006، المحدد لصلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، المرسوم التنفيذي رقم:17-101 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمحدد للقوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفية تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، المرسوم التنفيذي رقم:17-102 المحدد لكيفية تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، المرسوم التنفيذي رقم:17-103 المحدد لكيفيات تحصيل الرسوم الخاصة بمعالجة ملفات الاستثمار، المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، المرسوم التنفيذي رقم: 17-105 المحدد لكيفيات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة (100) منصب شغل.(ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017).

[6]- القانون رقم: 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، والمتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 46 الصادرة بتاريخ: 3 أوت 2016.

وقد شهد قانون الاستثمار في الجزائر بعد الاستقلال تطورًا ملحوظًا، بداية من مرحلة الرقابة على الاستثمارات وتوجيهها، بموجب قوانين الاستثمار لسنوات 1963، 1966، و1982، مرورًا بمرحلة الإصلاحات الاقتصادية والمالية وذلك قصد الاندماج في الاقتصاد العالمي، والتي تميزت بإصدار مجموعة من القوانين منها: قانون النقد والقرض سنة 1990، وقانون

كما صادقت الجزائر على مجموعة من الاتفاقيات الدولية والإقليمية المتعلقة بالاستمارات الأجنبية ومنازعاتها منها على سبيل المثال: اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958[1]، واتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965[2]، والاتفاقية الخاصة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1971 [3]، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 [4]، والاتفاقية الدولية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لعام 1990[5]، والاتفاقية المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[6]، واتفاق الشراكة الأوروجزائرية الذي كان يهدف إلى إنشاء منطقة التبادل الحر، حيث وقعت الجزائر والاتحاد الأوربي يوم 19 ديسمبر 2001 بمقر اللجنة الأوربية ببروكسل على اتفاق الشراكة الأورومتوسطية وهذا بعد جولات عديدة للمفاوضات إلى أن تم الوصول إلى اتفاق نهائي في 22 ابريل 2002 والذي أدخل حيز التنفيذ في سبتمبر 2005[7]، وغيرها من الاتفاقيات الدولية الثنائية، والمتعددة الأطراف الأخرى مع مختلف دول العالم من أوربا وأفريقيا وآسيا وأستراليا وأند ونسيا وباقي بلدان العالم[8]، فضلاً عن الاتفاقيات الدولية في

ترقية الاستثمار سنة 1993، وقانون تطوير الاستثمار سنة 2001، المعدل والمتمم سنة 2006، وكذا إبرام مجموعة من الاتفاقيات الدولية في ميدان الاستثمار، وصولاً إلى قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016.

كما حرص المشرع الجزائري في قوانين فترة ما بعد الإصلاحات على تكريس مبدأ حرية الاستثمار، وتوسيع النشاط الاستثماري وتبسيط إجراءاته، وتفعيل أسلوب الشراكة مع المستثمرين خاصة الأجانب، وإقرار مجموعة من الحوافز والضمانات والامتيازات لتشجيع الاستثمار الوطني والأجنبي، من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني.

[1]- المرسوم الرئاسي رقم: 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، المتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10-06-1958، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم:95-346 المؤرخ في 30-10-1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18-03-1965 بواشنطن، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 66 لعام 1995.

[3]- الأمر رقم: 72-16 المؤرخ في 07 يونيو 1972 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 53 لعام 1972.

[4]- المرسوم الرئاسي رقم: 95-306 المؤرخ في 07-10-1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس عام 1982، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:59 لعام 1995.

[5]- المرسوم الرئاسي رقم: 90-420 المؤرخ في 22-12-1990 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في 23-07-1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 69 لعام 1990.

[6]- المرسوم الرئاسي رقم: 95-345 المؤرخ في 30-10- 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار وعلى ملحقيها والمحررة بسيول في 11-10-1985، ج.ج.ج.د.ش.ع: 66 الصادرة بتاريخ: 06-11-1995، ص 3. - الأمر رقم: 72-16 المؤرخ في 07 يونيو 1972 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 66 لعام 1995.

[7]- جمال عمورة، دراسة تحليلية وتقييميه لاتفاقيات الشراكة العربية الأورومتوسطية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2006، ص ص 391 - 392.

[8]- عيبوط محند وعلي، مرجع سبق ذكره، ص 113.

مجال التعاون القانوني والقضائي كالاتفاقية العربية للتعاون القضائي لعام الموقعة بالرياض عام 1983[1]، والاتفاقية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي لدول الاتحاد المغرب العربي لعام 1991[2].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، يفضل عقود الشراكة، والاستثمار المشترك خاصة الاستثمارات المنجزة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية، والتي تكون نسبة المساهمة الوطنية فيها 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي[3]، وفي مجال المنازعات وقبل مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965 فقد كانت في بداية السبعينات والثمانينات تخضع منازعات عقود الاستثمار الأجنبي للمحاكم الوطنية، بصرف النظر عن قانون الاستثمار الجزائري لسنة 1963، والذي كان أول قانون غداة الاستقلال موجهاً للمستثمرين الأجانب والذي نص على التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي[4]، لكن عام 1966 أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 66-248 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 بخصوص جذب الأموال الخاصة المحلية وبصفة لاحقة رؤوس الأموال الأجنبية، ولم ينص هذا القانون على التحكيم كآلية لفض المنازعات[5]، لكن بالرغم من ذلك كان الإجراء التحكيمي يعمل به في عقود الاستثمار الأجنبي لشركة الاقتصاد المختلط[6]، الأمر الذي

---

[1]- المرسوم الرئاسي رقم: 01-47 المؤرخ في 11-02-2001، المتضمن المصادقة على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 ابريل 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية عام 1997، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 11 الصادرة في 12-02-2001.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم: 84-181 المؤرخ في 27-06-1994 المتضمن المصادقة على اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي والموقعة في ليبيا، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:43 الصادرة بتاريخ 03-07-1994.

[3]- المادة 4 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم.

[4]- المادة 22 من قانون الاستثمار لعام 1963، والتي كانت تنص على حل النزاعات الناتجة عن تطبيق أو تفسير الاتفاقية الملحقة بقرار الاعتماد بواسطة التحكيم. (القانون رقم: 277/63 المؤرخ في 1963/07/26، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 53 الصادرة بتاريخ: 1963/08/02).

[5]- الأمر رقم: 284/66 المؤرخ في 1966/09/15 المتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 80 الصادرة بتاريخ: 1966/09/17، كان هذا القانون يرفض التحكيم من الناحية القانونية كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، لكن الممارسة العملية كانت تعكس عكس هذا التوجه، بحيث كان يتم اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع المحروقات، بالرغم من تمسك المشرع خلال فترة الستينات والسبعينات بالاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية (Nour Eddine Terki, les sociétés étrangères en Algérie, O.P.U Alger, 1976, p p 252,253-)

[6]- المادة 53 من القانون المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بشركات الاقتصاد المختلط كانت تخضع النزاعات الناشئة بين الشركة المختلطة للاقتصاد والمؤسسات الاشتراكية إلى التحكيم. (القانون رقم: 13/82 المؤرخ في 1982/08/28 المتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، مرجع سابق)، كما كانت الشركات الوطنية الجزائرية تقبل بإحالة نزاعاتها مع المؤسسات الأجنبية إلى هيئة تحكيم خاصة (.Nour Eddine Terki, les sociétés étrangères en Algérie, op,cit, p 255-)، كذلك ما يؤكد توجه الجزائر اتجاه التحكيم هو صدور لائحة التحكيم الجزائرية الفرنسية في 27 ماي 1983، حيث بموجبها أصبح بإمكان المستثمرين الفرنسيين في نزاعاتهم مع المؤسسات الوطنية من اللجوء إلى التحكيم، ثم جاءت الإصلاحات الاقتصادية نتيجة الأزمة الاقتصادية التي مست الجزائر وانخفاض أسعار البترول سنة 1986، ففتحت الجزائر حدودها نحو

أدى إلى تناقضات في التشريع الوطني إلى غاية الخروج من الاقتصاد المختلط ودخول اقتصاد السوق وما شهده من إصلاحات بتعديل القوانين الوطنية الداخلية، بما يتماشى والاتفاقيات الدولية والإقليمية الموقعة في مجال الاستثمار الأجنبي، ومنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 وقوانين الاستثمار والاقتصاد[1].

وقد نص المشرع الجزائري في قانون ترقية الاستثمار رقم: 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 على اختصاص القضاء الوطني في حل النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية كأصل عام، والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو وجود بند في العقد يسمح للطرفين باللجوء إلى تحكيم خاص[2].

الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وهو ما أكدته الترسانة الكبيرة من القوانين والانضمام إلى الاتفاقيات الدولية في مجال المنازعة الاستثمارية وإبرامها للعديد من العقود الاستثمارية، تحت تأثير العولمة والأزمة الاقتصادية. (أنظر: - حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، 2006، ص 5).

[1]- راجعا المشرع الجزائري قوانين الصادرة في مجال الاقتصاد فأصدر منها على سبيل المثال: قانون ترقية الاستثمار 16-09 السالف الذكر والقوانين التطبيقية له، كذلك نجد القانون رقم: 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 11 الصادرة بتاريخ: 24-02-2013، المعدل والمتمم للقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 والمتعلق بالمحروقات (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:50 الصادرة بتاريخ: 19-07-2005)، والذي نصت المادة 58 منه على أنه: "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/ أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

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

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

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

يطبق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات"، علماً أن هذا القانون رقم: 05-07 المتعلق بالمحروقات كان قد ألغى القانون رقم: 86-14 المؤرخ في 19-08-1986، والمتعلق بأعمال التنقيب والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، كما أن هذا القانون عدل قبل سنة 2013 بالقانون رقم:06-18 المؤرخ في 14-11-2006، كما أكد المشرع الجزائري على قاعدة 49-51 وحق الشفعة بالنسبة للاستثمار في القطاعات الإستراتيجية حماية للاقتصاد الوطني، كما أن الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال البترول نجد شركة سونا طراك تملك نسبة 51 % عن أية عقود تجريها في مجال البحث والاستغلال.(المادة 58 من الامر 09-01 المؤرخ 22 جويلية 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 44 الصادرة بتاريخ: 26-07-2009 والمتمم للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، كذلك المادة 46 من الامر رقم:10-01 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2010 ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 49 الصادرة بتاريخ: 29-08-2010 والمعدلة بالمادة 57 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 30-12-2013 المتضمن قانون المالية لعام 2014، .ر.ج.ج.د.ش، ع:68 الصادرة بتاريخ:31-12-2013.

[2]- المادة 24 من قانون الاستثمار لعام 2016 الجزائري :" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد تفادى الغموض الموجود في نص القديم الذي لم يكن يحدد الجهة القضائية المختصة وذلك في نص المادة 17 من قانون تطوير الاستثمار الجزائري الأمر 01-03 والتي كانت تنص على أنه:"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص"[1].

كذلك فيما يخص الطعن في قرار منح المزايا، فقد نصت المادة 11 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 السالف الذكر وفيما يخص فض النزاع الذي قد ينشأ نتيجة غبن من الإدارة أو الهيئة المكلفة بتنفيذ هذا القانون فيما يخص استفادة المستثمر من المزايا المقررة في قانون الاستثمار، أو في حالة تجريد المستثمر من حقوقه، فالمشرع يؤكد في هذه الحالة اللجوء إلى الطعن الإداري بصفة جوازية أو إلى الهيئة القضائية المختصة دون تحديدها، كذلك تشكيل وتنظيم وسير لجنة الطعن تركه للتنظيم الذي لم يصدر لحد الآن[2].

لهذا تتناول هذه الدراسة مختلف الآليات الوطنية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري منها وكذا القانون الدولي، خصوصاً وأن الجزائر أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية للحماية المتبادلة والتشجيع للاستثمارات الأجنبية المباشرة[3]، وكذا انضمامها

في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

[1]- المادة 17 من الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 47 المعدل والمتمم.

[2]- المادة 11 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

[3]- لعبت الاتفاقيات الدولية الثنائية في ميدان الاستثمار دوراً كبيراً في تحقيق المقاربة الثنائية لحمايتها، سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية، وقد لجأت دول العالم إلى هذه الآلية، بعد عجز المجتمع الدولي في إيجاد قانون موحد للاستثمار الدولي بصفة عامة وفي مجال تسوية الخلافات والمنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، هذا في ظل اختلاف المصالح الدولية وأهداف خططها الاقتصادية المتباينة بين الدول المتقدمة المالكة للشركات المتعددة الجنسيات والدول النامية، لذلك عملت هذه الاتفاقيات على توفير آليات للتسوية في مجال منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كآلية التحكيم التجاري الدولي الحر أو المؤسسي فصلاً عن الآليات الأخرى، كذلك لعبت الاتفاقيات الثنائية الأخرى والمكملة لتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر دوراً كبيراً في تفادي المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كالاتفاقيات الثانية المبرمة في مجال تفادي الازدواج الضريبي الذي يشكل عقبة أمام المستثمرين الأجانب (عبد المومن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتجية، الاقتصادية والسياسية، مقال على الموقع الرابط الإلكتروني:http://democraticac.de/?p=38256 ، تاريخ التصفح: 26-02-2018، الساعة 11:50 صباحاً)، والجزائر أبرمت اتفاقيات ثنائية وصادقت عليها في هذا المجال وأغلبها حددت وسائل تسوية الخلافات والنزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنها على سبيل المثال لا الحصر:- الاتفاقية الجزائرية الجنوب إفريقية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ: 24-09-2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:01-206 المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 41 الصادر بتاريخ 29/07-2001.

للعديد من الاتفاقيات الدولية الجماعية العالمية والإقليمية خاصة تلك المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مع العلم أن هذه الاتفاقيات كلها نصت على تسوية المنازعات والخلافات الناشئة عن الاستثمار وأشارت إلى طرق تسويتها الودية وغير ودية، فضلاً عن دخول كذلك الجزائر في علاقات اقتصادية دولية من خلال إبرامها العديد من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في مختلف القطاعات لتحقيق التنمية وعلى هذا النحو جاء اختيار موضوع الدراسة نابعاً من الأهمية العلمية والعملية التي يكتسيها هذا الموضوع.

أولاً: أهمية الموضوع:

تتبلور الأهمية العلمية للبحث، ذلك أنها تهدف للكشف عن الطبيعة الحقيقية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، ومعرفة مكانتها في ظل الانتشار الواسع للعقود الدولية في مجال الاستثمار وارتباط هذا الأخير بمختلف أوجه النشاط الاقتصادي كنشاط التجاري مثلاً، وكذلك لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار لا في التشريع الوطني ولا الدولي ينظم أحكامه بالتفصيل، كما أن عملية تنفيذ عقود الاستثمار الدولية عادة ما تستمر فترة طويلة من الزمن، تتغير معها ظروف الاستثمار من النواحي الاقتصادية والسياسية، مما يؤثر على التزامات الأطراف في تلك العقود ويؤدي إلى نشوب نزاعات بينهم، مما يتطلب آليات لفضها تتماشى مع مصالح الطرفين وتتكيف مع السياسة الوطنية والدولية وهذا ما ستبينه هذه الدراسة العلمية.

– الاتفاقية الجزائرية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بتونس في 14-11-2006، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 06-404 المؤرخ في 14-11-2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 77 الصادرة بتاريخ 19-11-2006.

– الاتفاقية الجزائرية الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات الموقعة بواشنطن في 22-06-1990، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 90-319 المؤرخ في 17-10-1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 45 الصادرة بتاريخ: 24-10- 1990.

– الاتفاقية الجزائرية الصينية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقعة ببكين في 20-10-1996، والمصادق عليها بموجب الرئاسي رقم:02-392 المؤرخ في 25-11-2002، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 77 الصادرة بتاريخ: 26-11-2002.

– الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 13-02-1993، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-01 المؤرخ في: 02-01-1994، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:1 الصادرة بتاريخ: 02-01-1994.

كذلك أبرمت الجزائر اتفاقيات ثنائية في هذا الإطار مع الكثير من الدول الإفريقية، فبالإضافة إلى جنوب إفريقيا نجد، مصر أثيوبيا، تونس، السودان، مصر، ليبيا، مالي، الموزمبيق، النيجر، نيجيريا، كذلك الدول الأمريكية نجد إضافة إلى أمريكا كل من الأرجنتين، كندا، أما الدول الآسيوية نجد، الصين، كوريا، أندونسيا، ايران، ماليزيا، طاجكستان، أما أوربا فبالإضافة إلى فرنسا، نجد الاتحاد الأوربي، ألمانيا، بريطانيا، النمسا، بلغاريا، الدنمارك، اسبانيا، فلندا، اليونان، ايطاليا، رومانيا، السويد، كذلك باقي الدول العربية في المشرق العربي مثل : الأردن والإمارات العربية المتحدة، قطر، سوريا، الكويت، اتحاد المغرب العربي.(لمزيد من التفاصيل أنظر الموقع الإلكتروني للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار :http://www.andi.dz)

أما الأهمية العملية فتتمثل في ارتباط موضوع الدراسة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر والتي تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة وتأثير تنفيذها في الحياة الاقتصادية في الدول خاصة النامية وطبيعتها الخاصة، حيث تعمل على تحقيق التنمية وتطوير اقتصاديات الدول الراغبة في النمو، الأمر الذي يشكل تسوية منازعتها أهمية قصوى، باعتماد الآليات الناجعة التي لا تلحق أية أضرار بالأطراف، وتعمل على طمأنة المستثمرين الأجانب والدول المصدرة لرأس المال على استثماراتها من جهة ومحاولة إيجاد نوع من التوازن والحماية والمساواة بين طرفي رابطة الاستثمار من جهة أخرى، مما يعمل على تشجيع الاستمارات الأجنبية المباشرة التي تعتبر مصدراً أساسياً من مصادر التمويل الخارجي في إطار تحقيق التنمية الحاضرة والمستقبلة.

ثانياً: أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى:

1- معرفة حقيقة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وذلك من خلال الوقوف على مفهوم الاستثمار وأنواعه وأشكاله المختلفة وصولاً إلى ماهية عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كوسيلة للتعاقد بين الدولة المضيفة للاستثمارات والمستثمر الأجنبي بغرض تحقيق التنمية خاصة الاقتصادية.

2- تحليل الطبيعة القانونية لهذه العقود من خلال خصوصيتها ودوليتها المستمدة من أطرافها وكذا شروطها، وما يترتب عنها من حقوق والتزامات، وما يمكن أن تنشأ عنه من منازعات في حالة انتهاك هذه الحقوق أو خرق لهذه الالتزامات.

3- معرفة أهم الأسباب التي قد تؤدي لنشوب المنازعة فيها، وكيفية إقامة التوازن العقدي فيها في ظل القانون الوطني والدولي ومبدأ سلطان الإرادة.

5- معرفة القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وذاك الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

4- معرفة أهم الخيارات المطروحة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لتسوية ما قد يترتب من خلافات تثار بمناسبة تنفيذه سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو في ظل القانون الوطني أو الدولي.

5- معرفة أهم الآليات الوطنية والدولية لتسوية منازعات عقود الاستثمار من خلال الوقوف على ما تضمنه التشريع الوطني وكذا الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من وسائل تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

6- تقييم الدور الذي أحرزه القانون الدولي العرفي الإتفاقي الثنائي والمتعدد الأطراف وكذا المجتمع الدولي في مجال منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

7- إبراز الدور الفعال الذي يمكن أن تلعبه الآليات الوطنية والدولية في تحقيق التقارب والتكامل الاقتصادي العالمي والجهوي فيما يخص تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، تحقيقاً للتنمية الوطنية والعالمية وبمختلف أبعادها.

9- إبراز الدور الذي يمكن أن تلعبه الطرق البديلة لفض النزاعات بخلاف التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كالمفاوضات والوساطة والتوفيق.

8- العمل على معرفة مدى فعالية هذه الآليات في حسم وفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة آلية التحكيم التجاري الدولي.

9- إبراز دور المراكز الدولية خاصة تلك المنشئة بالاتفاقيات الدولية في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر.

10- إبراز كذلك دور هذه الآليات في خلق مناخ استثماري جاذب للاستثمارات الأجنبية المباشرة من حيث توفير الضمانات الإجرائية القضائية وغير قضائية التي يطمئن إليها المستثمر الأجنبي.

11- بيان وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في القانون الوطني الجزائري خاصة قانون الاستثمار لعام 2016، وفي الاتفاقيات الدولية والثنائية، التي انضمت وصادقت عليها الجزائر، خاصة تلك المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار وبالحماية المتبادلة لها، وكذا مدى فاعليتها في جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع:

توجد العديد من الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع والبحث فيه وتتلخص في:

1- الأهمية الكبيرة للاستثمار الأجنبي المباشر، نظراً للدور الفعال الذي يلعبه في التنمية والاقتصاد الوطني، لكل من الدولة المضيفة للاستثمار والدول التي ينتمي إليها المستثمرون، فهو بالنسبة للدولة المضيفة الركيزة الأساسية التي يتم بواسطتها التنمية المختلفة وتوفير فرص العمل ورؤوس الأموال الأجنبية والخبرة التكنولوجية الحديثة، وبالنسبة للدول التي ينتمي إليها المستثمرون فهو يعمل على رفع و نمو رأس المال و تحقيق المزيد من الاستثمارات.

2- الخلاف والخلط الكبير بين عقود الاستثمار والعقود الدولية الأخرى كعقود التجارة الدولية والعقود الإدارية الدولية وكثرة العقود الشبيهة لها كالعقود النموذجية والعقود المرافقة لعقد الاستثمار الأجنبي كعقد ضمان الاستثمار في ظل عدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار و تطابقها مع عقد الدولة.

3- الطبيعة الفنية المعقدة لعقود الاستثمار الأجنبي كونها تبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي.

4- الأهمية الكبيرة لآليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي وما توفره من ضمانات اتفاقية وقانونية وقضائية للمستثمر الأجنبي، ورصد تأثيرها على الدول النامية بصفة عامة والجزائر بصفة خاصة، وكذا المساهمة في إثراء المكتبة القانونية الجزائرية والبحث العلمي، وكذا إيماني الراسخ بان جلب الاستثمار الأجنبي يمثل التحدي الأول الذي يواجه الاقتصاد الجزائري واقتصاد الدول النامية.

5- قلة الدراسات والبحوث العلمية المختلفة وقصرها على دراسة آلية التحكيم لوحدها في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي دون الآليات الأخرى وبالإشارة إلى القواعد الموضوعية دون الإجرائية.

6- رغبتي الشديدة للمواضيع التي لها علاقة بالقانون الدولي للأعمال وعقود الاستثمار الأجنبي هي ذات صلة بقواعد القانون الدولي الخاص الذي ينظم العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.

7- البحث عن طرق حل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي على المستوى الدولي وكيفيات التعويض في حالات حدوث الضرر وكذلك الجهات المختصة للنظر في النزاع والقانون الواجب التطبيق.

8- إبراز دور وسائل تسوية المنازعات في توفير المناخ الملازم للمستثمر الأجنبي وضمان حقوقه من جهة والموازنة بين مصالحه ومصالح الدولة المضيفة للاستثمار بما يضمن مبدأ السيادة الدولية.

9- اعتبار آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من المؤشرات التي يقاس بها مناخ الاستثمار.

رابعاً: المناهج المستعملة في البحث:

وللإجابة على الإشكاليات السالفة الذكر، ونظراً لكون موضوع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من المواضيع المعقدة ومتشعبة، نتيجة كثرة الصور والأشكال التعاقدية في مجال العقود الدولية للاستثمار، تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج التطبيقي والمنهج المقارن، والمنهج التاريخي، فوقفت على تحديد جملة من الضوابط التي تحدد ماهية الاستثمار الأجنبي المباشر، وما هية طبيعة العقود المبرمة في إطار الاستثمار الأجنبي المباشر، فحاولت توظيف المنهج التحليلي، للوصول للمعنى الحقيقي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر وطبيعتها، وبعض نماذجها وكذا القانون الواجب التطبيق عليها وآليات تسوية منازعتها وذلك من خلال البحث في التعريف الفقهي والتشريع الوطني المقارن والاتفاقيات الإقليمية والدولية المتعلقة بالاستثمار، ثم حاولت إظهار الخصوصية التي تميزها عن غيرها من العقود الدولية كعقود التجارة الدولية، حيث تنعكس هذه الخصوصية من الوصف غير متكافئ لأطراف عقود الاستثمار الأجنبي، ووضع المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو إحدى هيئاتها، وذلك لتحليل المقاربة بين المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً كالشركات المتعددة الجنسيات، ومن ثمة ترجمة هذا التباين في أطراف العلاقة العقدية، من خلال بيان شروط عقد الاستثمار الأجنبي كتكريس شرط الثبات التشريعي، والتجميد الزمني لقانون الإرادة، وإدراج شرط التحكيم لتسوية منازعتها، مما يحد من الاختصاص القضائي للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.

كما وقفت من خلال المنهج التطبيقي على عرض مختلف التطبيقات العملية المأخوذة من عقود الاستثمار الأجنبي، كعقود نقل التكنولوجيا، وعقود البترول، وعقود الامتياز، وعقود الفديك وعقود البوت، وغيرها من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا تطبيقات المختلفة للآليات الوطنية والداخلية لفض منازعتها، واستعملت المنهج المقارن، لمقارنة بعض المصطلحات والمفاهيم المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، وكذا دوره في التنمية المحلية والعالمية، ومقارنة آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، من حيث قوتها الضمانية للمستثمر الأجنبي ومدى إنتاجها لمناخ استثماري جاذب، ومساعدة في الرفع من حجم تدفقات الاستثمارات الأجنبية، كما وظفت المنهج التاريخي للوقوف على مختلق التطورات التي عرفتها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال دراسة التشريع الوطني والدولي المتعلق بالاستثمار الأجنبي المباشر.

خامساً: إشكالية البحث:

إن مسألة تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، تشكل أهمية قصوى في الوقت الراهن، حيث أن ارتباك أي دولة في حلها يخرجها من المنافسة العالمية، ويؤدي ذلك إلى خلق مناخ استثماري طارد، مما يعرقل كافة أشكال التنمية، خاصة الاقتصادية، في ظل العولمة والتطور السريع الذي يشهده العالم على كافة الأصعدة، لهذا فقد بات من الضروري التفكير بعناية، وقصد حماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، وغير مباشر، من البحث عن الوسائل الناجعة لتسوية المنازعات، التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار الأجنبي، وتمييزها عن وسائل فض المنازعات للعقود المرافقة له كعقد الضمان والتأمين، والمشابهة كعقود التجارة الدولية، ومنازعات عقود الاستثمار الوطنية، وعلى الرغم من القواعد الفنية المعتادة في هذا الإطار كقواعد الإسناد، ومبدأ سلطان الإرادة إلا أن تعقد عقود الاستثمار الأجنبي وتعددها يحتم بحث قواعد أخرى تساهم معها في تقديم حلول مباشرة.

كما أن اهتمام الفقه والباحثين، والتشريعات الوطنية المقارنة، والقانون الدولي للاستثمار، المتمثل في المنظمات والاتفاقيات الدولية والإقليمية بعقود الاستثمار، أو ما أصطلح عليها الفقه بعقود التنمية الاقتصادية، كعقود البترول ونقل التكنولوجيا وغيرها، كان من أجل الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة للاستثمار ومصلحة المستثمر الأجنبي، الذي لا يثق في القضاء الوطني من جهة، و بين مبدأ سيادة الدول والحماية الدبلوماسية للمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، حيث أفرز هذا الاهتمام آليات وطنية ودولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية: **ماهي أهم الآليات لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في القانون الوطني والدولي؟ وما مدى فعاليتها في تسويتها بما يتلاءم وخصوصيتها المعقدة؟**

وتترتب على هذه الإشكالية مجموعة من **الأسئلة الفرعية** والتي سوف نحاول الإجابة عنها من خلال دراستنا لهذا الموضوع وهي:

1- ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر و وخصوصيتها ودورها في التنمية ؟

2- ما هي طبيعتها ومعايير تمييزها عن غيرها في ظل انتشار العقود النمطية (النموذجية) وكثرة مجالات الاستثمارات الأجنبية المباشرة؟

3- ما هي أهم الحقوق والالتزامات المترتبة عنها؟ .

4- ما هي أهم الأسباب التي تؤدي إلى نشوب المنازعة فيها؟

5- ما هو القانون الواجب التطبيق عليها في حالة النزاع بشأنها؟

6- ما هي الوسائل الوقائية لتجنب المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر؟

7- ما هي مختلف الآليات المتاحة لفض منازعتها في التشريع الوطني والدولي في ظل تنازع القوانين ومشكلة القانون الواجب التطبيق؟

8- ما هي أهم الوسائل الخاصة بتسوية منازعاتها في القانون الوطني والدولي؟

9- كيف نوفق بين القانون الوطني والقانون الدولي ومبدأ سلطان الإرادة في تسوية منازعاتها؟

10- ما هي الوسائل القضائية والتحكيمية لفضها؟

11- ما هي الخيارات المطروحة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر إذا ما حصل النزاع في فضها؟

سادساً: فرضيات البحث:

تتمثل دراستنا في محاولة الإجابة على الإشكالية الرئيسة المتمثلة في معرفة ماهية الآليات المختلفة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وما مدى فعاليتها في تسوية منازعاتها، والتي تفرعت عنها عدة تساؤلات في مختلف محاور بحثنا، لذلك فالفرضيات المناسبة للإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها هي:

1- على الرغم من تعدد التعريفات المعطاة للاستثمار بصفة عامة وصعوبة وضع تعريف جامع لمفهوم الاستثمار وعدم وجود عقد مسمى يسمى عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا هذا الأخير والذي يتميز بنوع من الخصوصية تميزه عن باقي العقود الدولية الأخرى استطاع أن يفرض نفسه على العلاقات الاقتصادية الدولية.

2- تبرم هذه العقود عادة بين شخصين غير متكافئين من الناحية القانونية والاقتصادية، فأحد المتعاقدين هو طرف عام وهو الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها والذي يتمتع بامتيازات خاصة منها السيادة والحصانة، أما الطرف الثاني فهو طرف أجنبي خاص وهو شخص طبيعي أو معنوي، وهو لا يتمتع بالسيادة ويملك القوة الاقتصادية كالشركات المتعددة الجنسيات.

3- تمنح عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للدولة المضيفة حقوقاً وتضع على عاتقها التزامات واجبة الوفاء اتجاه المستثمر الأجنبي من جهة، وتمنح كذلك هذا الأخير حقوقاً وتضع على عاتقه التزامات واجبة الوفاء بها اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، وبما أن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تنشأ نتيجة الانتهاك للحقوق والخرق للالتزامات التي ترتبها، فضلا على الشروط الخاصة المتفق عليها في العقد نفسه.

4- إن الأسباب المؤدية لنشوء منازعاتها كثيرة ومتنوعة سواء كان مصدرها أجنبي خارج عن إرادة الأطراف كالقوة القاهرة والظروف الطارئة، أو كان مصدرها الدولة المضيفة للاستثمار، كونها تتمتع بمركز سيادي والذي يخولها إمكانية اتخاذ بعض التصرفات والإجراءات والتي تمس العقد كإجراء نزع الملكية والمصادرة والتأميم، أو تغيير القانون، أو كان مصدر هذه الأسباب بفعل المستثمر الأجنبي وذلك في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه ، وما تثيره هذه الظروف من وسائل وقائية كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط الموائمة وغيرها من الشروط الخاصة التي يتم إدراجها في عقد الاستثمار.

5- إن الخيارات الممنوحة للأطراف المتعاقدة في اختيار النظام القانوني الواجب الإعمال على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وفق مبدأ سلطان الإرادة تعطي لهم الحق في تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الدولي أو قانون آخر مستقل عن كليهما.

6- إن توفير آليات محايدة يمكن اللجوء إليها لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتوفر الاطمئنان للمستثمر الأجنبي بشكل فعال، وتحفظ حقوق الطرفين وتعمل على الموازنة بين حقوق الدولة

المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو المعنوي، يفرض وسائل عديدة ومتنوعة وذات طبيعة متباينة لتسوية المنازعة الاستثمارية الناشئة عن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، بعضها يتسم بالطابع القضائي الداخلي أو الدولي، وبعض الأخر بالطابع الودي أو الإلزامي.

7- إذا كان الأصل في نظر المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر للقضاء الوطني للدولة المضيفة، فإن مختلف الدول وعلى غرار الجزائر تقرر استثناءاً في قوانينها الداخلية وهو إمكانية الاتفاق على إحالة المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر على التحكيم.

8-إن الخيارات الممنوحة لأطراف النزاع في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين مختلف الآليات الودية وغير ودية والقضائية وغير قضائية والوطنية وغير وطنية والاختيارية والإلزامية، يجعل من الصعوبة توفير آلية موحدة في ظل عدم التوافق بين مبدأ سلطان الإرادة والقانون الوطني والدولي.

9- إن التحكيم الدولي يلعب دور مهما في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، نظراً لما يوفره من ضمانات للمستثمر الأجنبي، والذي أصبح القضاء الوحيد للفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار الأجنبي الخاص بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة.

سابعاً: صعوبات البحث:

تكمن الصعوبات التي واجهتنا في هاذ البحث في:

- ندرة المراجع باللغة الأجنبية في هذا الموضوع على مستوى المكتبات الجامعية، بحيث لا يوجد إلا ما هو متعلق بالتحكيم التجاري الدولي وبصفة قليلة جداً.

- ندرة المراجع باللغة العربية التي تناولت هذا الموضوع باستثناء بعض المراجع التي تناولت دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار.

- صعوبات ميدانية، بحيث أردنا الإطلاع على بعض عقود الاستثمار الأجنبي المباشر التي أبرمتها الدولة الجزائرية والمؤسسات التابعة لها، إلا أننا لم نتمكن من الإطلاع عليها متحججة الإدارة أن هذه العقود تحتوي على بنود سرية، بين المتعاقدين ولا يمكن المساعدة في هذا الميدان بالرغم من أننا أردنا فقط الإطلاع على الشروط التي احتوتها في مجال تسوية الخلافات والمنازعات، خاصة تلك التي أبرمتها شركة سوناطراك في ميدان المحروقات أو وزارة الصناعة في ميدان الصناعات الميكانيكية والهيئات الأخرى كقطاع البريد والأشغال العمومية وغيرها.

- نقص المعلومة بخصوص هذا النوع من المنازعات على المستوى الوطني باستثناء ما تنشره بعض الهيئات والمؤسسات الدولية في مجال التحكيم الدولي.

ثامناً: تقسيم البحث وعرض الخطة:

تجدر الإشارة أن موضوع الأطروحة يقتصر على دراسة آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أي تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي خاص طبيعي أو معنوي في مجال الاستثمار بمعنى أن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر يمثل أحد عقود الدولة بمعناها الواسع، ويشكل مرادفاً لما يطلق

عليه عقود التنمية الاقتصادية (**Economie Développement Contractes**)، وبالتالي كان من الضروري عرض كافة الأفكار المتعلقة بهذه الدراسة بتحديد مفهوم الاستثمار، وكذا الاطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وكذا دورها في التنمية خاصة الاقتصادية وبيان طبيعتها ومعايير دوليتها والقانون الواجب التطبيق عليها وكذا بيان مختلف الآليات الداخلية والدولية لتسوية وفض منازعتها وتطبيقاتها في بعض العقود الدولية للاستثمار، من خلال الوقوف على دور مختلف التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف خاصة المنشئة للمراكز والهيئات الدولية المختصة بتسوية منازعات عقود الأجنبي المباشر.

لذلك وللاقتراب من الإشكالية تم دراسة الموضوع بالتفصيل في بابين:

تضمن (**الباب الأول**) تحت عنوان: ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها، فصلين حيث تناول **الفصل الأول:** الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال الإشارة إلى عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وخصوصيتها وكذا دورها في التنمية الاقتصادية وذلك في المبحث الأول وفي المبحث الثاني، أشارنا إلى الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر والحقوق والالتزامات الناشئة عنها، أما **الفصل الثاني:** فخصصناه لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والقانون الواجب التطبيق عليها، حيث جاء المبحث الأول في طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأسبابها، والمبحث الثاني في القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

وجاء (**الباب الثاني**) المعنون بـ: منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين التسوية الداخلية والدولية متضمناً هو الأخر فصلين تناول **الفصل الأول:** الآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في مبحثين، تضمن الأول الآليات الودية والقضائية، والثاني تضمن آليات التسوية في ظل بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف والمنظمات الدولية، أما **الفصل الثاني** فخصصناه للتحكيم التجاري الدولي كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في مبحثين، تضمن المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي، والمبحث الثاني: إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وفي نهاية البحث أوردنا خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات.

البـــاب الأول

ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها

الباب الأول:

ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها

تثير عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب الكثير من المشاكل القانونية التي تتسم بصعوبتها وتعقيداتها، في ظل عدم وجود اتفاق موحد وجامع لمفهوم الاستثمار من ناحية، و تنظيم قانوني لهذا العقد في التشريعات الداخلية والدولية من ناحية أخرى، حيث تعدد التعريفات المعطاة لهذا النوع من العقود الدولية وتباينت فيما بينها.

ونظراً لدور الاستثمار الأجنبي المباشر في عملية التنمية، قامت معظم الدول وخصوصاً النامية منها بإبرام عقود الدولة التي تعمل على جذب الاستثمار إليها، لما يؤديه هذا الأخير من دور هام في تحقيق تنميتها الاقتصادية.

كما أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لها خصوصية وذاتية مستمدة من أطرافها نتيجة التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية فهي تبرم بين طرفين غير متكافئين من الناحية القانونية والاقتصادية، وكذا تنوعها إذ تشمل وتغطي جميع المجالات فنجد مثلاً عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال الطاقة كعقود البترول وعقود امتياز والعديد من عقود نقل التكنولوجيا والبناء والتشييد ...الخ، بالإضافة إلى إدراج أطراف هذه العقود لبعض الشروط الخاصة فيها حفاظاً على التوازن العقدي وتفادياً للمنازعة فيها، كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط المواءمة، وغيرها من الشروط كما سيأتي بيانه في هذه الدراسة.

لذلك فلابدا من تحديد **الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، (الفصل الأول).**

والجدير بالذكر أن المستثمر الأجنبي عادة ما يقوم بإبرام عقد استثمار مع الدولة المضيفة، وقد ينشأ نزاع بينه وبينها، أو بينه وبين رعاياها أو من غير رعاياها أشخاص طبيعيين أو معنويين، لذلك يجب الإشارة إلى شكل النزاع وتحديده، والذي هو النزاع المتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر المبرم بين الدولة أو إحدى هيئاتها والمستثمر الأجنبي (شخص طبيعي أو معنوي)، وذلك حتى يتسنى تحديد الجهة المختصة التي يحق لها النظر في هذا النزاع وكذا آليات فضه.

كما تمنح عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للدولة المضيفة والتي اختلف الفقه والتشريع الوطني والدولي بشأن طبيعتها القانونية ودوليتها وكذا بخصوص القانون الواجب التطبيق عليها، حقوقاً وتضع على عاتقها التزامات واجبة الوفاء اتجاه المستثمر الأجنبي من جهة، وتمنح كذلك هذا الأخير حقوقاً وتضع على عاتقه التزامات واجبة الوفاء بها اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى، وبما أن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تنشأ نتيجة الانتهاك للحقوق والخرق للالتزامات التي ترتبها، فضلا على الشروط الخاصة المتفق عليها في العقد نفسه فهذا يطرح إشكالية معرفة الأسباب الحقيقية التي أدت إلى انتهاك هذه الحقوق وخرق هذه الالتزامات.

لذلك فمن الضروري الوقوف على **منازعات عقود الاستثمار الأجنبي والقانون الواجب التطبيق عليها، (الفصل الثاني).**

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبي من العقود التي تساهم في التنمية، خاصة الاقتصادية لمختلف دول العالم، سواء المتقدمة أو سائرة في طريق النمو، لهذا تسعى هذه الأخيرة جاهدة إلى تحسين مناخ الاستثمار بتقديم حوافز وامتيازات مختلفة وكذا ضمانات قانونية وإجرائية لاستقطابه، ونظراً لكون موضوع البحث يتعلق بآليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أي تلك العقود التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب (أشخاص طبيعية أو معنوية) بهدف تحقيق التنمية، فهذا يعطيها نوع من الخصوصية والذاتية تؤدي إلى تمييزها عن العقود الأخرى المعتادة، فضلاً على تضمينها وكما سبقت الإشارة إليه، شروط خاصة كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط المواءمة، وغيرها من الشروط، بما يحول دون الإخلال بالتوازن العقدي لها ودرءاً للمنازعة فيها، وعلى هذا الأساس **ما هو مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وما هي خصوصيتها وكذا دورها في التنمية، (المبحث الأول)، وما هي طبيعتها القانونية واهم الحقوق والالتزامات الناشئة عنها، (المبحث الثاني).**

كل هذا سوف نتطرق له في الفصل الأول من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وخصوصيتها ودورها في التنمية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر والحقوق والالتزامات الناشئة عنها.

المبحث الأول:

عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وخصوصيتها ودورها في التنمية

نتطرق في هذا المبحث لدراسة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، من حيث المفاهيم والمبادئ العامة وكذا الخصوصية التي تتميز بها خاصة من حيث ارتباطها بالنشاط الاستثماري، وعدم التجانس بين أطرافها، وكذا دورها في عملية التنمية الاقتصادية وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

المطلب الثاني: خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ودورها في التنمية.

ونستعرض هذين المطلبين كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

قبل الولوج في مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سوف نتطرق إلى تعريف الاستثمار بصفة عامة، وأنواعه وأشكاله المختلفة، وصولاً إلى تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر كنوع من أنواع الاستثمار، هذا الأخير يعتبر ضروري في تحديد مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي المباشر **(الفرع الأول).**

وفي هذا الإطار تعددت التعريفات المعطاة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، نتيجة للخلط بينها وبين عقود الدولة الأخرى التقليدية والحديثة، ولعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار[1]، وتختلف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عن عقود الدولة وتتقاطع معها في بعض الأحيان في كون أن أحد طرفي العقد هو الدولة أو هيئة عامة، ونظراً لدور الاستثمار الأجنبي المباشر في عملية التنمية، قامت معظم الدول وخصوصاً النامية منها بإبرام عقود الدولة التي تعمل على جذب الاستثمار إليها، لما يؤديه هذا الأخير من دور هام في تحقيق تنميتها الاقتصادية[2]، فما هو تعريف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف الاستثمار أنواعه وأشكاله

تعددت تعريفات الاستثمار تبعاً لأنواعه، كما أن مفهومه أختلف باختلاف المجالات والميادين الموجه إليها، ولا يوجد مفهوم موحد للاستثمار الذي تباين تعريفه في اللغة والاصطلاح وحتى التشريع الإسلامي وبين الفقهاء الاقتصاديين والقانونيين، وفي التشريعات الوطنية الداخلية والدولية، كما أن بعض الكتاب الذين كتبوا في موضوع الاستثمار الأجنبي أخلطوا بين مفهوم الاستثمار بصفة عامة، ومفهوم الاستثمار الأجنبي كنمط من أنماطه، وعليه يمكن أن نشير في هذا الإطار إلى تعريف الاستثمار بصفة عامة والاستثمار الأجنبي المباشر كنمط من أنماطه بصفة خاصة من خلال ما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي والإسلامي للاستثمار

أ- التعريف اللغوي:

الاستثمار في اللغة العربية هو من فعل استثمر، يستثمر، استثماراً فهو مستثمر والمفعول "مستثمر" واستثمار "اسم" واستثمارات "جمع"، ويقال: استثمر أمواله بمعنى"استغلها وجعلها تثمر، ومصدر استثمر بمعنى "يرغب في استثمار أمواله" أي الانتفاع بها في عمل ما واستغلالها[3].

والاستثمار مشتق من الثمر، وثمار الشيء ما نتج وتولد عنه وله عدة معاني منها: الحمل الذي يخرجه الشجر ويقال ثمر الشجر ثموراً بمعنى ظهر ثمره وأثمر ماله وكثره، والمال بشتى أنواعه، واستثمر المال أي ثمره، والولد، فالولد ثمرة القلب، والنماء والكثرة والزيادة ومنه ثمر ماله نماه، والاستثمار: استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كشراء الأسهم والسندات[4].

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 11.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2010، ص ص 50-51.

[3]- معجم المعاني المجاني، معجم عربي عربي، على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com ، تاريخ الدخول: 16-04-2016، الساعة 10:00.

[4]- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشرق الدولية، مصر، ط 4، 2004، ص 100.

- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، مجلد 3، ط، 2000، ص 38.

وتجدر الإشارة أن فقهاء وعلماء اللغة العربية، يقولون بأن الألف والسين والتاء إذا زيدت في أول الفعل أفادت الطلب فإذا قيل: استثمر ماله استثمارا، فمعناه طلب ثمرة المال، أي طلب الزيادة والنماء والتكثير لماله[1].

ب- التعريف الاصطلاحي للاستثمار:

ورد لفظ التثمير في عرف الفقهاء عندما تحدثوا عن السفيه والرشيد فقالوا: الرشيد هو القادر على تثمير أمواله وإصلاحه، والسفيه هو غير ذلك، وجاء عن الإمام مالك" أن الرشد: تثمير المال وإصلاحه فقط وأرادوا بالتثمير ما نطلق عليه الاستثمار اليوم، وعليه يمكن تعريف الاستثمار بأنه:"طلب تنمية المال وتكثيره على الوجه المشروع"[2].

وتجدر الإشارة أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مفهوم الاستثمار فيرى البعض أن الاستثمار يعبر عن حقوق ملكية الأجانب(**Droit patrimoniaux des étranger**)، أما البعض الآخر فيرى أنه عبارة عن تصرف اقتصادي (**Fait économique**)، كما يتفقوا على ضرورة توافر أربعة شروط أساسية في عملية الاستثمار هي:

أ- رأس المال: يجب أن يكون نقداً أو عيناً (براءة الاختراع والمعرفة الفنية والرخصة ...الخ)

ب- المدة: هذا المعيار يسمح بالتمييز بين عملية الاستثمار والمعاملات التجارية، إذ يجب أن يكون الاستثمار لفترة زمنية معينة تكون متوسطة أو طويلة المدة وإلا فإنها عبارة عن معاملة تجارية (**transaction commerciale**).

ج- الهدف: يجب أن يكون الهدف من الاستثمار هو تحقيق الربح.

د- الخطر: يتحمل المستثمر بعض المخاطر التجارية المرتبطة بمشروع الاستثمار والتي تخرج إرادة الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال.

وبالرغم من اعتراف الفقهاء الاقتصاديين بأهمية الاستثمارات في تنظيم الاقتصاد العالمي يكتفي البعض منهم بعنصر الهدف في تعريف الاستثمار فيعرفونه بأنه: "عملية من عمليات استغلال رأس المال بهدف تحقيق عائد أو فائض مالي"[3].

هذا المفهوم الاصطلاحي الاقتصادي الأخير المبني على عنصر الهدف تبناه معهد القانون الدولي[4]، لكن من الصعب كما يرى الباحثين وضع تعريف محدد بالاعتماد على عنصر واحد من العناصر الأساسية في عملية الاستثمار، وذلك نظراً للتشابه بينها وبين المعاملات التجارية، لذلك نجد الدكتور عيبوط محند

---

[1]- حسين بني هاني، حوافز الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي، دار الكندي، الأردن، 2004 ص 40.

[2]- خالد بن سعود الرشود، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة منشورة من برنامج دعم رسائل وأبحاث الدراسات العليا في كرسي سابك لدراسة الأسواق المالية الإسلامية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (المشروع رقم 40 – 23)، السعودية ، 2013 ص 34 ،35.

[3]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكر، ص 123.

[4]- BEKEL (Abdelhalim), L'etat Algérien et l'investissement international, de la défiance à la normalisation, aspects juridiques, Thése de doctorat en droit, Université de Saint-Denis, paris, 1996, p 1.

وعلي يعرف الاستثمار بأنه: المساهمة برأس مال، مهما كانت طبيعته، في عملية إنتاج سلع أو تقديم خدمات لمدة معينة من أجل تحقيق الربح"[1].

ج- تعريف الاستثمار في التشريع الإسلامي:

بالرجوع إلى أحكام القرآن الكريم والسنة نجد أن لفظ الاستثمار ورد في لفظ الثمر، حيث يحفل القرآن الكريم بالآيات التي ذكر فيها كلمة ثمر ومشتقاتها ويختلف مدلولها بحسب وضعها في الآية المناسبة التي نزلت بشأنها، ومن هذه الآيات قوله تعالى: " انْظُرُوا إِلَى ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ" من سورة الأنعام الآية 99 وقوله تعالى: "وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَ جَنَّاتٍ مَعْرُوشَاتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَاتٍ وَالنَّخْلَ وَالزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أُكُلُهُ وَالزَّيْتُونَ وَالرُّمَّانَ مُتَشَابِهًا وَغَيْرَ مُتَشَابِهٍ كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ" من سورة الأنعام الآية 141.

أما السنة النبوية الشريفة فنجد ما رواه يحي بن آدم بسنده، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم"لا يبارك في ثمن أرض أو دار إلا أن يجعل في أرض أو دار"، وما رواه حذيفة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"من باع دار ثم لم يجعل ثمنها في مثلها لم يبارك له فيها"، ومن هذه الآيات والأحاديث، يتبين لنا أن مدلول الاستثمار في القرآن الكريم يتطابق مع مدلوله اللغوي وانه يعني نتاج الزرع والأشجار أو هو عملية تشغيل المال أو استغلاله لإنتاج العائد[2].

ثانياً : تعريف الاستثمار في الفقه الاقتصادي والفقه القانوني

أ- تعريف الاستثمار في الفقه الاقتصادي:

اختلف فقهاء الاقتصاد في تعريف الاستثمار، حيث يعرفه أحد الفقهاء بأنه: "هو اكتساب الموجودات المادية، ذلك أنه يشمل التوظيف والتثمير للأموال في عملية الإنتاج"[3]، كما هو توظيف النقود لأي أجل في أي أصل أو ملكية لتنميتها وإنمائها سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال والمنافع المادية أو الغير المادية في نهاية المدة"[4]، أو أنه: "ذلك الجزء المقتطع من الدخل لاستخدامه في العملية الإنتاجية بهدف تكوين رأس المال "[5].

وعرفه فريق ثاني بأنه: "عملية إيجاد مشروعات مالية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق فوائض مالية"[6].

---

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 124.

[2]- نزيه عبد المقصود مبروك، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2011، ص 31.

[3]- طاهر حيدر حردان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1997،ص 13 .

[4]- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 18.

[5]- أحمد زكرياء صيام، مبادئ الاستثمار، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2، 2003، ص 17.

[6]- فاضل حمة صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقا لقانون الاستثمار، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1990، ص 79.

ويعرفه آخر وهو يخلط بين تعريف الاستثمار كمصطلح وتعريف الاستثمار الأجنبي كنمط من أنماطه بأنه: "إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون"[1].

ويعرفه رأي آخر بأنه : "تكوين رأس المال أو استخدامه بهدف تحقيق الربح في الأجل القريب أو البعيد بشكل مباشر أو غير مباشر"[2].

وعموما يمكن القول أن مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين هو عبارة "عن عملية توظيف أموال حالية وحاضرة في سبيل الحصول على إيرادات وعوائد ومنافع أكبر في المستقبل"[3]، أي توظيف المال للحصول على الربح ومن ثمة تثميره وزيادته.

وبالتالي يلاحظ أن الاقتصاديين ساهموا في تعريف الاستثمار الذي هو في نظرهم "توجيه الموارد المتاحة من أجل تعظيم المنفعة الكامنة في هذه الموارد"[4]، أي تضحية بقيمة مالية حالية للحصول على عوائد في المستقبل عند توظيفها وحسب رأيي المال ينشئ المال.

ب- تعريف الاستثمار في الفقه والتشريع القانوني:

الاستثمار من الناحية القانونية هو: "عمل أو تصرف في شكل أموال مادية أو غير مادية (الملكية الصناعية، المهارة الفنية، نتائج البحث، قروض) من أجل تطوير نشاط اقتصادي"[5].

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه يحمل في طياته عناصر اقتصادية وأخرى قانونية، والتي تدخل كلها في العملية الاستثمارية.

ولقد اختلف فقهاء القانون شأنهم في ذلك شأن الفقهاء الاقتصاديين (الليبيراليين والماركسيين)[6]، في وضع تعريف جامع ودقيق للاستثمار، وأغلب التشريعات الوطنية المقارنة تباينت في تحديد مفهوم الاستثمار وأخرى لم تشير إليه إطلاقاً كالتشريع الكويتي[7]، والذي عرف الاستثمار الأجنبي المباشر بموجب المادة الأولى من قانون تنظيم الاستثمارات الأجنبية المباشرة رقم: (8) لعام 2001 على أنه: "توظيف رأس المال

---

[1]- محمد عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2002، ص ص 21-22.

[2]- نبيل عبد الجبار الجمرد، المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن، مركز الدراسات الجامعية الأردنية، الأردن، 1990، ص ص 7-8.

[3]- بريش السعيد، الاقتصاد الكلي، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2007، ص 121.

[4]- مروان شموط، وكنجو عبود كنجو ، أسس الاستثمار، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، مصر، 2008، ص 6.

[5]- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1999، ص 2.

[6]- مصباح بلقاسم، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في تحقيق التنمية المستدامة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 4.

[7]- أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة في القانون الكويتي للاستثمار لسنة 2001، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2012 ص 13.

الأجنبي في نشاط مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون"[1]، تقابلها الفقرة الخامسة من المادة الاولى من القانون الجديد المتعلق بالاستثمار المباشر الكويتي لعام 2013 الملغى للقانون رقم: 08 لعام 2001 [2].

كذلك نجد المشرع المصري في القانون رقم: 72 لسنة 2017 الذي ألغى قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم: 07 لسنة 1997[3]، يعرف الاستثمار بصفة صريحة في المادة منه بأنه: "استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد"[4].

كذلك المشرع التونسي عرف الاستثمار بصفة صريحة في الفصل الثالث/ف1 من قانون الاستثمار التونسي لعام 2016، العدد: 71 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 بقوله:" الاستثمار هو كل توظيف مستدام لأموال يقوم بها المستثمر لإنجاز مشروع من شانه المساهمة في تنمية الاقتصاد التونسي مع تحمل مخاطره، ويكون في شكل عمليات استثمار مباشر أو استثمار بالمساهمة"[5].

أما المشرع الجزائري فقد أصدر منذ الاستقلال إلى بداية الألفية الثالثة مجموعة من القوانين في ميدان الاستثمار بداية من سنة 1963 إلى عام 2016، ولم يشير في أي منها إلى تعريف الاستثمار بصفة صريحة، وإن كان في القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار، تناول تعريف الاستثمار بصفة عامة، حيث نصت المادة الثانية منه على أنه: "يقصد بالاستثمار، في مفهوم هذا القانون، ما يأتي:

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

2- المساهمات في رأس مال الشركة"[6].

---

[1]- قانون الاستثمار الكويتي رقم: (8) لعام 2001، الملغى بالقانون 116 لعام 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، القانوننين منشورين على شبكة الانترنيت على الرابط الإلكتروني: www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country.، تاريخ التصفح 31-05-2017، الساعة 10:00.

[2]- المادة 1/ف5: "...الاستثمار المباشر: الاستثمار الذي يتم من خلال توظيف المستثمر بفرده أو بمشاركة مستثمر آخر، لرأس ماله بشكل مباشر في كيان استثماري داخل دولة الكويت ويرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون...". قانون رقم 116 لسنة 2013 المتعلق بتشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.

[3]- المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، ع:21 الصادرة بتاريخ 31 -05-2017.

[4]- المادة 1 من القانون المرافق لقانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، ع:21 الصادرة بتاريخ 31 -05-2017.

[5]- الفصل الثالث من قانون رقم : 71 لعام 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع: 82، الصادر بتاريخ 07-10-2016، موجود على الرابط الإلكتروني: http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date de navigation :11-03-2018 à 16:00.

[6]- المادة 2 من القانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، والمتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

تقابلها نفس المادة من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، والمتعلق بتطوير الاستثمار والملغى بالقانون 16-09 إذ جاء فيها: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

أ – اقتناء الأصول التي تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

ب – المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات عينية أو نقدية.

ج – استعادة النشاطات في خوصصة جزئية أو كلية"[1].

وحسب هذا التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للاستثمار في ظل قانون الاستثمار الجديد لعام 2016، فإنه يتمثل في اقتناء أصول من رأس المال سواء كانت عينية أو نقدية، وسواء كانت هذه الأموال بغرض إنشاء مشروعات استثمارية جديدة أو أموال مستثمرة في مشروعات قائمة بغرض توسيع قدرات الإنتاج لديها عن طريق إعادة تأهيلها أو هيكلتها، مما يدل أن المشرع الجزائري في تحديده لمفهوم الاستثمار ركز على الاستثمارات المباشرة وليس على أهمية النشاط.

كذلك نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون 16-09 والمتعلقة بالمساهمات في رأس المال لن تحدد نوعية المساهمات من حصص عينية ونقدية وما هي صفة وطبيعة الشخص القائم بالمساهمة شخص طبيعي أو معنوي، وهذا بعكس قوانين الاستثمار السابقة كالمرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، والذي كان ينص على أن تنجز الاستثمارات في شكل حصص من رأس المال يقدمها شخص طبيعي أو معنوي، وهذا ما يبين أن النص المتعلق بمفهوم الاستثمار جاء عاماً من حيث الأشخاص والأموال[2].

أما على المستوى الدولي فلا يوجد تعريف موحد للاستثمار، لكن توجد عدة اتفاقيات دولية كما سيأتي بيانه عالجت مفهوم الاستثمار بصفة عامة، وساعدت في وضع نظام قانوني للاستثمار من حيث الضمانات والحماية القانونية الممنوحة له.

ثالثاً: تعريف الاستثمار على صعيد الاتفاقيات الدولية

نظراً لأهمية دور الاستثمار الأجنبي في انتقال رؤوس الأموال والخبرة الفنية والتقنية بين الدول المختلفة عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، لضمان الاستثمار الأجنبي، ولفض المنازعات الناجمة عنه، وتتضمن تلك الاتفاقيات في الغالب تعريفا للاستثمار، غير أن هذه الاتفاقيات لم تضع تعريفا جامعا مانعا لمفهوم الاستثمار، وركزت فقط على بيان العناصر المكونة للمال المستثمر.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في إطار الحماية والتشجيع المتبدلتان للاستثمارات الأجنبية، فقد تضمنت معظمها تعريفا للاستثمار، هذا الأخير اشتمل على نفس عناصر التعريف الواردة وعلى سبيل المثال لا الحصر، حيث رأت هذه الاتفاقيات الثنائية أن كلمة "استثمارات" تدل على

---

[1]– المادة 2 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، زالملغى بالقانون رقم: 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره .

[2]– المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره .

الأموال كالأملاك والسلع والحقوق باختلاف أنواعها، وكل عنصر من الأصول مهما كان نوعه، وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت أم عينية أو خدمات، مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه[1].

والجدير بالذكر أن معظم الاتفاقيات الثنائية تبنت مفهوما واسعا للاستثمار وهو يشمل كافة الأموال والأصول التي يمتلكها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية، وذلك على غرار الاتفاقيات الجماعية في ميدان الاستثمار بهدف مجال تحقيق التكامل الاقتصادي العالمي والإقليمي العربي والأوربي والأسيوي[2].

ومن قبيل الاتفاقيات الجماعية والمتعددة الأطراف نذكر في هذا الإطار كذلك وعلى سبيل المثال:

- الاتفاقية الجماعية لتشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية الموقعة في 07-01-2000، والتي تعرضت لتعريف الاستثمار بالقول:" يقصد باصطلاح الاستثمار أو المال المستثمر، كافة أنواع الأصول المستثمرة، والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية، ويقوم بها مستثمر تابع لإحدى الدول العربية المتعاقدة في أراضي دولة متعاقدة أخرى، والتي تقام وفق القوانين والأنظمة الخاصة بالدول المتعاقدة الأخرى، ويشمل على وجه الخصوص وليس الحصر ما يلي: ..."[3].

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-306، المؤرخ في 07-10-1995، والتي عرفت الاستثمار في مادتها السادسة بقولها:" هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق

---

[1]- راجع في هذا الإطار الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها وصادقت عليها الجزائر في إطار الحماية والتشجيع المتبادلتان للاستثمارات، ومنها على سبيل المثال الاتفاقية الجزائرية والاتحاد اللكسمبورغي الموقعة بتاريخ 24-04-1991 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي لعام 1991، المادة 1/ف2 ، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر: 1991/46، كذلك المادة1/ف1 من الاتفاقية الجزائرية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر في 18-05-1991، والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رق: 91-346 المؤرخة في 05-10-1991، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر: 1991/46.

[2]- من أبرز الاتفاقيات العالمية التي أخذت بالمفهوم الموسع للاستثمار، نجد اتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية (NAFTA)، ابرمت سنة 1992، بهدف إنشاء منطقة تجارية حرة ما بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك، ودخلت حيز التنفيذ في 01 يناير 1994، وتم إنشائها بهدف تحقيق تكتل اقتصادي قوي للدول الأعضاء وذلك لمجابهة التكتلات الاقتصادية الأخرى كتكتل الاتحاد الأوربي، وتأتي أهمية هذه الاتفاقية من خلال كون المكسيك وكندا لم توقعا على اتفاقية واشنطن، بعكس الولايات المتحدة الامريكية، وهو ما يطرح اشكالية تسوية النزاعات بين الدول الموقعة على اتفاقية واشنطن وغير موقعة عليها وفق آليات التسوية في إطارها، ولنا عودة لهذه الاتفاقية في الباب الثاني من الدراسة الخاص بالآليات الدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف (-عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1 2015، ص 355، وما يليها).

[3]- المادة 1 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية، الاتفاقية موجودة على شبكة الانترنيت في موقع جامعة الدول العربية.

عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية[1].

– الاتفاقية الدولية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، والتي عرفت الاستثمار بأنه:"...كافة الاستثمارات ما بين الأقطار العربية المتعاقدة وإليها سواء أكانت من الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالتها وملكية الحصص والعقارات، وتأمين الكفالات والتراخيص والامتيازات، وحقوق الملكية الفكرية ومن استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر المجلي على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين"[2].

كما عرفت عدة اتفاقيات جماعية أخرى الاستثمار كالاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار **(MIGA)**[3]، وغيرها من الاتفاقيات الدولية الأخرى الثنائية والمتعددة الإطراف التي لا نستطيع أن نذكرها كلها في هذه الأطروحة.

كذلك والجدير بذكر أن بعض الاتفاقيات الدولية الجماعية لم تتضمن أي تعريف للاستثمار، كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965[4]، بالإضافة إلى اتفاقية الشراكة الأورو– جزائرية، والتي اكتفت فقط بوضع الآليات التي يمكن من خلالها خلق مناخ مناسب للاستثمار[5].

---

[1]– المادة 6 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95–306، المؤرخ في 07–10–1995، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر:59، لسنة 1995.

[2]– المادة 01/15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لسنة 1972، ويلاحظ على هذه الاتفاقية كيف وسعت من مفهوم الاستثمار، ويقابلها بنفس المعنى تعريف الاستثمار في ظل اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغربي لسنة 1990، وفي الفصل الأول الفقرة الرابعة منها، إذ عرفت الاستثمار بأنه:"هو استخدام رأس المال في إحدى المجالات المسموح بها في بلدان إتحاد المغرب العربي، (المرسوم الرئاسي رقم: 90–420 المؤرخ في 22–12–1990، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المغاربية بشأن تشجيع وضمان الاستثمار، مرجع سبق ذكره، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والمصادق عليها بموجب الأمر رقم: 72–16 مؤرخ في 07 يونيو 1972، مرجع سبق ذكره.

[3]– أعد البنك الدولي هذه الاتفاقية كما سيأتي بيانه بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة، في عام 1985 ودخلت حيز النفاذ في 21 نيسان 1988، والتي عرفت الاستثمار على انه :" تشمل الاستثمارات الصالحة لضمان حقوق الملكية، والقروض المتوسطة أو طويلة الأجل، التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني، وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر"، ويلاحظ أن هذا التعريف يختلف عن التعريف الذي أوردته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات حيث انه ضيق إلى حد ما من حيث مجال ضمان الاستثمارات الحافظة، وعلى الأخص القروض ذات الأجل القصير"(– مرسوم رئاسي رقم: 95–345 مؤرخ في 30–10– 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار وعلى ملحقيها والمحررة بسيول في 11–10–1985، مرجع سبق ذكره).

[4]– اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5]– المادة 54 والتي جاءت في مجال ترقية وحماية الاستثمارات لم تعرف الاستثمار، وإنما نصت على إجراءات وآليات للاستثمار المشترك بين دول الاتحاد الأوربي والجزائر، وكذا الحث على وضع ترتيبات لتحديد الهوية وللإعلام حول فرص الاستثمار، والعمل على وضع إطار قانوني مشجع على الاستثمار إذا اقتضى الأمر، وكذا إبرام اتفاقيات تتعلق بحماية

وعموماً ما يلاحظ على هذه الاتفاقيات الثنائية والجماعية، انه لم تصل إلى وضع تعريف موحد للاستثمار، بالرغم من اتفاقها على عناصره كالأموال والحقوق والأملاك والأصول والحصص النقدية والعينية والخدمات، المستثمرة، أو التي أعيد استثمارها في أي قطاع أو نشاط اقتصادي مهما كان نوعه، وجاء ذكر هذه العناصر على سبيل المثال لا الحصر، وذلك لترك قدر من المرونة للاتفاقية من اجل استيعاب الأشكال الجديدة للاستثمار التي قد تظهر في ظل التغيرات المستمرة في المعاملات والعلاقات الاقتصادية الدولية[1].

وإذا كانت الاتفاقيات الثنائية تقدم تعريف عاما وموسعا للاستثمار، فذلك راجع لمصلحة الدولة المضيفة، كونها في الغالب هي من الدول النامية وتميل نحو هذا التوسع في نطاق الاستثمار، لتضمن قدراً أكبر من نسبة تدفق رأس المال الأجنبي وتحقيق التنمية الاقتصادية[2]، لذلك تعتمد هذه الدول على إيراد بيان تفصيلي للأصول الاقتصادية التي تشكل استثماراً طبقاً لتشريعاتها الداخلية[3].

وخلاصة القول أن الاستثمار "هو توظيف لكل نوع من أنواع الأصول المالية، مهما كانت طبيعتها أو نوعها، في نشاط اقتصادي معين بهدف تحقيق عوائد وطبقاً للقانون، وهو عدة أنواع وأشكال وصور".

رابعاً: أنواع الاستثمارات

تنقسم الاستثمارات إلى عدة تقسيمات أشار إليها الكثير من الكتاب والباحثين الاقتصاديين والقانونيين وفق الزاوية التي ينظر إليها، فوفق معيار الجنسية، فهي داخلية ودولية وبحسب أسلوب المشاركة في المشروع الاستثماري فهي مباشرة وغير مباشرة، ومن حيث الجهة التي تقوم به فهي خاصة وعامة(حكومية)، ووفق أجلها إلى استثمارات قصيرة الأجل ومتوسطة الأجل وطويلة الأجل، ووفق العائد الناجم عن الاستثمار

الاستثمارات واتفاقيات لتفادي الازدواج الضريبي بين الجزائر والدول الأعضاء، وتوفير المساعدة التقنية للاستثمارات الوطنية والأجنبية وضمانها.

[1] - Boudahan Mohamed, Le nouveau fondement et cadre de L'investissement en Algérie, Al Malakia, Alger, 2000, p7.

[2] – حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية، في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1992، ص ص 49-50.

[3] – حيث تقوم الاتفاقية الدولية في هذا الإطار بالإحالة على التشريع الداخلي للدولة المضيفة لتحديد مفهوم الاستثمار، كما أن هناك طريقة أخرى تعتمد عليها الاتفاقيات الدولية لتحديد مفهوم الاستثمار وهي طريقة التعداد الحصري بحيث تدرج الاتفاقية الدولية قوائم تشتمل على سبيل الحصر لا المثال الأموال والأصول الاقتصادية التي تم الاتفاق على اعتبارها من قبيل الاستثمارات بين الأطراف المتعاقدة، وتلجا الدول إلى هاتين الطريقتين (– طريقة الإحالة إلى التشريع الداخلي، وطريقة التعداد الحصري)، وذلك مخافة على اقتصادها الوطني ومشاريعها التنموية، وحماية الإنتاج الوطني من قطاع معين أو مزاحمة الاستثمار الأجنبي للاستثمار الوطني، (المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مستجدات ونصوص وأحكام الاتفاقيات الثنائية المبرمة حديثاً في مجال الاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، السنة 15، ع: 2، أفريل/2007، ص ص 13-14) والجدير بالذكر كذلك في هذا الإطار أن بعض الاتفاقيات الثنائية في محال الحماية المتبادلة للاستثمارات لم تنتهج هذان الأسلوبان في تحديد مفهوم الاستثمار، وأتت بتعريف عام يشمل جميع أنواع الأصول التي يمتلكها احد مستثمري طرف، كالاتفاقية الثنائية الخاصة بالحماية والتشجيع للاستثمارات المعقودة بين السودان والعراق، (أنظر المادة: 1/ف1 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين العراق والسودان في مجال الاستثمار، الاتفاقية موجودة على الموقع الرسمي لوزارة المالية العراقية على الموقع الالكتروني الآتي:www.mof.gov.iq، أخر زيارة للموقع 08-31-2018، الساعة 17:27.

عائد ثابت وعائد متقلب، ووفق قطاعات الاستثمار إلى الاستثمار في القطاع العام والاستثمار في القطاع المنظم وغير منظم والاستثمار في قطاع الجمعيات التعاونية وقطاع الخدمات العامة والاستثمار في قطاع الوسطاء الماليين والاستثمار في قطاع البنوك، كما تصنف الاستثمارات وفق النشاط الاقتصادي للمستثمرين إلى استثمار في المنشآت الزراعية والصناعية والخدمية وغيرها، ووفق طبيعتها إلى استثمارات حقيقية (عينية) واستثمارات غير حقيقية (مالية)، ووفق حجمها استثمارات صغيرة واستثمارات كبيرة، ووفق شكل الملكية استثمار عام واستثمار خاص واستثمار مشترك ووفق موطنها استثمارات أجنبية واستثمارات محلية وغيرها من التقسيمات التي آتى بها الفقه[1].

وعموما ما يهمنا في هذا البحث هو الاستثمار الأجنبي وأنوعه، فما هو المقصود بالاستثمار الأجنبي؟ الذي هو نشاط في الدولة المضيفة لتحقيق التنمية خاصة الاقتصادية.

أ- مفهوم الاستثمار الأجنبي:

تصنف الاستثمارات وفقاً لمعيار الجنسية، إلى استثمارات محلية واستثمارات أجنبية صادرة أو واردة، فالأولى تكون جنسية المستثمرين فيها وطنية أو محلية سواء كانوا أفراد أو مؤسسات، والثانية يكون فيها المستثمر يحمل جنسية مغايرة للبلد المضيف للاستثمار إذا كان شخص طبيعي، والشركات والهيئات الأجنبية في حالة شخص المعنوي[2]، وهذا الأخير يعتمد على عدة معايير لتحديد أجنبيته، كمعيار التأسيس حيث يكتسب الشخص المعنوي جنسية الدولة التي اتخذت فيها إجراءات تأسيسه وسجل فيها بمقتضى قانونها بصرف النظر عن جنسية أو الشركاء ومن دون اشتراط وجود مركز الإدارة الرئيسي فيها أو وجود محل الاستغلال وبصرف النظر عن محل تكوين رأس المال[3].

وتجدر الإشارة أنه لا يوجد أي معيار محدد لا في القانون الدولي ولا في القانون الداخلي للتمييز بين الاستثمار المحلي والاستثمار الأجنبي[4]، باستثناء ما تناوله الفقه والذي اعتمد جانب منه على معيار الإقامة لإضفاء صفة الأجنبي على الاستثمار، حيث يعتبر أجنبياً كل استثمار ينجز في بلد ما من طرف شخص غير مقيم، أو يتمتع بجنسية أجنبية[5].

---

[1]- مروان شموط، وكنجو عبود كنجو ، أسس الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 18 23.

- منصوري الزين، تشجيع الاستثمار وأثره على التنمية الاقتصادية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2013، ص ص 21-25.

[2] - مروان شموط، كنجو عبود كنجو، أسس الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 22-23.

[3]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 26.

[4]- الاستثمار الأجنبي كنمط من أنماط الاستثمار هو عكس الاستثمار المحلي، حيث يعرف الاستثمار المحلي بأنه": ذلك الاستثمار الذي يوجه فيه أطراف وطنية سواء أكانو أفرادا أو شركات عامة أو خاصة مداخراتهم نحو إقامة المشروعات للحصول على أرباح، فمصدر هذا النمط من الاستثمار أموال وطنية يمتلك فيها الوطنيون أغلبية رأس المال الخاص بالمشروع الاستثماري (- شعبان رأفت، التشريعات الاقتصادية، مركز القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، مصر، 2007، ص 13، وما يليها).

[5]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 150.

ويعد الاستثمار غير الوطني (الأجنبي) عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وعناصر أخرى قانونية، فمن **الناحية الاقتصادية** فقد تعرض لعدة تعريفات من قبل الاقتصاديين بين موسع ومضيق دون إعطاء مفهوم شامل ودقيق لهذا النمط من الاستثمار، ومن تعريفات الفقه الاقتصادي للاستثمار الأجنبي والذي كان سباقا في إعطاء تعريفات ومفاهيم مختلفة له باعتباره عنصرا رئيسيا في النشاط الاقتصادي نجد من يعرفه بأنه:" كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد ما من البلدان، كالاستثمار الطويل الأمد في القطاع غير نقدي (مشاريع) والقصير الأمد في القطاع النقدي (المصاريف) والاعتماد والقروض ...الخ[1].

كذلك هناك من الفقه الاقتصادي من يعرفه بأنه:" انتقال رؤوس الأموال بين بلدين بقصد توظيفها، في عمليات اقتصادية مختلفة، كشراء أوراق مالية أو أموال منقولة تدر ربحاً، أو امتلاك عقارات تعطي ربحاً، أو بقصد توظيفها في عمليات إنتاجية مثمرة، كالإقراض، أو في عمليات غير مثمرة، كحفظ النقود في المصرف أو البيت للإيداع تفادياً للأخطار التي تتعرض لها في ظروف التوتر السياسي والاقتصادي"[2].

ويعرفه كذلك أحد الفقهاء الاقتصاديين بأنه:" تخصيص رأس المال للحصول على وسائل إنتاج جديدة، أو لتطوير الوسائل الموجودة لغاية زيادة الطاقة الإنتاجية"، وقريباً من ذات المعنى عرف بأنه: "عملية اقتصادية تنطوي على توفير رأس المال، وتهيئة الظروف المناسبة لاستخدامه بقصد إنتاج سلع أو خدمات نافعة بالمعنى الاقتصادي"[3].

ومع ذلك يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي من هذه الزاوية الاقتصادية بأنه:"**انتقال لرأس المال عبر الدول بقصد التوظيف في عمليات اقتصادية مختلفة، كإنشاء مشروعات إنتاجية أو المساهمة فيها، أو الاكتتاب في الأسهم والسندات أو القروض، بهدف الحصول على عوائد مجزية، بشرط أن يتم ذلك خارج النظام القانوني والنقدي والمالي والاقتصادي للدولة المستثمرة**".

أما من **الناحية القانونية** فقد تباين الفقه القانوني، والتشريعات الوطنية الداخلية المقارنة، والدولية، بشأن تعريف الاستثمار الأجنبي، لذلك بذل رجال القانون شانه شأن الاقتصاديين مجهودات لتحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي، فقد عرفه بعض القانونيين بأنه:" انتقال للأصول المادية والمعنوية من بلد لآخر لغرض استغلالها لتحقيق الربح، وتحت السيطرة الكاملة والجزئية لصاحب الأصول[4].

وعرف آخر بأنه:" حركات رؤوس الأموال بين الدول، بعضها مع بعض، سواءاً أكانت أموالاً قصيرة الأجل أم طويلة الأجل، ويغلب عليها طابع الاستمرار، وتكون في الغالب مصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عائده في أي صورة كانت ربحاً أو فائدة أو حصصاً"[5].

---

[1]– جيل برتان، ترجمة علي مقلد، علي زمور، الاستثمار الدولي، منشورات عويدات بيروت، لبنان، ط 1 1970، ص 7.

[2]– دريد محمد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات ، مرجع سبق ذكره، ص 48.

[3]- Gordon, Robert J,Macro economics,Wesley,U.S.A,8 th addistiont , 2000, p 44.

[4]- M.Sorna Rajah, The international law on foriegn, Cambridge, London, 2004, p 7.

[5]– عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972، ص 56.

وهناك أيضاً من يعرفه بأنه:" انتقال رؤوس الأموال من الدول المصدرة إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي، وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في الدولة المضيفة"[1].

ويعرفه كذلك أحد القانونيين بأنه:"كل الأصول التي يملكها المستثمر، بشكل مباشر أو غير مباشر، والتي تستثمر في الدولة المستقطبة للاستثمار، ويتوقع الحصول على الربح من وراء العملية الاستثمارية بالنسبة للمستثمرين"[2].

وبالرغم من هذه التعريفات إلا أن الفقه القانوني اقترح تعريف دقيق وشامل للاستثمار الأجنبي يستلزم بالضرورة جمع العناصر المكونة للاستثمار الأجنبي المتمثلة في: مصدر رأس المال والذي يجب أن يكون ذا أصل غير وطني وارداً بالطرق المعتمدة قانوناً، والملكية الأجنبية لرأس المال المستثمر، ثم الحق في إعادة تصدير رأس المال وتحويل عوائده إلى الخارج.

وعليه يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي من الناحية القانونية بأنه:"**رأس مال نقدي أو عيني مادي أو معنوي (كالمعرفة الفنية والتكنولوجية والتصاميم الصناعية) وافد من الخارج مملوك لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية، للمساهمة في النشاط الاقتصادي في بلد ما بقصد الحصول على عوائد مجزية (Revenu substantiel) إذا ثبت لصاحبه الحق في إعادة تصديره مع عوائده إلى الخارج**"[3].

أما بخصوص التشريعات الوطنية الداخلية المقارنة، الخاصة بالاستثمار، وكما سبقت الاشارة إليه لم تتفق على تعريف الاستثمار الأجنبي، فهناك من التشريعات من عرفته كقانون الاستثمار السعودي وذلك في المادة1/ف1 من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي لسنة 2000، والتي نصت على مفهوم الاستثمار الأجنبي بأنه:" توظيف راس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام"[4]، وقد حذا المشرع الكويتي حذو المشرع السعودي في قانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الكويتي رقم: 08 لسنة 2001[5].

بينما هناك تشريعات أخرى لم تعرف الاستثمار الأجنبي في تشريعاتها واكتفت بعدم التمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي ومنها قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016، وقانون الاستثمار المصري لعام 2017، والذي اكتف بالإشارة في المادة الأولى إلى المقصود ببعض العبارات كالاستثمار، والمستثمر،

---

[1]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس،مصر، ع: 2، 2003، ص 226.

[2]- Suryap Subedi, International Investment, Law, Reconciling policy and principale, Oxford and portland, Oregon, 2008, p59.

[3]– دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات، مرجع سبق ذكره، ص ص 47–58.

[4]– عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1 2016، ص 40.

[5]– قانون الاستثمار الكويتي رقم: (8) لعام 2001، الملغى بالقانون 116 لعام 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، مرجع سبق ذكره.

والمشروع الاستثماري، والأموال، وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع التونسي في قانون الاستثمار رقم: 71 لعام 2016 في الفصل الاول من ذات القانون[1].

أما بخصوص التشريعات الدولية وكما أسلفنا ذكره كذلك فنظراً لأهمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في انتقال رؤوس الأموال والخبرة والتقنية والتكنولوجية بين دول مختلف دول العالم فقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية بهذف ضمان وحماية وترقية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ولتسوية المنازعات الناجمة عنه، والجزائر ابرمت في هذا المجال عدة اتفاقيات ثنائية وانضمت إلى عدة اتفاقيات في هذا المجال، وبالرجوع إلى بعض هذه الاتفاقيات الثنائية نجدها لم تعرف الاستثمار الأجنبي، وأشارت فقط إلى المقصود بعبارة "استثمار" فقط وكذا مختلف الأموال وغيرها من العبارات الاخرى، وجاء مفهوم الاستثمار على سبيل المثال لا الحصر، في ظل هذه التفاقيات الثنائية، مما يدل أن المشرع الجزائري اخذ بالمفهوم الموسع للاستثمار[2].

أما الاتفاقيات الدولية الجماعية العالمية والإقليمية فهناك من لم تعرف أصلا الاستثمار الأجنبي كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى لعام 1965، والتي صادقت عليها الجزائر، في حين هناك اتفاقيات دولية ركزت على بيان العناصر المكونة للرأس المال المستثمر، ومن هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الجماعية لتشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية لسنة 2000 في المادة1/ف1، كذلك الاتفاقية الدولية لضمان الاستثمار**MIGA** التي أعدها البنك الدولي عام 1985 ودخلت حيز النفاذ في 1988 والتي أشارت إلى الاستثنمارات الصالحة للضمان ولم تعرف الاستثمار في المادة 12 من ذات الاتفاقية[3].

كما تجدر الإشارة أن الاستثمارات الأجنبية المالية يصطلح عليها في الأدب الاقتصادي بالاستثمارات غير مباشرة أو الأجنبية في المحفظة، أما الاستثمارات الأجنبية المادية فيصطلح عليها بالاستثمارات الأجنبية المباشرة وهي موضوع الدراسة وتنقسم إلى نوعين :

1-استثمارات أجنبية مباشرة صادرة، تتمثل في الاستثمارات المادية للمواطنين مؤسسات وأفراد خارج وطنهم.

2 -استثمارات أجنبية مباشرة واردة، تتمثل في الاستثمارات المادية للأجانب غير المقيمين (مؤسسات وأفراد) في بلد ما[4].

---

[1]- أنظر المادة الأولى من قوانين الاستثمار للدول: الجزائر، تونس، مصر، مرجع سبق ذكره.

[2]- أنظر المادة1 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلتين الموقع بالجزائر عام 1993، والمصادق عليه سنة 1994، مرجع سبق ذكره، كذلك المادة 1 من الاتفاقية الجزائرية الاماراتية للتشجيع والحماية المتبادلتان الموقعة بالجزائر سنة 2001، والمصادق عليها سنة 2002، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:45، الصادرة بتاريخ 30-06-2002،)،

[3]- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016، ص ص 39-40.

[4]- عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1995 – 2005 ،رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، نوقشت سنة 2008، ص 39.

كما أن معرفة طبيعة الاستثمار بصفته أجنبياً أو وطنياً يتوقف على تحديد هوية القائم بالاستثمار والذي هو المستثمر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وهذا ما يطرح إشكالية الصفة الأجنبية في الاستثمار هل تنصرف إلى الشخص المستثمر أم إلى المال المستثمر، وما هو المعيار المعتمد في تحديد هذه الصفة الأجنبية هل هو معيار الجنسية أم معيار الإقامة سواء بالنسبة للشخص المستثمر أو المال المستثمر.

ولقد اختلفت التشريعات الوطنية وكذا الدولية في وضع معيار حاسم للتمييز بين الاستثمار الوطني والاستثمار الأجنبي وهذا ما يدل على عدم وجود معيار موحد لا في القانون الدولي ولا في القوانين الوطنية للتمييز بينهما، حيث نجد معظم التشريعات تأخذ بمعيار الجنسية على أن معرفة جنسية المستثمر سوف يؤدي إلى معرفة هوية الاستثمار ومثال ذلك المشرع السعودي الذي عرف المستثمر الأجنبي بأنه:" هو الشخص الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع فيه جميع الشركاء بالجنسية السعودية" كذلك المشرع الكويتي رأى أن المستثمر الأجنبي هو: "الشخص الطبيعي الذي يحمل جنسية غير كويتية"[1]، كذلك أخذ القانون العراقي للاستثمار لسنة 2006، بمعيار الجنسية لتحديد الصفة الأجنبية في المستثمر الطبيعي، وبمعيار التسجيل دون المركز الرئيسي أو الإدارة للشخص المعنوي المستثمر، لطبعه بالصفة الأجنبية[2].

كذلك ما ورد في بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار الثنائية أو الجماعية والتي تعتمد معيار الجنسية لتحديد الصفة الأجنبية للشخص الطبيعي ومعيار موقع النشاط للشخص المعنوي بدل من معيار الإقامة ومن ذلك الاتفاقية الفرنسية الجزائرية في المادة الأولى الفقرة الثانية والثالثة، واتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار التي أخذت بمعيار الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي والمعنوي في المادة 25 فقرة الثانية بقولها:" يعني مواطن الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ- أي شخص طبيعي له جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع...

ب- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع"[3].

وبخصوص المشرع الجزائري وبالرجوع إلى قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016 يلاحظ أن المشرع الجزائري أشار إلى مجال تطبيق قانون الاستثمار الذي يشمل الاستثمارات الوطنية والأجنبية دون تحديد معيار للفصل بينهما، غير أنه في المادة 21 من نفس القانون يظهر أنه يأخذ بمعيار الجنسية[4]، وإن كان

---

[1]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 77-78.

[2]- عبد الرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006، ص ص 176-177.

[3]- هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 25-28.

[4]- قانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار الجزائري، مرجع سبق ذكره.

يجب عليه تحديد موقفه من هذه المسألة كما هو الشأن في الاتفاقيات الدولية وحتى أحكام القضاء التي أكدت على الرجوع إلى القانون الوطني الداخلي لتحديد الصفة الأجنبية في عقد الاستثمار[1].

وبصفة عامة هناك بعض القوانين لبعض الدول من تعتمد على معيار الجنسية كالنظام السعودي وهناك من تعتمد على معيار الإقامة كالتشريع الفرنسي كأداة لتمييز المستثمر الأجنبي عن الوطني هذا فيما يخص الشخص الطبيعي، أما فيما يخص الشخص المعنوي كذلك اعتمد على ضابط الجنسية لكن بالاعتماد على عدة معايير منها: معيار التأسيس أو التسجيل، أو معيار مركز الإدارة الرئيسي أو معيار الرقابة إذا كان من يراقب هذا الشخص المعنوي ويديره أو يملك أغلبية الأسهم فيه أجنبي[2]، ولنا عودة لهذا الموضوع عندما يحين موضعه فيما يخص أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

خامساً: تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر

يقصد بهذا النمط من الاستثمار قيام المستثمر غير الوطني سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، بممارسة نشاط التجاري في دولة، بحيث يخضع هذا النشاط لسيطرته وتوجيهه، سواء كان ذلك عن طريق ملكيته الكاملة لرأسمال المشروع التجار (الشركة التجارية) أو عن طريق مساهمته مع راس المال الوطني بنسبة معينة تكفل له السيطرة على إدارة المشروع، بعبارة أخرى ان الاستثمارات الأجنبية المباشرة هي تلك الشركات التجارية أو فروعها التي يملكها غير الوطنيين في الدولة ويقومون بإدارتها سوا كانت هذه الملكية كاملة أو بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع وتوجيهه[3].

والجدير بالذكر ان الاستثمار الأجنبي المباشر وضعت له جملة من التعريفات، فقد عرفه البعض بأنه: "تلك العملية التي تقوم من خلالها منشأة ما بالاستثمار في مشروعات تقع خارج موطنها الأصلي بقصد المشاركة الفعلية وممارسة قدر من التأثير على عمليات تلك المشروعات"[4].

وهكذا فإن الاستثمار الأجنبي المباشر هو انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين اجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة[5].

وعموماً يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه "ذلك الاستثمار في المشروعات الذي تقوم به مؤسسة أو شركة أو منشأة ما خارج حدود الوطن الأم، وذلك للتأثير في العملية الاستثمارية لتلك المشروعات"[6].

---

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 140.

[2]- هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 26-27.

[3]- شعبان رأفت، التشريعات الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 13.

[4]- صفوت عبد السلام عوض الله، منظمة التجارة العالمية والاستثمار الاجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004،ص 7.

[5]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 40.

[6]- حسان لخضر، الاستثمار الأجنبي المباشر تعاريف وقضايا، مجلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ع: 3، 2004، ص3.

ويرى عبد السلام أبو قحف: أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو "الذي يشتمل على تملك المستثمر الغير وطني لجزء أو الكل من الاستثمار في المشروع مع مشاركته في إدارة المشروع الاستثماري مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك، أو سيطرته الكاملة على الإدارة والتنظيم في حالة الملكية المطلقة للمشروع الاستثماري، زيادة على قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من المواد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة"[1].

وتنقسم الاستثمارات الأجنبية المباشرة حسب ملكية المشروع ، إلى استثمارات أجنبية مباشرة خاصة، واستثمارات أجنبية مباشرة ثنائية، واستثمارات أجنبية متعددة الأطراف[2].

وبالتالي فالاستثمار الأجنبي المباشر يختلف عن **الاستثمار الأجنبي غير مباشر** والذي يتعلق بشراء المستثمرين للأسهم والسندات والأوراق المالية والقيم المنقولة ثم إعادة بيعها في السوق المالي عندما يرتفع سعرها للحصول على أرباح إضافية.

أما علاقة الفئة من المستثمرين غير المباشرين مع الشركات التي يشترون أسهمها أو الهيئات الأجنبية الحكومية أو الخاصة التي تمنح لها القروض فهي علاقة غير مباشرة، حيث لا يكون للمستثمر الأجنبي ملكية كل أو جزء من المشروع الاستثماري، ولا يتمتع المستثمر الأجنبي بالرقابة والسيطرة واتخاذ القرار في هذا الشكل من أشكال الاستثمارات[3].

ويرى البعض أن الاستثمار الأجنبي غير مباشر ما هو إلا تملك الأفراد أو الهيئات أو الشركات بعض الأوراق المالية دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم المشروع الاستثماري وإدارته[4].

ويظهر الفرق بين النوعين أي بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير مباشر لإرتباط ذلك بعقود الاستثمار في ضمان سيطرة المستثمر الأجنبي على ادارة وتوجيه المشروع الأستثماري وكذا مسؤوليته عن الخسائر والأرباح في النوع الأول، أما النوع الثاني فلا ينطوي على حق للمستثمر بالقيام بمهمة الأشراف والرقابة والادارة المباشرة، ولا يكون فيه مسؤول عن خسائر ومخاطر المؤسسة، ويهدف كذلك الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الحصول على الأرباح، ويكون فيه امتلاك كلي أو جزئي للمؤسسة، بينما يهدف النوع الثاني إلى المضاربة، وينطوي على شراء الأسهم والسندات، كما أن كلاهما استثمار طويل الأجل، ويتضمنان تحويلا دولياً لرأس المال، ويساعدان على تطوير الاقتصاد العالمي.

---

[1]- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2003، ص ص 366-367.

[2]- عادل عامر، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر وفقاً لنظام البوت، مقال منشور على شبكة الأنترنيت بتاريخ 10-08-2012، عبر الموقع الإلكتروني،www.adelamer.com، تاريخ التصفح: 07-10-2016، الساعة، 15:55.

[3]- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص 21.

[4]- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار المالي، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، 367.

ويمكن أن نشير إلى أوجه التشابه والإختلاف بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر حسب ما أورده الباحث عبد السلام أبو قحف في مؤلفه اقتصاديات الإدارة والاستثمار وذلك من خلال الجدول الآتي:

الجدول (1-1) أوجه الاختلاف والتشابه بين الاستثمار الأجنبي المباشر وغير مباشر

الاستثمار الأجنبي المباشر	الاستثمار الأجنبي غير مباشر
استثمار طويل الأجل	استثمار قصير الأجل
يهدف إلى الحصول على الأرباح	يهدف إلى المضاربة
ينطوي على اكتساب حق الرقابة	لا ينطوي على اكتساب حق الرقابة
امتلاك كلي أو جزئي للمؤسسة	شراء أسهم أو سندات
مسؤول على الخسائر والأرباح	لا يتحمل الخسائر والمخاطر للمؤسسة
الحق في إدارة المؤسسة	ليس له الحق في الإدارة
يتضمن تحويلاً دولياً لرأس المال	يتضمن تحويلاً دولياً لرأس المال
يساعد على تطوير الاقتصاد العالمي	يساعد على تطوير الاقتصاد العالمي

المصدر: عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الإدارة والاستثمار، منشورات الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1993، ص 17.

ويعتبر تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر، والذي يشتمل على العنصر الأجنبي لتحديد دولية الاستثمار ضرورة أساسية في مجال منازعات الاستثمار لاسيما فيما يخص القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي، وهذا ما يطرح إشكالية العنصر الأجنبي في الاستثمار الذي كان محل خلاف في الفقه والقضاء[1]، شأنه شأن معنى الاستثمار للتمييز بين الاستثمار الوطني والاستثمار الأجنبي فما هو تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر في القانون الدولي؟

اهتمت الكثير من المنظمات والاتفاقيات الدولية والإقليمية الثنائية والمتعددة الأطراف بتحديد مفهوم الاستثمار بصفة عامة والاستثمار الأجنبي المباشر كنمط من أنماطه بصفة خاصة، نظراً لأهميته في التنمية الاقتصادية الوطنية والعالمية على وجه الخصوص، وتباينت هذه التعريفات بين موسع ومضيق للاستثمار، استناداً إلى مجال ونشاط هذه المنظمات والاتفاقيات كما اختلفت من حيث معايير دولية الاستثمار سواء فيما تعلق بعنصر الجنسية أو الإقامة أو الرقابة.

وتجدر الإشارة أن جل الاتفاقيات الدولية وحتى المنظمات الدولية تعرضت لمفهوم الاستثمار بصفة عامة، وأشار بعضها لأنواع الاستثمار المتمثلة في الاستثمار المباشر وغير مباشر، وكذا العنصر الأجنبي وطبيعة رأس المال فيما يخص دولية الاستثمار لتمييزه عن الاستثمار المحلي، حيث أن المشرع الدولي ساير

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 123.

التشريعات الوطنية في تحديد مفهوم الاستثمار وكذا أنواعه وأشكاله ودوليته فيما يخص انتقال رأس المال، ومن هذه الاتفاقيات والمنظمات على سبيل المثال لا الحصر: **اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار** التي أعدها البنك الدولي، "إذ تقرر أن الاستثمار الأجنبي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني، إضافة إلى صور الاستثمار المباشر المختلفة"[1].

و حددت كذلك **اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات**، كافة الاستثمارات المباشرة وغير مباشرة الصالحة للتأمين بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات أومن الاستثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، ..."[2].

وفي مجال الاستثمار أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية قي مجال الحماية والتشجيع والترقية والضمان المتبادلة مع باقي بلدان العالم سواء على المستوى الإفريقي أو الأوربي أو الأسيوي أو العربي، تناولت مفهوم الاستثمار بصفة عامة ولم تشير إلى مفهوم الاستثمار الاجنبي المباشر، نظراً لمرونته، وارتباطه بالضروف السياسية والاقتصادية لكل دولة، وقدرتها على استيعاب هذا النمط على اقليمها، منها على سبيل المثال: الاتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية، والاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية، والاتفاقية الثنائية الجزائرية الرومانية، والاتفاقية الثنائية الجزائرية الاسبانية وغيرها من الاتفاقيات الدولية والإقليمية الأخرى التي انضمت إليها الجزائر كالاتفاقية المغاربية لتشجيع الاستثمار الموقعة في الجزائر يوم 23 يوليو 1990، وكذا الاتفاقية الدولية بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، وكذا الاتفاقيات المتضمنة إحداث الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[3]، أما المؤسسات الدولية المالية والاقتصادية فهي الأخرى تناولت موضوع الاستثمار لعلاقته بالتنمية وبالاقتصاد العالمي وعرفت الاستثمار الأجنبي المباشر ومنها:

أ- صندوق النقد الدولي (FMI):

يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه كل تدفق مالي إلى مؤسسة أجنبية، أو كل حيازة جديدة من حصص الملكية داخل مؤسسة أجنبية شرط أن يحصل غير المقيمين على حصة هامة في هذه المؤسسة والتي تختلف قيمتها من بلد لآخر[4]، إذ ذلك الاستثمار الذي يملك فيه المستثمر الأجنبي 10% (بالمائة) أو أكثر من أسهم رأس مال إحدى مؤسسات الأعمال بحيث يمكن له المشاركة والتأثير في إدارة المؤسسة[5]،

---

[1]- دريد محمد السمارائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات ، مرجع سبق ذكره ص 54، نقلاً من المادة 12 من اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

[2]- المادة 15 من الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[3]- م بودهان، الأسس والأطر الجديدة للاستثمار في الجزائر، الملكية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2000، ص ص 18-122.

[4] - Lindert Peter, thomas.A.Pugel , Economie international, Economica,paris, 10éme édition, 1996, p822.

[5]- مؤسسة التمويل الدولية، الاستثمار الأجنبي المباشر، صندوق النقد الدولي، رقم: 5، واشنطن،1997، ص 9.

وبذلك يختلف الاستثمار المباشر عن غير المباشر (المحفظي)، حيث هذا الأخير يقوم فيه المستثمر الأجنبي بشراء أصول الشركات بهدف تحقيق عائد مالي دون التحكم في إدارتها والسيطرة عليها[1].

وتجدر الإشارة أن هذا التعريف أخذ به القانون الأمريكي للاستثمار الدولي الصادر في 10 أكتوبر 1976 والذي رأى أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو ذلك الاستثمار الذي ينجم عن ملكية وإدارة الشخص ل 10 بالمائة أو أكثر من رأس مال المشروع وهو نفس المعيار الذي اعتمدته كذلك منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية.

ب- منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE):

عرفت الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه: " تحرير حركة رؤوس الأموال وذلك بهدف تحرير مطلق لحدود العمليات، حيث أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو ذلك الاستثمار القائم على تحقيق علاقات اقتصادية دائمة من أجل تطبيق فعلي في تسيير المؤسسات وهذا لا يتم إلا بواسطة :

* إنشاء أو توسيع مؤسسة، ملحقة، فرع .....الخ،
* المساهمة في مؤسسة جديدة أو قائمة من قبل،
* تكون هنا طبيعة القرض طويلة المدى (5سنوات أو أكثر).

كما هناك تعريف أخر لهذه المنظمة يحاول توحيد كل التعريفات التي وضعتها دول الأعضاء في المنظمة للاستثمار الأجنبي المباشر سواء الدول المصدرة له أو المضيفة ويتمثل هذا التعريف فيما يلي : "كل شخص طبيعي، كل مؤسسة عمومية أو خاصة، كل حكومة، كل مجموعة من الأشخاص الطبيعيين اللذين لديهم علاقة تربطهم فيما بينهم، كل مجموعة من المؤسسات التي تمتلك الشخصية المعنوية والمرتبطة فيما بينها، هي عبارة عن مستثمر أجنبي مباشر، إذا كان لديه مؤسسة استثمار مباشر، ويعني كذلك فرع أو شركة فرعية تابعة تقوم بعمليات استثمارية في بلد غير البلد الذي يقيم به المستثمر الأجنبي"[2].

ج- مؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED):

"هو ذلك الاستثمار الذي ينطوي على علاقة طويلة المدى، تعكس مصالح دائمة ومقدرة على التحكم الإداري بين شركة في القطر الأم (القطر الذي تنتمي إليه الشركة المستثمرة) وشركة أو وحدة إنتاجية في قطر أخر (القطر المستقبل للاستثمار)"[3].

ويلاحظ أنه على غرار التعريفات المقدمة للاستثمار الأجنبي فقد بذلت كذلك جهودا معتبرة من طرف الفقه والمؤسسات المالية والاقتصادية الدولية في سبيل وضع تعريف محدد للاستثمار الاجنبي المباشر، والتي

---

[1] – دريد محمود السمارائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات، مرجع سبق ذكره، ص66.

[2]- OCDE, définition des références des investissements, internationaux, paris, 1983, p 14.

[3]– كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2010–2011، ص 06. مأخوذة من: علي عبدالقادر علي، محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، المعهد العربي للتخطيط، مجلة جسر التنمية، الكويت، المجلد: 3، ع: 34، 2004، ص 4.

أجمعت كلها على أن الاستثمار الأجنبي المباشر **(IED)** هو استثمار حقيقي طويل الأجل في أصول انتاجية، وأن للمستثمر الأجنبي دور مؤثر على إدارة المشروع القائم في البلد المضيف للاستثمار، ويتوقف هذا التأثير على مدى مواءمة الفلسفة والسياسة السائدة في تلك الدولة مع الاستثمارات الأجنبية من جهة والشروط التي يتفق عليها المستثمر الأجنبي مع البلدان المضيفة له من جهة ثانية[1].

د- منظمة العالمية للتجارة (OMC):

عرفت المنظمة العالمية للتجارة الاستثمار الاجنبي المباشر بقولها:" الاستثمار الأجنبي المباشر يحصل عندما يقوم مستثمر مستقر في بلدما -البلد الأم **Home Contry**- بامتلاك اصل موجود في بلد **آخر Host Contry**- البلد المضيف- مع وجود النية لديه في إدارة هذا الأصل[2].

وعموماً نقول مهما تعددت تعريفات الاستثمار، يبقى الاستثمار الأجنبي المباشر هو الأسلوب المفضل لدى الكثير من الدول خاصة السائرة في طريق النمو لتحيق التنمية إذ أنه يؤدي إلى حصولها على الخبرة الفنية وفن الإنتاج المتقدم والخبرة الإدارية و التنظيمية وتوفير رؤوس الأموال الأجنبية التي تعتبر مصدر من مصادر التمويل الخارجي[3]، ويضمن أيضاً إستخدام الخبرة والوسائل الإنتاجية الحديثة، بحيث يكون من شأن ذلك أن يِدي إلى تطوير الاقتصاد الوطني وخلق فرص عمل جديدة للعمالة الوطنية، كما يتخذ هذا الاستثمار الأجنبي المباشر صوراً وأشكالاً عديدة[4].

سادساً: أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر

تختلق أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر عن تصنيفاته المختلفة، والتي تكون حسب الغرض من الاستثمار استناداً إلى الدوافع والمحفزات التي تؤدي إلى حدوثه، كالاستثمار الباحث عن الأسواق أو الموارد الطبيعية أو الكفاءة أو الأصول الإستراتجية أو حسب طبيعة النشاط الاقتصادي، كالاستثمار الأجنبي المباشر الفلاحي أو الصناعي أو الخدمي، ذلك أن صيغ الاستثمار الأجنبي المباشر تكون وفق صور تدفقه إلى الدول المضيفة[5]، ومنها:

أ- الاستثمار الأجنبي المشترك (Joint ventures):

يرى بعض الاقتصاديين ومنهم كولد **(Colde)** "أن الاستثمار المشترك هو أحد مشروعات الأعمال الذي يمتلكه أو يشارك فيه طرفان أو شخصيتان معنويتان أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة

---

[1]- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 47.

[2]- عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، العراق 2002، ص 83، أنظر كذلك: - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره ص 40.

[3]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات مرجع سبق ذكره، ص ص 63-64.

[4]- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 48-49.

[5]- ناصري نفيسة، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تمويل التنمية الاقتصادية في البلدان النامية، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان 2014، ص 129، وعبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1995 - 2005، مرجع سبق ذكره، ص 39 .

والمشاركة هنا لا تقتصر على الحصة في رأس المال بل تمتد أيضاً إلى الإدارة، الخبرة، وبراءات الاختيار أو العلامات التجارية ...الخ، أما ليفنجستون **(Livingston)** فيرى أن الاستثمار الأجنبي يعتبر مشتركاً في حالة اشتراك طرف أجنبي أو أكثر من طرف محلي سواء كان شركة وطنية قائمة أو غير ذلك للقيام بإنتاج سلعة جديدة أو قديمة أو تنمية السوق أو أي نشاط إنتاجي أخر سواء كانت المشاركة في رأس المال أو بالتكنولوجيا"[1].

ويرى عمر هاشم محمد صدقة أن الاستثمار الأجنبي المشترك هو: "استثمار أجنبي قائم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني، في شكل اتفاق بين مستثمران وطني عام أو خاص وأجنبي، ويكون لكل طرف منهم الحق في إدارة المشروع "[2]، ويتم تحديد الشكل القانوني للمشروع الاستثماري المشترك بالنظر إلى انتماء المساهمين فيه، إما إلى القطاع العام، وإما إلى القطاع الخاص، فإذا كان جميع المساهمين في المشروع (الأجانب أو الوطنيون) ينتمون إلى القطاع الخاص، يأخذ المشروع عندئذ شكل شركة الوطنية العادية، والتي تنص عليها قوانين البلد المضيف، فإذا لم يوجد نص في قوانين البلد المضيف يحدد الشكل القانوني الذي يجب أن يأخذه المشروع المشترك، فالأمر يرجع إلى إرادة المساهمين في تحديد الشكل القانوني الذي يرونه مناسباً لمشروعهم [3].

وتجدر الإشارة أن هذا الشكل من الاستثمار يحقق مزايا للدولة المضيفة للاستثمار كالمشاركة في اتخاذ القرارات، وتخفيف العبء على الاقتصاد الوطني هذا من جهة ومزايا للمستثمر الأجنبي كتقليل من المخاطر التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي كالمصادرة والتأميم. وتبنت الجزائر هذا الشكل في مرحلة الاقتصاد المختلط من خلال قانون 82-13 المؤرخ في 28أوت 1982 والخاص بالشركات الاقتصاد المختلط مع المستثمرين الأجانب عن طريق أسلوب الشراكة، والذي فشل مثل كغيره من الأساليب الأخرى التي تبنتها الجزائر قبل ذلك والخاصة بالتعاون الاقتصادي الدولي، كعقود المفتاح في اليد وعقود الإنتاج في اليد لنقل التكنولوجيا وتحقيق التنمية الاقتصادية[4].

ب- الاستثمارات الأجنبية المباشرة المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي:

وهو الشكل المفضل لدى الشركات المتعددة الجنسيات، حيث تقوم فيه بإنشاء فروع للإنتاج أو التسويق أو أي نوع من النشاط الإنتاجي أو الخدمي بالدولة المضيفة للاستثمار[5]، حيث تتردد الكثير من الدول

---

[1]- مصباح بلقاسم، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التنمية المستدامة، دراسة حالة الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 7، نقلاً عن: - عبد السلام أبو قحف" الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، مصر 2003، ص ص15-16.

[2]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2008 ، ص 11.

[3]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي مرجع سابق، ص 13.

[4]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 40-43.

[5]- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الأجنبي، بدون دار النشر، ط1، 2001، ص ص 380- 382.

خاصة السائرة في طريق النمو في السماح لهذه الشركات بالاستثمار خوفاً من التبعية الاقتصادية والاحتكار، ولو أن هذه النظرية بات مفعولها يجف في زمن العولمة واقتصاد السوق، حيث ساهمت استثمارات الشركات المتعددة الجنسيات في تنمية اقتصاديات الكثير من الدول النامية[1].

ج- الاستثمار الأجنبي المباشر في المناطق الحرة (les Zones franches):

اختلف الفقه والكتاب الاقتصاديين ، كما تباينت التشريعات القانونية الوطنية المقارنة وكذا تقارير منظمات الدولية في التعرض إليها، وعموماً يعرفها البعض بأنها " جزء من أراضي الدولة يسمح فيها بعمليات تجارية وصناعية مع دول العالم متحررة من قيود الجمارك والاستيراد والتصدير والنقد ومن هنا كانت تسميتها بالمناطق الحرة "[2]، كما تعرف المنطقة الحرة "بأنها منطقة صغيرة جغرافياً محدودة تتواجد بها أنشطة صناعية وتجارية، ويمكن أن تأخذ مجموعة من الأسماء والأشكال أو المنطقة الحرة"[3]، ويهدف إنشاء المناطق الحرة إلى تشجيع إقامة الصناعات التصديرية، ولأجل هذا الغرض تسعى الدول لجعل المناطق الحرة جاذبة للاستثمارات، وذلك بمنح المشاريع الاستثمارية فيها العديد من المزايا والحوافز والمزايا والإعفاءات[4].

د- مشروعات أو عمليات التجميع:

ويكون هذا الشكل بموجب اتفاقية تبرم بين المستثمر الأجنبي والطرف الوطني، يلتزم بموجبها الطرف الأجنبي بتزويد الطرف الوطني بمكونات منتج معين، ليصبح منتجاً نهائياً، ونقل نموذج عن التصميم الداخلي للمصنع بكل ملحقاته في مقابل عائد مادي يتفق عليه، وهذه المشروعات قد تأخذ شكل التملك

---

[1]- بن عباس حمودي، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية، دراسة حالة الصين، رسالة ماجستير، كلية علوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012، ص 21، و شريفة جعدي، محمد الخطيب نمر، محمد بركة، أثر استثمار الشركات المتعددة الجنسية على التنمية المحلية في الجنوب الجزائري خلال فترة 2006 – 2012، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، ع: 1 ديسمبر 2014 ص ص 19-20.

وقد تعددت التعريفات المعطاة للشركات متعددة الجنسيات أهمها: "عبارة عن كيان يقوم بإنتاج وتسويق السلع والخدمات وذلك بمساعدة عدة مؤسسات تقع في عدة دول"، عرفت كذلك بأنها:" تلك المؤسسات التي تقيم فروع لها في دول أجنبية، تمتلك فيها الشركة الأم حصة تتيح لها الحق في الإدارة""، ومن خصائصها ضخامة حجمها وتنوع أنشطتها الإنتاجية وانتشارها الجغرافي خارج الدولة الأم والقيام بالتحالفات الإستراتجية فيما بينها للحفاظ على مصالحها الاقتصادية المشتركة، وتعزيز قدراتها التنافسية والتسويقية، فصلاً عن مزايا أخرى كالتفوق التكنولوجي وتركيز الإدارة العليا في البلد الأصلي على كل فروعها المنتشرة في أنحاء العالم.(- دلال بن سمينة، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، محدداتها، آثارها وتوجهاتها، مرجع سبق ذكره، ص ص 15-24)

[2]- منور أوسرير، دراسة نظرية عن المناطق الحرة، مجلة الباحث، ع: 2، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2003، ص 41.

[3]- Cristhophe degryse: l'èconomie en cent et quelques nots d'actualité, Edition de boech, paris, 2007, p208.

[4]- حسين عبد المطلب الأسرج، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مجلة رسائل البنك الصناعي، الكويت ع: 83، ديسمبر 2005، ص14.

الكامل أي مائة بالمائة من المشروع الاستثماري أو الاستثمار المشترك، وقد يتضمن العقد شرط عدم المشاركة في إدارة المشروع، ونكون هنا أمام استثمار غير مباشر في مجال الإنتاج[1].

وما يلاحظ على هذا الشكل من الاستثمار أنه لا يؤدي إلى التنمية المرجوة كنقل التكنولوجيا و الخبرة الفنية، كل ما في الأمر هو عملية نقل لمواد مصنعة في دولة أجنبية مفككة، تركب داخل الدولة المضيفة.

و- الأشكال الجديدة للاستثمار الأجنبي:

إلى جانب الأشكال التقليدية للاستثمار الأجنبي المباشر توجد أشكال جديدة وحديثة له، تختلف عن سابقتها وتشترك معها، حيث تسمح للمستثمر الأجنبي من ممارسة رقابة فعلية على الشركة، دون اكتساب الأغلبية في رأس مالها الاجتماعي[2]، حيث أن هناك عدة أنماط للمشاركة في استثمارات الدول المضيفة، خاصة من طرف الشركات المتعددة الجنسيات عند غزوها للأسواق[3]، فقد تكون المساهمة في رأس المال الوطني منعدمة، ومع ذلك يكون للمستثمر الأجنبي حق الإدارة والرقابة وعلى هذا الأساس ميز الاقتصاديين بين نوعين من الاستثمارات الأجنبية المباشرة التي تقوم بها الشركات المتعددة الجنسيات في البلد المضيف:

أ- استثمار قائم على أساس المساهمة في رأس المال مع الشركة الوطنية عامة أو خاصة، وفي هذه الحالة يكون المشروع الاستثماري مملوك بالكامل للمستمر الأجنبي أو مشترك، وقد تكون المساهمة في رأس المال مساهمة صغيرة أو مناصفة أو كبيرة.

ب- استثمار غير قائم على المساهمة في رأس المال، وهو "عبارة عن علاقة تعاقدية بين شركة أجنبية وشركة وطنية دون أن يمتلك فيها المستثمر الأجنبي رأس المال، مع قدرته التفاوضية للتأثير على المؤسسة

---

[1]- حسين عبد المطلب الأسرج، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مرجع سابق، ص 14.

[2]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 151.

[3]- الشركات المتعددة الجنسيات هي: " الشركات التي تملك مشاريع كثيرة، في دول مختلفة من العالم، حيث تتميز هذه الشركات بضخامة أعمالها وأنشطتها، ويمكن القول بأن الاستثمار الأجنبي المباشر والشركات المتعددة الجنسية شيئان متلازمان، اعتاد الاقتصاديون على الجمع بينهما بطريقة مترادفة، ويطلق على هذا النوع من الشركات، شركات عابرة القرات أو الدول، وأغلب الفقه يطلق عليها الشركات المتعددة الجنسيات أو الشركات العابرة للأوطان، والتي تملك أو تدير أو تمارس بصورة مباشرة أو غير مباشرة، نشاطاً استثمارياً (انتاج، تسويق، خدمات أو غيرها) خارج حدود الدولة الأم.

وهناك العديد من الأنماط لشركات متعددة الجنسيات، مثل النمط المركزي والذي يصف الشركات المتعددة الجنسيات بأنها وحيدة الجنسية أي وطنية في الأساس، ولكنها تملك فروعا في دول وأسواق أخرى، ويتم رسم سياستها واتخاذ جميع القرارات الرئيسية في المركز الرئيسي أي في الدولة الأم، وهناك النمط اللامركزي والذي يتصف بدرجة عالية من اللامركزية في اتخاذ القرارات وحرية التصرف في جميع فروع الشركة في الخارج،، وفي هذا النمط ممكن أن تتعدد الجنسيات المالكة للشركة، كذلك النمط الجغرافي فيتميز بالتكامل والانتشار الجغرافي في ممارسة الأنشطة والعمليات على مستوى العالم، كما هناك أنماط أخرى وعديدة لهذه الشركات التي ظهرت على مسرح العلاقات الاقتصادية الدولية، (أنظر- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2011، ص ص 32-33).

الشريكة في الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي"، ويكون هذا الاستثمار في شكل عقود كعقود الترخيص وعقود الامتياز وعقود التصنيع وعقود المفتاح في اليد وغيرها من عقود الاستثمار الأجنبي[1].

وتلعب عقود الاستثمار الاجنبي المباشر دورا كبيرا في عملية التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة وذلك من خلال استغلال القدرات التكنولوجية والمالية والادارية للطرف الاجنبي، وذلك في عمليات استغلال الموارد الطبيعية والتصنيع والإنشاء وغيرها من المشروعات المحددة في خطط الدولة التنموية، حيث تسعى الدول من خلال ابرامها لعقود الاستثمار إلى الحصول على الاستثمار الاجنبي الخاص المباشر لتحقيق التنمية بمختلف ابعادها خاصة الاقتصادية[2]، بمعنى ان عقود الاستثمار الاجنبي المباشر تعتبر من الوسائل القانونية لتنفيذ هذه الاستثمارات الاجنبية المباشرة على اقليم الدولة المضيفةّ[3]، والتي سنتطرق إليها في هذا الفرع الثاني من هذا المطلب الاول الموسوم بـ: مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لارتباطها بموضوع الدراسة، المتعلق بآليات فض منازعتها، ذلك أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عادة ما يكون أحد أطرافها أجنبي والطرف الأخر وطني، فما هي هذه العقود وما هي نماذجها المختلفة وكيف يمكن أن نميزها عن غيرها من العقود.

الفرع الثاني: تعريف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

عادة ما تقوم دول العالم، خاصة السائرة في طريق النمو بإبرام عقود مع الأجانب لتنفيذ خططها الاقتصادية والتنموية، عندما تعجز عن ذلك لعدة أسباب، كعدم امتلاك رؤوس الأموال الكافية، ونقص الإطارات الفنية، والافتقار للتكنولوجيا وأساليب الصناعة الحديثة، والتقنيات المتطورة، والتي عادة ما يتمتع بها المستثمر الأجنبي، الباحث عن الأسواق العالمية التي تخدم مصالحه المالية من جهة، (العائد المالي الذي تحققه عقود الاستثمار الأجنبي المباشر)، وفي سبيل الوصول لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية المرجوة للدول النامية من جهة أخرى، إذ تتنوع وتتعدد هذه العقود مثل: عقود تنفيذ المشاريع كشق الطرقات وفتح القنوات وبناء السدود، وعقود استغلال الثروات الطبيعية في البلاد ونقل التكنولوجيا...الخ[4].

لهذا كان من الضروري البحث في دراسة هذه العقود من خلال بيان تعريفها وكذا أنواعها وتمييزها عن غيرها من العقود الدولية، في ظل انتشار ما يعرف بالعقود النموذجية للاستثمار الأجنبي المباشر، ودفاتر

---

[1]- طلال زغبة، وعبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي غير القائم على المساهمة في راس المال وأثارها على التنمية الاقتصادية في الدول النامية، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير، والعلوم التجارية،ع: 11، 2014، ص، ص ص 171-172.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 64-65.

[3]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سابق، ص 95-96.

[4]- عالية يونس الدباغ، وونس مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت، جامعة الموصل، كلية القانون، العراق، المجلد 17، ع:2، ص357.

الشروط المحددة للحقوق والالتزامات في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر المبرم بين الدولة أو إحدى هيئاتها والمستثمرين الأجانب اشخاص طبعيين أو معنويين.

أولاً: التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تختلف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عن عقود الاستثمار الأجنبي غير المباشر، فهذه الأخيرة والتي هي غير معنية بالدراسة فيقصد بها حسب الفقه القانوني بأنها: " تلك العقود الذي يتخذ محلها شكل قروض مقدمة من الافراد، أو الهيئات، أو الشركات الأجنبية، أو يكون محلها في شكل اكتتاب في الأسهم والسندات المالية الصادرة من الدول المستقبلة، أو هيئاتها التابعة لها، أو الشركات التي تنشأ فيها على ان لا يكون للمستثمر الأجنبي من الأسهم ما يخوله حق ادارة الشركة والسيطرة عليها"[1].

كما تعرف بأنها "عقود استثمار في الأسهم و السندات الخاصة أو العامة من اجل الاسفادة من ارباح تلك الأسهم والسندات عن طريق المضاربة في اسواق الدول المضيفة له، بمعنى ان تقوم دولة معينة في شراء أسهم وسندات في الدولة المضيفة للأستثمار بقصد المضاربة، وتتم عادة من مؤسسات التحويل كالبنوك وشركات التامين"[2].

ويمكن كذلك ان تتخذ عقود الأستثمارات الأجنبية غير المباشرة صوراً عدة منها :شراء السندات الدولية، وشهادات الايداع المصرفية الدولية المقدمة بالعملات الأجنبية، وشهادات الايداع في سوق العملات الدولية، شراء سندات الدين العام، أو الخاص، شراء القيم المنقولة، الايداع في البنوك المحلية، شراء الذهب والمعارف النفيسة، قروض الحكومات الأجنبية العامة والخاصة سواء أكانت طويلة أم متوسطة الاجل...الخ[3].

أما عقود الاستثمار الأجنبي المباشر فلم تتعرض المعاجم اللغوية لتعريفها وإن كان هناك تعريف لكل مفردة على حدة (عقد، استثمار، أجنبي، مباشر) أما الفقهاء والأساتذة تعرضوا لتعريف عقود الاستثمار بصفة عامة غير أنه لم تتم الإشارة إلى مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كمصطلح دقيق بل كانت هذه التعريفات مرادفات ووصفيات.

فقد عرف بعض الفقه عقد الاستثمار الأجنبي بأنه: "عقد يبرم بين الدولة وبين شخص أجنبي خاص بقصد تنمية موارد الثروة الطبيعية الموجودة بإقليم الدولة"[4]، "ووصفها البعض بقوله: "إن تعبير اتفاقات الاستثمار عبر الدولية يشير إلى العلاقات القانونية التي تدخل الدولة فيها، والتي تكون عموماً من أقطار العالم الثالث، أو شركاتها في اتفاق مع مستثمر أجنبي، والتي عادة ما يكون شركة عبر الدولية أو أكثر مما يدخل تحت هذا التحديد، من أجل إقامة مشروع استثماري".

---

[1]– دريد محمود السمارائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات، مرجع سبق ذكره، ص 66.

[2]– هناء عبد الغفار السامرائي، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2002، ص 17.

[3]– صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 46-47.

[4]– عالية يونس الدباغ، وونس مقداد، عقد الاستثمار، مرجع سابق ص 347.

هذا بالإضافة إلى وصفها من طرف جانب من الفقه بأنها: "عقود للتنمية الاقتصادية في إطار تعاون طويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص الأجنبي المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي قد تستخدمها لتعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة"[1].

أما الفقيه (**BERNARDI**) فقد عرفها بأنها: "العقود المبرمة من طرف الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار".

كما عرفها الأستاذ عصام الدين القصبي بأنها: " كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار الخطط الاقتصادية للبلاد"[2].

كما نجد تعريف شبيه لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال تعريف الموسوعة العربية للعقد الدولي، هذا الأخير ينطبق مع عقد الاستثمار الأجنبي، إذ تصف العقود الدولية بأنها: " تلك العقود التي تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بوساطة إحدى هيئاتها العامة أو التي تعمل لحسابها، وبين شخص أجنبي، طبيعي أو اعتباري، غالباً ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات، بقصد القيام بعملية تجارية محددة تتعلق بالبيع والشراء، أو بالاستيراد والتصدير، أو باستغلال ثروة طبيعية، عبر إنشاء مشروع استثماري، في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء كان مبلغ من المال، أم حصة من الثروة المستخرجة، أو نسبة من الأرباح المحصلة.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يحتوي في مضمونه على عقد الاستثمار الأجنبي، مما يدل على أن العقد الدولي أوسع نطاقا من عقد الاستثمار، وبالتالي هذا الأخير من وجهة نظرنا هو ذلك العقد الذي يكون طرفاه دولة ذات سيادة أو أحد الهيئات التابعة والتي تعمل لحسابها من جهة، وشخص أجنبي (طبيعي أو معنوي) تابع لدولة أخرى أي المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، ويكون موضوع هذا العقد إحدى مشاريع التنمية الاقتصادية التي تندرج ضمن مفهوم الاستثمار لهذه الدولة[3].

كما أنه يستفاد من المادة 25/ف1 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، حين أقرت باختصاص المركز بالمنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، والمقصود هنا عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي هي:" تلك العقود التي تبرمها الدولة باعتبارها شخص من أشخاص

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 12– 13.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 12.

[3]– وليد لعماري، استمرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، ع: 9، جوان 2016، ص 338.

القانون الدولي يتمتع بالسيادة، مع المستثمر الأجنبي باعتباره شخص من أشخاص القانون الخاص تابع لدولة غير الدولة المضيفة، وذلك في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية (مجالات الاستثمارات المفتوحة)[1].

وتجدر الإشارة أن هناك تعريفات لعقود الدولة اشتملت على بعض عناصر عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كتعريف الفقيه **Jean Pier regli** لعقود الدولة حيث يرى: "أن عقود الدولة شبيهة بعقود القانون العام طرفها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة وشخص طبيعي أو اعتباري، وتتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل وتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية كما أنها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتوزيع المنتجات الأولية وهو يقتضي انجاز تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة مما يجعل هذه العقود عقود طويلة المدة نسبياً، كما اعتبر هذه العقود بما تشتمله من استثمارات ضخمة تهدف لتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها"[2].

وتعرف الدكتوراه حفيظة السيد الحداد عقد الاستثمار في مجال النفط باعتباره من أنواع العقود للاستثمار الأجنبي المباشر بانه:"العقد الذي بواسطته تمنح الدولة مشروعاً أجنبياً حقاً مطلقاً له في البحث على إقليمها عن النفط واستخراجه واستغلاله، وذلك خلال فترة زمنية محددة"[3].

كذلك قد تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود، حيث وصف المحكم **CAVIN** في تحكيم **SAPPHIR** ضد شركة النفط الإيرانية عقد الاستثمار بأنه:" عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، وكل هذا العقد لا ينصب العمليات التجارية، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية الحق في استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام"[4].

كما خلت التشريعات الوطنية المقارنة من تحديد مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ولم تشير إلى ماهية العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، وإن أشارت إلى مفهوم الاستثمار بصفة عامة وكذا أجنبيته ومكونات رأس المال، باستثناء قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017[5]، الذي أورد في المادة 88 مصطلح عقود الاستثمار وركز على أن أحد أطراف هذه العقود هو الدولة أو إحدى الجهات أو

---

[1]– وليد لعماري، استمرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 337–338.

[2]– عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص 16.

[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 175، وبالمناسبة فقد تعرض عقد الاستثمار الأجنبي المباشر للنفط لعدة تعريفات فهناك من يعرفه بأنه:" "ذلك العقد الذي تمنح الدوله بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث،أو التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في اقليمها أو جزء منه، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدوله على فرائض معينه".
(- v: Leboulanger Philip, Les contract enter etats et enter , paris, 1985, p14.)

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص، ص 12، 13.

[5]– أنظر المادة 88 من قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017، مرجع سبق ذكره.

الهيئات أو الشركات التابعة لها، وهذا ما يطرح إشكالية تنوع العقود الدولية، وكذا تمييز عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عن عقود الدولة، واختلاطها بالاتفاقيات والمعاهدات الدولية ، وكذا خصائص هذه العقود.

ثانياً: تنوع العقود الدولية وتمييزها عن العقود الداخلية والاتفاقيات الدولية

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث أثر قانوني يتمثل في التزام شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو امتناع عن عمل، لشخص أخر أو أكثر مقابل تعويض مادي أو عيني، وقد عرفته التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الفقه القانوني، إذ يعرف القانون المدني الجزائري في المادة 54 العقد بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، وهذا التعريف تقابله المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، المعدل والمتمم[1].

فهذا التعريف العام ينطبق أيضاً على العقود الدولية، لكن هذه الأخيرة تتميز باختلاف المراكز القانونية وعدم التكافؤ، فالعقود الدولية التقليدية أو الحديثة تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو بواسطة هيئاتها العامة التي تعمل لحسابها وبين شخص اعتباري أو طبيعي، والذي غالباً ما يكون في عقود التنمية الاقتصادية، شركة خاصة، كالشركات المتعددة الجنسيات، وهذا بعكس العقود الداخلية فهي بحكم طبيعتها تبرم بين أفراد الدولة، وهي غالباً عقود مسماة، سواء في القانون العام أو الخاص، بمعنى العقود الدولية تتسم بعدم التكافؤ القانوني والاقتصادي في المراكز، كما يمكن تمييزها عن الاتفاقات والمعاهدات الدولية، والتي تبرم بين شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي(الدول والمنظمات الدولية)، حيث نظمت الأعراف الدولية وكذا اتفاقية فينا للمعاهدات لسنة 1969 كل ما يتعلق بها من أحكام[2].

ثالثاً: عقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية

تعتبر العقود الدولية التجارية وسيلة لتسيير التجارة الدولية، ونظراً لعدم وجود تعريف متفق عليه للعقد التجاري الدولي باستثناء بعض الاتفاقيات الدولية في مجال قانون التجارة الدولية، منها: اتفاقية فينا للبيع الدولي لسنة 1980 وصعوبة تعريف عقد التجارة الدولي، نجد بعض الفقه عرفه بأنه: "مجموعة من التصرفات القانونية الاتفاقية التي تجري بين أطراف متصلة بالقانون الخاص لإجراء معاملات تجارية دولية بينهم" أي عقد التجارة هو عقد ذو طابع تجاري مدني ينظم علاقات القانون الخاص، التي تتوافر على العنصر الأجنبي شبيهة إلى حد ما بقواعد القانون الدولي الخاص، ومن مميزات عقود تجارة الدولية أنها عقود نموذجية وتقوم على مبدأ سلطان الإدارة ومنها: عقد البيع الدولي[3]، وتتشابه عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مع عقود التجارة الدولية في كون أنه من الممكن أن يكون أحد طرفي العقد الدولة في هذه الأخيرة

---

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009، ص ص 41-42.

[2]- ماهر ملندي، العقود الدولية، بحث منشور في الموسوعة العربية على الموقع الإلكتروني:www.arab.encyclopedia.com ، تاريخ التصفح: 29-09-2016 على الساعة: 10:20 صباحاً.

[3]- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2009، ص ص 156-157.

خصوصاً مع توسع التجارة الدولية وازدياد الاستثمارات وتأثير العولمة على جميع نواحي الحياة([1])، كما يمكن أن يتضمن عقد التجارة الدولية بعض الشروط الذاتية المميزة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر كشرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم مثل: عقود بيع المجمعات الصناعية[(2)]، وهذا ما يطرح إشكالية تداخلها مع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وصعوبة تمييزها.

رابعاً: عقود الاستثمار وعقود الإدارية الدولية

تعرض العقد الإداري الدولي لعدة تعريفات من طرف الفقه، وقد تضمنت هذه التعريفات بعض عناصر عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة عامة، خاصة فيما يخص أطرافه ودوليته وكذا الشروط غير مألوفة التي يتضمنها كشرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم وغيرها، ومن تعريفات الفقهاء نجد تعريف الفقيه **piére régli** الذي عرف العقود الإدارية الدولية بأنها: "عقود طويلة المدة طرفها هما الحكومة أو جهاز تابع لها من جهة وشخص أجنبي طبيعي أو اعتباري من جهة أخرى وتتعلق هذه العقود باستثمارات ضخمة، وتتضمن شروط ومزايا غير مألوفة"[(3)]، كما عرفها الدكتور محمد عبد العزيز بكر بأنها: " العقود المبرمة بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي، بغرض إنشاء التزامات تعاقدية، وقد تستخدم فيها الدولة أساليب السلطة العامة أو لا تستخدمها"[(4)].

وبالرجوع إلى هذه التعريفات نجد أحد طرفي هذه العقود الإدارية الدولية هو الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، ولقد أخذ هذا العنصر(الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها) جدل في الوسط الفقهي القانوني وأفرز اتجاهين:

أ الاتجاه المضيق لعقود الدولة:

والذي يرى أن مصطلح عقود الدولة يقتصر فقط على العقود التي تبرمها الدولة بنفسها من خلال من يمثلها قانوناً، أما العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها فهي تخرج عن دائرة العقود الإدارية الدولية وتعد من قبيل عقود التجارة الدولية التقليدية.

ب الاتجاه الموسع لعقود الدولة:

فيرى أن عقود الدولة تشتمل علاوة على العقود التي تبرمها الدولة بنفسها العقود التي تبرمها الأجهزة التابعة لها، وارتكز هذا الاتجاه وهذا الراجح على اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار، حيث تقضي المادة 53 منها ب:"يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة

---

[1]- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص ص 11-12.

[2]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره.

[3]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محكمة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الازاريطة، مصر، 2008، ص 65.

[4]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 65.

بين الدولة المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز"، وفي هذا الشأن ترى الأستاذة الدكتورة حفيظة السيد حداد "أن هذه الأجهزة أنشأت خصيصاً لتحل محل الدولة في إطار العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية وهو ما دعمه الاجتهاد القضائي الدولي في الكثير من أحكامه والذي اعتبر العقد المبرم بواسطة الأجهزة التابعة للدولة عقود دولة مثلها مثل العقود التي تبرمها الدولة بنفسها والتي تختلف عن عقود التجارة الدولية التقليدية[1].

ويبقى الإشكال مطروح فيما يخص العقد الإداري الدولي، فيما يخص الشروط الموضوعية التي أتى بها الفقه الإداري الفرنسي فيما يخص نظرية العقد الإداري الدولي ففضلاً عن العنصر الأجنبي إذ لبدا أن يتصل العقد الإداري بتسيير مرفق عام وأن يتضمن العقد شرطاً غير مألوفاً، ويهدف إلى تحقيق الصالح العام ولنا عودة لهذا الموضوع في الفصل الثاني عند دراستنا للقانون الواجب التطبيق.

ومهما اختلف الفقه فيبقى مصطلح عقود الدولة هو المصطلح العائلي والأصل لكافة العقود الدولية سواء الإدارية أو التجارية التقليدية أو الاستثمارية الحديثة.

خامساً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وعقود الدولة

يقصد بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر تلك العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، مع شخص أجنبي خاص طبيعي أو معنوي في مجال الاستثمار، يتم بمقتضاها الإسهام في التنمية الوطنية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون، مع تمكين المستثمر الأجنبي من حق الرقابة والإدارة على المشروع الاستثماري، هذا التعريف الذي يمكن استنباطه من خلال ما تناوله الفقه والقانون المقارن لمفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر، كما أطلق الفقه على عقود الاستثمار الأجنبي "اتفاقات التنمية الاقتصادية" وتعرضت هذه الفكرة للنقد، في كون أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، لا تهدف إلى تحقيق التنمية في البلد المضيف فقط، بقدر ما يسعى فيها المستثمر الأجنبي إلى تحقيق الربح وهو هدفه الرئيسي.

وبالرجوع إلى النظرية العامة للعقود الدولية نجد هناك تداخل بين عقود الدولة وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء من حيث الأطراف أو الهدف، أو المدة أو الموضوع فعقود الدولة، هي عقود غير مسماة والفقه هو من أطلق هذه التسمية عليها، إذ تطور عقود الدولة من تقليدية إلى حديثة تحت مظلة عقود التنمية الاقتصادية كعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، هو الذي أفرز هذا النظام الجديد في نظرية العقد الدولي، والتي هي عقود تبرمها الدولة في إطار العلاقات الدولية الاقتصادية مع متعاقد ينتمي إلى دولة أخرى، وتتميز عقود الدولة كغيرها من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بطول مدتها، ويبقى الإشكال مطروح فيما يخص المعايير المعتمدة للتفرقة بين اتفاقات التنمية الاقتصادية وعقود الدولة وعقود الاستثمار الأجنبي

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 23.

المباشر التي تمنح للطرف الأجنبي بعض الحقوق والامتيازات كحريته في الاستيراد والتصدير والحصول على بعض المزايا الضريبية والجمركية[1].

سادساً: تصنيفات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ونماذجها

ظهرت عدة معايير للتصنيف العام لعقود الدولة من طرف الفقه التقليدي والمعاصر والذي جعل من عقود الاستثمار الأجنبي فرعاً من فروع عقود الدولة، ومع تطور الذي يشهده العالم على كافة الأصعدة، أصبح من العسير تصنيفها ليبقى المعيار الموضوعي هو المناسب في عملية التصنيف، وفي إطار العلاقات الدولية الاقتصادية، لجأت الدول خاصة النامية إلى عدة أساليب قانونية منها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود امتياز البترول ، وعقود المفتاح في اليد وعقود المنتوج في اليد وشركات الاقتصاد المختلط، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود بناء المصانع وعقود التعاون الصناعي وغيرها من العقود الدولية الإستثمارية التقليدية أو الحديثة من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية المختلفة.

أ- معايير تصنيف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

ظهرت معايير تقليدية ومعايير حديثة لتصنيف عقود الاستثمار الاجنبي من ضمن عقود الدولة ومن هذه المعايير التقليدية نجد معيار الاستاذ فليب كان **(kahn)** والذي رأى أن عقود الدولة والتي منها عقود الاستثمار تقسم إلى ثلاثة أصناف وهي:

1- عقود التبادل كعقود البيع،

2- عقود الإنتاج كعقود الاستثمار والتعاون الصناعي،

3-عقود التموين كعقود امتيازات البحث والتنقيب عن البترول[2].

واتجه فريق أخر من الفقه إلى اعتماد معيار معتمد في تقسيم العقود الداخلية وطبقه على العقود الدولية وهو معيار عقود القانون الخاص والقانون العام، حيث اعتبر عقود القانون الخاص التي تبرمها الدولة عقود الدولة الخاصة، وعقود القانون العام التي تبرمها الدولة عقود الدولة الإدارية، ولإعمال هذا المعيار آتى بفرضين:

أ- إذا تضمن العقد الدولي المبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي شروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص فهو عقد دولة إداري ويخضع لقواعد القانون العام الداخلي.

ب- إذا خلا العقد الدولي المبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي من الشروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص فإن العقد يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص كعقود الدولة العادية[1].

---

[1]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، من ص ص 19-21.

أنظر كذلك:- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 2001، ص5.

[2]- عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة آسيوط، مصر، 1992، ص 35، انظر كذلك عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 32.

ونظراً للنقد الموجه للمعيارين السابقين، في كون معيار "كان" قد يصعب تطبيقه على بعض النماذج من العقود، في ظل الانتشار الواسع لها، وظهور أشكال جديدة من عقود الاستثمار وتطور عقود الدولة بصفة عامة، وبخصوص معيار تمييز العقود الداخلية بين عقود القانون العام والقانون الخاص، فمن الصعب كذلك إعماله في هذا الصدد نظراً لصفة الأجنبية لهذه العقود، لذلك ظهر المعيار الموضوعي التي آتى به الفقه المعاصر، وهو المعيار المناسب لتصنيف العقد الدولي تحت أية مسمية بما فيها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فهذه الأخيرة متعددة حسب موضوعها وكلها تهدف إلى المساهمة في تحقيق التنمية والتعاون الاقتصادي الدولي من جهة وتحقيق الربح من جهة أخرى[2].

ب- عقد امتياز البترول:

"هو من العقود التقليدية بواسطته تمنح الدولة لمشروع أجنبي حقاً خالصاً له وقاصراً عليه في البحث في إقليمها عن البترول واستخدامه واستغلاله وذلك في خلال مدة زمنية محددة"[3]، وقد أبرمت الغالبية العظمى من الدول العربية هذا الشكل التعاقدي، لاسيما في منطقة الخليج العربي، بعد اكتشاف البترول والغاز الطبيعي في هذه المنطقة بكميات كبيرة، خاصة في دول المشرق العربي كمصر والكويت وسوريا، أما دول المغرب العربي كتونس والجزائر والمغرب فقد كانت تحت السيطرة الاستعمارية الفرنسية، حيث افتقرت الدول العربية إلى الخبرة العلمية والتكنولوجية اللازمة لعمليات التنقيب والاستخراج والإنتاج البترولي[4]، وتميزت هذه العقود بطول المدى، وكان طرفها الدول والشركات الأجنبية العملاقة خاصة الغربية، الأمر الذي كان معه نوعاً من الهيمنة الاقتصادية وعدم التكافؤ الاقتصادي[5].

وفي هذا الشأن كانت الشركات الأجنبية المستثمرة في مجال البترول تتمتع بمجموعة من المزايا الهائلة، نظراً للتفاوت في القوة في المركز القانوني بين الدولة الأم المالكة للبترول وبين الشركات الأجنبية المستثمرة[6]، التي كانت تسيطر على جميع مراحل صناعة البترول في مقابل عوائد معينة تحصل عليها

---

[1]- عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، مرجع سابق، ص 35-36.

انظر كذلك عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الاجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 33.

[2]- عوض الله شيبة الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، مرجع سابق، ص 38.

انظر كذلك : هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص ص 181-182.

[3] - حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص 175.

[4]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 77.

[5]- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية 2015، ص، 36.

[6]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سابق، ص 86.

الدول المتعاقدة المنتجة، لكن مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لهذه الأخيرة تغير هذا الشكل التعاقدي التقليدي إلى شكل أخر عرف ب"**عقود التنمية الاقتصادية**"، وتحولت الدول المنتجة للبترول إلى دول مصدرة له في إطار عقود المشاركة وعقود المقاولة وعقود اقتسام الإنتاج[1].

ت- عقود المشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج البترولية:

جاء عقد المشاركة كصورة حديثة لعقد امتياز البترول، حيث تكون الدولة المضيفة للنشاط الاستثماري البترولي شريكة مع المستثمر الأجنبي في مجال الاكتشاف والاستغلال والتسويق، وتتحقق هذه المشاركة، إما بإنشاء مشروع مشترك أو شركة بين الدولة والمشروع الأجنبي[2]، وتختلف عقود المشاركة عن الشراكة الأجنبية والتي هي الأخرى تعد شكلاً من أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي تلجأ إليها الدول النامية، فهذا الأخير يقوم على الإنفراد بالإنتاج والملكية الكاملة لرأس المال في بعض الحالات أما عقود الشراكة فهي تهدف إلى التعاون والتشارك في إدارة المشروع وتحمل المخاطر[3].

وقد عرفت الجزائر(عقود الشراكة) في مرحلة الاقتصاد الموجه سنة 1982 من خلال ما يعرف بشركات الاقتصاد المختلط بموجب قانون 82 – 13 المؤرخ في 28 أوت 1982 الملغى والخاص بتنظيم النشاط الاستثماري للأجانب في الجزائر خارج قطاع المحروقات إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 93 -12 المؤرخ في 10 أكتوبر 1993 الخاص بترقية الاستثمار و الملغى هو أيضاً بالأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار والذي لم يضع سقفاً محدداً لمساهمة الطرف الأجنبي، مما يسمح لهذا المستثمر التملك الكامل (100 %) لأي استثمار يقوم به، باستثناء بعض القطاعات الإستراتجية كقطاع المحروقات وذلك ما نص عليه قانون المحروقات رقم: رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل والمتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 و بالقانون رقم 13 – 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، حيث تمتلك سوناطراك نسبة 51 % عن أية عقود تجريها في مجال البحث والاستغلال[4].

---

[1]- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص ص 172-173.

[2]- محمد حسين منصور،العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندارية، مصر، 2009، ص 18.

[3]-CARREAU Dominique, JUILLARD Patrick, Droit International économiques, 4eme edition, L.G.D.J.DELTA, 1998, p388.

[4]- بوحنيفة قوي ، خميس محمد ، قانون المحروقات في الجزائر و إشكالية الرهانات المتضاربة ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ع: 9، جوان 2013 ، ص 152.

أنظر كذلك المادة 58 من الأمر 09-01 المؤرخ في 27 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي والمتممة للأمر 01-03 المتضمن قانون تطوير الاستثمار الملغى والتي نصت على أن : " لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية نسبة 51 % على الأقل من رأس المال الاجتماعي، ويقصد بالمساهمة الوطنية جميع الشركاء "، كما نص قانون ترقية الاستثمار 16-09 الجزائري في المادة 30 منه على تمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب..."

أنظر كذلك المادة 46 من الأمر 10 -01 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لعام 2010، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 46 والمعدلة بالمادة 57 من قانون 13-08 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية لعام 2014، مرجع سبق ذكره.

أما عقد المقاولة البترولية كنمط من أنماط عقود الاستثمارات النفطية والتي ظهرت في المكسيك ثم إلى الأرجنتين وصولاً إلى الشرق الأوسط حيث أبرمت الشركة الفرنسية للبحث والأنشطة النفطية والمسماة "ايراب" عقد مقاولة نفطي مع الشركة الوطنية الإيرانية سنة 1966، فهي عقود تبرمها الشركات الوطنية مع الشركات الأجنبية على وجه الدوام، تكون فيه الشركة الوطنية هي المالك الوحيد للنفط المنتج، وتحسب عليها تكاليف العملية النفطية التي وتقوم بها الشركة الأجنبية فهذه الأخيرة تعد مجرد مقاول يعمل لحساب الشركة الوطنية وليس صاحب امتياز أو شريك للشركة الوطنية كما سبق ذكره وإن كانت تقوم بإدارة عمليات البحث والتنقيب والاكتشاف، وتتميز هذه العقود بقصر مدتها بخلاف عقود الامتياز والمشاركة وتولد التزامات في ذمة أطرافها[1].

وبخصوص عقود اقتسام الإنتاج، فقد لجأت الدول النامية لهذه العقود على غرار بعض دول أمريكا اللاتينية كالمكسيك لتشجيع استثمارات الشركات الأجنبية وكذا الاستفادة من الخبرات الفنية والتكنولوجية التي تتمتع بها في مجال التنقيب والكشف والإنتاج البترولي، ومن مميزات هذه العقود أنها تقيم التوازن العادل بين حقوق الدولة السيادية في ملكيتها لثروتها النفطية والتحكم في إنتاجها وبين حقوق الشركة المستثمرة التي لها هامش من الربح المعقول لا يتجاوز 3%، ولها حق إدارة العملية الاستثمارية من بدايتها إلى نهايتها ومن أمثلة هذه العقود الاستثمارية بنظام اقتسام الإنتاج ما أبرمته دولة العراق سابقاً مع الشركات الصينية لتطوير حقل (الاحدب) ومع الشركات الروسية لتطوير حقل (غرب القرنة)، ويمكن الإشارة إلى أن هذه الأنماط المختلفة من العقود النفطية بما فيها عقود الامتياز والمشاركة والمقاولة واقتسام الإنتاج نصت على آلية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها[2].

ث- عقود التعاون الصناعي:

هي من العقود الدولية، نشأت حديثاً نظراً للتطور العلمي والتكنولوجي الذي كانت تتصف به الدول العظمى وحاجة الدول النامية إلى نقل التكنولوجيا والصناعة إليها، الأمر الذي دفع بالشركات الكبرى المتعددة الجنسيات إلى السيطرة على هذه العقود، ويعرف بشار محمد الأسعد في مؤلفه عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة التعاون الصناعي بأنه: "صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطوير من أجل الآثار الاقتصادية المستهدفة"[3].

وما داما موضوع هذه العقود هو التعاون الصناعي بنقل الخبرة الفنية والتكنولوجية وكذا المساعدة الفنية فقد أخذت عدة أشكال على غرار عقود البترول، والتي تعتبر من أنماط عقود التعاون الصناعي، وتجدر الإشارة كذلك أنه حتى عقود التكنولوجية الدولية في حد ذاتها متعددة ويميز فيها الفقه بين العقود البسيطة

---

[1]- محمد يونس الصائغ، أنماط عقود الاستثمارات النفطية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد ،المجلد 12، ع: 46، 2010، ص ص 279-283.

[2]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 123-127.

[3]- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 56.

والعقود المركبة، كما تتعد وسائلها التعاقدية في نقل المعرفة الفنية غير أن التي تعنينا في هذه الدراسة الوسائل التعاقدية الاستثمارية الدولية عن طريق المشروعات المشتركة والاستثمارات الأجنبية المباشرة، وعليه فعقود التعاون الصناعي منها:

1- عقود نقل التكنولوجيا:

حرصت البلدان النامية على استيراد التكنولوجيا وقدراتها من الدول الصناعية، وقد تم نقل هذه التكنولوجيا عن طريق عقود مختلفة قد تكون تجارية دولية أو استثمارية دولية، وفي هذا الصدد نجد التشريع المصري يعرف عقد نقل التكنولوجيا في قانون التجارة رقم: 18 لسنة 1999 فيما يخص الأحكام القانونية الخاصة بنقل التكنولوجيا، حيث نصت المادة 73 على أن:" عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد تكنولوجيا، أو كان مرتبطاً به"[1].

وكما سبقت الإشارة إليه أن الفقه يميز بين عقود التكنولوجيا البسيطة وعقود التكنولوجيا المركبة حيث أن محل عقد نقل التكنولوجيا قد يقتصر على صورة واحدة وهي نقل المعرفة الفنية دون مراحل أخرى كتقديم الخدمة والمساعدة الفنية وحينها يتحول عقد نقل التكنولوجيا البسيط إلى مركب من عدة عقود[2].

وتختلف عقود نقل التكنولوجيا عن الاتفاقات الناقلة للتكنولوجيا من حيث الاطراف، هذه الأخيرة التي هي من أشخاص الدولي العام (المنظمات والدول) بمعنى أن هذا الاتفاق يبرم إما بين الدول مثل اتفاقية التعاون المبرمة بين الجزائر وأمريكا في مجال العلوم والتكنولوجيا الموقعة في الجزائر بتاريخ: 18-01-2006[3]، أو يكون هذا الإتفاق الدولي بين إحدى الدول والمنظمات الدولية، كالإتفاق المبرم بين الجزائر والوكالة الدولية للطاقة الذرية الموقع بفينا بتاريخ 1 و6 أكتوبر 1992[4].

ويجب أن ننوه في هذا الإطار أن عقود نقل التكنولوجيا التي تبرمها الولايات داخل الدولة المركبة في الدول ذات النظام الفديرالي، فالبرجوع إلى دساتير الدول ذات التحاد الفديرالي نجد أنه ليس من حق الولايات أن تبرم الاتفاقيات الدولية وأن ذلك من اختصاص السلطة المركزية، ومن ثمة لا يمكن اعتبار الاتفاقيات

---

[1]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط 2 2009، ص 410.

[2]- بشار محمد الأّسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 65.

[3]- المرسوم الرئاسي رقم:06-402 المؤرخ في 14-11-2006، والمتضمن المصادقة على اتفاق التعاون بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية في مجال العلوم والتكنولوجيا، والموقع بالجزائر في 18-01-2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 73، الصادرة بتاريخ: 19-11-2006.

[4]-المرسوم الرئاسي رقم: 92-447 المؤرخ في 06-12-1992، المتضمن المصادقة على الاتفاق التكميلي المنقح بشأن قيام الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتقديم المساعدة التقنية إلى حكومة الجزائر والموقع بفينا في 1 و6 سنة 1992، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:88، الصادر بتاريخ: 13-12-1992.

التي تبرمها هذه الولايات من قبيل الاتفاقيات الدولية الناقلة للتكنولوجيا، وهذا بعكس النظام الكونفديرالي، والذي نجد فيه أن الدستور قد ينظر إلى هذه الولايات على أساس أنها دول متحدة ومن ثمة فإن اتفاقتهم تدخل في حكم الاتفاقيات الدولية، أما اعتبارها ولايات تابعة للسلطة المركزية فلا تعتبر اتفاقتهم هذه اتفاقات دولية.

كذلك العقود المتعلقة بنقل التكنولوجيا والتي تبرمها المنظمات غير حكومية فقد رفض القانون الدولي اعتبارها اتفاقات دولية واعتبرها منظمات من أشخاص القانون الداخلي، أما العقود التي يرمها الأفراد والشركات الأجنبية، في مجال نقل التكنولوجيا كنوع من أنواع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر موضوع الدراسة فهي ليست اتفاقات دولية، وهوما رفضته محكمة العدل الدولية من اعتبارها اتفاقيات دولية في قضية شركة النفط الأنجلو ايرانية بين ايران وانجلترا بمناسبة الخلاف بشأن عقد النفط المبرم بين دولة ايران وشركة (BP) [1].

2- عقود المساعدة الفنية:

يعرف عقد المساعدة الفنية بأنه: " ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم المورد (الطرف الأجنبي) بتزويد المتلقي (الدولة) بالفنيين اللازمين لتدريب الأفراد المعنية على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة في عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية"، هذا وقد تكون المساعدة الفنية محلا لعقد مستقل عن عقد نقل التكنولوجيا أو شرطاً أو التزاما يرتبه هذا الأخير[2].

ويعتبر عقد المساعدة الفنية صورة من صور العقد الدولي لنقل التكنولوجيا وهي صورة العقد البسيط الذي يتعدد طبقاً لتنوع عناصر المعرفة الفنية وصوره كثيرة، فإضافة إلى عقد المساعدة الفنية، هناك عقد الهندسة، عقد البحث، عقد التدريب، عقد المشورة، عقد نقل التطورات التكنولوجية.

أما العقد المركب والذي تمتد التزامات المورد فيه للتكنولوجيا إلى تقديم خدمات أخرى إضافة إلى المساعدة الفنية كتقديم الخدمات اللازمة والمواد الأولية وبناء المصنع، وهذه الصورة من التعاقد عادة ما تكون من بين الدول المتقدمة من جهة والدول النامية من جهة أخرى، بسبب عدم قدرة هذه الأخيرة على استيعاب وفهم استخدام هذه التكنولوجيا، ومن هذه العقود المرتبطة بعقد نقل التكنولوجيا والمتنوعة حسب أداءاتها عقد تسليم المفتاح، وعقد تسليم المنتج في اليد وغيرها من العقود[3].

ويتضح مما سبق أن المساعدة الفنية في عقود نقل التكنولوجيا تتمثل في تقديم الخدمات الازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضوع التنفيذ، وقد تتم المساعدة في عقد مستقل، أو كشرط ضمن عقود نقل التكنولوجيا أو توريد الآلات[4].

---

[1]- عبابسة حمزة، وسائل نقل التكنولوجيا ووسائل تسوية منازعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف ، الجزائر، 2007-2008، ص 65 وما بعدها.

[2]- فضيلة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره ص ص 191-192.

[3]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سبق ذكره، ص ص 171-181.

[4]- محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 16.

3- عقود تسليم المفتاح وعقود تسليم المنتج في اليد:

تعرض لعدة تعريفات من طرف الفقه حيث عرفه أحد الفقهاء بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه الطرف المورد للتكنولوجيا وهو المقاول سواء أكان واحداً أو مجموعة شركات بإنجاز مصنع وتسليمه في حالة التشغيل"[1].

وعرف البعض عقود المفتاح في صيغة الجمع بأنها: "تلك الاتفاقيات التي بموجبها يتعهد طرف أجنبي بالقيام بعدة بناءات أو بعضها أو تجهيز المركب الصناعي ثم تسليمه إلى المشتري وهو في حالة عمل أو تشغيل مع تحمل المسؤولية المترتبة في حالة عدم مطابقته للمواصفات العقدية، ويكون هذا مقابل ثمن جزافي يتم تحديده من كلا الطرفين وبشرط مشاركة الطرف الوطني في عمليات الإنجاز مع التكفل بتكوين عدد من الموظفين"[2].

وترتبط عمليات تسليم المفتاح لبناء المشروعات الكبرى في الدول النامية، بحيث تلتزم الشركة بتدريب العاملين والفنيين لتشغيل المشروع وإمداده بالمعدات والآلات اللازمة للتشغيل، ويقوم البلد المضيف بدفع أتعاب المستثمر الأجنبي مقابل تقديمه التصميمات الخاصة بالمشروع وطرق تشغيله وصيانته وإدارته، كما يتحمل البلد المضيف تكلفة الحصول على هذه التجهيزات والآلات وكذا مصاريف النقل وغيرها[3].

كما أن بعض الفقه يطلق عليها بعقود إنشاء المنشآت الصناعية[4]، وتطورت عقود تسليم المفتاح إلى عقود الإنتاج في اليد، فبعدما كانت قاصرة على تسليم المركب الصناعي بواسطة الأيدي الوطنية التي قام المستثمر الأجنبي بتدريبها، تحولت إلى تأجيل تسليم المركب إلى غاية تأهيل العمال وتكوينهم وكذا الإشراف عليهم ومتابعتهم، وفي هذا الشكل التعاقدي (عقود الإنتاج في اليد)، "يلتزم الطرف الأجنبي الطرف الأجنبي علاوة على ما سبق ذكره في عقد تسليم المفتاح بتقديمه المساعدة الفنية وتدريب العمالة الوطنية، حتى تكتمل قدراتها على التشغيل والإنتاج على نحو أفضل"[5].

وبالرغم من مزايا عقود تسليم المفتاح والمنتوج في اليد في الحصول على مستوى متقدم من التكنولوجيا الحديثة إلا أن عيوبها تجعلها غير مجدية وذلك بسيطرة المستثمر الأجنبي على المواد الأولية المنتجة في بلاده، وبالتالي في حالة توقف هذا الأخير عن تزويد بالمواد الأولية وقطع الغيار سيؤدي ذلك إلى غلق

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 115.

[2]- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه دولة، معهد علوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص 83 وما يليها.

[3]- طلال زغبة، عبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر غير قائم على رأس المال وآثارها على التنمية الاقتصادية، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة مسيلة، ع: 11، 2014، ص 174.

[4]- عوض الله شيبة الحمد السيد، مرجع سبق ذكره، ص 2.

[5]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 123.

المشروع الاستثماري، والنتيجة هي عمل الدول الكبرى على المحافظة على هيمنتها الاقتصادية وكذا تبعية الدول النامية إليها([1]).

وقد لجأت الجزائر إلى هذه الأساليب في إطار التعاون الاقتصادي الدولي وتحقيق التنمية الوطنية، لكن هذه الأساليب فشلت ولم تحقق الهدف المرجو وهو نقل التكنولوجيا لتدخل في أسلوب الاقتصاد المختلط القائم على الشراكة والذي لم يحظى باهتمام المستثمرين الأجانب لعدة أسباب منها قاعدة 51-49[(2)].

وقد أخذت هذه العقود صور عديدة ومتنوعة على غرار العقود الدولية السالفة الذكر منها عقد المفتاح البسيط وعقد المفتاح الثقيل وهي أراء فقهية، كلها تدخل في مفهوم عقود المفتاح[(3)]، لتبقى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي نصت عليها الشريعة العامة والتي تحكم العقود الداخلية والدولية متأثرة بالاتفاقيات الدولية نتيجة لصفة الخاصة لعقود الدولة المتعلقة بالاستثمار الأجنبي المباشر المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية عادة وإشكالية الموازنة بين مبدأ الحماية الدبلوماسية للمستثمرين الأجانب من جهة ومبدأ سيادة الدولة المضيفة والمستقبلة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في فرض قانونها وسيادتها من جهة أخرى.

ج- عقود البوت (B.O.T) والفديك (F.I.D.I.K):

تبدوا أهمية هذه العقود في كونها تعتبر أحد نماذج الاستثمار الدولي، التي تظهر في الدول المتقدمة والنامية، وكلمة **B.O.T** والتي تقابلها بالفرنسية **C.E.T** جاءت اختصارا للكلمات الإنجليزية الثلاثة: **Build. Opérate. Transfer** والتي تعني في اللغة العربية: البناء.التشغيل.نقل الملكية، وهناك من يضيف حرف آخر **O** اختصارا لكلمة أخرى بالإنجليزية **Own** وتعني التملك، أما حروف الفرنسية جاءت اختصارا للكلمات الفرنسية وهي **Consteruire, Exploiter et transférer** والتي تعني البناء والتشغيل والتحويل[(4)].

وتعتبر عقود ال **BOT** من عقود الاستثمار[(5)]، وتخضع لقوانين الاستثمار ويترتب عليها الكثير من الالتزامات في ذمة الطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة، وهي من الآليات القديمة والحديثة والتي تسمح للقطاع الخاص ببناء وتشغيل المرافق الاقتصادية دون أن تتحمل الدولة أية أعباء مالية، ويمكن أن نذكر على سبيل المثال: إنشاء قناة السويس وإدارتها بواسطة مستثمر أجنبي عن طريق عقد البوت، حيث

---

[1]- طلال زغبة، عبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر غير قائم على رأس المال وآثارها على التنمية الاقتصادية، مرجع سابق ص 174.

[2]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 41- 43.

[3]- عقد المفتاح الجزئي أو البسيط، بمقتضاه يلتزم الطرف الاجنبي بتسليم مصنع متكامل من عدد وآلات وبراءات اختراع وعلامات تجارية أو صناعية بالإضافة إلى الدراسات والطرق المعدة مسبقاً، أما عقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل، فبمقتضاه يلتزم الطرف الأجنبي بالإضافة إلى تسليم المصنع والمساعدة الفنية أيضاً بتدريب العمالة المحلية فنياً وتقديم المساعدة وتشغيل المصنع. (- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 60).

[4]- مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص ص، 9-10.

[5]- الياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 2011، ص 87.

تحصلت الشركة العالمية لقناة السويس، على امتياز قدره 99 سنة اعتباراً من 30-11-1854 وحققت أرباحاً بلغت عشرة أضعاف ما تم إنفاقه خلال فترة البناء والتشغيل.

ويقصد بعقود البوت "عقود البناء والتشغيل والتأجير ونقل الملكية وبموجب هذه العقود تعهد الدولة إلى المستثمر (الوطني أو الأجنبي) بإنشاء مشروع على نفقته الخاصة، وتشغيله وتأجيره للغير طوال فترة العقد، بحيث يستطيع تكاليف الإنشاء وتحقيق نسبة من الربح من قيمة الإيجار على أن يلتزم في نهاية العقد بنقل المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة"[1]، وخضعت عقود البوت لعدة تعريفات من طرف الفقه والقضاء والتشريعات الوطنية والدولية المقارنة.

وتجدر الإشارة أن عقد البوت وعلى غرار العقود السالفة الذكر هو الآخر يأخذ عدة صور: منها على السبيل المثال لكثرتها: عقد البناء والتشغيل والتملك والتحويل،عقد البناء والتشغيل والتملك، عقد التجديد والتملك والتشغيل، عقد التأجير والتدريب والتحويل، عقد التصميم والبناء، والتمويل والتشغيل، عقد التحديث والتملك والتمويل،....الخ، كما أخذ التشريع المصري بآلية التحكيم لفض منازعات عقود البوت الداخلية والدولية، وذلك بموجب قانون رقم 09 لسنة 1998، على غرار المشرع الجزائري بحيث نجد تطبيقات لعقود البوت في التشريع الجزائري ولو بصفة ضمنية حيث هو الآخر أخذ بآلية التحكيم، كوسيلة لحل الخلافات الناشئة بمناسبة تنفيذ هذه العقود وذلك ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة **(Hamma Water Deslination)** الخاصة بتحلية مياه البحر وهي شركة متعددة الجنسيات بموجب المادة 18 الفقرة الثانية من الاتفاقية، إضافة إلى وجود وسائل أخرى ودية دون حاجة لتخل القضاء الوطني أو الدولي كالتفاوض أو الوساطة أو الخبرة الفنية أو المجالس المصغرة وفقاً للقواعد الجديدة للفديك[2].

وبخصوص **عقود الفديك** فنظراً لأهمية الاستثمار الأجنبي المباشر للدولة المضيفة والمستثمر، بذلت العديد من الجهود الدولية لتنظيم مثل هذه العقود في مجال الاستثمار والتجارة والصناعة ومختلف الأنشطة الاقتصادية بصفة عامة واعدت عقود نموذجية بصفة موحدة، سميت بعقود **F.I.D.I.C** وهو اختصار للأحرف الأولى من **Fédération international des ingénieurs-conseils** وهي ترجمة للغة العربية، الإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

وقد نشأ الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين سنة 1913 إثر اجتماع ضم ثلاث جمعيات للمهندسين الاستشاريين من ثلاث دول هي فرنسا وسويسرا وبلجيكا، بهدف وضع قواعد نموذجية موحدة في مجال المقاولات وهو ما تم فعلاً حيث أصدر هذا الاتحاد الطبعة الأولى من شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية، والذي سمي بالكتاب الأحمر نسبة للغلاف الذي صدر فيه، وفي سنة 1995 أدخل **FIDIC**

---

[1]- عادل عامر، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر وفقاً لنظام البوت، مقال منشور على شبكة الأنترنيت بتاريخ 10-08-2012، عبر الموقع الإلكتروني،www.adelamer.com، تاريخ التصفح: 07-10-2016، الساعة، 15:55.

[2]- صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطنة، 2012-2013، ص 28، ص 71، ص 72، ص 140، ص 347.

تعديلاً هاماً على نماذج العقود التي أصدرها وذلك بإضافة نظام لتسوية المنازعات، حيث بدأ في تطوير هذه العقود النموذجية بحيث أصدر عدة نماذج منها نموذج عقد الأعمال الكهربائية والميكانيكية بالغلاف الأصفر وأورده نفس نظام المنازعات الوارد في الكتاب الأحمر المتمثل في الطرق الودية عن طريق مجالس عقود الفديك والتي ينشئها رب العامل والمقاول ، إضافة إلى آلية التحكيم، وفي مجال التصميم والتشييد أصدر الكتاب البرتقالي والذي شمل الأعمال الميكانيكية والمدنية والكهربائية، وفي سنة 1999 أضاف نموذج آخر منقح بلون قوس قزح تضمنت أربعة نماذج عقدية نموذج باللون الأحمر وثاني بالأصفر والثالث فضي والرابع أخضر[1].

وبالتالي نقول أن عقود الفديك هي عقود نموذجية موحدة وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين لتقديم كافة أعمال الهندسة في إطار البناء والتشييد وأطرافها ثلاثة هم المقاول والمهندس وصاحب العمل.وقد تكون داخلية ودولية، وذلك في إطار التنمية وتحسين البنية التحتية، مع العلم أن أغلب عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مهما كان نوعها هي ذات خصوصية نظراً لدورها التنموي المستقبل لها.

المطلب الثاني: خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ودورها في التنمية الاقتصادية

تعتبر التنمية بصفة عامة، عملية مخططة لتقدم المجتمع بكل أبعاده (اقتصادية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم سياسية)، والتي تعتمد أكثر على جهود المواطنين والدولة لتحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والثقافية و السياسية في المجتمعات المحلية والكبيرة والمساهمة في تقدمها بأكبر قدر مستطاع، فالتنمية هي عملية تغيير مستمرة وشاملة لكافة مجالات الحياة، حيث تتطلب المشاركة لجميع فئات المجتمع في تنفيذ مشاريع التنمية، فقد أعطت هيئة الأمم المتحدة في مجلسها الاقتصادي والاجتماعي عام 1956 تعريفاً للتنمية بأنها: "العملية التي يمكن بمقتضاها توجيه كافة الجهود لجميع أفراد المجتمع بهدف خلق ظروف اجتماعية واقتصادية ملائمة في المجتمعات المحلية ومساعدتها على الاندماج في حياة المجتمع والإسهام في تقدمها بأقصى ما يمكن"، حيث خضع مفهوم التنمية لعدة تطورات لعل أخرها ما يعرف بالتنمية المستدامة ، التي انبثقت عن مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية البشرية عام 1972 بمدينة ستوكهولم بالسويد، ثم

[1]– محمد محمد السادات، آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الفديك، المؤتمر الثامن عشر تحت عنوان عقود البناء والتشييد بين القواعد التقليدية والقواعد المستحدثة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، جمهورية مصر العربية، ص ص 592–596، مقال منشور على شبكة الانترنيت، عبر الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab، موسوعة الاقتصاد الإسلامي، تاريخ التصفح: 07–10–2016، على الساعة، 21:25.

أنظر كذلك: – سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة العربية المتحدة، ع: 52، أكتوبر 2012، ص ص 31–35.

استعمل هذا المصطلح في عدة مؤتمرات لاحقة، والذي يعني تلبية احتياجات الأجيال الحاضرة دون التخلي عن تلبية احتياجات الأجيال المستقبلية[1].

وللاستثمار الأجنبي المباشر دور في عملية التنمية خاصة الاقتصادية، بالنسبة لدول العالم من خلال العقود الاستثمارية التي تبرمها في مختلف المجالات، وما تخلفه من آثار سلبية أو إيجابية سواء بالنسبة للدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي[2]، هذا وتتميز عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عن غيرها من العقود الدولية باحتوائها العديد من الشروط التي تحد من سلطة الدولة فيها، كمبدأ عدم تعديل شروط العقد وشرط الثبات التشريعي وغيرها من الشروط نظراً لخصوصيتها في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، من حيث عدم التكافؤ القانوني والاقتصادي لطرفيها كما سيأتي بيانه في هذا المبحث من الدراسة، وذلك من خلال الإشارة إلى:

خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مستمدة من أطرافها المتعاقدة غير متجانسة ومن الشروط الخاصة المدرجة فيها (الفرع الأول).

ثم دورها في عملية التنمية الاقتصادية (الفرع الثاني).

<u>الفرع الأول:</u> خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مستمدة من أطرافها المتعاقدة غير متجانسة ومن الشروط الخاصة المدرجة فيها

أصبحت عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وسيلة أساسية تسعى من خلالها الدول لتحقيق تنمية اقتصادية مستدامة و تتميز هذه العقود بعدة خصائص تميزها عن غيرها من العقود الدولية، منها: وجود شخص من أشخاص القانون العام طرفاً فيها وهو عادة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، وشخص أجنبي خاص وهو المستثمر الأجنبي، كذلك عدم وجود أحكام خاصة تنظم هذه العقود بشكل خاص ومستقل، ونظراً لكون المستثمر الأجنبي، يأمل أن يكون العقد ثابتاً، تجنباً لأي تغيير يطرأ في المستقبل (عدم الاستقرار التشريعي)، يمكن أن يمس مصالحه الاقتصادية، أقرت التشريعات الدولية الوطنية وعلى غرار التشريع الجزائري، مجموعة من الشروط الخاصة يجب توافرها في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة عامة كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط التحكيم وغيرها وذلك حتى لا تضار مصالح المستثمر الأجنبي وحتى تكون ضمانة من ضمانات التشريعية للمستثمرين الأجانب، خاصة عند تعديل القوانين الوطنية المتعلقة بالاستثمار، بما يتماشى والتطورات المحلية والعالمية.

إن حاجة الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر في إقامة التوازن العقدي، يفرض عليها عدم فرض إرادتها وامتيازاتها النظامية، على المستثمر الأجنبي، وتغيير العقد بإرادتها المنفردة، الأمر الذي أدى إلى وجود مثل هذه الشروط التي تحد أو تغل من سلطة الدولة، وقد أخذت مكانة هذه الشروط كبيرة في

---

[1]– ماجدة أبو زنط وعثمان محمد غنيم، التنمية المستدامة من منظور الثقافة العربية الإسلامية، مجلة دراسات العلوم الإدارية، مجلة علمية محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 36، ع: 1، جانفي 2009 ص 23.

[2]– عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 20.

عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وقد تجسد ذلك في الاعتراف من جانب القضاء بسلطة الأطراف على إدراج مثل هذه الشروط والتي تنوعت من حيث التعامل مع الدولة المضيفة بين عدة نماذج"[1].

وعلى هذا الأساس نجد خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مستمدة من أطرافها المتعاقدة غير متجانسة ومن الشروط المدرجة فيها.

وقبل الحديث عن أهم الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فإنه يتعين علينا أولاً دراسة أطرافها غير متجانسة من الناحية الاقتصادية والسياسية، فأحد أطراف هذه العقود هو الدولة وهو شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الداخلي أو في إطار القانون الدولي العام مما يطرح إشكاليتين الأولى متعلقة بأهلية الدولة ومدى قدرة أجهزتها لإبرام مثل هذه العقود والثانية إشكالية الحصانة التي تتمتع بها هذه الدولة ومدى قدرتها في مواجهو تنفيذ حكم ضدها.

أما الطرف الثاني في هذه العقود فهو عادة شخص اعتباري أجنبي لا يتمتع بالسيادة على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية كالشركات المتعددة الجنسيات.

لذلك فالحديث عن أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والتي منها: الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، يقودنا حتماً إلى معرفة ما المقصود بالدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، بين الفقه المضيق والموسع لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر وهو ما سوف نحدده أولاً ثم تبيان الأسس التي تم بموجبها تبني الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار الأجنبي، ثم نقوم بتوضيح المعايير التي بموجبها تحديد مدى تبعية هذه الأجهزة للدولة، ومعرفة ذلك في التشريع الوطني الجزائري حيث يمكن أن يكون هذا الجهاز العام التابع للدولة ذا طابع إداري أو إقتصادي، كذلك من جهة أخرى لا بدا لنا من تحديد الطرف الثاني في العلاقة العقدية وهو المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو المعنوي الخاص التابع لدولة أخرى، ثم بعد ذلك نتطرق إلى الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص المباشر

أولاً: الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر

لا يثير تحديد مفهوم الدولة أي صعوبة تذكر على اعتبار أنها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية، ولكن قد تثور الصعوبة إذا كان الطرف المتعاقد مع المستثمر الأجنبي ليس الدولة ذاتها كشخص من أشخاص المجتمع الدولي وإنما جهاز تابع لها، وفي هذه الإشكالية ظهر اتجاهان: اتجاه مضيق لنطاق عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ويقصرها فقط على العقود التي تبرمها الدولة بنفسها واعتبر من قبيل العقود التجارية الدولية التقليدية، واتجاه موسع يرى أن عقود الاستثمار تشمل العقود التي تبرمها الدولة بنفسها وأيضاً العقود التي تقوم الأجهزة التابعة لها بإبرامها[2].

كما أن المقصود بالدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر هي الدولة بمفهومها المعروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة) وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي المستثمر إما بشكل

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، 2008، ص 71.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 42.

مباشر بواسطة حكومتها أو تلجأ إلى التعاقد معه بواسطة إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة دون أن يؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة[1]، وهذا ما يطرح إشكالية معرفة أسس تبني الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار، وكذا المعايير التي يتم بموجبها اعتبار الجهاز المتعاقد جهاز تابع للدولة.

أ- أسس تبني الاتجاه الموسع لعقود الاستثمار الأجنبي:

يستند بعض الفقهاء في معرض تأييدهم لهذا الاتجاه الموسع لعقود الدولة إلى اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لسنة 1965، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 25 من هذه الاتفاقية على أن: " يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين إحدى الدول المتعاقدة أو إحدى الهيئات العامة أو الأجهزة التابعة لها والتي تقوم الدولة بتحديدها للمركز" وما يلاحظ من النص أن المركز يختص بالخلافات التي تكون الدولة ذاتها أو أحد أطرافها (هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز[2].

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ **(Verhoven):**" إن المعيار في اعتبار عقد ما من عقود الدولة هو ما إذا كان للدولة أو إحدى مؤسساتها أثر في التعاقد من عدمه"، واعتبر كذلك عقود الأجهزة التابعة للدولة عقود دولة على أساس أنها منشئة ومعينة من طرف الدولة ذاتها لتحل محلها في العلاقات الاقتصادية الدولية، كذلك ما أشار إليه التحكيم في قضية **(Sapphire Pétroleums Ltd)** والشركة الإيرانية للبترول **(NIOC)**، حيث اعتبر المحكم **(Cavin)**، أن العقد المبرم بين الشركة الكندية والشركة الإيرانية بإعتبارهما جهازاً حكومياً يتعاقد باسم دولة إيران عقد يختلف عن العقود الدولية العادية[3].

ب- معايير تحديد مدى تبعية الأجهزة للدولة:

تقترب مسألة البحث عن المعايير التي يجب أن تتوافر في الجهاز التابع للدولة لاعتبار العقود التي تبرمها عقود دولة، من مسألة أخرى وهي مسألة الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدول فيما يخص خضوعها للقضاء الوطني للدولة الأجنبية من عدمه، وفي هذا الصدد ظهرت عدة معايير تقليدية وحديثة لتحديد مدى انعقاد المسؤولية الدولية على الدولة إزاء تصرفات هذه الأجهزة العامة التابعة لها ومنها:

---

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2014، ص 102.

[2]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 78.

ويتضح كذلك من نص المادة 1/25 أنه إذا كان الطرف الحكومي في النزاع هو إحدى الهيئات أو الجهات الإدارية، وجب تعيينه للمركز بواسطة الدولة المتعاقدة، لمباشرة النزاع وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن لنة 1965، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، انظر في هذا الشأن:- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 32.

[3]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 81.

1- معيار الشخصية القانونية أو المعيار القانوني:

ومفاده اعتبار الجهاز الذي يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة، لا يتمتع بالحصانة القضائية ويخضع للقضاء الوطني للدولة الأجنبية، أما إذا كان لا يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة فيعد مندمجاً في الدولة ويتمتع بالحصانة القضائية ولا يجوز مسألته أمام القضاء الوطني للدولة الأجنبية، كما يعتمد هذا المعيار على العملية المادية للتوقيع، والاستقلالية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد، فهذا الاستقلال القانوني يجعلها غير تابعة للدولة.

وأخذت الكثير من أحكام التحكيم بهذا المعيار في عدة قضايا منها قضية هضبة الأهرام بين وزير السياحة المصري ممثلاً لحكومة مصر العربية، وشركة جنوب الباسفيك **(SPP)** من جانب آخر[1].

وتعرض هذا المعيار للنقد في كون أن مسألة الشخصية القانونية المستقلة مجرد وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مشاريعها، وقد يؤدي إعمال هذا المعيار إلى تهرب الدولة من مسؤوليتها اتجاه المستثمر الأجنبي الواقع عليه الضرر وهذا ما يؤثر سلباً على العلاقات الدولية الاقتصادية[2].

2- المعيار الاقتصادي:

تعد الأجهزة التابعة للدولة رغم استقلالها القانوني الظاهري وفق هذا المعيار مثل الدولة ذاتها طرفاً في عقود الاستثمار بالنظر إلى الرابطة الاقتصادية المتينة التي تربط الدولة والمؤسسة العامة، وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها الذي أصدرته في 23 مارس 1996 في قضية النزاع بين إحدى شركات المقاولات الإفريقية ووزير الإسكان الإفريقي وجهاز الصرف الصحي الإفريقي الحكومي، واعتبر هذا الأخير واجهة الدولة ومن ثم فإن الدولة تعتبر طرفاً في هذا العقد، ويرجح الدكتور بشار محمد الأسعد هذا المعيار في تحديد الطرف في عقود الاستثمار التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة على أساس العائد الاقتصادي الذي تحققه هذه المؤسسات والهيئات والذي يمس بشكل مباشر وأساسي المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدول[3].

3- معيار المرفق العام:

يعتبر هذا المعيار أن الأجهزة التابعة للدولة مرافق عامة تتمتع بالحصانة القضائية، وذلك بصرف النظر عن تمتعها بالشخصية القانونية المستقلة، وتندرج تحت هذا المعيار التصرفات التي يقوم المشروع بإجرائها لصالح مرفق عام من مرافق الدولة، ويوضح هذا الاتجاه الحكم الصادر من محكمة المملكة المتحدة بإنجلترا عام 1956 في القضية المعروفة باسم **Servicio Nationali de Trigo v .Bacuss** ، وقد تعرض هذا المعيار للانتقاد حيث أن إعماله يؤدي إلى تأثر العلاقات الدولية وذلك بتغليب القضاء للاعتبارات

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص، ص 17،18.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 44.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص 20-22.

السياسية على الاعتبارات القانونية مما يجعل الأحكام الصادر في هذا الشأن عدم اتسامها بالموضوعية والتحكم في الحصانة القضائية خاصة[1].

4- معيار الهدف:

يعد الجهاز تابعاً للدولة كلما كانت غايته خدمة المصالح الأساسية لتلك الدولة، بمعنى أن المشروع لا يتمتع بالحصانة القضائية إلا إذا كان يخدم المصالح الأساسية للدولة، وبالتالي الرجوع إلى الغاية والهدف الذي يسعى الجهاز إلى تحقيقه[2]، ومن تطبيقات هذا المعيار حكم القضاء الأمريكي في قضية الشركة الإيرانية الإنجليزية للبترول وتتلخص وقائع القضية في مخالفة هذه الشركة لقوانين الاحتكار في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تمسكت الشركة بالحصانة وأبرزت الحكومة الإنجليزية أن الشركة تأسست من أجل إمداد البحرية الأمريكية بالبترول والمنتجات الأخرى، ذلك أن المحكمة اعترفت للشركة بالحصانة القضائية على الرغم من أن الدولة البريطانية لها فقط نصف رأس المال فيها، وأسست المحكمة حكمها على الغاية التي تسعى لتحقيقها هذه الشركة وهي المصلحة العامة[3].

5- معيار الصفة التي يتعامل بها الجهاز أو المشروع:

ومفاده إذا كانت نشاطات المشروع أو الجهاز التابع للدولة تتمتع بطابع أو وصف الوظيفة العامة[4]، اعتبر مندمجاً في الدولة وتمتع بالحصانة القضائية، فإن تصرف الجهاز باسمه ولصالحه لا يعد تابعاً، بينما إذا لم يتصرف باسمه ولا لحسابه فيعد تابعاً[5].

وتجدر الإشارة أنه رغم هذه المعايير التقليدية، إضافة لمعايير أخرى أوجدها الفقه التقليدي كمعيار طبيعة النشاط والمعيار العضوي، إلا أنها كانت تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، عند استخدامها على نحو منفرد فيما يخص تقدير تبعية الجهاز المتعاقد مع المستثمر الأجنبي للدولة، وإزاء هذا العجز ظهر المعيار المركب الحديث.

6- المعيار المركب الحديث:

يمزج بين أكثر من معيار على نحو يمكن القول معه بوجود هذا المعيار المركب ويعطي الأولوية لمعيار ما ليحتل الصدارة، حيث تشكل فيه جميع المعايير وحدة متجانسة[6]، وقد كرست العديد من الأحكام القضائية هذا المعيار المركب، منها "حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 جويلية 1987، وتتلخص الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم فيما يلي: اصدر المركز الدولي لحل المنازعات الناجمة عن الاستثمار حكماً بإلزام الحكومة الشعبية للكونغو بدفع مبلغ: 6,463,583 فرنك إلى الشركة الإيطالية **(Benvenutti)**

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 44.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 46.

[3]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 85.

[4]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص46.

[5]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 87.

[6]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 48.

ولما تأخرت الحكومة الشعبية للكنغو في الوفاء قامت الشركة الإيطالية بالحجز التحفظي على أموال حكومة الكونغو والبنك التجاري للكونغو **(B.C.C)** لدى بنك **(Crédit Lyonnais)** والذي كان حساب البنك التجاري للكونغو لديه حساباً دائناً، وعندما عرض النزاع أمام محكمة الاستئناف قامت هذه الأخيرة بإلغاء الحكم مما دفع الشركة الإيطالية بالطعن عليه بالنقض أمام المحكمة العليا الفرنسية.

ولقد استندت الشركة الايطالية على أن قضاء محكمة الاستئناف يفتقر إلى الأساس القانوني السليم إذ أن الأجهزة الأجنبية، حتى تلك التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة التي تتبعها، يجب أن تعامل معاملة الدولة، وأنه يكتفي لكي تتحقق المساواة في المعاملة بين الدولة والأجهزة وترتب الآثار الناجمة عن هذه المساواة، أن يكون للدولة حق الرقابة على هذه الأجهزة، وهو الأمر الذي لم تتعرض له محكمة الاستئناف إذ أنها لم تبحث ما إذا كان البنك التجاري للكونغو يخضع لرقابة دولة الكونغو من عدمه.

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية الاستناد على معيار الرقابة وحده لتقرير ما إذا كان البنك التجاري للكونغو يعتبر جهازاً تابعاً لها، ويعد جزءاً لا يتجزأ منها وبالتالي يمكن إجراء الحجز التحفظي على أمواله لدى بنك آخر استيفاء للديون المستحقة في ذمة دولة الكونغو والتي قضى بها المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

وأسست المحكمة العليا قضائها على أن الرقابة التي تمارسها الدولة على أحد الأجهزة لا تكفي في حد ذاتها لاعتبار هذا الجهاز المتصل بها، جهازاً تابعا لها ومنبثقاً عنها، وبناءا على ذلك فإن البنك، الذي وفق لنظامه القانوني يعد شركة مساهمة تمتلك الدولة الأجنبية جزءا من رأس ماله وتمتلك بنوك وأشخاص أخرى أجنبية ما يتبقى من رأس مال هذا البنك، والذي يمتد نشاطه لممارسة العمليات التجارية المعتادة للبنوك، لصالحه ولصالح الغير، ولا يمكن اعتباره جهازا يتبع الدولة، إذ أنه شخص مستقل عنها.

وبناء على ما تقدم فإن الشركة الإيطالية **(Benvenutti et Bonfant)** لا تعد دائنة للبنك التجاري للكنغو على الرغم من أن دولة الكونغو مدينة لها، وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد أصابت بإلغائها الحجز التحفظي، الذي قامت به الشركة الإيطالية على الاموال المملوكة للبنك التجاري للكنغو لدى بنك **(Credit Lyonnais)**، وبالتالي فالمبدأ الهام المتولد عن هذا القضاء هو مسألة تقدير تبعية هذا البنك لدولة الكونغو وأن معيار التبعية لا يمكن استخلاصه إلا من خلال عدة عوامل"[1].

ثانياً: مدى تبعية أو استقلالية الجهاز عن الدولة في القانون الجزائري

إذا كان المقصود بالدولة هو ذلك المفهوم القانوني المتمثل في وضفها شخصاً من أشخاص القانون الدولي، كما سبقت الاشارة إليه، حيث إذاكانت هي الطرف في النزاع والمتعاقدة بهذه الصفة أو عن طريق من يمثلها في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر فهذا لا يثير إشكال، لكن المشكلة تثور عندما يكون الطرف المتعاقد أو أو الطرف في النزاع هو ليس الدولة ذاتها، وإنما جهاز تابع لها وهو عادة في القانون الجزائري، قد يكون جهاز ذا طابع إداري مركزي أو محلي كالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أو الوكالة الوطنية لتثمين

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص ص 63-64.

المحروقات، فتبعية هذا الجهاز الإداري للدولة لا حاجة لتأكيدها، وقد يكون جهاز ذا طابع إقتصادي تجاري أو صناعي وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بالمؤسسة العمومية الإقتصادية، هذه الأخيرة التي خضعت إلى مجموعة من التطورات منذ مطلع الثمنينات إلى يومنا هذا لإرتباطها بالتوجه الإقتصادي والسياسي للدولة الجزائرية، ومجالات تدخل هذه الأخيرة[1].

وفي هذا الشأن نجد القانون رقم: 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية بدأ يمنح نوعاً من الحرية للمؤسسة العمومية الإقتصادية من حيث التسيير واتخاذ القرار، بعيداً عن تدخل الدولة في إطار ما سمي بالخوصصة الشكلية للمؤسسة العمومية الاقتصادية (privatisation formale)، كذلك صدور قانون المالية التكميلي لسنة 1994، والذي فتح المجال للمؤسسة العمومية الإقتصادية لتنازل عن أصولها للأشخاص الطبعيين والمعنويين من الخواص وفتح رأسمالها للقطاع الخاص وسميت هذه الرحلة بالخوصصة الصامة أو الجزئية (privatisation silencieuse ou parcielle)، ثم صدر قانون الخوصصة 95-22 المؤرخ في 26 أوت المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 97-12 المؤرخ في 19-03-1997، وهذا القانون نظم أحكامها وأكد على نوعيها الخوصصة الجزئية والكاملة، ومنع خوصصة القطاعات الاستراتجية كقطاع المحروقات والسكك الحديدية والنقل الجوي وقطاع المواصلات والبنوك والصناعات المنجمية، حماية للإقتصاد الوطني.

كذلك إرتباط قانون المؤسسة الإقتصادية العمومية بقانون الشركات خاصة القانون التجاري وقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتكييف المؤسسة العمومية الإقتصادية على أنها شركة ذات أسهم وتخضع للقانون العام والقانون الخاص، حيث في سنة 1995 أصدر المشرع الجزائري القانون رقم: 95-25 المؤرخ في 25-09-1995 والمتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، هذا الأخير أعتبر المؤسسة العمومية الإقتصادية مؤسسة خاضعة للقانون العام، يمكن التنازل عن ذمتها المالية، ويخضع انشاؤها وتسييرها وتنظيمها للأشكال الخاصة بشركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري، ثم نتيجة للتعقيدات التي ميزت عملية الخوصصة، عاد المشرع الجزائري في بداية الألفية واصدر القانون رقم: 01-04 المؤرخ في 20 أوت والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها وخوصصتها والذي ألغى القانون 95-22[2]، المعدل والمتمم بالأمر رقم:08-01 المؤرخ في 20-08-2001[1]، فضلاً

---

[1]- القانون رقم: 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، ولمزيد حول هذا الموضوع أنظر كذلك: بن نعمون حمادو، تقييم برنامج خوصصة المؤسسات العمومية في الجزائر، مجلة الأصيل للبحوث الإقتصادية والإدارية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، ع: 2-2017، ص 161، وما بعدها.

[2]- الأمر رقم: 01-04 المؤرخ في 20-08-2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 47 الصادرة بتاريخ: 22-08-2001، وبالمنسبة يمكن الاشارة ان موضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية ذات طابع الصناعي والتجاري عرف تطورا، خصوصا من حيث التاكيد على اخضاعها لاحكام القانون العام خاصة في ظل قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 15-247، والتي نصت المادة 6 منه على أنه:" لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات...المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع

عن صدور قانون المالية التكميلي لعام 2009 والذي أكد على نسبة المساهمة الوطنية والتي تكون ب 51% من رأس مال الشركة، كما سبقت الإشارة إليه، فضلاً عن حق الشفعة، والتي استعملته الجزائر في العديد من المنازعات لإسترجاع بعض المؤسسات العمومية الإقتصادية المخوصصة خلال الفترة الممتدة من سنة 2009 إلى سنة 2014، ومن هذه المؤسسات: مركب الحديد والصلب بعنابة (Arcelor-Mittal)، ومؤسسة هياكل العربات الصناعية بتيارت (B.T.K Tiaret)، ومؤسسة الاتصالات أراسكوم تليكوم جيزي (Djezzy Orascom Telecom)، وغيرها من المؤسسات العمومية الاقتصادية[2].

وعليه فالمؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري والمتمثلة في الهيئات الإدارية المركزية والمحلية، فنحن في غنى عنها لتأكيد تبعيتها للدولة[3]، لكن المؤسسة العمومية الإقتصادية والتي يمكن أن تأخذ أشكالاً كثيرة، كشركات المساهمة والتضامن وذات المسئولية المحددة...الخ[4]، فهذه الأخيرة ممكن أن تتصرف بوصفها تاجرة، أو تتصرف في إطار المصلحة العامة، فالمشرع الجزائري جعل المؤسسة العمومية الإقتصادية خاضعة للقانون التجاري، ومنحها الشخصية المعنوية والاستقلال المالي، فيما يخص الشركات التجارية التي هي غير استراتجية، أما الشركات الاستراتجية مثل شركات سوناطراك والمسيرة من طرف الدولة والتي تمتلك فيها الدولة الجزائرية أغلبية الأسهم، فهذه المؤسسة هي أداة الدولة ووسيلة لتحقيق غاية ألا وهي المصلحة العامة، وهي خاضعة لقانونها الأساسي، فمادامت مالكة لرأس المال، فهذا يؤكد تبعيتها للدولة، وفق معيار ملكية رأس المال.

كما أن، الوصاية على الجهاز العمومي سواء كان إداريا أو إقتصاديا، فهو يخضع إلى الوصاية على المستويين المركزي والمحلي، وهو ما يؤكد تبعية الجهاز الإداري أو الإقتصادي للدولة عن طريق الوصاية[5].

وخلاصة ما تقدم نقول أن الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، تبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب بطريقة مباشرة بواسطة من يمثلها(رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء) أو بطريقة غير مباشرة بواسطة المؤسسات أو الأجهزة التابعة لها في سبيل تحقيق تنميتها وخططها الاقتصادية، فتعد الدولة طرفاً في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وفق أي شكل يتخذه، فقد تدخل على

الجزائري الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات المحلية.

[1]–ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 11 الصادرة بتاريخ: 02-03-2008.

[2]– بن نعمون حمادو، تقييم برنامج خوصصة المؤسسات العمومية في الجزائر، مجلة الأصيل للبحوث الإقتصادية والإدارية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، ع: 2-2017، ص 161، وما بعدها.

[3]– أنظر المادة 800 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 والمادة 09 من القانون العضوي رقم: 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، والتي أضافت المنظمات المهنية الوطنية إلى المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري.

[4]–انظر المواد 19، 20، 544 من قواعد القانون التجاري، الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:101 الصادرة بتاريخ 19-12-1975.

[5]– حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 41.

سبيل المثال في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة، وهذا ما يطرح فكرة تحديد الطرف الثاني في عقد الاستثمار الأجنبي، وما يثيره هذا الطرف الأجنبي من عدة إشكالات قانونية، خاصة فيما يتعلق بتحديد الصفة الأجنبية في المستثمر.

ثالثاً: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر

يقصد بالمستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار، الشخص التابع لدولة أخرى، والذي قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً[1]، كما قد يكون أحادي الجنسية، أو متعدد الجنسية، أو منعدم الجنسية، والأجنبي في الدولة هو كل من لا يحمل جنسيتها وفقاً لأحكام قانون الجنسية، ومن ثم فإن صفة الأجنبية تمثل الوضع العكسي لصفة الوطنية[2].

وقد سبقت الإشارة في معرض حديثنا سابقاً فيما يخص التمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي أن اتفاقية واشنطن لعم 1965 اشترطت لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمراً أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، وذلك في المادة (2/25)[3].

كذلك ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف **(MAI)** والذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية **(OECD)** من أن المستثمر ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة، ولكنه أيضاً من المقيمين بصفة قانونية دائمة على أراضي دولة موقعة، وهو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى وإن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح، وعليه فإن الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار هو المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً (اعتبارياً) عاماً أو خاصاً[4].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سبق ذكره، ص 23.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 50، و خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 103.

[3] – المادة 25/ف2 من إ.و.ت.م.غ. لعام 1965.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص، 23 وما بعدها، وخالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 103– 104، أنظر كذلك ما ورد في أطروحة الدكتوراه للأستاذ: عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 92، فيما يخص مسألة اعتبار الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة هل هو شخص عام أو خاص، وفي هذا الإطار رأى غالبية الفقه أنه تترتب نفس النتائج القانونية من حيث الطبيعة القانوني للعقد، والتي تثيرها كلا المسألتين سواء في حالة كون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة هو شخص أجنبي عام أو خاص، ومن تطبيقات إبرام الدولة عقد مع طرف أجنبي اعتبر من قبيل الأشخاص القانونية العامة، يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى تعاقد بعض الشركات الأجنبية، مع الدول المنتجة للبترول، واعتبرت شخص أجنبي عام مثل: الشركة الوطنية الإيطالية للمواد الهيدروكاربونية والتي تحمل جنسية بلدها (E.N.I) Ente Nationale idrocarburi فهذه الشركة الإيطالية تعتبر شخص من أشخاص القانون العام بموجب القانون الإيطالي الصادر بخصوصها في 10 فيفري

أ- الشخص الطبيعي الأجنبي:

إن المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب في العصر الحالي هو الجنسية، والجنسية تعرف بأنها:" الرابطة القانونية والسياسية التي بمقتضاها يتم تحديد انتماء الشخص لدولة معينة"[1]، ويلاحظ أن المستثمر يكون أجنبياً بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار إذا كان لا يتمتع بجنسية تلك الدولة، ودلالة الأجنبية هي دلالة نسبية وليست مطلقة فأي فرد قد يكون أجنبياً عن دولة في وقت ما وقد يصبح وطنياً في وقت آخر كما لو اكتسبها مثلاً إذا كان تشريع الدولة يأخذ بالجنسية المكتسبة، لذا يقرر الفقه أن تحديد الصفة الوطنية أو الأجنبية للفرد يجب أن يتم بالنظر إلى جنسيته في اللحظة التي يثور فيها التساؤل حول تمتعه بحق من الحقوق أو تحمله لالتزام ما، هذه بالنسبة للشخص الأجنبي أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فنرى بأنه يجب أن ينظر إلى جنسيته في اللحظة التي يتم التعاقد معه فيها، وهذا ما أخذت به الكثير من التشريعات الوطنية المنظمة للاستثمار، كالتشريع العراقي والسعودي وهذا ما أشرنا إليه سابقاً في معرض التمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي[2].

وفي هذا الصدد كذلك، عملت اتفاقية واشنطن كما سبقت الإشارة إليه أيضاً على التوسع في اختصاص المركز، وذلك من خلال اعتناقها تفسيراً موسعاً لشرط الجنسية استناداً لنصوص الاتفاقية، ففي القضية المرفوعة من شركة (**WENA**) للفنادق الانجليزية ضد الحكومة المصرية، قضت هيئة التحكيم، باختصاصها بنظر النزاع بالرغم من أن رافع الدعوى التحكيمية السيد: نائل الفرارجي وهو رئيس مجلس إدارة شركة الفنادق يتمتع بالجنسية المصرية كجنسية أصلية، وقد رفع الدعوى على اعتبار اكتسابه الجنسية البريطانية، ولم يصدر قرار من مجلس الوزراء المصري بإسقاط الجنسية عنه، ويمتلك 90% من أسهم الشركة، وقد حكمت هيئة التحكيم بجلسة 2000/12/8 بإلزام الحكومة المصرية بدفع تعويض للشركة بالإضافة إلى الفوائد ومصاريف التحكيم[3].

وكما سبقت الإشارة إليه في معرض حديثنا عن تمييز الاستثمار الأجنبي عن المحلي، أن هناك بعض القوانين الأخرى من اعتمدت على معيار الإقامة لتحديد أجنبية المستثمر كالقانون الفرنسي الذي لا يعتمد على عنصر الجنسية كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي إذا كان شخصاً طبيعيا، وإنما يعتمد على محل

1952، كذلك الشركة الفرنسية إيراب Entreprise de recherche et d'activité pétrolière اعتبرت مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري صناعي بموجب المرسوم الصادر في 1967/12/17.

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص، 25.

[2]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 22، انظر كذلك: - عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2016، ص 53، حيث عرف المشرع السعودي المستثمر الأجنبي في المادة 1 من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي بأنه:" الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية".

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص، 27.

إقامته، فيتم تحديد ما إذا كان الاستثمار أجنبياً بالنظر إلى محل إقامة المستثمر، فالمستثمر، الشخص الطبيعي يكون أجنبياً إذا كان غير مقيم في فرنسا حتى إذا كان يتمتع بالجنسية الفرنسية[1].

وبخصوص الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر في مجال تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف فقد أشارت إلى من هم الأشخاص المستثمرين الطبيعيين والمعنويين، ومن قبيل ذلك على سبيل المثال في الاتفاقيات الثنائية: ما نصت عليه المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، إذ جاء فيها:" كلمة مستثمرين تشير إلى: أ- المواطنين، وتعني كل شخص طبيعي، يعتبر حسب الدول المتعاقدة من رعايا بلجيكا، اللكسمبورغ أو متمتع بالجنسية الجزائرية. ب- الشركات، وتعني كل شخص معنوي، أسس طبقا للتشريعات البلجيكية اللكسمبورغية أو الجزائرية، وله مقره الاجتماعي على إقليم بلجيكا، اللكسمبورغ أو الجزائر"[2].

كذلك الاتفاقية الجزائرية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات حيث نصت المادة الأولى، الفقرة الثانية منها على أن:" عبارة مواطنين " تشير إلى الأشخاص الطبيعيين المتمتعين، بالنسبة للجزائر بالجنسية الجزائرية وبالنسبة لإيطاليا بصفة مواطن إيطالي على أن يكون، في نطاق تشريع وتنظيم الدولة التابعين لها، مركز مصالحهم الاقتصادية الرئيسي قائماً على إقليمها"، ثم أضافت الفقرة الثالثة: "عبارة شخص معنوي تشير إلى كل مؤسسة وكل شركة أو رؤوس أموال قائمة في إقليم الدولتين المتعاقدتين طبقا لتشريع هذه الأخيرة، ولها في نفس الإقليم، مقرها والمركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية كما هو معروف من خلال تشريع وتنظيم كل من الدولتين المتعاقدتين"[3].

كذلك الاتفاقية الفرنسية الجزائرية حول التشجيع والحماية للاستثمارات، حيث نصت الفقرة الثانية والثالثة من المادة الأولى على ما يلي:" عبارة مواطنين، تشير إلى الأشخاص الطبيعيين اللذين يحملون جنسية أحد الطرفين المتعاقدين، عبارة الشركات، تشير إلى كل شخص معنوي مشكل على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الأخير وله في نفس الإقليم مقره الاجتماعي أو أن يكون هذا الشخص المعنوي مراقباً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطني احد الطرفين المتعاقدين والمشكلة طبقاً لتشريع هذا

---

[1]- وتجدر الإشارة أن اتفاقية واشنطن لسنة 1965 أخذت بمعيار الجنسية لتحديد أجنبية المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي على خلاف بعض الاتفاقيات الأخرى الثنائية أو المتعددة الأطراف والتي أخذت بمعيار الموطن كاتفاقية التجارة الحرة لدول أمريكا الشمالية المعروفة ب NAFTA والتي نصت على أن: " الفرد يعني الشخص الطبيعي سواء أكان مواطناً أم مقيماً بصورة دائمية في إحدى دول أطراف هذه الاتفاقية، أنظر في هذا الشأن: - هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص ص23-26.

[2]- المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لسنة 1991، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-345 المؤرخ في 05-10-1991، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 1/ف2، ف3 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 91-346 المؤرخ في 05-10-1991، مرجع سبق ذكره.

الأخير"[1]، إضافة إلى اتفاقيات أخرى كالاتفاقية الإسبانية الجزائرية لحماية الاستثمارات وغيرها من التفاقيات الثنائية الأخرى.

أما الاتفاقيات الجماعية أو متعددة الأطراف، فقد أشرنا آنفا إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965[2]، أضف إلى ذلك الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية في الدول العربية، فقد عرفت المستثمر العربي الفقرة السابعة من المادة الأولى بقولها:" المستثمر العربي: هو المواطن العربي الذي يملك رأس مال عربي ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها"[3]، كذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل الأول من الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي إذ جاء فيها:"المواطن هو الشخص الطبيعي المتمتع بجنسية إحدى الدول الطرف في الاتفاقية، أو أي شخص معنوي يتمتع بجنسيتها، أنشئ وفقا للقوانين المعمول بها لديها وتكون فيها مصالح مواطني أحد أو بعض أو جل الأطراف المتعاقدة راجحة"[4]، أيضاً ما تناولته بعض الاتفاقيات الأخرى كالاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان لاستثمار وغيرها.

ب- الشخص الاعتباري الأجنبي:

يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار في الغالب شكل شركة شركة، أو مشروعاً مشتركاً، وتعرف الأشخاص الاعتبارية بأنها مجموعات أشخاص أو أموال لها كيانها الذاتي وثقلها الاقتصادي المؤثر ليس فقط في التطوير الاجتماعي والاقتصادي للدولة بل في توجيه أيديولوجيتها وسياستها الخارجية[5]، كما أن المعيار المعتمد في تمييز المستثمر الأجنبي من المستثمر الوطني في حالة الشخص المعنوي هو معيار الجنسية، ولتحديد هذه الجنسية ظهرت عدة معايير، وقد سبق الإشارة إليها، في التمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي، خصوصاً وأنها بدأت تتعرض للهجرة من طرف الفقه بسبب ما يشهده العالم اليوم من انفتاح اقتصادي على كافة الأصعدة[6]، وهذه المعايير المعول عليها في هذا الصدد هي:

---

[1]- المادة 1/ف1، 2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 13-02-1993، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-01 المؤرخ في: 02-01-1994، مرجع سبق ذكره.

[2]- انظر المادة 25 من إ.و.ت.م.إ. لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 1/ف7 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-306 مؤرخ في 07-10-1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس عام 1982، مرجع سبق ذكره.

[4]- الفقرة الأولى من الفصل الأول من الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب لسنة 1990، مرجع سبق ذكره.

[5]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص 23- 28، وخالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 103-104.

[6] - هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 29-30.

1- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

تحدد جنسية الشخص الاعتباري وفق هذا المعيار على أساس جنسية الأعضاء المكونين له، باعتبار أن المشروع هو المعبر عن إرادة أفراده وهو المحقق لمصالحهم، وفي حالة تعدد جنسيات الشركاء تكون جنسية أغلبهم هي جنسية الشركة، وقد تعرض هذا المعيار التقليدي للنقد على أساس أنه ينكر الوجود القانوني المستقل للشخص الاعتباري والذي له ذمة مالية مستقلة وشخصية قانونية متميزة ومستقلة عن أعضائه، كما أنه يستحيل استخدامه فيما يخص شركات الأموال مثل شركات المساهمة القائمة على تجميع الأموال لا الأشخاص[1].

2- معيار مكان التأسيس:

يكتسب الشخص المعنوي وفق هذا المعيار جنسية الدولة التي اتخذت فيها إجراءات تأسيسه وسجل فيها بمقتضى قانونها، بصرف النظر عن جنسية المؤسسين أو الشركاء ومن دون اشتراط وجود مركز الإدارة الرئيسي فيها أو وجود محل الاستغلال، أو محل تكوين رأس المال أو الرقابة المالية، وهذا المعيار معتمد في عدة دول منها: العراق، والأردن[2]، إلا أن هذا المعيار انتقد على أساس أنه يتيح للأشخاص اختيار الدولة التي تتلاءم مع أغراضهم وذلك بترك تحديد جنسية الشركة لهوى المؤسسين، مما يكون هناك نوع من الغش والتحايل في تحديد جنسية الشخص الاعتباري[3].

3- معيار مركز الاستغلال:

يقصد به أن الشركة يجب أن تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطها الرئيس بإعتباره المكان الذي تجتمع فيه مصالحها الحقيقية[4].

ويتفق هذا المعيار مع معيار مكان التأسيس في الأخذ بمعيار حق الإقليم واعتماد الموطن أساساً لمنح الجنسية، حيث يركز مفهوم هذا المعيار على منح الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز استغلال الشخص الاعتباري الرئيسي، ومن ثمة تتحقق تبعيته السياسية وفق هذا المعيار بانتمائها إلى الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطه الرئيسي، ولكن هذا المعيار تعرض للنقد كونه يثير العديد من الصعوبات كما لو كان للشخص الاعتباري مراكز نشاط متعددة متساوية في الأهمية في أكثر من دولة، مثل عقود استغلال

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص 29-30.

[2]- هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص ص 26-27.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 63، وبشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص 30.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص 30.

الثروات الطبيعية، حيث تقوم الشركة بعدة أنشطة في دول مختلفة، فيثار التساؤل عن المعيار المقترح لتحديد رابطة الجنسية، خصوصاً بعد ظهور الشركات العملاقة التي لا يكون لها مركز استغلال ثابت[1].

4- معيار مركز الإدارة الرئيسي:

ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي: المكان الذي توجد به الإدارة الفعلية للشركة أي ذلك المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره، كمجلس الإدارة، حيث تتمتع الشركة وفق هذا المعيار بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إداراتها الرئيسي[2].

و قد تبنى القضاء الفرنسي هذا المعيار قديماً، إضافة إلى المحكمة الدائمة للتحكيم الدولي في قضية كانيفارو الشهيرة في 1912/05/03، حيث جاء في الحكم أن جنسية الشخص المعنوي تتحدد فيه على أساس مركز إدارة الشركة الرئيسي[3].

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا المعيار في القوانين الداخلية وفي الكثير من الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف أو الثنائية، لكنه لم يأخذ بمعيار المقر وحده لتحديد جنسية المستثمر الأجنبي للشخص الطبيعي أو المعنوي، بل عمل على تقرير معايير أخرى إلى جانب هذا المعيار وهي معايير واقعية أكثر منها قانونية وسياسية كمعيار الرقابة[4].

وإذا رجعنا للمادة 10 من القانون المدني الجزائري ، فنجد المشرع تبنى معيار مركز الإدارة الرئيسي على غرار المشرع المصري في المادة من القانون المدني المصري، ويكون للشركة المعنوية الجنسية الجزائرية، التي تمارس نشاطها في الجزائر، كذلك ما ورد في نص المادة 547 من القانون التجاري الجزائري الذي يعتبر أن الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر، تعد خاضعة للقانون الجزائري[5].

5- معيار الرقابة:

جاء هذا المعيار ليحدد جنسية الشركة أو الشخص المعنوي فمتى كانت تخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية، من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على الإدارة بجنسية دولة أجنبية، ف،ها تعتبر

---

[1]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، مرجع سبق ذكره، ص ص 31-32، و بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص30-31.

[2]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 101، و بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص 31.

[3]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 102.

[4]- كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002، 2003.

[5]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص ص 103-104.

أجنبية بصرف النظر عن مركز إدارتها الرئيسي الفعلي أو محل النشاط أو مكان التأسيس إذا كان في الإقليم الوطني[1].

فالمادة 2/25 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 تقضي كما سبقت الإشارة إليه بأن كل شخص اعتباري له جنسية الدولة المتعاقدة في التحكيم في تاريخ نشأة النزاع، يمكنه رغم ذلك أن يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة على أساس فكرة الرقابة الأجنبية، فيجوز لمحكمة المركز لكي تعقد لنفسها الاختصاص على نزاع أحد أطرافه شركة ما أن تطبق معايير أخرى مثل فكرة الرقابة أو معيار رأس المال، والواقع أنه من الأحسن تحديد صراحة جنسية الشخص الاعتباري في عقد الاستثمار نفسه أو في اتفاق التحكيم لإزالة كل لبس[2].

واعتبرت اتفاقية سيول لعام 1985 الخاصة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، في المادة 13 الفقرة أ/2 أن الاستثمار الصالح للضمان، هو الاستثمار المنجز من قبل شخص اعتباري تم تأسيسه وتعيين مقر أعماله في إقليم الدولة العضو، وغالبية رأس ماله مملوك لمواطني دولة عضو أخرى، وهذا ما يدل على معيار الرقابة المتمثل في كون أغلبية رأس مال الشركة هو مملوك للأجانب[3].

رابعاً: مسألة تعدد جنسيات المستثمر الأجنبي أو انعدام جنسيته

تطرح هذه الإشكالية عندما يكون المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً متمتع بأكثر من جنسية واحدة، وقد يكون في وقت ما لسبب من الأسباب بدون جنسية، ففي حالة وجود مستثمر يحمل أكثر من جنسية، ومن بين تلك الجنسيات، جنسية الدولة التي يمارس على إقليمها نشاطه الاستثماري، فيعتبر ذلك المستثمر وطنياً وليس أجنبياً، ويتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون، أما إذا لم يكن من بين تلك الجنسيات جنسية الدولة التي يستثمر فيها وحتى ولو كانت له جنسيات دول أخرى غير جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، فيعتبر أجنبياً ويخضع لقانون الاستثمار الأجنبي، ويستفيد من جميع الحوافز والمزايا الممنوحة للمستثمرين الأجانب[4].

وفي هذا الإطار نجد اتفاقية واشنطن لعام 1965 في الفقرة 2/52 السابق الإشارة إليها أكدت بأن الشخص الطبيعي الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطناً أجنبياً ومن ثم لا يمكن أن يخضع لاختصاص المركز، كما تطرقت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية إلى مسألة ازدواجية الجنسية في المادة 7/1 منها حيث نصت على أن:"المستثمر العربي هو المواطن العربي الذي يملك رأسمالاً عربياً ويقوم باستثماره في إقليم دولة طرف لا يتمتع بجنسيتها"[5].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية لخاصة مرجع سبق ذكره، ص 31.

[2]– جلاء وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد– الاجراءات– الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2001، ص 33.

[3] - Dominique Carreau :Investissements, répertoire de droit international, encyclopédie juridique , DALLOZ, 1999, P07.

[4]– هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 301–303.

[5]– هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 32.

ويضيف الأستاذ هفال صديق إسماعيل في مؤلفه: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، أنه في حالة تعدد جنسية الشخص المعنوي المستثمر فإنه يجب التفريق بين حالتين، الأولى معاملته في إحدى الدول التي يتمتع بجنسيتها فهنا يعتبر وطنياً في نظر هذه الدولة التي يحمل جنسيتها، أما إذا كان لا يحمل جنسيتها(الدولة المضيفة للاستثمار) وهو متعد الجنسيات، فيعتبر أجنبياً بالنسبة لتلك الدولة ومن الراجح أن تفضل جنسية الدولة التي يرتبط بها ارتباطاً وثيقاً من الناحية الاقتصادية، وهذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقضاء[1].

أما في حالة انعدام الجنسية، للشخص الطبيعي أو المعنوي، وإن كان هذا الموضوع مرتبط بقواعد القانون الدولي الخاص وما يثير ذلك من مشاكل تتعلق بالحماية الدبلوماسية، فنجد أن حالة الأجنبي العديم الجنسية المقصودة هي حلة الأجنبي بصفة مطلقة، أي الغياب التام لأي رابطة معلومة للشخص بدولة معينة[2].

وفي هذه الحالة فقد اعتبر الفقه أن المستثمر الموجود في هذه الوضعية هو أجنبي في الدولة التي يقوم فيها نشاطه الاستثماري مادام لا يحمل جنسيتها ولكنه سوف يفتقر إلى الحماية الدولية عند تعرض أمواله للمخاطر غير التجارية، كما أنه يحرم من الضمانات والامتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب بموجب الاتفاقيات الاستثمارية الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف[3].

خامساً: الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

بعد ما رأينا أطراف عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، المتمثلة في المستثمر الأجنبي شخصاً كان طبيعياً أو معنوياً كطرف أول والدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها والتي تعطي خصوصية لها نجد أن هذه الأطراف دآبت على إدراج العديد من الشروط غير معتادة فيها والتي تعتبر من الضمانات العقدية لحماية هذه العقود ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

أ: شروط الثبات التشريعي(Stabilization clauses) أو تجميد قانون العقد:

يحتل شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي بصفة عامة مكانة هامة، فهو يهدف إلى حماية المستثمرين من أي تعديلات في تشريعات الدولة المتعاقدة، لهذا عملت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الدولية على تكريسه في عقود الاستثمار إضافة إلى أحكام التحكيم الدولية ومختلف الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الاستثمار، فما هو المقصود بهذا الشروط؟ وما هي صورها؟، وآليات تكريسها القانونية والتنظيمية؟، وموقف التشريع الوطني المتعلق بالاستثمار منها؟، وكذا العقبات التي تواجه تكريس مثل هذه الشروط في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر؟.

---

[1]– هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 301–303.

[2]– حسن علي كاظم، إبراهيم عباس إبراهيم، أثر انعدام الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون جامعة بابل، المجلد 08، العدد 04، 2016، ص 492.

[3]– هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 35.

1 – مفهوم شرط الثبات التشريعي:

ويقصد به: " ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل سياساتها الاقتصادية، وبالتالي عزل تطبيق قانونها الوطني على العقد، وذلك بتجميده زمنياً، واستبعاد كل التعديلات التي يمكن أ، تطرأ عليه في المستقبل"[1].

كما يطلق على هذه الشروط تسمية التجميد الزمني لقانون الإرادة وذلك إذا قام الأطراف بإدراج شرط أو بند في العقد، ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد[2]، وهناك من يفرق بين شرط التجميد التشريعي وشرط التدعيم التشريعي بحيث في الأول يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراجه لتفادي التعديلات في القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية والتي تقوم بها الدول تحقيقاً لأهدافها الاقتصادية ومسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات، بمعنى أن المشروع الاستثماري يبقى خاضعاً للشروط التي أنجز فيها، أما الثاني فيقصد به أن الاستثمار يستفيد من الأحكام الجديدة الواردة في العقود واتفاقيات الاستثمار إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر للمستثمر، بمعنى أنها معلقة على شرط واقف وهو احتوائها على امتيازات أكبر للمستثمر[3].

وكذلك هناك من يميز بين شرط الثبات التشريعي وشرط المساس بالعقد فالبرغم من أن كلاهما يهدف إلى تحقيق الحماية للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، وذلك عن طريق تنازل الدولة عن مبدأ السيادة والسلطان وامتيازات السلطة العامة في تعديل قانون العقد، ففي شروط الثبات التشريعي، تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي نص تشريعي جديد على العقد بوصفها سلطة تشريعية، أما في شروط عدم المساس بالعقد فتتعهد بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، لا بوصفها سلطة تشريعية، بل بوصفها سلطة تنفيذية، تتمتع بالسلطان وأساليب السلطة العامة لصفتها الإدارية، ومهما يقال فإن شرط الثبات التشريعي يؤدي في نهاية المطاف إلى عدم المساس بالعقد، كما قد يتضمن عقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر كلا الشرطين[4].

2– صور شروط الثبات التشريعي:

تأخذ شروط الثبات التشريعي عدة صور طبقاً للمعايير المطبقة في تقسيم شروط الثبات التشريعي من حيث المصدر والمضمون وطوائف الأشخاص المستفدين منها، بحيث يمكن تقسيمها من حيث المصدر

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 72.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 200 .

[3]– عيبوط محند وعلي، مرجع سبق ذكره، ص ص 216–221.

[4]– فضيلة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الاجنبية، مرجع سبق ذكره، ص ص 326–329.

إلى: شروط تعاقدية وتشريعية[1]، ومن حيث مضمون هذه الشروط إلى: عامة وخاصة ومن ناحية الأشخاص المستفيدين من هذه الشروط: عامة وخاصة، ويضيف الفقه معيار أخر للتقسيم وهو المعيار الغائي أو الوظيفي، حيث يرى أن هناك شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد وشروط ثبات تتعهد من خلالها الدول المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي بتحصينه ضد أية تغييرات تشريعية أو تنظيمية تطرأ في المستقبل والنص على عدم سريانها على علاقات التعاقدية الناشئة بينهما[2].

وعموماً يميز الفقه بين نوعين من الشروط التي من الممكن أن يتضمنها شرط الثبات التشريعي، شروط تعاقدية وأخرى تشريعية.

أ- الشروط التعاقدية:

وهي التي يكون مصدرها العقد المبرم بين الدولة المضيفة والشركة المستثمرة والتي تقضي صراحة بأن القانون الذي يسري على العقد عند حدوث أي نزاع بين الطرفين هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط عند إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق قد يطرأ عليها[3].

ومن أمثلة هذه الشروط، ما نصت عليه المادة 16 الفقرة واحد من العقد المبرم سنة 1977 بين جمهورية مالي وشركة **(générale des Matières Nucléaires)** من أنه:" تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد، أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة والقانونية والاقتصادية والمالية التي ستعمل الشركة في ظلها، وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجه خاص"[4]، وأيضاً ما جاء بأحد العقود المبرمة عام 1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي[5].

وتختلف الشروط التعاقدية عن الشروط التشريعية الآتي بيانها على النحو التالي:

ب- الشروط التشريعية:

قد تجد هذه الشروط مصدرها في الممارسة التعاقدية المستمرة كما سبقت الإشارة إليه، وقد يكون مصدر هذه الشروط للثبات التشريعي القانون أي نصوص تشريعية للثبات وردت في صلب قانون الدولة التي ستدخل طرفاً في عقد الاستثمار بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا المستثمر الأجنبي بأن لا تعدل أو تلغي قانوناً واجب التطبيق على العقد[6]، فشروط الثبات ذات الأصل التشريعي، هي تلك التي تستند إلى

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سبق ذكره، ص 73.

[2]- فضيلة السيد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 327-335.

[3] - محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2013، ص 61.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 204.

[5]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سبق ذكره، ص 74.

[6]- طه أحمد علي قاسم، مرجع سبق ذكره، ص 74.

نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد والتي تنص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون[1]، وبالتالي فقد كان التشريع آلية من آليات تكريس هذا الشرط في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

وتجدر الإشارة أن هناك أنواع أخرى من شروط الثبات، بحيث يمكن التمييز بين الشروط التي تهدف إلى التجميد الزمني للقانون الذي يحكم العقد، دون اندماج هذا القانون في العقد ومثالها، الاتفاق المبرم بين غانا وشركة قولتا الألمنيوم في 08-02-1962،حيث نصت المادة 48 من الاتفاق على أن:" الاتفاق المعني وكذلك الوثائق الملحقة به قد تم إبرامها، وترتب جميع أثارها وفقاً للقانون الغاني الساري في 22 يناير 1962 إلا إذا نص صراحة على ذلك، وأيضاً الشروط التي تهدف إلى تجميد القانون مع اندماج هذا القانون في العقد، ومثالها، الاتفاق المبرم بين شركة **(Plon et oil and Minéral Corporation)** و حيث نصت المادة 4 منه على أن:" قانون التعدين الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي يلحق بالنصوص المدرجة للملحق للاتفاق الحالي ويعد جزءاً منه لا يتجزأ"[2].

3- آليات تكريس شرط الثبات التشريعي:

تعتبر آليات تكريس شرط الثبات التشريعي من الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب خاصة في الدول السائرة في طريق النمو والتي تتميز بعد الاستقرار التشريعي تشجيعاً لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة فيها، لذلك تعمل معظم الدول على تكريس هذا الشرط في تشريعاتها الوطنية من جهة وفي عقود الاستثمار بموجب نصوص قانونية واتفاقيات دولية من جهة أخرى وحتى أحكام التحكيم هي الأخرى تؤكد على مشروعية تلك الشروط، إلا أن هذا التكريس تعرض لعدة انتقادات وخلافات من طرف الفقه.

وبالنسبة للاتفاقيات الدولية التي أوردت هذه الشروط نذكر على سبيل المثال الاتفاق المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة **Freeport Indonesia Inc** في 07 أفريل 1967، حيث نصت المادة 14 منه:" تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الأندونسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية، بما في ذلك أي إجراء من الإجراءات الإدارية أو ما شابه ذلك"[3]، أيضاً نذكر في هذا الإطار الاتفاقات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية والتي أدرجت فيها شروط الثبات التشريعي كالاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لسنة 1991[4]، والاتفاقية الجزائرية الإيطالية

---

[1] – حفيظة السيد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 329.

[2] – حفيظة السيد حداد، مرجع سبق ذكره، ص ص 332-333.

[3] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في علاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 165.

[4] – المادة 4 الفقرة الأولى، من الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-345 المؤرخ في 05-10-1991، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 46.

الخاصة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وإيطاليا الموقعة في سنة 1991[1]، مع الإشارة أن الدولة الجزائرية أبقت على سريان القانون الجديد إذا كان هناك مصلحة عامة لأفراد المجتمع مع التزامها بالتعويض في حالة الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي.

كما أقرت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، هذه الشروط حماية للمستثمر الأجنبي من تعديلات القوانين المتعلقة بالاستثمار من طرف الدول المضيفة، وإن كان هناك بعض الاستثناءات في مجال عدم التدخل في الشؤون السياسية نظراً لكون موضوع الاستثمار الأجنبي مرتبط بالجانب السياسي للدولة.

وقد سمحت التشريعات الوطنية المقارنة ولا سيما النامية منها بإدراج شرط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمرين الأجانب، بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية وتوفير الطمأنينة لها، ومن أمثلة القوانين التي نصت على هذه الشروط على غرار التشريع الجزائري وكرست مبدأ الاستقرار التشريعي قانون الاستثمار الأردني رقم 86 لسنة 2003[2]، وأيضاً قانون الاستثمار الكاميروني لعام 1960[3]، كذلك قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017 [4]، أما أحكام التحكيم فنجد على سبيل المثال أيضاً حكم التحكيم الصادر في قضية **(Sapphire international petroleum)** بتاريخ 15 مارس 1963 بمناسبة النزاع الذي دار بين إيران والشركة الأجنبية، حيث أقر أن " الشركة الأجنبية المستثمرة تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات تتضمن مسؤوليات ومخاطرة فمن الواجب حمايتها من الخضوع لأية تشريعات جديدة قد تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم"[5].

4- موقف المشرع الجزائري من شروط الثبات التشريعي:

جاء في المادة 15 الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى فيها:" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، ثم نصت المادة 16 من نفس الأمر:" لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب على

[1]- المادة 4 الفقرة الثانية من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 91-346 المؤرخ في 05-10-1991، مرجع سبق ذكره.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره ص 205.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 309.

[4]- المادة 2 من قانون الاستثمار المصري لعام 2017، مرجع سبق ذكره.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 315-316، أنظر كذلك:- حفيظة السيد حداد، مرجع سبق ذكره، ص 324.

المصادرة تعويض عادل ومنصف"[1]، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادتان 22 و23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[2].

فالمبدأ المكرس في هذه المادة هو عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون الحالي، أي يبقى القانون الذي أنشأت في إطاره هو ساري المفعول وبالتالي لا يسري القانون 16-09 الملغي للأمر 01-03 وهذا هو الأصل، وكاستثناء إذا ألغى أو عدل المشرع نصاً قانونياً يكون المستثمر الأجنبي قد استفاد منه، واتى بنص قانوني جديد فيه ما هو أصلح له ولا يمس مركزه المالي بصورة سلبية، فهنا يجوز للمستثمر الأجنبي أن يستفيد من أحكام النص الجديد إذا رغب في ذلك صراحة وذلك بتقديم طلبه إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، بحيث تكون فقط التدابير المستقبلية التي هي في صالح المستثمر الأجنبي قابلة للتطبيق عليه.

وبالتالي نستنتج أن للدولة حق سيادي في القيام بتعديلات الضرورية في قوانينها الوطنية، ويبقى المستثمر الأجنبي خاضعاً للقوانين الوطنية والتشريع الذي تم فيه إبرام العقد، غير أن الدولة تلتزم بتعويض في حالة المساس بالعقد واستخدام أساليب السلطة العامة من جهة ومن جهة أخرى إذا أراد المستثمر الأجنبي الاستفادة من مزايا القانون الجديد وكان هناك ما هو أصلح له فيجوز له تقديم طلبه إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار يطلب فيه صراحة الاستفادة من القانون الجديد، وأحسن ما فعل المشرع الجزائري نظراً لدور الاستقرار التشريعي في جلب الاستثمارات الأجنبية.

5- العقبات التي تواجه تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي:

هناك عدة مشكلات تقف أمام شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، الذي يلجأ إليه المستثمرين من اجل حماية استثماراتهم سواء كانت هذه الشروط مصدرها العقد أو التشريع، ومن بين هذه المشكلات، الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي وأثارها في عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، فقد انقسم الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض لهذه الشروط، فقد رأى جانب من الفقه طبقا لفكرة الحرية التعاقدية أن شروط الثبات التشريعي لها فعاليتها وتنتج أثارها على أساس أن أطراف العقد أرادوا ذلك وحرية الإرادة كافية لتقرير شرط الثبات التشريعي[3]، كما رأى جانب أخر أن شرط الثبات التشريعي يعد استثناء عن مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد، في حين يرى أصحاب نظرية العقد الطليق أن شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى اندماج القانون في العقد، على نحو يفقد معه صفته القاعدية ويصبح القانون المختار مجرد شرط تعاقدي، والعقد المبرم حر طليق بدون قانون**Contrat sans loi** [4].

---

[1]- المادتان 15، 16 من الأمر رقم: 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري، الملغى، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادتان 22 و23 من القانون رقم: 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري، الساري المفعول، مرجع سبق ذكره.

[3]- أقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 107.

[4]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص ص 346-347.

وحجة هذا الرأي الذي ينادي بصحة شروط الثبات التشريعي، أن قبول الدولة التعاقد مع الطرف الأجنبي يعد تنازلا منها على كافة المزايا التي تسمح لها بتعديل أو إلغاء القانون القديم وبسط سلطان القانون الجديد، نظراً لمبدأ القوة الملزمة للعقود وقدسية العقود الدولية التي تغل يد الدولة عن أي مساس بالعقد.

ونتيجة للنقد الموجه لهذه الآراء والنظريات في كون أن خصائص عقود الاستثمار الأجنبي وعقود الدولة بصفة عامة طويلة المدة وإنكار حق الدولة في تغيير تشريعاتها بما يتماشى وأوضاعها الاقتصادية والاجتماعية يؤدي بها إلى الحجر القانوني الذي لا يتناسب ودورها كدولة[1]، ظهر اتجاه معارض ينادي بعدم فعالية وصحة شروط الثبات التشريعي، وذلك بالرجوع إلى مبدأ السيادة وما تتمتع به الدولة من سلطات في إصدار قوانين جديدة تتماشى وتطورات العالمية تحقيقاً لصالح العام، وأصبح هذا الاتجاه يجيز للدولة حق المساس بالعقد لاعتبارات سياسية واقتصادية وقانونية، ويضيف هذا الاتجاه أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لم تعد من قبيل العقود التقليدية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، والتي لا يمكن إبقائها ثابتة من الناحية الزمنية وبالتالي لبدا من هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود وإخضاع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وليس للقانون الدولي وذلك حتى تسري عليه كافة التعديلات السارية في القانون الوطني تطبيقاً لمبدأ السيادة[2].

وفي ظل هذا التباين الفقهي بين صحة شروط الثبات أو عدم صحتها ظهر اتجاه وسط للتوفيق بين سيادة الدولة والحرية التعاقدية حيث جاء الفقيه **(prosper weil)** بفرضين: الفرض الأول وهو أن العقد المبرم في إطار القانون الوطني فهذا الأخير هو وحده الذي يحدد الطبيعة القانونية لهذه الشروط وصحتها أو عدم صحتها، وفي هذا الإطار نجد بعض الأنظمة القانونية هناك منها من يسمح بإدراج هذه الشروط في العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي وبالتالي تكون صحيحة ومخالفتها وعدم احترامها يؤدي إلى المسؤولية، وهناك من يرى عكس ذلك أي بعض الأنظمة لا تبيح إدراج هذه الشروط في العقد، وفي هذه الحالة لا تترتب على الدولة أية مسؤولية، أما الفرض الثاني وهو إذا تمركز العقد المبرم في إطار القانون الدولي، فإن قواعد القانون الدولي هي التي تحدد قيمتها وفي كلتا الحالتين عند مخالفة شرط الثبات التشريعي من طرف الدولة يؤدي إلى تقرير مسؤوليتها[3].

وكخلاصة نقول أن شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتي تتميز بطول مدتها، لا يمنع الدولة من إعمال سيادتها تحقيقاً لصالح العام شريطة احترام التوازن العقدي والمالي للعقد وهذا ما أكدته الكثير من أحكام التحكيم الدولية منها حكم الصادر في قضية **(Aminial)** إذ قضت محكمة التحكيم "أن

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص 347.

[2]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص 351.

[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص 368.

شرط الثبات التشريعي لا يقيد بأي حال في اتخاذ إجراءات التأميم"، كذلك حكم التحكيم في قضية تيكساكو **(Texaco)** فقد وصف المحكم ديبي**(Dupuy)** عقود الاستثمار بأنها عقود طويلة لها أهميتها بالنسبة للدولة المضيفة وتتضمن شروط الثبات التشريعي حماية للطرف الأجنبي المتعاقد معها، وهذا الشرط لا يعد مساس بسيادة الدولة ولها الحق في إجراء التأميم في موجهة المواطنين والأجانب، وأن العقد المبرم بين الدولة والشركة الأجنبية المستثمرة هو عقد دولة ويتصل بالقانون الدولي العام من جهة والقانون الوطني من جهة أخرى[1] وهي نفس النظرية التي جاء بها الفقيه **prosper weil**، ولنا عودة لهذه القضايا التحكيمية بالتفصيل في عرضنا لهذه الدراسة[2].

سادساً: الشروط التي تحد من سلطات الدولة

في إطار منح حماية أكبر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، فإن الدولة تتعهد بعدم تعديل عقد الاستثمار أو بند من بنوده بإرادتها المنفردة مستخدمتاً امتيازات السلطة العامة، وهذا ما يعرف بشرط عدم المساس بالعقد، والذي له علاقة بشرط الثبات التشريعي السالف الذكر وما أفرز ذلك من أحكام في مجال نظريتي الحق المكتسب والإثراء بلا سبب على الصعيد الدولي نتيجة المسؤولية الدولية في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وحق المستثمر في التعويض، بالإضافة إلى شرط الضمان الذي تتضمنه بعض عقود الاستثمار الأجنبي، وظهور إشكالية توازن عقود الاستثمار الأجنبي بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي وتحول من شرط الثبات التشريعي إلى شروط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار الأجنبي.

1- مفهوم مبدأ عدم تعديل شروط العقد:

المقصود بهذا المبدأ هو تعهد الدولة بعدم تعديل عقد الاستثمار الأجنبي بإراداتها المنفردة مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من مزايا يمنحها لها القانون الوطني الداخلي بوصفها سلطة تنفيذية أو بوصفها سلطة إدارة[3]، لا بوصفها سلطة تشريعية، كما هو الحال في شرط الثبات التشريعي حسب رأيي، ومن الناحية العملية فإن هذا الالتزام بعدم تعديل شروط العقد إلا بموافقة الطرفين، يعني بمفهوم المخالفة أن الدولة المضيفة للاستثمار عند استعمالها لسلطاتها التشريعية أو التنفيذية في المساس بالعقد تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها على أساس خرقها لالتزامها بعدم المساس وليس على أساس النظرية التقليدية المتعلقة بالتوازن المالي للعقد والتي تتطلب إثباتاً للضرر الذي يلحق المتعاقد، وفي حالة اللجوء إلى التحكيم، في عقود الاستثمار يكون إخلال الدولة بشرط عدم المساس أهم دعائم الادعاء أمام الهيئة التحكيمية[4].

---

[1]- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص 371.

[2]- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، مرجع سبق ذكره، ص 384 وما بعدها.

[3]- طه احمد علي قاسم، مرجع سبق ذكره ص 77.

[4]- هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2016، ص 156.

وقد تكون حدود سلطة الدولة في التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد الاستثماري الأجنبي تبرره المصلحة العامة في إطار ممارسة الدولة لصلاحياتها التشريعية أو التنفيذية في عقد الاستثمار الأجنبي، والتي تصطدم مع مبادئ أخرى عرفت على مستوى التشريعات الداخلية وطبقت على مستوى الممارسات الدولية كمبدأ الحقوق المكتسبة ومبدأ الإثراء بلا سبب[1].

خاصة في حالة الاعتراف بسلطة التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد للدولة المستثمرة، مما يؤدي إلى المساس به وبمبدأ القوة الملزمة للعقد والذي دافعت عنه محكمة العدل الدولية الدائمة في الكثير من القضايا.

ويعتبر إجراء التأميم من الممارسات الدولية التي أدت إلى ظهور مبدأي الحقوق المكتسبة و الإثراء بلا سبب الذي تمسكت به الدول المصنعة في مجال عقود الاستثمار الأجنبي خاصة العقود البترولية وما صاحب ذلك من قيام الدول النامية في تأميم ثرواتها الطبيعية[2].

2 – مبدأ الحقوق المكتسبة في عقود الاستثمار:

يمكن القول أن الحقوق المكتسبة هي تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطار نظام قانوني معين والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد، وهذا المبدأ ليس له تطبيقات مباشرة في مجال الاستثمار الدولي حيث اختلف فقهاء القانون الدولي حول قيمته القانونية بين من يراه من المبادئ العامة للقانون الدولي وبين من يرى عدم وجود هذا المبدأ في القانون الدولي والذي تمسكت به الدول المصنعة في مواجهة الدول النامية عند قيامها بالتأميم وذلك استناداً إلى "التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966 والخاصة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية هذه التوصية تضمنت في فقرتها الرابعة(04) احترام الحقوق المكتسبة وتعترف بالحق في التعويض عند التأميم ولكنها تستبعد حالة تصفية الاستعمار"[3].

---

[1] – هذا المبدأ مأخوذ من القانون المدني ويقصد به: إثراء شخص على حساب شخص آخر بدون أي سبب قانوني مشروع، وهو من المبدئ العامة للقانون، وقد أدرج هذا المبدأ على مستوى العلاقات الدولية الاقتصادية في مجال " الاستخلاف الدولي" واعتمد كأساس لإلزام الدولة التي تقوم بنزع الملكية أو التاميم بتعويض الأجانب اللذين تضررو بسبب هذا الإجراء، وان كان هناك صعوبة من الناحية التطبيقية لتطبيق هذا المبدأ على مستوى القانون الدولي لإختلاف الأنظمة القانونية، ومصالح الدول النامية مع الدول المصنعة، مصلحة الدول النامية في استرجاع ثرواتها، ومصلحة الدول المصنعة في فرض مبادئ القانون الدولي الكلاسيكي من اجل حماية رعاياها في الخارج.(– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 214–215)، والجدير بالذكر ان المشرع الجزائري نظم نظرية الاثراء بلا سبب في القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب المادة 141، تحت عنوان شبه العقود، إضافة إلى الفضالة والدفع غير مستحق، واعتبره من مصادر الالتزام (أنظر المواد من 141 إلى 159 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم: 75–58 المؤرخ في 26–09–1975، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975).

[2] – عدلي محمد عبد كريم، مرجع سبق ذكره ص 130.

[3] – عيبوط محند وعلي، مرجع سبق ذكره ص، 212.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الحقوق المكتسبة في قانون الاستثمار لعام 2016، مما يؤكك على الطابع الدولي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، على غرار قانون تطوير الاستثمار الملغى لعام 2001[1]، في المادة 35 منه، والتي نصت على أنه: " يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الأخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون، والتي أنشأت تدابير لتشجيع الاستثمار.

تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بترقية وتطوير الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة، خاضعة لهذه القوانين إلى غاية انقضاء مدة هذه المزايا"[2].

3- شرط الضمان:

ظهر هذا الشرط في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المتعلقة بالنفط والتي أبرمتها الدول النامية مع الشركات الأجنبية قبل الحرب العالمية الثانية كالعقد المبرم بين دولة البحرين وشركة بابكو عام 1925 حيث نصت المادة الثامنة منه: " لا يجوز لشيخ البحرين إلغاء الاتفاقية بتشريع عام أو خاص أو أي إجراء إداري أو أي طريق آخر مهما كان نوعها..".

واستمر الوضع حتى بعد الحرب العالمية الثانية، حيث تواترت عقود الاستثمار على تضمين هذا الشرط، ومن ذلك الاتفاق المبرم بين السعودية وشركة جيتي عام 1949 حيث نصت المادة 51 منه على أنه: " يجب أن لا ينقح هذا الاتفاق و يعدل إلا بإتفاق متبادل بين طرفيه" كما يقرر العقد المبرم بين مصر وشركة فيليبس عام 1963 في الفقرة الاولى من المادة 45 منه بانه: "يحكم هذا الاتفاق النصوص الوردة فيه ولايجوز تعديله إلآ باتفاق أطرافه"[3].

ويلاحظ أن شرط الضمان لا يستبعد تطبيق تلك الإجراءات التشريعية والتنفيذية التي تتخذها الدولة المتعاقدة طالما أنها لا تتضمن إنهاء أو تعديل الحق. فالاستبعاد يقتصر فقط إذاً على تلك الاجراءات التي تتخذها الدولة ويكون من شأنها إنهاء العقد أو تعديله، بيد أن عقد الاستثمار قد يقرر كذلك استبعاد تطبيق القواعد القانونية النافذة في الدولة، بالقدر الذي تتعارض فيه تلك القواعد مع نصوص العقد سواء كانت هذه القواعد القانونية موجودة قبل إبرام العقد أو وجدت بعد إبرامه وذلك لحماية المستثمر الأجنبي، ومحاولة الموازنة بين مصالح الطرفين[4].

سابعاً: إدراج شروط لإعادة التفاوض في عقود الاستثمار الأجنبي لاستعادة التوازن العقدي

أثارت شروط الثبات والتجميد العديد من الانتقادات باعتبارها انتقاصا من سيادة الدولة المضيفة للاستثمار، وغلا ليدها عن إصدار التشريعات واللوائح التي تؤثر على اقتصاديات العقد، وعلى الرغم من هذا

---

[1]- أنظر المادة 29 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري الملغى، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 35 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري 16-09، الساري المفعول، مرجع سبق ذكره.

[3]- دريد محمود السمارائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 248.

[4]- دريد محمود السمارائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص ص 247-250.

الفهم غير دقيق لشروط الثبات والتجميد، إلا أنها أخذت في التراجع، لذلك حلت محلها شروط إعادة التفاوض[1].

ويفضل اللجوء لشروط إعادة التفاوض مثله، كوسيلة من الوسائل التعاقدية لمعالجة آثار اختلال التوازن الداخلي العقدي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، في الحالة التي لا يمكن للمتعاقدين، تحديد ظروف بعينها(كارتفاع أسعار الطاقة أو المواد الخام أو تغير سعر صرف العملات الأجنبية وغيرها)، حيث تحدد هذه الظروف مسبقاً في العقد، وكيفية التعامل معها عن طريق معادلات حسابية متفق عليها، وهذا بعكس الظروف غير متوقعة والتي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، والتي يتم معالجتها بتفعيل شرط إعادة التفاوض على بنود العقد، والذي يتخذ عدة صور في ظل تغير الظروف في عقود الاستثمار الأجنبي، فقد يكون شرطاً بسيطاً أو مركباً.

فالشرط البسيط قد تأتي صياغته على النحو الآتي:" يحق للطرفين من حين لأخر الاتفاق كتابة فيما بينهما على إضافة أو استبدال أو تعديل أو إلغاء أحد أو كل شروط الاتفاق"، وهذه الصياغة انتقدت من زاوية أنها تعتبر تكرار لفائدة العقد شريعة المتعاقدين ولا تعطي حلول مباشرة في حالة تعثر المفاوضات ووصول الأطراف إلى طريق مسدود، في حين أن صياغة الشرط المركب يحقق التوازن العقدي وذلك من خلال:

– تحديد الظروف التي تسمح لطرفي العقد طلب إعادة التفاوض مثل: أن تتأثر حقوق المتعاقد بتغير القوانين

– الالتزام ببذل عناية في يخص الالتزام بإعادة التفاوض، وذلك أن هذا الأخير يلزم الطرفين أن يبذلا جهودًا مخلصة في المحافظة على التوازن العقدي وذلك حتى من جانب الطرف الذي لم تتأثر حقوقه بتغير الظروف وكذا الالتزام بعدم عرقلة المفاوضات.

– الالتزام كذلك بمدة التفاوض المحددة في شرط إعادة التفاوض قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى لتسوية النزاع كالوساطة والتحكيم والولوج في إجراءات فض المنازعات[2].

ويقتصر بحث التوازن في عقود الاستثمار على العقد ونصوصه الداخلية من جهة، وفي التزامات الدولة المضيفة للاستثمار تجاه المتعاقد، باعتباره مواطناً متمتعاً بجنسية الدولة الطرف الثاني في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار، من جهة أخرى ،وعليه فقد يكون النزاع مستنداً إلى نصوص تعاقدية بحتة، إلا أن ذلك لا يمنع أن يمثل إخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية إخلالاً في الوقت ذاته بالتزاماتها في تشجيع وحماية الاستثمار، وذلك إذا كان هذا الإخلال يشكل في الوقت نفسه إخلالاً بالضمانات الموضوعية للاستثمار[3]،

---

[1]– هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 163.

[2] – هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 165، 168، 169، 173.

[3]– تتمثل الضمانات الموضوعية للاستثمار في حماية ملكية المستثمرين الأجانب في الدول المضيفة، وأقدمها الحق في التعويض عن الأملاك المصادرة والمؤممة وضمان الحد الأدنى من المعاملة ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ ضمان الحماية والأمن، ومبدأ المعاملة الوطنية لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر وعدم التفريق بين المستثمر الوطني والأجنبي

أو إذا استند المستثمر على ما ورد في الاتفاقيات الحمائية للاستثمار الثنائية مثل النص على:" أن الدولة تلتزم بأن تنفذ تعهداتها"، أو كان هناك أفعال تنسب للدولة وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية في القانون الدولي وتؤثر على التوازن العقدي في عقد الاستثمار الأجنبي[1].

الفرع الثاني: دور عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية

إن ارتباط عقود الاستثمار الأجنبي بالمباشر بالتنمية يطرح عدة إشكاليات منها مفهوم التنمية الاقتصادية، حيث أن هذه الأخيرة تتفاعل مع عوامل أخرى وتتأثر بها كالعوامل السياسية والقانونية.

كما أن تطور مفهوم التنمية الذي بات ينظر له بأبعاده المختلفة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية في ظل العولمة وفي إطار ما يعرف بمسؤولية المستثمر الأجنبي داخل الدولة المضيفة وكيفية الموازنة والتوفيق بين تحقيق التنمية للأجيال الحاضرة والمستقبلة، أصبح يفرض على الشركات العابرة للحدود التحلي طواعية بالتزاماتها الأخلاقية أكثر من سعيها إلى تحقيق الربح، كما أن الاستثمار الأجنبي المباشر، له دور مهم في عملية التنمية الاقتصادية، بالنسبة للدول المستقبلة للاستثمارات.

وعلى هذا سوف نشير في هذا الفرع إلى مفهوم التنمية الاقتصادية وأهدافها بصفة عامة ثم إلى دور عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة في التنمية الاقتصادية، خاصة في الدول النامية.

أولاً: مفهوم التنمية الاقتصادية وأهدافها

مر مفهوم التنمية بعدة مراحل، بداية من مرحلة النمو الاقتصادي التي أسسها الاقتصاديون إلى غاية التفرقة بين النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية وصولاً إلى تحديد أهداف التنمية بصفة عامة للألفية الثالثة من طرف الأمم المتحدة، والابتعاد عن النظرية التقليدية التي تضيق من مفهوم التنمية الاقتصادية والتي تجعلها مرادفاً للنمو الاقتصادي، ولهذا لبدا من تعريف التنمية الاقتصادية، وتفريقها عن النمو الاقتصادي مع بيان عناصرها وكذا ما يترتب من مسؤولية على المستثمر الأجنبي عند مساهمته في عملية التنمية.

أ: تعريف النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية:

يعتبر النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية من المفاهيم الشائعة عند الاقتصاديين، ويرون أن النمو الاقتصادي مفهوماً كمياً يعبر عن زيادة في الإنتاج في المدى الطويل، بمعنى أن النمو الاقتصادي هو التغيير في الكم الذي يحصل عليه الفرد من السلع والخدمات، دون أن يهتم بالنوع، وهذا عكس التنمية الاقتصادية التي هي تغيير هيكلي في عملية توزيع الدخل والإنتاج، والتي تهتم أيضاً بنوعية السلع والخدمات المقدمة للأفراد، أي أنها لا تركز على الكم فقط وتتعدى ذلك لتشمل النوع، وبالتالي فالتنمية الاقتصادية

خاصة من حيث القوانين والتشريعات، وهو ما كرسته العديد من الاتفاقيات الثنائية والتشريعات الوطنية في نصوصها، مع وجود بعض الاستثناءات المتعلقة بخصوصية كل دولة، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية: والذي يقتضي ألا تقل حماية رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية عن تلك الممنوحة لرعايا دولة أخرى بمعنى تعهد الدولة المضيفة للاستثمار بأن تمنح للمستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلاً عما تمنحه لمستثمرين آخرين يحملون جنسية أخرى.

[1] – هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 111-113.

حسب الاقتصاديين هي أوسع من النمو الاقتصادي الذي هو جزء منها، وتتضمن بالإضافة إلى الزيادة في الإنتاج، الزيادة في عناصره وكفاءاتها وتوزيعها على باقي القطاعات، وضمان الحياة الكريمة للأفراد، وضمان استمرار تدفق الفائض الاقتصادي المتبقي من حاجات الأفراد والموجه للاستثمار[1].

أما التنمية الاقتصادية والتي يحققها الاستثمار الأجنبي المباشر، فهي الزيادة الطاقة الإنتاجية في الدولة المضيفة، بحيث يزداد معها الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي، بمعنى الارتقاء بالإنتاج وعناصره، كما تعرف بأنها عملية تحطيم التخلف والقضاء عليه، وظهر في الفكر الاقتصادي اتجاهين:

أ- اتجاه تقليدي يركز في مفهوم التنمية الاقتصادية في القضاء على ظاهرة التخلف مع افتراضه استقرار العوامل الأخرى السياسية والاجتماعية والقانونية، وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد بحيث هذا الاستقرار لا يمكن تصوره في بعض الدول خاصة السائرة في طريق النمو، فضلاً عن ذلك أن العوامل الاقتصادية لا تكفي وحدها لتحقيق النمو بل لا بدا أن تقترن بالعوامل السياسية والاجتماعية والقانونية أخرى.

ب- اتجاه حديث يرى هذا الاتجاه أن التنمية لبدا أن تقترن بجميع العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية، وكلها تتفاعل مع بضها وتساهم في عملية تحقيق التنمية[2]، كوسيلة للعيش الكريم، والقضاء كل مظاهر التخلف والفقر، أو ما يعرف بأهداف التنمية بصفة عامة والاقتصادية بصفة خاصة.

ب:أهداف التنمية الاقتصادية:

تعد التنمية الاقتصادية من أبعاد التنمية بصفة عامة، حيث تهدف التنمية إلى تحقيق ثلاثة أهداف جوهرية، وهي:

أ- إشباع الحاجات الأساسية، المأكل، الملبس، السكن، العلاج، والحماية من الأخطار المختلفة، **ب**- رفع مستوى معيشة الإفراد بزيادة الدخول وزيادة فرص التشغيل ورفع مستوى التعليم كماً وكيفاً بالارتقاء بالقيم الإنسانية والثقافية للمجتمع، **ج**- توسيع نطاق الاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية المتاحة للأفراد والأمم وذلك عن طريق تخليصهم من العبودية والاعتمادية[3].

ويمكن الإشارة في هذا الإطار أن البنك الدولي كجهاز تابع للأمم المتحدة قد حدد الأهداف الإنمائية للألفية الثالثة والتي يجب على دول العالم العمل على تحقيقها وهي ثمانية أهداف نذكرها بإيجاز :- القضاء على الفقر المدقع والجوع، تعميم التعليم الابتدائي، تشجيع المساواة بين الجنسين وتمكين النساء، تخفيض

[1]- جلال خشيب، النمو الاقتصادي، مفاهيم ونظريات، بحث منشور على شبكة الألوكة عبر الموقع الإلكتروني للشبكة www.alucah.net، تاريخ التصفح: 09-10-2016 على الساعة: 16:30

[2]- دريد محمد السمارائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص ص 83-87.

[3]- محي الدين حمداني، حدود التنمية المستدامة في الاستجابة لتحديات الحاضر والمستقبل، دراسة حالة الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 13.

معدل وفيات الأطفال، تحسين الصحة النفسانية، مكافحة فيروز الإيدز وغيرها من الأمراض المعدية كالملاريا، كفالة الاستدامة البيئية، إقامة شراكة عالمية من أجل التنمية[1].

ت: مسؤوليات المستثمر الأجنبي في البلد المضيف عند تحقيقه للتنمية:

تقع على الشركات المستثمرة، خاصة الشركات المتعددة الجنسيات مسؤوليات اجتماعية وسياسية وقانونية مرتبطة بأبعاد التنمية بصفة عامة، فعلى سبيل المثال في عام 1999 صدر الميثاق العالمي وهو مبادرة دولية دعت بمقتضاها الأمم المتحدة الشركات الأجنبية المستثمرة بالتحلي بروح المواطنة وزيادة مساهمتها في التصدي للتحديات العولمة والمشاركة الطوعية في التنمية المستدامة.

وكذلك يمكن في هذا الصدد الإشارة لإرشادات منظمة التعاون الاقتصادي لسنة 2001 للشركات المستثمرة والتي تعمل في البلدان التي ألتزمت بهذه التوصيات ومنها احترام النظام القانوني والسياسي والاجتماعي السائد في الدولة المضيفة للاستثمار، ضف إلى ذلك التزام المستثمر كذلك بمبادئ منظمة العمل الدولية وذلك من خلال تحسين ظروف المعيشة والعمل والعلاقات الصناعية، وكل هذه الالتزامات غير ملزمة وتعتبر طواعية[2].

ثانياً: دور عقود الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية

قامت معظم الدول بإبرام عقود الاستثمار الأجنبي لتحقيق تنميتها الاقتصادية، وعملت على تشجيعه من خلال تقديم مجموعة من الحوافز والمزايا والضمانات المختلفة من أجل خلق مناخ وبيئة استثمارية جاذبة، ونظراً لأهمية الاستثمار بصفة عامة في عملية التنمية فقد قام مختلف الكتاب والباحثين خاصة الاقتصاديين بإبراز هذه الأهمية، ولقد سجلت الدول العربية وفي مقدمتها الإمارات العربية المتحدة مشاريع استثمارية أجنبية مباشرة ضخمة، كان من نتائجها تحقيق التنمية من خلال عدة زوايا لاسيما فيما يخص القضاء على البطالة وتوفير مناصب الشغل.

أ- مشروعات الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية:

سجلت مشروعات الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية سنة 2003 حوالي 460 مشروعاً، ليقفز العدد إلى 1325 مشروعاً سنة 2008، ثم تراجع حجم المشاريع الاستثمارية الأجنبية المباشرة سنة 2009 بسبب الأزمة المالية العالمية بسبب بداية انهيار أسعار النفط مسجلاً 748 مشروعاً سنة 2015، وكان يقدر عدد الشركات الأجنبية العاملة في الدول العربية بنحو 6587 شركة أي حوالي بنسبة تزيد عن 7.6 % من إجمالي عدد الشركات المستثمرة خارج حدود العالم العربي، وتقوم هذه الشركات بالاستثمار في عدد من المشروعات، إذ تحتل دولة الإمارات الصدارة وتليها دولة السعودية من حيث تدفقات الاستثمارات

---

[1]- البنك الدولي، أهداف التنمية للألفية الثالثة، منشورة على الرابط التالي:/www.albankaldawli.org/mdg ، تاريخ التصفح: 2016/10/10.

[2]- عراب فاطيمة الزهراء، مداخلة موسومة بالمسؤولية الاجتماعية للاستثمار الأجنبي المباشر ودورها في التنمية، الملتقى الدولي الثالث حول منظمات الأعمال والمسؤولية الاجتماعية، جوان 14و15 فيفري 2011، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة بشار، منشورة عبر الموقع الإلكتروني www.iepedia.com ، تاريخ التصفح: 08-10-2016، الساعة: 12:00.

الأجنبية المباشرة إليها ثم دولة مصر أما الجزائر فهي في المرتبة التاسعة عربياً، وكان من بين هذه الشركات المتعددة الجنسيات والمستثمر في الدول العربية شركات عربية نذكر منها على سبيل المثال شركة مجموعة بنك سونترا الجزائر وشركة قطر البتروكيماوية، مجموعة بن لادن والبحر الأحمر لخدمات الإسكان بالسعودية وغيرها من الشركات[1].

ونشير في هذا المجال إلى مساهمة هذه المشروعات الاستثمارية للاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية بالدول العربية وذلك بخلقها لمناصب شغل قدرت ب 1.784.334 وظيفة في الدول العربية، وفق ما يبينه الجدول الآتي:

الجدول (2-2): بيانات حول مشروعات الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية خلال الفترة الممتدة من 2003-2016.

السنة	المشروع	إجمالي الاستثمار بالمليون دولار	إجمالي فرص العمل
2016	**278**	**463948**	**54624**
2015	748	465703	101143
2014	788	610472	108821
2013	946	551007	101298
2012	1044	486934	118449
2011	1167	624346	125591
2010	1044	600338	137821
2009	1160	1082824	168490
2008	1325	1726448	300234
2007	719	568414	119994
2006	849	1132648	182764
2005	611	783191	124944
2004	436	595671	67643
2003	460	464810	72.518
الإجمالي	**11605**	**10156733**	**1784334**

المصدر: المؤسسة العربية للاستثمار، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، نشرة فصلية، السنة الرابعة والثلاثون، العدد الفصلي الثاني، ابريل-مايو، 2016، ص 07.

ب:أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية:

للاستثمار الأجنبي المباشر دور في التنمية الاقتصادية من خلال زوايا عدة وحسب تنوع مواضيع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وعموماً يمكن أن نذكر منها:

[1]- المؤسسة العربية للاستثمار، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، نشرة فصلية، السنة الرابعة والثلاثون، العدد الفصلي الثاني، ابريل-مايو، 2016، ص06.

– يعد الاستثمار الأجنبي المباشر مصدراً من مصادر التمويل في الدولة المضيفة من خلال دفع عجلة التنمية الاقتصادية، كما يترتب عليه نقل القدرات التكنولوجية والخبرات التقنية والإدارية والتسويقية والتي تكون الدول خاصة النامية بحاجة إليها لتنميتها الاقتصادية[1].

– تنمية الصادرات وتقوية المنتوج الوطني على المنافسة الخارجية، خاصة عندما يوجه الاستثمار الأجنبي المباشر وفق إستراتجية الإنتاج الموجه للتصدير، فينعكس ذلك إيجاباً على الميزان التجاري الذي هو جزء من ميزان المدفوعات، مما يقلل من فاتورة الواردات، وتمويل الأسواق المحلية بالسلع والخدمات، كذلك يعمل على تحسين ميزان رأس المال من خلال زيادة تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية داخل الدولة المضيفة[2].

– تقليص الفجوة التكنولوجية الموجودة بين الدول المتقدمة والدول النامية من خلال بناء قاعدة تكنولوجية بالدول النامية قادرة على تنفيذ خططها التنموية ، ويتم عادة ذلك بمختلف أشكال التعاون الدولي كعقود الاستثمار والتراخيص ونقل التكنولوجيا وعقود البحث والتطوير، وعادة تفضل الدول النامية وعلى غرارها الجزائر الأسلوب المشترك في استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث تسمح الاستثمارات المشتركة بالاحتكاك بين الشركات الأجنبية وشركات الدولة المضيفة، مما يسمح باستيعاب واستخدام التقنيات الحديثة وتطوير المهارات وتنمية الموارد البشرية بتوليد معارف تكنولوجية ذاتية[3].

– يترتب على الاستثمار الأجنبي إنتاج كميات أكبر ونوعية أجود من السلع والخدمات، إذ يؤثر في الإنتاج وزيادة فرص التوظيف، وإدخال طرق جديدة في إنتاج واستغلال مصادر جديدة للمواد الأولية والنهوض بالاقتصاد المحلي وتطوير[4].

وعليه يمكن القول أن الآثار الإيجابية للاستثمار الأجنبي المباشر كثيرة ومتعددة كلها تصب في التنمية، لكن استثمارات الشركات مثلاً نحو الصناعات الإستخراجية من أجل استغلال الموارد الطبيعية للبلاد النامية دون تصنيع تلك المواد في تلك البلاد يؤدي إلى محدودية تطوير قطاع الصناعة التحويلية ومزيداً من التبعية، من جهة، كما أن بعض الشركات العبرة للحدود لا تلتزم بقواعد السلامة البيئية في هذا المجال[5]، وذلك بالرغم من مصادقة الكثير منها على اتفاقيات عدم المساس بالبيئة، مما يطرح إشكالية التوفيق بين إبرام

---

[1]– أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف، دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر منذ سنة 2001، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر، 2015، ص ص 11–12.

[2]– دلال بن سمينة، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، محدداتها، آثارها وتوجهاتها، مرجع سبق ذكره، ص 71.

[3]– عميروش محند شلغوم، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مكتبة حسن العصرية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2012، ص ص 64–70.

[4]– حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2017، ص 88.

[5]– حسين عبد المطلب الأسرج، سياسة الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، رسائل البنك الصناعي الكويتي، مرجع سبق ذكره، ص 08.

عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الذي تعمل على نقل التكنولوجيا والصناعات المتطورة والتنمية المستدامة بأبعادها الثلاثة وبأهدافها السابعة عشر المحددة من طرف الأمم المتحدة، خصوصاً وأن هناك علاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية المستدامة.

ثالثاً:الاستثمار الأجنبي المباشر وعلاقته بالبيئة

بالرغم من أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو وسيلة فعالة للاستراتجيات التنموية، في البلدان النامية، بجلبه للعملة الأجنبية وتوفيره المزيد من فرص التوظيف ونقل التكنولوجيا والخبرة الفنية، وزيادة الكفاءة الإنتاجية والمهارات الإدارية وتعزيز القدرة التنافسية، إلا أن هناك من يرى أن الاستثمار الأجنبي المباشر له سلبياته[1] فيما يخص نقل التكنولوجيا ومدى نظافتها في تحقيق التنمية المستدامة بأبعادها الثلاثة مشتملة، البعد الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، حيث نجد الكثير من الشركات العابرة للقارات تفضل الاستثمار في البلدان النامية التي تقدم معايير منخفضة في مجال السلامة البيئية، وبأقل التكاليف، والتي سميت بملاجئ التلوث.

وبالرجوع إلى الكثير من الدراسات التي قام بها الاقتصاديين، نجد أن معيار تخفيض الشروط المتعلقة في البيئة محفزاً على الاستثمار في قطاع الصناعات البتروكيماوية، في الكثير من البلدان النامية[2]، وهذا ما طرح إشكالية الاستثمار في ظل أهداف التنمية المستدامة والتي تم معالجتها والتطرق إليها من خلال عدة تقارير دولية وإقليمية منها: تقرير الاستثمار العالمي الصادر عن البنك الدولي لسنة 2014 والذي رأى أن هناك علاقة بين الاستثمار بصفة عامة وأهداف التنمية[3].

فالأهداف التي حددتها الأمم المتحدة لكفالة الاستدامة البيئية هي إدماج التنمية المستدامة في السياسات والبرامج القطرية وانحسار فقدان الموارد البيئية، والحد بقدر مملموس من معدل فقدان التنوع

---

[1]– إذا لم تحسن الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة استخدام وتوجيه هذه الاستثمارات نحو الأهداف التي تسعى هذه الدول إلى تحقيقها فإنه يترتب عليها عدة سلبيات منها زيادة أعباء الدولة النامية المضيفة والتي تعمل على جذب الاستثمارات الأجنبية من خلال تقديم حوافز وامتيازات وإعفاءات أو تخفيضات ضريبية وجمركية مما يؤدي إلى نقص في إيرادات الدولة نتيجة تلك التخفيضات أو الإعفاءات المقدمة، كذلك يمكن للاستثمارات الأجنبية المباشرة أن تقضي على المنشأت والسلع المحلية المماثلة في إطار مزاحمة الاستثمار المحلي مما لها من قدرة تنافسية قوية باستخدام هذا الاستثمار الأجنبي لفن إنتاجي وتكنولوجي متطور وكثيف رأس المال، فضلاً عن تحكم الشركات المتعددة الجنسيات في اقتصاديات الدول النامية وتأثير ذلك على سيادة الدول وكذا مصالحها السياسية.(أنظر:– حسن النمر، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، مرجع سابق ص ص 90–95).

[2]– بيوض محمد العيد، تقييم أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على النمو الاقتصادي والتنمية المستدامة على اقتصاديات الدول المغاربية، دراسة مقارنة، (تونس، المغرب، الجزائر)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر،2010–2011، ص ص 140–144.

[3]– مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2014، الاستثمار في أهداف التنمية المستدامة، خطة عمل، ص07، منشور على الموقع الإلكتروني، www.unctad.org/diae ، تاريخ التصفح: 12–10–2016 على الساعة 21:00.

البيولوجي بحلول عام 2010، وتخفيض نسبة الأشخاص اللذين لا يمكنهم الحصول باستمرار على مياه الشرب المأمونة وخدمات الصرف الصحي الأساسية إلى النصف بحلول سنة 2015، وتحقيق تحسين كبير بحلول عام 2020، وتحقيق تحسين بحلول عام 2020 لمعيشة ما لا يقل عن 100 مليون من سكان الأحياء الفقية، في إطارالصفقة العالمية المتعلقة بالإستثمار الأخضر الأجنبي المباشر، وربطها بالتطور الاقتصادي، وبالاستثمارات الأجنبية المباشرة التي هي صديقة بالبيئة كالاستثمار في مصادر الطاقة المتجددة[1].

رابعاً: علاقة الاستثمار الأجنبي المباشر بالتنمية المستدامة

خلص تقرير برونتلاند في سنة 1987 أن النموذج الحالي للتنمية الاقتصادية، لا يمكن أن يدوم إلى المدى البعيد، حيث ستتسبب في نفاذ الموارد الطبيعية وإيذاء المجتمع، وقدم في هذا الإطار تعريف للتنمية المستدامة بأنها:" تلبية احتياجات الحاضر دون الإضرار بقدرة الأجيال المقبلة على تلبية احتياجاتها"[(2)]، وفي سبتمبر 2015 اعتمد المجتمع الدولي أهداف التنمية المستدامة السابعة عشر وذلك لخطة التنمية المستدامة الممتدة إلى غاية 2030، حيث تعمل الدول خلال هذه الفترة على حشد الجهود للقضاء على الفقر، ومكافحة عدم المساواة ومعالجة تغيير المناخ، وفعلا" بدأ العمل على تنفيذ أهداف التنمية المستدامة، ابتداءاً من تاريخ 01 جانفي 2016 والتي تستند على تحقيق أهداف الإنمائية الثالثة[(3)].

وبالتالي على الاستثمار الأجنبي المباشر أن يراعي حقوق البيئة من جميع نواحيها، إذ أن الوقائع تشير إلى الوقائع تشير إلى أن الاستثمار الأجنبي المباشر يؤدي في الكثير من الأحيان إلى مشاكل بيئية، خاصة الاستثمار القائم على نقل التكنولوجيا والصناعة الحديثة، كالتلوث وهدر الموارد الطبيعية وعدم نقل التكنولوجيا الملائمة، مما يؤدي إلى الإضرار وعدم بقاء هذه الموارد الطبيعية للأجيال القادمة[(4)]، كما أن هناك التزام من جانب مؤسسات الأعمال بالمساهمة في التنمية الاقتصادية المستدامة والعمل مع الموظفين والمجتمعات المحلية على تحسين نوعية الحياة، وتقوم البلدان النامية بالتصدي للأبعاد المتعددة للفقر من خلال عمل الشركات المتعددة الجنسيات التي تستثمر في البلدان النامية من خلال الاستثمار الأجنبي

---

[1]– بدران لافي سلطان البدراني، الاستثمار الاخضر في الشركات المعاصرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، الدار الجزائرية، بير خادم، الجزائر، 2015، ص 09

[2]– زنيب محمد عبد السلام، الشركات المتعددة الجنسيات ومعايير سيادة الدول وفق القانون الدولي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط 1، 2014، ص 169.

[3]– أهداف التنمية المستدامة، تقرير على موقع الإلكتروني للأمم المتحدة، على الربط الإلكتروني التالي: http://www.un.org/sustainabledevelopment/ar/sustainable-development-goals/ ، تاريخ التصفح: 12-10-2016-الساعة 18:35.

[4]– سليمان عمر الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى 2009، ص 6.

المباشر، حيث ترتبط الشركات المتعددة الجنسيات ارتباطا وثيقاً بمفهوم التنمية المستدامة وأبعادها الثلاثة اقتصادية واجتماعية وبيئية[1].

ويلاحظ في هذا الإطار ان قوانين الاستثمار العربية بدأت تدرك حجم تأثير الأستثمارات الأجنبية المباشرة على البيئة والتنمية المستدامة، وقدأحسن المشرع المصري بإدراجه إلى المسئولية المجتمعية للمستثمر في الفصل الثالث من قانون الاستثمار المصري الجديد لعام 2017 وفق ما نصت عليه المادة 15 من ذات القانون بحيث زيادة على التزام المستثمر بالمحافظة على البيئة في تشغيل مشروعه الاستثماري عليه بالمساهمة بجزء من أرباحه المحققة من مشروعه الاستثماري في خدمة البيئة والتنمية المجتمعية لدولة مصر خارج مشروعه الاستثماري وذلك بمشاركته في مختلف مجالات التنمية وحماية البيئة[2]، وكذلك المشرع التونسي في قانون الاستثمار لعام 2016 في الفصل 10 من ذات القانون[3]، وكذلك المشرع الجزائري في المادة 3 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016[4].

وعموماً يمكن القول أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لها دور كبير في عملية التنمية الاقتصادية، دون أن ننس تأثيراتها السلبية على الدولة المضيفة للاستثمار خاصة التاثيرات البيئية، كما تقرر هذه العقود حقوق والتزامات بين طرفيها ذات الطبيعة غير متجانسة، وهذا ما يطرح إشكالية تكييفها القانوني وكذا أهم الحقوق والإلتزامات الناشئة عنها وهو ما نبحثه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر والحقوق والالتزامات الناشئة عنها

يولي الفقه القانوني أهمية خاصة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر نظراً للدور الذي تلعبه في التنمية الاقتصادية، خاصة بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو، ونظراً لكون أن أحد أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص، هو الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها والمستثمر الأجنبي المتمثل في شخص خاص طبيعي أو معنوي، فهذا يطرح إشكالية التكييف **القانوني لها وكذا دوليتها** (المطلب الأول)، كما تنشئ كذلك هذه العقود على عاتق أطرافها مجموعة من الحقوق والالتزامات تختلف عن غيرها من الحقوق والالتزامات الخاصة بمعاملات التجارة الدولية فما هي هذه **الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر**(المطلب الثاني)، ولهذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومعايير دوليتها.
المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

[1]– زينب محمد عبد السلام، الشركات المتعددة الجنسيات ومعايير سيادة الدول وفق القانون الدولي، مرجع سابق، ص 169.
[2]– أنظر المادة 15 من قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017، مرجع سبق ذكره.
[3]– الفصل 10 من قانون الاستثمار التونسي رقم: 71 لعام 2016، مرجع سبق ذكره.
[4]– المادة 3 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري رقم: 16–09 لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومعايير دوليتها

حتى يمكننا فض النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر فمن الضروري تكييف العلاقة العقدية الاستثمارية الأجنبية، والتي تدخل في نطاق العقود الدولية، هذه الأخيرة تعددت صورها في الآونة الأخيرة، نتيجة العولمة بمختلف أبعادها وصورها.

كما أن إشكالية دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، هي من المسائل المتعلقة بدولية العقد الدولي، وفي هذا الإطار أوجد الفقه عدة معايير لتحديد دولية العقد، أخذت بها الكثير من الدول في تشريعاتها الداخلية، لتحديد دولية العقد على غرار المشرع الجزائري.

وعليه نحاول أن نبين الاختلاف الفقهي حول التكييف القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا معايير دوليته في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

الفرع الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر

اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، كل حسب وجهة نظره، فبعض الفقه اعتبر عقد الاستثمار الأجنبي المباشر اتفاقية أو معاهدة دولية، وهناك من رأى أنها تنتمي إلى عقود القانون الخاص أي عقود مدنية أو تجارية، وهناك من اعتبرها من العقود الإدارية الداخلية، وهناك من اعتبرها عقود ذات طابع دولي، كما استقر الرأي لدى جانب من الفقه القانوني على اصطلاح مصطلح عقود الدولة على العقود التي يتم إبرامها بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص من الأجانب سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ويندرج ضمن هذه العقود عقد الاستثمار الأجنبي المباشر إذ يعد من طائفة العقود التجارية[1].

وبما أن عقود الاستثمار الأجنبي تعد من عقود الدولة كما أسلفنا سابقاً، فقد اعتبرها بعض الفقه وهو الراجح ذات طبيعة خاصة مختلطة، تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص، مما ينبغي إفرادها معاملة متميزة سواء من حيث القواعد القانونية المطبقة عليها، أو تلك المتعلقة بتسوية منازعاتها[2]، وسوف نتطرق لهذه الآراء بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي فيما يلي:

أولاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي اتفاقيات دولية

اعتبر جانب من الفقه أن عقود الاستثمار الدولية ما هي إلا نتاج اتفاقيات دولية تعقدها الدول بحيث يسوي هذا الرأي بين العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص والتي تتعلق بالأنشطة في إطار الخطط التنموية وبين الاتفاقيات الدولية[3].

---

[1]– رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 81.

[2]– رواء يونس محمود النجار، مرجع سبق ذكره، ص 83.

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

واعتمد هذا الرأي من الفقه على المبررات الآتية:

أ- عقود الاستثمارات الدولية تبرم في صورة اتفاقية دولية يكون أحد أطرافها شخصاً قانونياً دولياً، مثل الاتفاق الدولي تماماً وترتب أثارا على عاتق الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي، ويتم فض منازعاتها الناشئة عنها عن طريق هيئات دولية وغالباً ما يتم استبعاد القانون الداخلي من التطبيق عليها.

ب- عقود الاستثمار هي عقود تنمية لا تقوم بها إلا الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع دول أخرى[1].

هذا ويعتبر الأستاذ **(Dominique berliu)** من الفقهاء اللذين اعتبروا عقد الاستثمار الأجنبي من المعاهدات الدولية، و فرع من فروع القانون الدولي العام الذي يحكم عقود الدولة والذي أطلقوا على تسميته القانون الدولي للعقود[2]، والذي تترتب عليه المسؤولية الدولية في حالة إخلال الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي، كما سيأتي بيانه عند دراسة القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي فيما يخص الرأي المنادي بضرورة إخضاع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام.

إن هذا الاتجاه انتقده أغلبية الفقه في كون أن العقد الدولي سواء كان لأغراض التنمية أو أن أحد أطرافه شخص قانوني دولي لا يخرجه من فئة العقود الدولية، بل تبقى الصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود، كما أن إجراءات نفاذ هذه العقود يكون طبقاً للشروط الواردة فيها وليس لما ورد في الاتفاقية الدولية[3]، التي لا تصرف إلا إلى الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات)، بينما تبرم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين أحد هؤلاء الأشخاص وشخص من أشخاص القانون الداخلي لذلك لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار من قبل الاتفاقيات الدولية بسبب وجود طرف خاص في العقد وهو المستثمر الأجنبي والخاضع للقانون الخاص[4].

كذلك من بين الانتقادات الرئيسية التي وجهها الفقه للرأي القائل بأن العقد الدولي هو معاهدة دولية بصفة عامة هو ما أوردته اتفاقية فينا للمعاهدات بتعريفها للمعاهدة بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي، ومن ثم لا يعد من قبيل المعاهدات الأعمال القانونية التي يأتيها أشخاص القانون الداخلي ولو اتخذت في بعض الأحيان شكل الاتفاق الدولي، ذلك أن شكل التصرف ليس باتاً في هذا الشأن لأن التصرف لا يجري بين دولتين ذات سيادة بل إن دولة واحدة هي الطرف في العقد.

فالدولة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لا تتصرف باعتبارها أحد الأشخاص القانون الدولي وإنما بوصفها أحد أشخاص القانون الداخلي، فالدولة تتمتع بشخصية قانونية مزدوجة فهي تعد أحد أشخاص

---

[1] – إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمارات الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، ديسمبر 2015، ص 300.

[2] – مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2010، ص 71.

[3] – إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمارات الدولية، مرجع سابق، ص 305.

[4] – مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، مرجع سابق، ص 72.

القانون الدولي وأحد أشخاص القانون الداخلي في آن واحد ولذلك يتعين التفرقة بين التصرفات التي تأتيها الدولة بوصفها من أشخاص القانون الدولي وبين تلك التي تأتيها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الداخلي، فعندما تتصرف الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي فإنها تخضع عندئذ لأحكامه وعندما تتصرف بوصفها شخص من أشخاص القانون الداخلي فغنها لا تخضع لاحكام القانون الدولي التي تنظم نشاط الأشخاص الدولية باعتبارهم كذلك[1].

ثانياً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين العقود النموذجية وعقود الإذعان

باعتبار عقود الاستثمار الاجنبي المباشر من قبيل عقود الدولة مثل عقود نقل التكنلوجيا وعقود التنمية الصناعية، فقد رأى اتجاه فقهي أن دور الإرادة في إبرام عقود الدولة قد أندثر عملاً، معتبرين عقود الاستثمار الاجنبي المباشر من قبيل العقود النموذجية أو عقود الاذعان، وحجتهم في ذلك هو انتشار ما يعرف بالعقود النموذجية **(Contrat Type)** في التعاملات التجارية وحتى في الاستثمارات التكنولوجية الضخمة[2]، وكذا غياب النقاش والتفاوض المسبق عن التعاقد، مما يكون هناك إذعان في العلاقة العقدية، مثل ما فعله المشرع الفرنسي، والذي فرض نماذج معينة واجبة الاتباع عند تعاقد المستثمرين الفرنسيين مع الأشخاص والدول الأجنبية عند نقل التكنولوجيا، أي ان هذه العقود النموذجية قد تكون من وضع المستثمرين الاجانب الأشخاص الطبعيين أو الشركات اللذين ينتمون إلى مختلف الدول المتقدمة والمالكين للتكنولوجيا، أو من قبل حتى الدول النامية المضيفة لهذه الاستثمارات[3].

وعلى الرغم من الجهود المبذولة في إطار جمعية القانون الدولي واللجنة الاقتصادية لأوربا باعتبارها أحد أجهزة الأمم المتحدة، فإن اقامة عقود نموذجية في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لنقل التكنولوجيا، يبدو أمراً صعب التحقق نظراً لوجود أوجه خلاف أساسية في النواحي السياسية والإقتصادية من دولة لأخرى ومن مجموعات الدول الصناعية إلى الدول النامية.

ورغم هذا التفاوت إلا أننا نجد بعض العقود التي تشير إلى قواعد وضعتها إحدى المنظمات الدولية المتخصصة مثل: الدليل القانوني لتحرير أو كتابة عقود المجتمعات الصناعية، أو الدليل القانوني لتحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي[4].

---

[1]– طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 196–198.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 263.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص264.

[4]– صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 267.

واذا كانت هذه المعايير الدولية تلعب دوراً في التعاملات الدولية بين الدولة والأجانب ، فإن وصفها بالاذعان، لا يجد له تطبيق في نطاقها، وذلك راجع لعدة اسباب منها:

أ- أنه إذا كان التوازن في القوى الاقتصادية للأطراف يميل أحياناً إلى جانب الطرف الأجنبي لتفوقه على الدولة المتعاقدة من ناحية التنظيم ومصادر التمويل والقدرات التكنولوجية والأكثر تقدماص التي تحوزها شركات الدول المتقدمة على نحو احتكاري، مما يؤدي إلى تبعية الدول النامية من الناحية التكنولوجية والإقتصادية.

إلا أنه وفي الوقت الراهن لم يعد مقبولا في العلاقات الاقتصادية الدولية أن يدعي المتعاقد الأجنبي أن بإمكانه أن يملي إرادته على الدولة المتعاقدة معه، ذلك أن القوة الاقتصادية للمتعامل الأجنبي تجد حدوده وقيودها في السلطات السيادية للدولة أو المشروع العام المتعاقد. ومن ثم يصير العقد ملتقى لهذه القوة المتضادة بهدف نهائي هو تحقيق التوازن بين مصالح الطرفين.

ب- أن القليل من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة المتعلقة بنقل التكنولوجيا، يتم تضمينها قيوداص على التفاوض، كما أنه لا إلزام على الطرف الأجنبي إلا إذا قرر هو ذاته أن يتعاقد ويلتزم قبل الدولة في ظل شروط قليل منها ما يعتبر شرطاً مقيداً[1].

نستنتج مما سبق أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لا يمكن اعتبارها من قبيل عقود الاذعان حتى ولو تحفظت الدول المتعاقدة على بعض الشروط التي ترى عدم قابليتها للتفاوض، وبالتالي لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود نقل التكنولوجيا مثلاً عقوداً نموذجية أو عقود إذعان، بمعنى عدم صحة انتساب عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود نقل التكنولوجيا إلى العقود النموذجية، إضافة إلى عدم نسبتها إلى عقود الاذعان[2].

ثالثاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود إدارية

اعتبر هذا الاتجاه أن عقد الاستثمار الأجنبي هو من قبيل العقود الإدارية، ويعرف العقد الإداري بأنه:" ذلك العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وفقا لأساليب القانون العام، وذلك بتضمينه شروط غير مألوفة في القانون الخاص"[3].

كما يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار عقود الدولة في مجال النفط من العقود الإدارية الداخلية، لكون أن العقد الإداري لا يتعارض مع مقتضيات النمو الاقتصادي للدولة، التي تضطلع بكثير من الخدمات والصناعات الرئيسية ومنها استغلال الثروة النفطية[4].

---

[1] - V: Ph. Leboulanger, les contrats entrre Etats et Entreprises Etrangers,Economica, paris, france, 1985, pp 26-27.

[2]- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 269.

[3]- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005، ص 10.

[4]- محمد عبد الله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، اليمن، ع: 16- ديسمبر/يوليو-2003، ص 161.

ويعود هذا الاتجاه ليسقط عناصر العقد الإداري على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر والمستمدة من تعريفه، فعن العنصر الأول وهو اتصال العقد بالمرفق العام، فيرى أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كلها متصلة بالمرافق العامة للدولة، ويضرب مثلاً على مرفق النفط ومرافق صناعية وتجارية والتي تستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام تتولى جهة الإدارة إدارتها بنفسها مباشرة أو تعهد بها إلى أفراد يديرونه تحت رعايتها.

ولهذا نجد في عقد الامتياز النفطي تعمل الدولة على تقديم موافقتها وإجازتها للشركات الأجنبية في استغلال الثروة النفطية، ولها سلطة الرقابة والتوجيه المالية والإدارية والفنية وحق المراقبة المستمرة منها في تنفيذ العقد، وحق الدولة في التفتيش وزيارة موقع العمل وطلب البيانات والإحصائيات وفحص الدفاتر والأوراق، وسلطة توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها عند التقصير أو الإخلال بالعقد، كعدم التزام الشركة بالحد الأدنى للاستثمار، أو إذا قامت بتغيير محل الاستثمار دون موافقة الدولة المضيفة ...الخ[1].

وبالنسبة للعنصر الثاني وهو وجود جهة الإدارة، فلا شك لدينا في تحققه في عقود الاستثمار، حيث تعتبر الإدارة دائماً أحد أطرافها، وكما أن أشارنا إليه عن حديثنا عن أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أن أحد أطرافها الدولة التي قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة، كإبرام العقد من أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها[2].

أما العنصر الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحة الأرض اللازمة لإقامة المشروع، وما تحتويه هذه العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد والقوة القاهرة وعدم التوقع مما تتميز به العقود الإدارية، وعلى هذا الأساس يكيف هذا الاتجاه عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بأنها عقود إدارية، ويخضعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة[3].

وفي تقدير هذا الرأي يرى الدكتور بشار الأسعد:"أن مسألة تكييف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على أساس أنها عقود إدارية، إنما هي مسألة تتوقف على الدراسة التفصيلية لكل عقد على حدة لبيان أركانه ومن ثم رده إلى النظام القاني الذي يحكمه، فهذه العقود هي ليست ذات طبيعة واحدة فتارة تكون عقود إدارية وتارة أخرى تكون عقود عادية، وحتى ولو سلمنا بأنها عقود إدارية وإخضاعها من ثمة للقانون الوطني، فالواقع أفرز عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقد الإداري، كنظرية مستقلة عن نظرية العقد المدني مثل دول الشريعة الأنجلوساكسونية، ولعل قضية أرامو(**ARAMCO**) المتعلقة بالمملكة العربية

[1]– محمد عبد الله المؤيد، التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن، مرجع سابق ص ص 146–163.

[2]– عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، عالم الكتب، ط1، 1984، ص 412.

[3]– عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، مرجع سابق، ص 413.

السعودية استبعدت هيئة التحكيم تكييف العقد بأنه إداري، تأسيساً على أن القانون السعودي المستمد من القانون الإسلامي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي"[1].

كما أن مسألة التكييف القانوني لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، تكون من الأولى بعد تحديد هذا القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، حتى نستطيع تكييف هذا العقد على أساس أنه عقد من العقود العام أو من القانون الخاص، وقد تأكد هذا الاتجاه في عدة قضايا منها: قضية **(Chromalloy)** وقضية ايتالوك.

<u>وتتلخص وقائع قضية Chromalloy في:</u> تم إبرام عقد بين شركة **Chromalloy** الأمريكية وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية، تعهدت بمقتضاه الشركة المذكورة بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات هيليكوبتر، ونظراً لعدم وفاء الشركة الأمريكية بالتزاماتها الواردة في العقد المبرم بين الطرفين فقد قام الطرف المصري بإنهاء العقد، فلجأت الشركة الأمريكية إلى إعمال شرط التحكيم الوارد في العقد، وقد تم التحكيم في القاهرة، وانتهت هيئة التحكيم، إلى أن إنهاء الطرف المصري للعقد غير قانوني وألزمته بدفع مبلغ 17 مليون دولار كتعويض للشركة الأمريكية عن إنهاء العقد.

فلجأ الطرف المصري إلى محكمة استئناف القاهرة مطالباً ببطلان هذا الحكم التحكيمي، مستندا في ذلك إلى العديد من الأسباب منها استبعاد حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق طبقاً للمادة 53/د من قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في هذا الإطار ببطلان حكم التحكيم، مستندة في ذلك إلى أن المشرع قد أجاز لأطراف التحكيم الطعن على حكم التحكيم في حالات حددت على سبيل الحصر المادة 53 من القانون رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أنه:" لا تقبل دعوى بطلان حكم تحكيم إلا في الأحوال الآتية: د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

فقد ذهبت المحكمة إلى أنه لما كان من الثابت هو القانون المصري المتفق بينهما على تطبيقه، وأن القانون المصري لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها على نحو يهتدى به للقول بتوافر الشروط اللازمة لها وصيانتها من تعرض المحكم لها بالتأويل، وأن العق محل المنازعة هو عقد إداري مبرم مع مرفق عام لتوريد مهام وخدمات متعلقة بتسييره وبتنظيمه، وتضمن العقد نية الإدارة في أخذها بأسلوب القانون العام وأحكامه وأشار العقد على أن القانون الواجب التطبيق بمعرفة هيئة التحكيم هو القانون الإداري المصري، وعلى هذا الأساس فإذا أعمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري، فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق بين الطرفين على إعمال أحكامه على العقد المبرم بينهما، بما تتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم المنصوص عليها في المادة 53 من قانون التحكيم المصري لعام 1994.

وهكذا نلاحظ أن مسألة تكييف العقد جاءت بعد مسالة معرفة القانون الواجب التطبيق.

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 212-213، أنظر كذلك تفاصيل قضية أرامكو في ص 221 من هذه الأطروحة.

وفي قضية ايتالوك والتي تتلخص وقائعها في أن العقد المبرم بين شركة الايطالية ايتالوك وهيئة النقل المصرية في 30-11-1979 قد تضمن في المادة 12 منه شرط التحكيم ونشب خلاف وأحيل إلى التحكيم، وكان حكم التحكيم ضد الهيئة المصرية، هذه الأخيرة لجأت للطعن أمام محكمة استئناف القاهرة وصدر الحكم لصالحها وتم تكييف العقد على أساس أنه عقد إداري، وتم إبطال حكم محكمة التحكيم[1].

رابعاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود مدنية

على نقيض الاتجاه السابق الذي يعتبر عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقوداً إدارية يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الدولة شروط غير مألوفة واستثنائية مثل العقود الإدارية فمتطلبات التجارة الدولية تقتضي أن يتخذ الاستثمار شكل طبيعة العقد الخاص[2]، كما أن كثيراً من هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنية والتجارية وأن معظم المؤسسات التحكيمية تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف ومن ثم قانون الدولة والقانون الدولي، وهذا بخلاف العقد الإداري الذي يبقى عقداً وطنيا يخضع في كل الأحوال إلى قانون الدولة التي تكون طرفاً فيه[3].

كما أن القول بصفة الإدارية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر باعتبارها من عقود الدولة يتعارض مع مع مقتضيات التجارة الدولية، ويخدم مصالح الدولة المضيفة على مصلحة المستثمر الأجنبي، مما يؤدي إلى هروب الاستثمارات الأجنبية المباشرة[4].

وبالتالي فالاستثمار قد يتخذ طبيعة العقد الخاص وهذا إذا دخلت الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص في عقد الاستثمار، حيث يكون أطراف عقد الاستثمار كلاهما من أشخاص القانون الخاص (القواعد الواردة في القانون المدني والتجاري) وعلى هذا الأساس يتمتع الأطراف بحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق وكذا الهيئة التي تفصل في المنازعة الاستثمارية[5].

خامساً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود ذات طبيعة مختلطة

يرى الرأي المؤيد أن عقود الاستثمار الأجنبي، تعد من عقود الدولة لارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية، وهي ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص[6]، كما أن وجود شرط الثبات التشريعي وشرط العقد الذي يؤدي غيابهما إلى عودة العقد إلى حظيرة القانون العام،

---

[1]- أنظر بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 216-219 .

[2] - حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 59.

[3]- رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 81-82.

[4]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 288.

[5]- عبد الرسول عبد الرضا، خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد 1، ع: 1، 2009 ، ص 193.

[6] - رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 83.

وتطبيق فوري لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقود الإدارية، مما يؤدي إلى تمييع الطبيعة القانونية للعقد وتحويله من الطبيعة الإدارية الصرفة إلى الطبيعة المختلطة[1].

وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه مثلاً أن عقود استغلال الثروات الطبيعية في إطار عقود التنمية الاقتصادية، فعلى الرغم من دوليتها وطرفية المستثمر الأجنبي فيها تبقى عقود إدارية في جوهرها، وإن كان الشكل الخارجي يفصح عن كونها عقوداً خاصة، ويستند في ذلك إلى شروط العقد الإداري وعناصره[2].

وفي الجانب الأخر يرى البعض أن عدم انطباق الصفة الإدارية على هذه العقود على أساس انتفاء الشروط الاستثنائية في بعض عقود الاستثمار الأجنبي لعدم تعلقها بفكرة المرفق العام أو عدم تقديم الخدمات بصورة مستمرة وباطراد للجمهور، فالمشاريع مثلاً المتعلقة باستغلال الثروة النفطية والمعدنية، لا يمكن إضفاء طابع المرفق العام عليها، بوصفها مشاريع لا تعمل بانتظام واطراد بقصد أداء خدمة للجمهور، وأن المتعاقد مع الدولة غير ملزم بذلك وفقاً للعقود المبرمة بين الطرفين في هذا المجال[3].

وبين هذين الرأيين، يذهب كذلك جانب من الفقه إلى القول أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تتضمن عادة كثيراً من جوانب مؤكدة على انتمائها للقانون العام، وهذه الجوانب وإن كانت غير قاطعة في تكييف روابط الاستثمار على أنها تمثل من جانب الدولة عملاً من أعمال السلطة أو السيادة فإنها على الأقل تدعوا للتردد في اعتبار هذه الروابط من أعمال الإدارة العادية، تتميز بطبيعتها المختلطة بما تتضمنه من جوانب عقدية وغير عقدية، بانتمائها للقانونين العام والخاص في آن واحد[4].

كما يضيف هذا الاتجاه أن المزايا والضمانات التي تمنحها الدولة في إطار هذه العقود لا تتضمنها عقود القانون الخاص ، والتي تبعد كل البعد عن روابط القانون الخاص، مع الإقرار بعدم دخول هذه العقود من حيث الطبيعة القانونية لها في إطار العقود الإدارية المرتبطة بفكرة المرفق العام دائماً[5].

وفي الأخير يرى جانب آخر من الفقه أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من قبيل عقود الدولة وذلك بالرغم من تعدد التسميات والمصطلحات التي وصفت بها وتتميز بعناصر ذاتية تميزها عن غيرها من العقود

---

[1]- محمد عبد المجيد إسماعيل، العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2014، ص 54.

[2]- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص ص، 127-128.

[3]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 94.

[4]- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص ص 92-93.

[5]- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، 1991، ص 22.

انظر كذلك: - عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 95.

الدولية، سواء من حيث الأطراف أو المدة أو من حيث الشروط التي تتضمنها هذه العقود، أو من حيث النتائج المترتبة على تكييفها، و من حيث إخضاعها للقانون العام والخاص[1].

وما يؤكد على خصوصية طبيعة هذه النوعية من العقود هو انه إلى جانب النصوص القانونية المتخصصة لإبرامها ونماذج العقود الخاصة على المستوى الدولي، نجد دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف، والذي يضفي على هذه الأنماط صفة خاصة باعتبارها اتفاقيات أبرمت بين دولتين يكون تنفيذها لصالح المستثمرين مباشرة دون تدخل من دولته في مواجهة شخص ينتمي للقانون الدولي العام، لتكون هذه الاتفاقية هي المرجع في تحديد الامتيازات للاستثمار الأجنبي تفوق قوة في التطبيق على التشريعات الوطنية وعلى مبدأ سلطان الإرادة[2].

وبما أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تعد من عقود الدولة، كما أشارنا سلفاً، فإننا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى اعتبار عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين خصائص القانون العام والقانون الخاص.

سادساً: اعتبار عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقود حكومية مع تمييزها عن الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية المتبادلة

اعتبر تقرير الأمم المتحدة للتجارة والتنمية لسنة 2004 (الأونكتاد)، عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقوداً حكومية، ذلك أن عملية الاستثمار الأجنبي المباشر تكون عن طريق إبرام عقد استثمار أجنبي مع الحكومة، خاصة في ميدان استغلال المحروقات، ويعرف ذات التقرير العقد الحكومي بأنه:" عقد يبرم بين الدولة أو كيان تابع للدولة وبين مواطن أجنبي أو شخص اعتباري يحمل جنسية أجنبية، ومن أكثر هذه العقود شيوعاً، عقد استغلال الموارد الطبيعية"، كما أنه من بين الأساليب الشائعة لدخول المستثمرين الأجانب ولا سيما إلى البلدان النامية هي إبرام عقود الاستثمار الأجنبي مع الدولة أو الكيان الحكومي، ونتيجة لذلك تكتسي العقود الحكومية أهمية خاصة في القيام بالاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان النامية[3].

وتجدر الإشارة أن بعض العقود الحكومية كعقود الاستثمار الأجنبي المباشر لا تغطيها كافة اتفاقات الاستثمار الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف، وذلك أن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر هو عقد مستقل عن الاتفاق التي تبرمه الدولة في مجال حماية الاستثمارات المتبادلة، ولهذا فعملية انتهاك لالتزام عقدي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يمكن اعتبارها تلقائياً انتهاكاً لالتزام دولي وللقانون الدولي، إذا لم يرقى ذلك إلى هذه الدرجة، وعلى سبيل المثال، عندما يرقى الانتهاك إلى درجة الامتناع عن دفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي، أو لانتهاك اتفاق دولي وافق بموجبه الطرف المضيف على المسؤولية الدولية في حالة

[1] - Jean- Pierre Regli, Contrats d'etat et varbitrage entri Etats et Personnes prives, Geneve, 1983, p 19.

[2] - Bubb.R.J, and Rose -Ackerman. s , BITS and bargains, Strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment, international Review of Law and Economics, 2007, vol, 27,p 292-300.

[3] – مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، نيويورك وجونيف، 2004، ص 03.

مخالفة الالتزامات التعاقدية اتجاه مواطنين من دولة متعاقدة أخرى، أو انتهاك بسبب فعل صدر بصفة حكومية.

ولهذا فعقد الاستثمار الأجنبي المباشر كعقد حكومي هو عقد مستقل عن الاتفاق الدولي المتعلق بالاستثمار ويختلفان عن بعضهما البعض من عدة جوانب، حتى وإن كانت هناك علاقة بينهما بحيث تتوقف مدى الحماية التي تمنحها اتفاقات الاستثمارات الدولية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر على مدى تحديد مفهوم الاستثمار وهو مفهوم غير ثابت ومتغير، لذلك فعملية تحديد مفهوم الاستثمار في الاتفاق الدولي أمر مهم لتوسيع تغطية كافة أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر في عقد الاستثمار الأجنبي، مع العلم أن بعض اتفاقات الاستثمارات الدولية تستثني بعض العقود الحكومية من نطاق التغطية ولا تعتبرها متعلقة بالاستثمار[1].

الفرع الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

باعتبار عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقود دولة واتصافها بالدولية، فلقد تعددت الآراء الفقهية والقضائية لتحديد هذه الصفة الدولية في العقد الدولي، وأفرزت هذه الآراء عدة اتجاهات، فقد ذهب جانب من الفقه في إضفاء صفة دولية على العقد بالاعتماد على العنصر الأجنبي في العقد أي كان هذا العنصر الأجنبي، وذهب اتجاه أخر إلى البحث في مدى اتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارة الدولية نتيجة التطور الذي عرفه العالم في المجال الاقتصادي بصفة عامة، في حين ذهب اتجاه ثالث يجمع بين ضرورة توافر الصفة الأجنبية في العقد وكذا اتصاله بمصالح التجارة الدولية، كما نجد موقف التشريع الوطني الجزائري يغلب المعيار الاقتصادي في تحديد دولية عقد الاستثمار الأجنبي بخلاف اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار التي أخذت بالمعيار القانوني والاقتصادي، بخصوص هذه المسألة، وفيما يلي نعرض هذه المعايير على التفصيل الآتي:

أولاً: المعيار القانوني

يرى هذا الاتجاه أن العقد يعد دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني لدول مختلفة، ويقوم على فكرة أساسية هي احتواء العقد على عنصر أجنبي واحد على الأقل، سواء من حيث الأطراف أو الموضوع، أو محل الإبرام أو التنفيذ، وعلى الرغم من أن هذا المعيار هو المعتمد من أغلب فقهاء القانون الخاص، إلا أن جانب من الفقه يراه غير كافي إذا لم يكن هذا العنصر الأجنبي مؤثراً بحيث يثير مشكلة تنازع القوانين[2].

ويضيف جانب من الفقه الأنجلوساكسوني إلى أن إعمال أحكام القانون الدولي الخاص على عقد معين، إنما هو منوط بأن يكون العقد دولياً، وحتى يوصف أي عقد بالدولية لبدا من وجود عوامل قانونية وواقعية يمكن أن تربط العقد المعني بأكثر من دولة ومن هذه العوامل: وجود مركز أعمال المتعاقدين في

[1] – مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص، 12– 14.

[2] – عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره، ص21.

أكثر من دولة، اختلاف جنسية أطراف العقد، اختلاف موطن أو محل إقامة المتعاقدين، التعاقد خارج الدولة الاقليمية، تنفيذ العقد خارج الدولة الاقليمية، وجود المال محل التعاقد في الخارج، وهذه العناصر لبدا ان يعتد بها وقت ابرام العقد لتحديد دولية العقد تفاديا لفكرة تحول العقد الدولي الى عقد وطني بفعل تغيير الجنسيات وغير ذلك[1].

ويضيف كذلك الفقه الانجلوساكسوني معيار آخر إلى جانب المعيار القانوني لتحديد دولية العقد وهو المعيار الشخصي المتعلق بالقانون الواجب التطبيق المختار فإذا كان القانون االمختار قانون أجنبي كان العقد دولياً، باعتبار أن اتفاقية روما لعام 1980، تخول المتعاقدين حق اختيار قانون أجنبي بحيث يحكم علاقتهم العقدية الوطنية، مع الزامهم باحترام القواعد الآمرة الموجودة في الدولة التي يرتبط بها العقد المعني ارتباطاً وثيقاً[2].

والجدير بالذكر أن دولية العقد حسب الفقه الأنجلوساكسوني تخضع لهذاين المعيارين الشخصي والقانوني، ولا وجود للمعيار الإقتصادي الذي تبناه الفقه اللاتيني خاصة في تحديد دولية عقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية[3].

ويرى الفقه الفرنسي باعتباره ممثلا للفقه اللاتني، كالفقيه باتيفول **Batiffol** ان العقد يعد دولياً وذلك إذا ما اتصل الاخيربعدة انظمة قانونية وذلك من خلال ملابسات انعقاده أو تنفيذه أو جنسية أطرافه أو محال إقامتهم أو من ناحية تركز موضوعه[4].

ومن جهة أخرى يذهب الفقيهان **Loussouarn** و**Bredin** إلى تعريف العقد الدولي بأنه ذلك العقد الذي يتصل بعدة أنظمة قانونية، أي ذلك العقد الذي لا ينحصر داخل نظام قانوني واحد[5].

وعموما اختلف أنصار المعيار القانوني فيما يخص دولية العقد حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية التي تتصف بالأجنبية وتأثير كل منها على إلحاق الصفة الدولية بها، على نحو يمكن القول معه بوجود صورتين للمعيار القانوني[6]:

أ- المعيار القانوني التقليدي(معيار تكافؤ العناصر القانونية):

يذهب أنصار هذا المعيار إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منهما اكتساب العقد الطابع الدولي، بصرف النظر عن أهمية وفاعلية هذا العنصر في إضفاء الصفة الدولية على هذا العقد، بمعنى أنه يكفي لاعتبار العقد دولياً أن يتطرق العنصر

[1] - Nygh peter, Autonomy in International contracts,University press, 1999, p49-50.
[2] - Nygh peter, Autonomy in International contracts, Op.cit p, 52-53.
[3]- Nygh peter, Autonomy in International contracts, Op.cit p, 55.
[4]- هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الانظمة القانونية الانجلوساكسونية واللاتنية -العربية والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 2007، ص 74.
[5]- هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الانظمة القانونية الانجلوساكسونية واللاتنية -العربية والاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 74.
[6]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 78.

الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن يكون أحد الأطراف من جنسية مختلفة، أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان تنفيذ العقد في دولة أجنبية، أو عنصر الواقعة المنشئة كأن يكون مكان إبرام العقد في دولة أخرى فهذا كله يضفي عليها الصفة الدولية[1].

وتجدر الإشارة أن هذا المعيار تعرض للنقد، على أساس أنه معياراً جامداً، وهو وحده غير كافي لتقرير الصفة الدولية للعقد، "فقد يكون العنصر الأجنبي في العقد مجرد أمر عرضي ولا يمت بأي صلة بالعلاقات الدولية، ليعطي الطابع الدولي للعلاقة التعاقدية، فعلى سبيل المثال لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا المعيار ورفضت الاعتراف بصفة الدولية لعقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين على أن يمثل أحدها الآخر في كولومبيا"[2].

ب- المعيار القانوني الحديث (معيار تباين العناصر القانونية):

وفق هذا المعيار لبدا **من** التمييز بين العناصر القانونية للعقد والتي تتطرق إلى الصفة الأجنبية المؤثرة أو الفاعلة وبين تلك غير الفاعلة أو المحايدة، فالعنصر المؤثر في علاقة ما قد يكون غير مؤثر بالنسبة لعلاقة قانونية أخرى، فإذا كان الاختلاف في جنسية الزوج والزوجة عنصراً مؤثراً في عقود الزواج بحيث يضفي الصفة الدولية على العقد، فهو ليس كذلك بين البائع والمشتري الذي يشتري متطلبات يومية من الأسواق، وفي هذا الإطار رفضت محكمة استئناف "رويان" في حكمها الصادر في 28 نوفمبر 1986 اعتبار عقد النقل البحري المتعلق بنقل البضائع بين الموانئ الفرنسية عقداً دولياً على الرغم من تمتع الناقل بالجنسية الهولندية والسفينة كانت تحمل علم دولة بنما ومن ثم رفض شرط التحكيم المدرج في عقد ذاته[3].

وبالتالي فتحديد دولية العقد من عدمها على هذا الأساس هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقدية ومدى فاعلية العنصر الأجنبي فيها، لكن الإشكالية المطروحة والتي تؤدي إلى خطورة تطبيق هذا المعيار كيف نعتبر أن العنصر الأجنبي مؤثر أو غير مؤثر في العلاقة العقدية مما يعطي سلطة تقديرية للقاضي الذي يميل إلى تطبيق قانونه الوطني[4].

ويلاحظ في هذا الشان أن الفقه يفرق بين الدولية المطلقة والدولية النسبية بصفة عامة للروابط العقدية، فالعلاقة تتسم بالدولية الموضوعية (المطلقة) فيما لو اتصلت عناصر العلاقة الذاتية بدولتين أو أكثر، وذلك بصرف النظر عن الدولة التي طرح عليها النزاع أمام محاكمها، أما إذا كانت رابطة العقدية وطنية وطرح نزاع بشأنها أمام محكمة دولية غير المحكمة الوطنية فدولية العقد هنا هي نسبية، لذلك اعتبر بعض الفقه أن

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 78.

[2]- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 63.

[3]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 21-22.

[4]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره ، ص 22.

النسبية للعلاقة القانونية لا تكفي في ذاتها لإضفاء الطابع الدولي المتطلب للرابطة العقدية كشرط لإعمال قاعدة التنازع التي تخضع بمقتضاها هذه الرابطة لقانون الإرادة[1].

ونخلص مما سبق أن ليس كل عنصر أجنبي يحويه العقد من شأنه إضفاء الصفة الدولية على العقد فالعناصر المرتبطة بالعلاقة العقدية سواء كانت موضوعية (مكان إبرام العقد أو تنفيذه) أو شخصية (الجنسية أو الإقامة) نوعان، نوع مؤثر وهو العنصر الإيجابي ونوع غير مؤثر وهو العنصر السلبي، والعنصر الإيجابي هو وحده القادر على إضفاء الدولية على العقد بعكس العنصر السلبي الذي لا يغير من دولية العقد، ورغم وجوده في العلاقة يبقى العقد داخلياً وما يترتب عن ذلك من أثار وهي عدم تحرك قواعد القانون الدولي الخاص اتجاهه، وبالتالي فالعقد يعتبر دولياً إذا احتوى على عنصر أجنبي مؤثر، حيث يكون له وزنه وقيمته، ونظراً لصعوبة المسألة وصعوبة وضع معيار عام يتحدد من خلاله مفهوم العقد الدولي بصفة عامة وعقد الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة وصعوبة إعمال هذا المعيار، رأى البعض إمكانية الاستعانة بالمعيار الاقتصادي[2].

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت للمعيار القانوني لتحديد دولية عقود الاستثمار، إلا أن التحكيم الدولي لمنازعات الاستثمار أخذ بالمعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية لها، واعتبر وجود الطرف الأجنبي في العلاقة العقدية كاف لإثبات هذه الصفة[3].

ونظراً للتطور الذي يشهده العالم من حيث متطلبات الحياة الاقتصادية الدولية والتي تتفاعل مع الحياة الاقتصادية الداخلية، وصعوبة العزل بينهما وعدم استجابة المعيار القانوني في التفرقة بين ما هو وطني وما هو دولي بخصوص الرابطة العقدية في ظل الانتشار الكبير للعقود الدولية لتنفيذ مختلف الخطط التنموية، خاصة الاقتصادية، جعل جانب من الفقه يتحدث عن المعيار الاقتصادي لتحديد دولية عقد الاستثمار بوصفه معياراً أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.

ثانياً: المعيار الاقتصادي

جاء الفقه والقضاء بهذا المعيار الذي يتسم بالمرونة ويهدف إلى تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز بالضرورة حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة، وهذا المعيار لو توافر لثبتت الصفة الدولية لعقد الاستثمارالأجنبي المباشر.

ولقد اعتمد القضاء الفرنسي هذا المعيار لكنه لم يعتمد تعريف واحد في هذا الشأن، فمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الذي اصدرته في 17 ماي 1927 قالت أن العقد الذي يتصف بالطابع الدولي

---

[1]- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995، ص ص 62-63.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية،دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة، الإسكندرية، 2012، ص ص 91-99.

[3]- إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الدولي، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، مرجع سبق ذكره، ص 306.

هو ذلك العقد الذي يترتب عليه حركة ذهاب وإياب أو مد أو جزر **(Fleux et de Refleux)** للبضائع والأموال عبر الحدود، أيضاً الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس في 26 أبريل 1975 من أن الطابع الدولي يتحدد بصفة أساسية بالنظر إلى العملية الاقتصادية التي يرتبط بها، ويكفي أن يترتب على هذه العملية حركة انتقال البضائع والخدمات وحدوث تسوية عبر الحدود، وبصرف النظر عن مكان التحكيم أو القانون الذي إجراءاته أو جنسية أطرافه[1].

وبالتالي فالمعيار الاقتصادي يتخذ صورتان صورة المد والجزر أي الذهاب والإياب لرؤوس الأموال بصورة متبادلة، وصورة مصالح التجارة الدولية أي الانتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود ولو كانت في اتجاه واحد[2].

واعتبر الفقه حسب المعيار الاقتصادي عقداً دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، ويرجع الفضل لمحكمة التمييز الفرنسية باعتمادها للمعيار الإقتصادي كأساس لتدويل العقد عبر قضية **(Pelissiet du Besset)** التي تتعلق بعقد إيجار ابرم في الجزائر بين مؤجر انجليزي ومستأجر فرنسي واتفق فيه على الدفع بالجنيه الإسترليني، وقد اعتبر الاستاذ: **Matter** بأن:" العقد يكون دولياً محضاً في هذه الحالة، لأن العبرة بإعتبار العقد دولياً أن يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي يترتب عليه تداول في حركة الأموال والبضائع خارج النطاق الإقليمي لدولة واحدة، وبذلك يكون العقد داخلياً وليس دولياً لعدم تجاوز العقد حدود الدولة الفرنسية".

ويعتبر هذا الحكم الصادر في سنة 1927 الأول الذي يعتمد المعيار الإقتصادي والذي قضى فيه ببطلان شرط الدفع بالعملة الإسترلينية في علاقة فرنسية خالصة[3].

والجدير بالذكر أن القضاء الحديث لم يعد يكتفي في خصوص عقود التجارة الدولية بتوافر المعيار القانوني التقليدي الذي يكشف عن دولية الزوابط العقدية اسوة بغيرها من الروابط القانونية بصفة عامة، والذي يقتضي تضمنها لعنصر أجنبي أو أكثر، وإنما تطلب في شأن هذه العقود أيضاً أن تتعلق بمصالح التجارة الدولية، وذلك بأن تتعدى آثارها إطار الإقتصاد الوطني لما تؤدي إليه من إنتقال للأموال أو الخدمات عبر الحدود، لذلك ظهر اتجاه مختلط يجمع بين المعيار القانوني الحديث والمعيار الاقتصادي واعتبر أن الجمع هاذين المعياريين سوف يؤدي إلى النتيجة ذاتها لو اكتفي بالمعيار القانوني التقليدي المضيق[4].

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، مرجع سابق، 2012، ص 104.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 81–83، أنظر كذلك: – أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوبك لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تاصيلية، دار النهضة العربية المصرية، 2001، ص 65.

[3]– هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 33–34.

[4]– هاني محمود حمزة: النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 34–35.

ثالثاً: المعيار المختلط

يجمع هذا المعيار بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ووفقه لا يمكن اعتبار العقد دولياً بمجرد وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية، وإنما ضرورة أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، مع العلم أن هناك الكثير من الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي والتي أكدت على تبني المعيار المختلط ولم تكتفي فقط بالمعيار القانوني فقط لتقرير دولية العقد ومنها:

– الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 04 يوليو 1972 الذي تبنى المعيار المختلط لتقرير دولية العقد المبرم بين شركة هولندية بوسمان **(Buismans)** وشخص فرنسي الجنسية السيد: هشت **(Hecht)** والذي بمقتضاه أصبح وكيلاً للشركة الهولندية، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، وهو ما يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي، إلا أن المحكمة لم تكتفي بتوافر هذا المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود والذي يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية([1]).

– الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتولوز بفرنسا في 26 اكتوبر 1982 بقولها:" المعياران يستعصى الفصل بينهما واجتماعهما معاً هو الذي يجسد ملياً العنصر الأجنبي في العقد بما يضفي على العلاقة الصفة الدولية "، « Ces deux caractères par aissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjuction que caractérise le mieux l'extranéité »[(2)].

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر

لا يوجد نص صريح في التشريع الجزائري يحدد هذه الصفة، إلا ما جاء به المرسوم التشريعي: 93-09 المؤرخ في 25 افريل 1993 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 الملغى، ومع غياب تحديد لصفة الدولية للعقد بصفة صريحة من طرف المشرع فإنه وبالرجوع إلى ما جاء في المادة 458 مكرر من هذا المرسوم نجد المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيارين السابقين أي المعيار المختلط حيث نصت على أنه:" يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"[(3)].

---

[1]– خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة بالجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009، ص 22، بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 83-84.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 105.

[3] – المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم: 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل والمتمم للأمر 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 27 الصادرة بتاريخ 27 أفريل 1993.

ويلاحظ أن هذه المادة تقابلها المادتان: 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص: يعتبر دولياً التحكيم المتعلق بالمصالح التجارية الدولية، والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص التي نصت على: " يطبق القانون الجديد

– إذا وجد مقر محكمة التحكيم في سويسرا.

– أن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشارطة التحكيم"[1].

بيدا أنه وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 نجد المشرع الجزائري غلب المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني، حيث جاء في المادة 1039 منه:" **التحكيم يعد دولياً، بمفهوم هذا القانون إذا كان يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل**"[2].

خامساً: المعيار المقترح لدولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تلجأ الدول النامية من أجل إنجاز عملية الإنماء الاقتصادي وفق ما تقتضيها خططها التنموية إلى إبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب، كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تسلتزمها لبنيتها التحتية، وعقود امتياز المرافق العامة وذلك كله يدخل في إطار عقود الاستثمار الاجنبي المباشر[3].

وبالرغم من انصراف الصفة الأجنبية إلى هذه العقود من خلال أطرافها كونها تبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي وهو ما يفيد بتوافر المعيار القانوني فيها، إلا أن الفقه القانوني يرى أنه لا يكفي توافر هذا المعيار القانوني وانفراده في تحديد دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، على أساس أن الجنسية لا تصلح في حد ذاتها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، حيث أنها لا تعتبر عنصراص مؤثراً فيها([4]).

وعلى الرغم كذلك من كون أن انتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود يعتبر عنصراً جوهريا في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أننا لا نميل أيضاً إلى تقرير انفراد المعيار الاقتصادي في إضفاء الصفة الدولية على هذه العقود، ذلك أن هذا المعيار يركز على نتيجة العملية التعاقدية وأثرها الاقتصادي أو التجاري

---

[1]– أنظر في ذلك عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 68، وكذلك عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، ط 2، 2007، ص 320.

[2] – القانون رقم:08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

[3] – بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009، ص 7.

[4]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001، 87.

ويهمل أساس العملية وهو التصرف القانوني، فما انتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق هذا الانتقال([1]).

وعليه فيمكن القول أن المعيار الاقتصادي وكونه يتصف بالعمومية فإنه يصلح لأن يكون اساس لإضفاء الطابع الدولي على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، ذات النماذج المختلفة والمتغيرة حسب الحاجات التنموية والاقتصادية لمختلف دول العالم.

وفي هذا الإطار يرى الدكتور بشار الأسد في مؤلفه الموسوم ب" عقود الاستثمار في العلاقات الدولية أن جوهر عقود الاستثمار إنما يتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من خلال انتقال قيم اقتصادية إليها بواسطة مستثمرين أجانب، **لذلك نفضل المعيار القانوني الاقتصادي (المختلط) في تحديد دوليتها، ولا تكفي تأثير الصفة الأجنبية في عقد الاستثمار الأجنبي لاعتباره عقد دولي، والتي تشكل المعيار القانوني كجنسية المستثمر، فهي ليست عنصر فعالا ومؤثراً لتحديد دولية العقد، ويستدل الدكتور بما يستفاد ضمنياً من نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن التي تنص على أنه:" يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى (المعيار القانوني)، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات (المعيار الاقتصادي)....." وبالتالي فعقود الاستثمار الأجنبي هي عقود اقتصادية دولية**[2].

المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تترتب على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حقوق والتزامات متقابلة في ذمة طرفيها (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي) يجب تنفيذها، حيث يترتب على عدم قيام أحد الأطراف بتنفيذ التزامه نشوء خلافات بين الطرفين وهو ما يسمى بمنازعات العقد، وتختلف هذه الحقوق والالتزامات وذلك تبعاً لاختلاف نوع عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، فعلى سبيل المثال عقود الامتياز المبرمة في استغلال الثروات الطبيعية تنشئ حقوق والتزامات على عاتق أطرافها تختلف بالضرورة عن عقود البناء والتشييد، وعلى الرغم من الاختلاف الملحوظ والطبيعي في الحقوق والالتزامات عن كل نوعية من هذه العقود، إلا أنه نجدها تعطي أطرافها قدراً من الحقوق، كما تنشئ على عاتقهم بعض الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشتركة، فهي تتواجد في معظم العقود بصرف النظر عن نوعية العقد[3]، ولبيان هذه الحقوق والالتزامات سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في **(الفرع الأول)** حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمارات وفي **(الفرع الثاني)** حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي.

---

[1]– محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص 65.

[2] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 86–88.

[3]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 114.

الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة المضيفة.

تتضمن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على اختلاف أنواعها حقوقاً والتزامات للدولة المضيفة، تنظمها التشريعات الوطنية الداخلية، إضافة إلى حقوق والتزامات أخرى، والتي أصبحت من المبادئ الدولية، فضلاً عن الحقوق والالتزامات العقدية التي ينظمها العقد[1]، وهذه الحقوق والالتزامات هي:

أولاً: الحق في الإشراف والرقابة

تعطي عقود الاستثمار للدولة المضيفة الحق في ممارسة نوعاً من الرقابة والإشراف على مشروع المستثمر مهما كان نوع عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وطبيعة النشاط الاستثماري أو المشروع الاستثماري، وذلك حتى تتأكد من قيام المستثمر من أداء التزاماته وفقاً لما هو متفق عليه في عقد الاستثمار، ومثال ذلك حق الرقابة والإشراف على أعمال الشركة النفطية المتعاقدة وأنشطتها من طرف الدولة المضيفة للاستثمار في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر للنفط البترولي، وقد نصت عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على عدة وسائل من أجل قيام الدولة بمهمة الإشراف والرقابة عليها، فكما للدولة الحق في وضع ما تشاء من القواعد والقيود المنظمة لاكتساب الأجانب لحقوق ملكية واستثمار الأموال داخل إقليمها، فإنها أيضاً تملك سلطة فرض القواعد الكفيلة بأحكام الرقابة الحكومية على ممارسة هذه الحقوق داخل حدودها وبالقدر المناسب لتحقيق أهداف الدولة ومصالحها الوطنية، والهدف من هذه الرقابة هو وقوف الدولة المضيفة على مجريات الأمور داخلها والتدخل عند اللزوم لمنع ما من شأنه الإضرار بمصالحها الوطنية، كما تستخدم هذه الرقابة لضمان عدم سيطرة المستثمرين الأجانب على الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة، حيث إن تشجيع الاستثمارات الاجنبية المباشرة لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضي ومواطني الدولة المضيفة[2].

وتختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية المباشرة كما قد يختلف بعدها وأهدافها من دولة مضيفة إلى دولة أخرى، وذلك يرجع لظروف كل دولة، وتنقسم هذه الرقابة إلى رقابة حكومية خارجية، ورقابة حكومية داخلية:

أ- الرقابة الحكومية الخارجية:

تمارس الحكومة هذا النوع من الرقابة على المشروعات الاستثمارية الأجنبية داخل أقاليمها وتشرف عليها بواسطة هيئات ولجان حكومية، وهي نوعين: أولاً رقابة أولية تنحصر وظيفة الحكومة على فحص الطلبات المقدمة من المستثمرين الأجانب وذلك للتصريح لهم بالبدء في تنفيذ مشروع استثماري جديد أو التوسع في مشروع استثماري قائم وتتحقق هذه اللجان والهيئات قبل موافقتها من توافر الشروط والمتطلبات التي تستلزمها

---

[1]- دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 145.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 95-96.

- أنظر:- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص ص 114-115.

- دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 149.

القوانين الداخلية في المشروع الاستثماري الجديد، أما ثانياً رقابة خارجية مستمرة وتتمثل في مواصلة الحكومة والهيئات المكلفة بالرقابة في الدولة المضيفة للاستثمارات على المشروع الاستثماري الأجنبي ومدى انطلاقه والتقدم فيه، وذلك لضمان استمراره ومن أجل التأكد من التزام المستثمر الأجنبي بالقواعد والشروط المتطلبة التي قد تنص عليها بعض الدول في قوانينها الاستثمارية، حيث انه وفي إطار الرقابة الخارجية ممكن أن يتعرض المستثمر الأجنبي لجزاءات معينة يمكن للسلطات المختصة توقيعها على المشروعات الاستثمارية الأجنبية التي تخل بهذه الواجبات وقد تصل هذه الجزاءات في بعض الأحيان إلى حد سحب الموافقة على المشروع الاستثماري[1].

ب- الرقابة الحكومية الداخلية:

وهذا النوع من الرقابة تراقب فيه الدولة المضيفة المشروع الاستثماري الأجنبي بأجهزة من داخل المشروع أي عن طريق ممثلين لها مشتركين في إدارة المشروع، ويتحقق هذا النوع من الرقابة الحكومية عن طريق النص في القوانين الداخلية للدولة المضيفة على عدم السماح للمشروعات الأجنبية في قطاعات اقتصادية معينة داخل البلاد إلا بعد إشراك العناصر الحكومية الوطنية في رأس مال وإدارة المشروع الأجنبي لما تكفله هذه المساهمة الحكومة الوطنية في رأس مال والإدارة من مراقبة المشروع الأجنبي عن كثب واقتسام ما يحققه من أرباح، ولا يفيد اشتراط مساهمة العناصر الحكومية الوطنية في رأسمال وإدارة المشروع الأجنبي الحظر المطلق على المشروعات الأجنبية وإنما يؤدي إلى تقييد مدى الاشتراك الأجنبي في الملكية والإدارة وذلك لضمان سيطرة الحكومة الوطنية سيطرة فعلية على المشروع الأجنبي[2].

ثانياً: حق الدولة في إلغاء أو تعديل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر

وفق القواعد العامة في نظرية الالتزام، يمكن القول أنه إذا أخل أحد أطراف العقد بأي التزام جاز للطرف الآخر فسخ وإنهاء العقد دون الرجوع على الطرف المخل، وبما أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وترتب التزامات فيجب على المستثمر تنفيذ التزاماته وإذا أخلى بذلك يكون من حق الدولة المضيفة إنهاء عقد الاستثمار الأجنبي المباشر[3].

كما أن حق الدولة في تعديل العقد وإلغائه يكون وفق ضوابط وحالات معينة تختلف من عقد لأخر، كما أن المبادئ المستقر عليها في القانون الخاص والتي تقتضي أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز لأي

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 98.

ولقد نص قانون الاستثمار الجزائري رقم 16-09 الجزائري على غرار قوانين الاستثمار المقارنة، وكذا المراسيم التنفيذية والتطبيقية له الصادرة في 05 مارس 2017، على هذه الرقابة التي تشرف عليه الدولة أو إحدى هيئاتها على المشاريع الاستثمارية سواء كانت رقابة خارجية أو داخلية كالرقابة التي تمارسها الوكالة الوطنية للاستثمارن وكذا سلطة توقيع الجزائر في حالة إخلال المستثمر لإلتزاماته التعاقدية المنصوص عليها في عقد الاستثمار وقانون الاستثمار.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 98.

[3]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص ص 115-116.

منهما إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، ولا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا برضاء الطرف الآخر، أو وفقاً للقانون، وهذه القاعدة تختلف عن القاعدة الموجودة في العقود الإدارية، حيث أن سلطة الإدارة في تعديل العقد ترتكز على سلطاتها الضابطة المتصلة بالصالح العام، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى سلطة الغدارة في تعديل شروط العقد فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل.

أما عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وبخصوص حق الدولة في تعديلها والتي تختلف من عقد لآخر وارتباطها بنظرية التوازن العقدي فإنه يمكن القول على سبيل المثال أن بعض عقود الاستثمار النفطي المبرمة بين بعض الدول قد اشترطت موافقة الطرفين على أي تعديل أو تغيير في العقد بين الدولة المضيفة والشركة النفطية، ومن ذلك عقد الامتياز النفطي المبرم بين دولة البحرين وشركة سيبروبور عام 1970، لكن مع التطور العالمي والتغيير في الظروف السياسية والاقتصادية أصبح الحق للدولة المضيفة في تعديل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر دون موافقة المستثمر الأجنبي واستندت الدول المضيفة على حقها في التعديل على قواعد قانون الاقتصاد الدولي الذي عرف باسم: (قانون السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية)، والتي آثرت على إعادة التوازن العقدي لعقود الاستثمار الاجنبي المباشر في المجال النفطي[1].

أما إنهاء أو إلغاء عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من طرف الدولة المضيفة والذي يختلف حسب نوعية العقد فقد يكون نتيجة إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته أو دون الإخلال بها وفي حالات معينة[2]، كما يثور التساؤل عن الحالات التي تجيز للدولة إنهاء العقد أو إلغاءه دون أن تنعقد مسئوليتها أمام الطرف الأجنبي وأمام دولة جنسيته، ويمكن هنا التمييز بين ثلاث طوائف من العقود:

فبخصوص الطائفة الأولى لم تعطي للدولة الحق في إنهاء العقد حتى في حالة مخالفة الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها واكتفت بالنص على أن يكون التعويض هو الجزاء الذي يجب أن يؤديه الطرف الأجنبي لحكومة الدولة المتعاقدة إذا ما أخلى بأي التزام يفرضه عليه العقد.

أما الطائفة الثانية فقد أجازت للدولة المتعاقدة إنهاء في حالات محددة على سبيل الحصر، ومن أهمها حالة إخلال الطرف الأجنبي لالتزاماته في الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المشروع أو الإخلال بالالتزامات المالية الواجب أدائها لحكومة الدولة المتعاقدة أو إذا تنازلت عن حقوقها والتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد.

وأما الطائفة الثالثة فقد نصت على حق الدولة من حيث في إنهاء العقد في حالة مخالفة الطرف الأجنبي المتعاقد لأحكام العقد وبصفة خاصة إذا قدم هذا الطرف الأجنبي بيانات غير صحيحة وكان لهذه البيانات اعتبار جوهري في إبرام العقد أو إذا امتنع عن تنفيذ حكم قضائي صادر عن محاكم الدولة[3].

---

[1]– دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 156– 159.

[2]– دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص ص 159–160.

[3]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 99.

وبما أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على اختلاف أنواعها تمنح حقوق والتزامات متقابلة في ذمة الطرفين كما سبقت الإشارة إليه، حيث نجد كذلك أن الدولة المضيفة يقع على عاتقها العديد من الالتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي وهذه الالتزامات هي:

ثالثاً: التزام الدولة المضيفة بمساعدة المشروع الأجنبي من أجل قيامه بالاستثمار على إقليمها

تلتزم الدولة المضيفة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بتقديم كافة المساعدات الممكنة للمستثمر الأجنبي من الحصول على تقديم تراخيص إنشاء المصنع أو مزاولة النشاط أو كافة الإجراءات المطلوبة من كافة المصالح الحكومية وغير حكومية داخل إقليم الدول[1]، ولو أن الالتزام بتقديم المساعدة للمستثمر الأجنبي هو التزام مشترك بين جميع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر إلا أنه يختلف كذلك حسب نوعية وطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، خاصة عندما يختلط عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كعقد اقتصادي دولي مع بعض العقود الدولية الأخرى كعقود الدولية للإنشاءات ذات طبيعة مختلطة بين الدولية الإدارية والدولية الاقتصادية، فمثلاً عقد الاستثمار النفطي تلتزم فيه الدولة المضيفة بتوفير الأجواء المناسبة لتنفيذ العمليات النفطية من خلال عدة التزامات أخرى[2].

كذلك أن تكييف العقد الدولي من حيث أنه عقد دولي للاستثمار الأجنبي المباشر هي مسألة جد معقدة لعدم الاتفاق على مفهوم واحد جامع للاستثمار، لذلك نجد في عقود الإنشاءات الدولية[3]، على سبيل المثال كذلك التزامات الإدارة أو الدولة المتعاقدة بصفتها مضيفة للاستثمار أو بصفتها متعاقدة في إطار عقد إداري دولي يفرض عليها وجوب تمكين المقاول المتعاقد معها من المشروع في تنفيذ الأشغال المتعاقد بشأنها[4].

رابعاً: التزام الدولة المضيفة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي

إن المستثمر الأجنبي يبحث عن المكان الذي توجد به حماية كافية لأمواله المستثمرة، ويكون حريصاً على التفكير والتأني في اتخاذ قرار استثمار أمواله في دولة معينة غالباً ما تكون دولة بها حماية أفضل، ويطمئن داخلها على مشروعاته التي غالباً ما تكون بمبالغ مالية ضخمة وتكاليف عالية، لهذا نجد عقد الاستثمار غالباً ما يتضمن شروطاً خاصة تلزم الدولة المضيفة للاستثمار بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات والمستثمر الأجنبي، وهذه الشروط مثل شرط الضمان وشرط الثبات التشريعي هي شروط مألوفة

---

[1]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 116.

[2]– رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 103.

[3]– وتعرف عقود الإنشاءات الدولية كما سبقت الإشارة إليه، بأنها: "تلك العقود التي تبرم بين الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة من جهة وبين طرف أجنبي خاص من جهة أخرى، ويتعهد هذا الأخير بمقتضاها بتشييد مشروع مثل أعمال البناء وأشغال الهندسة المدنية أو التشييدات الصناعية الأخرى ". ولهذه العقود صور وأشكال عديدة، منها العقود النموذجية للفديك والبوت وعقود التراخيص ونقل التكنولوجيا وغيرها.

- Glavinis panayotis, le contrat international de construction, GLN,Joly édition, paris, 1993, p p 283,284.

[4]– أمال بولغاب، الإطار القانوني لفض منازعات عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2015–2016، ص 34.

في هذه العقود[1]، وهو ما تعرضنا له فيما يخص دراستنا لخصوصية عقود الاستثمار، والالتزام بتقديم الحماية والضمان يختلف من عقد لأخر، بحيث يمكن التمييز بين التزام الدولة بشروط ضمان الحفاظ على العقد، والتزام الدولة كذلك بمختلف الإعفاءات والحوافز المالية والإدارية المقررة في قوانينها وتشريعاتها الداخلية المتعلقة بالاستثمار[2].

كما أن أساس التزام الدولة المضيفة بالاستثمار بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي لا يجد مصدره فقط في التشريعات الناظمة للاستثمار وفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، بل حتى في القانون الدولي العام في إطار مسؤولية الدولة عنّ إخلالها بالالتزام ببذل العناية المعقولة من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وتعتبر قضية الشركة الأسيوية للمنتجات الزراعية **(AAPL)** ضد دولة سيريلانكا عام 1978 التي طرحت أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**(CIRDI)** من أشهر القضايا التي كرست هذا المبدأ.

حيث تقدمت الشركة الأسيوية للمنتجات الزراعية وهي شركة تتمتع بجنسية هونج بطلب إلى المركز الدولي للفصل في المنازعة طالبة الحكم الحكم لها بإلزام جمهورية سيري لانكا بتعويضها عن الاضرار التي لحقتها من جراء الهدم الذي لحق بالمنشآت الخاصة بها والتي كانت القوات المتمردة قد استولت عليها مما اضطر قوات الأمن السيرلانكية إلى القيام بعملية عسكرية ضدها من أجل تطهيرها من هذه القوات المتمردة ومن بين هذه المنشآت التي تم هدمها المركز الرئيس للشركة والتي تتمتع بجسية دولة سيريلانكا والتي قامت الشركة الآسيوية بالاستثمار فيها بناء بناء على موافقة حكومة سيريلانكا.

ولقد أسست الشركة المذكورة طلبها على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وحكومة سيريلانكا والتي تم مد نطاق إعمالها على هونج كونج ابتداء من تاريخ 14-01-1981 بناء على تبادل الرسائل بين الدولتين، وتضمنت هذه الاتفاقية نصا عاماً يقضي بالحماية الكاملة وتوفير الأمن للاستثمارات التي يقوم بها مواطني إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة اتلمتعاقدة كما تتضمن نصوصا تتعلق بطرق التعويض عن الأضرار التي تنجم عن عدم توفير تلك الحماية وأن يتم الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الخاضعة لها عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ولقد اسندت المحكمة في حكمها لصالح الشركة السيوية بالتعويض على إبراز مبدأ المسئولية الدولية في حالة إخلال بالالتزام ببذل العناية المعقولة من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية، ذلك المبدأ ارتأت محكمة التحكيم أنه من مبادئ القانون الدولي العام المستقرة قضاءاً وفقهاً، وانتهت المحكمة إلى أن حكومة سريلانكا لم تقم بالوفاء بهذا الالتزام ببذل العناية الواقع على عاتقها استنادا إلى عدم قيام القوات المسلحة باتخاذ الاجراءات الضرورية من أجل منع وقوع الدمار الذي لحق بالمنشت المملوكة للشركة المدعية.

---

[1]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 116.

[2]- رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 104.

ولما كانت المحكمة قد انتهت إلى تقرير مسئولية دولة سريلانكا عن الإخلال بالالتزام ببذل العناية المعقولة لحماية الاستثمارات الأجنبية على أراضيها للسبب المتقدم، فإنها مع ذلك قررت مسئوليتها فقط عن تعويض الشركة المدعية عن الأضرار المباشرة والمتمثلة في قيمة الاصول المادية المعتمدة من قبل الشركة المدعية ورفضت تعويضها عن الأصول غير المادية والخسائر الناجمة عن فقد الأرباح[1].

الفرع الثاني: حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي:

رغم تفاوت الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر في مدى ونطاق الحقوق والحوافز التي تقدمها لهذا الغرض، فإن معظم التشريعات المنظمة للاستثمار تكاد تكون متفقة على بعض الحقوق التي تمنحها للمستثمر الأجنبي، هذه الأخيرة تضيق وتتسع حسب حاجة الدول النامية للاستثمارات وللتكنولوجيا الأجنبية، كما تفرض كذلك هذه التشريعات جملة من الالتزامات على المستثمر الأجنبي إلى جانب حقوقه، مع عدم اتفاق تلك القوانين بصدد عدد وماهية طبيعة هذه الالتزامات، لهذا فأساس حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي لا يوجد فقط فيما يترتب من آثار عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وفق مبدأ سلطان الإرادة بل كذلك تجد مصدرها في التشريعات الوطنية وحتى الدولية[2].

أضف إلى ذلك أن هذه الحقوق والالتزامات التي هي في ذمة المستثمر الأجنبي تختلف حسب نوعية وطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كعقد النفط وعقد نقل التكنولوجيا وعقد الإنشاء وغيرها من العقود والتي لها علاقة مع الاستثمار الأجنبي المباشر، وعلى ضوء ذلك ما هي حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي المترتبة عن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر المبرم وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقانون الوطني والدولي بصفة عامة؟

أولاً: الحق في استخدام الأجانب

تخول معظم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في استخدام أشخاص أجانب من الفنيين والإداريين، في تنفيذ العمليات الموكولة لهم بموجب العقد، ومع ذلك فإن هذا الحق لم يكن مطلقاً، بل تكفلت برسم حدوده وبيان مداه الشروط التعاقدية ذاتها التي خولت هذا الحق[3].

فلقد قيدت غالبية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود النفط مثلاً من حق الشركة الأجنبية في استخدام الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال، ومن قبيل ذلك يمكن أن نذكر على سبيل

---

[1]- انظر حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص ص 237-247.

أنظر طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 100-101.

[2]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص ص، 49-113.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 102.

أنظر كذلك : بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 35

المثال ما نصت عليه المادة (23) من عقد الامتياز النفطي المبرم بين الحكومة السعودية والشركة العربية الأمريكية للزيت (والمسماة ارامكو) في عام 1933 من أن " يدير المشروع المنصوص عليه في هذه الاتفاقية ويراقبه أشخاص أمريكيون وهم يستخدمون على قدر الاستطاعة والإمكان رعايا الحكومة العربية السعودية، وطالما كان بإمكان الشركة إيجاد موظفين لائقين من رعايا الحكومة العربية السعودية فإنها لا تستخدم رعايا حكومات أخرى.

كما ألزمت بعض عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الشركة المتعاقدة بأن لا يقل عدد الموظفين الوطنيين عن نسبة معية وفي حالة عدم توافر هذه النسبة من رعاياها، أوجبت على الشركة المتعاقدة إعطاء الأفضلية لمواطني الدول الأخرى الصديقة. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (49) من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية والشركة الفرنسية " أوكسيراب" عام 1965 من أنه:" على الشركة أن تستخدم موظفين سعوديين في إدارة عملياتها... وينبغي مراعاة النسب الآتية في جميع المستويات:

– لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين في داخل المملكة العربية السعودية عن 75% .

– لا يقل عدد الموظفين والعمال السعوديين خارج المملكة العربية السعودية ومنطقة الامتياز عن 30% عندما يتوافر هذا العدد. وإذا لم يتيسر تنفيذ هذه الشروط لنقص في الموظفين والعمال السعوديين المدربين، فيجب أن تستخدم الشركة موظفين وعمالاً بالترتيب الآتي: مواطني الدول العربية الأعضاء في جامعة الدول العربية، ثم مواطني الدول العربية الأخرى ثم مواطني الدول الأخرى الصديقة"[1].

والجدير بالذكر في هذا الإطار أن دخول المستخدمين الأجانب وإقامتهم يخضع لقوانين الدولة المضيفة للاستثمار، وهو ما حرصت عليه غالبية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة في المجال النفطي، من ذلك ما نصت عليه المادة (18) من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والهيئة المصرية العامة للنفط وشركة أموكو للزيت في سنة 1987 من أنه:" يمنح الأجانب من الإداريين والمهنيين والفنيين ... حق الإقامة المنصوص عليه في القانون ... ويوافق المقاول على أن تطبق كافة اللوائح الخاصة بالهجرة وجوازات السفر والتأشيرات والتوظيف، على جميع مستخدمي المقاول الأجانب الذين يعملون في ..."[2].

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد اتخذت الجزائر مجموعة من الإصلاحات الجذرية، شملت المؤسسات والتشريعات الوطنية في مختلف المجالات، و تعد التعديلات التشريعية المتعلقة بوضعية الأجانب من بين الإصلاحات المتخذة في هذا السياق، وطبقا لتعليمات المجلس الوزاري المشترك المنعقد في 14 يونيو سنة 2005 التي تنص على "تجريم الهجرة غير الشرعية"، قامت الحكومة الجزائرية بإعداد قانون يحدث التشريع الذي يخضع له الأجانب في الجزائر، وإذا استعرضنا القوانين والمراسم والأوامر التي عنيت بتنظيم العمالة الأجنبية وتقييدها، نجد منها قانون العمل رقم 90–11 لسنة 1990، وكذلك قانون رقم 81–10 لسنة 1981 الذي يتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، ومرسوم رقم 86–276 لسنة 1986 الذي يحدد شروط

[1]– بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2014، ص 103.

[2]– بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سابق، ص 104.

توظيف المستخدمين الأجانب في المؤسسات التابعة للدولة، وقانون رقم 90 -03 لسنة 1990 والمتعلق بمفتشيه العمل، ومرسوم رقم 03-351 لسنة 2003 المتمم للمرسوم رقم 66-212 والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، وقانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

وتم التعديل في المرسوم رقم: 66-212 لسنة 1966 بموجب المرسوم -351 لسنة 2003، السابق بسب ما طرأ من توافد كبير للأجانب إلى الجزائر بسبب الثورة التنموية الأخيرة في قطاعات الصناعة والبناء والإنشاءات إما على شكل عمالة مهنية أو كمستثمرين أجانب، وتم تنظيم إقامة العمالة الأجنبية بالشروط التالية:

1- اشترطت الفقرة السادسة من المادة 5 مكرر 1 من المرسوم رقم: 66-212 المعدل والمتمم السالف الذكر، تسليم تأشيرة العمل للأجنبي إذا حاز على عقد عمل من مؤسسة جزائرية، ورخصة مؤقتة للعمل تكون سابقة للترخيص بعمله، تسلمها المؤسسة التي ترغب باستخدام هذا العامل

2- تقدم هذه المؤسسة شهادة تضمن ترحيل العامل بعد انتهاء عمله، وهذا ما يسمى بنظام الكفيل المعمول به في الأردن ومعظم دول الخليج العربي على الرغم من أن الأخيرة قامت مؤخراً بإلغاء شرط الكفيل على العامل الأجنبي. وينطبق هذا الشرط على الأجنبي الذي تعاقد لأداء خدمات أو فائدة يقدمها لمؤسسة ما في الجزائر[1].

كذلك أن الحق في استخدام العمالة الأجنبية ليس مكفولاً فقط بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر فقد أقرت هذا الحق كذلك الكثير من قوانين الاستثمار الوطنية بالرغم من تأثيراته الإيجابية والسلبية على أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ومن تباين هذه القوانين من حيث تقييد هذا الحق وتحريره، ومن خلو بعضها من النص عليه[2]، ومن قوانين الاستثمار الوطنية التي أقرت هذا الحق وعملت على تقييده، قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017 ، المادة 08 من القانون الملحق به والتي نصت على أنه:" للمشروع الاستثماري الحق في استخدام عاملين أجانب في حدود نسبة 10% من إجمالي عدد العاملين بالمشروع وتجوز زيادة هذه النسبة إلى مالا يزيد على (20%) من إجمالي عدد العاملين بالمشروعات، وذلك في حالة عدم إمكانية استخدام عمالة وطنية تملك المؤهلات اللازمة، وذلك وفقا للضوابط والقواعد التي تبينها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويجوز في بعض المشروعات الإستراتجية ذات الأهمية الخاصة التي يصدر بتحديدها قرار من المجلس الأعلى الاستثناء من النسب المشار إليها أعلاه بشرط مراعاة تدريب العمالة الوطنية.

---

[1]- مظفر جابر الراوي، أثر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة، دراسة في ضوء التشريعين الأردني والجزائري، مداخلة في الملتقى العلمي الدولي الموسوم ب" إستراتجية الحوكمة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية ، جامعة المسيلة، الجزائر بالاشتراك مع مخبر الاستراتجيات والسياسات الاقتصادية، في الفترة الممتدة من 15-16 نوفمبر 2011.

[2]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص 62.

وتضيف الفقرة الثالثة من نفس المادة حق آخر للعمالة الأجنبية وهو حقهم في تحويل مستحقاتهم المالية. وذلك بقولها:" وللعملين الأجانب في المشروع الاستثماري الحق في تحويل مستحقاتهم المالية كلها أو بعضها إلى الخارج[1].

كذلك ما نص عليه قانون الاستثمار التونسي رقم: 71 لعام 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 والذي دخل حيز التطبيق ابتداء من أول جانفي 2017، إذ نص الفصل السادس منه على أنه:" يمكن لكل مؤسسة انتداب إطارات من ذوي الجنسيات الأجنبية في حدود 30% من العدد الإجمالي للإطارات بالمؤسسة وذلك إلى نهاية السنة الثالثة من تاريخ التكوين القانوني للمؤسسة أو من تاريخ دخولها طور النشاط الفعلي حسب اختيار المؤسسة. وتخفض هذه النسبة وجوباً إلى 10 % ابتداء من السنة الرابعة من هذا التاريخ. وفي كل الحالات، يمكن للمؤسسة انتداب أربع إطارات من ذوي الجنسية الأصلية.

وفي صورة تجاوز النسب أو الحد المنصوص عليها في الفقرة المتقدمة، يخضع انتداب الإطارات الأجنبية إلى ترخيص من الوزارة المكلفة بالتشغيل طبقاً لأحكام مجلة الشغل.

تخضع إجراءات انتداب الإطارات الأجنبية لأحكام مجلة الشغل باستثناء الفقرات 2و3و4و5 من الفصل 258-2 منها"[2].

أما قانون الاستثمار الجزائري رقم 16-09 لعام 2016 السالف الذكر بما فيه المراسيم التطبيقية الصادرة لتفعيله سنة 2017 لم تشير إلى توظيف العمالة الأجنبية بنصوص صريحة، وإن كان هذا الحق مرتبط بحق آخر وهو حق العاملين الأجانب في تحويل مستحقاتهم المالية، والذي نصت عليه بعض قوانين الاستثمار بصفة صريحة لتحفيز المستثمر الأجنبي ومن ذلك قانون الاستثمار الاتحادي العراقي رقم 13 لعام 2006، والكردستاني رقم 4 لعام 2006[3].

ثانياً: الحق في تحويل رأس المال وعائداته

نص المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخر، على حق المستثمر الأجنبي في تحويل رؤوس أمواله والعائدات الناجمة عن الاستثمار، أي ضمان تحويل رأس المال من دولة المستثمر لإنجاز المشروع الاستثماري بالدولة المضيفة للاستثمار وإعادة التحويل فوائد وعائدات هذا الاستثمار بطريقة عكسية من الدولة المضيفة للاستثمار إلى دولة المستثمر، فأي عملية استثمارية دولية تقتضي القيام ببعض التحويلات لرأس المال[4]، لكن بشروط وفق ما نصت عليه المادة 25 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 لعام

---

[1]- المادة 8 من قانون الاستثمار المصري رقم 72 لسنة 2017 المرفق، مرجع سبق ذكره.

[2]- الفصل 6 والفصل 26 من قانون رقم : 71 لعام 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 المتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع: 82، الصادر بتاريخ 07-10-2016، موجود على الرابط الإلكتروني: http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date :11-03-2018 à 16:00.

[3]- أميرة جعفر، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 80.

[4]- Mehdi Harone, le régime des investissements en Algérie (à la lumière des conventions franco-algérienne) litec, paris, 2000, p 572.

2016[1]، وكذا القرار الوزاري المشترك الموقع بين وزارتا المالية والصناعة والمناجم، بعد صدور قانون الاستثمار[2]، وتطبيقاً للاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية[3].

ويعتبر الحق في تحويل رأس المال والعائدات الناجمة عنه من الضمانات القانونية التي يكفلها المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي والواردة في القسم الرابع الموسوم بالضمانات الممنوحة للاستثمارات من قانون ترقية لاستثمار 16-09، وحتى القانون الدولي الاتفاقي المتمثل في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في هذا المجال والمتعلقة بالحماية والتشجيع المتبادلتين للاستثمارات، حيث يمكن للمستثمر الأجنبي تحويل أمواله وعائداته إلى الخارج، وذلك بالرغم من وجود القيد المفروض عليه والمتمثل في إلزامه بإعادة استثمار الأرباح والفوائد المحصل عليها من الاستثمار وفقا نسباً معينة في الدولة المضيفة، وإلزامه فيما يخص رأس المال ككل بالتمويل المحلي له، وبشرط الشراكة وحق الشفعة سواء بموجب قانون الاستثمار ذاته أو قوانين المالية.

وتعتبر مسألة استثمار جزء من الأرباح المحصلة عليها من النشاطات الاستثمارية من الالتزامات التي فرضها المشرع الجزائري على المستثمر الأجنبي، والتي تعود جذورها إلى قانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث نصت المادة 57/ف1 منه على أنه:"زيادة على أحكام المادة 142 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم يتعين على المكلفين بالضريبة اللذين يستفيدون من إعفاءات أو تخفيضات في مجال كل الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية والرسوم شبه الجبائية وغيرها في إطار أنظمة دعم الاستثمارات بإعادة استثمار حصة الأرباح الموافقة لهذه الإعفاءات أو التخفيضات في أجل أربع سنوات ابتداء من تاريخ قفل السنة المالية التي خضعت نتائجها للنظام التحفيزي...".

ويلاحظ على هذه المادة أنها تفرض إعادة استثمار الأرباح المتحصلة من الاستثمارات بنسبة تقابل الإعفاءات والتخفيضات التي استفادوا منها المستثمرين الأجانب في مجال الضرائب والرسوم والحقوق الجمركية التي تقابل هذه الأرباح، مما يجعل المستثمر الأجنبي يتخوف من الإقبال على الاستثمار في الجزائر، ذلك أن هدفه الوحيد هو الربح، فإذا كانت نسبة الإعفاءات كبيرة، فإن المستثمر ملزم بإعادة استثمار الأرباح التي توافق هذه الإعفاءات، وبالتالي يحرم من الحصول على الأرباح، والأكثر من ذلك في حالة مخالفته لهذا الالتزام يتعرض للجزاء وهو إعادة كل التحفيزات المالية التي حصل عليها، بالإضافة غرامة جزئية بنسبة 30%[4].

---

[1]- أنظر المادة 25 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016 الجزائري، مرجع سبق ذكره.

[2]- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 نوفمبر 2016 والمحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادتين 2 و51 من قانون المالية لسنة 2016 المتعلقتين بإعادة استثمار نسبة 30% من حصة الأرباح الموافقة للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية الممنوحة في إطار أنظمة دعم الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر: 71 المؤرخة في 11-12-2016.

[3]- الاتفاقيات منشورة على الموقع الالكتروني للوكالة الوطنية للاستثمار :www.andi.dz .

[4]- أنظر المادة 57/ف4 من الأمر 09-01 المؤرخ في 22-07-2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر:44 الصادرة بتاريخ: 26-07-2009.

كذلك من الالتزامات المفروضة على المستثمر الأجنبي في الجزائر، والمتعلقة بمحل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر والمتمثل في رأس المال، نجد إلزامه بالاستعانة بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري ذلك ما أدرجه المشرع الجزائري في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 السالف الذكر بموجب المادة 55/ف1، والتي نصت على أنه:"يتم توفير التمويلات الضرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة باستثناء تشكيل رأس المال بصفة عامة عبر اللجوء إلى التمويل المحلي"، وبالتالي يلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم المستثمر الأجنبي بالتمويل المحلي لرأس المال واستثنى منه فقط تشكيله، كما منعه من الاقتراض من الخارج، وكان غرض الدولة من ذلك هو الحد من تحويل فوائد القروض الخارجية المحتملة هذا بالإضافة غلى إلزام المستثمر الأجنبي بشرط الشراكة الدنيا فيما يخص رأس المال، كما سيأتي بيانه في موضعه[1].

ولعل المشرع عمل على تقييد هذه الحرية بصفة نسبية للتوفيق بين الآثار الإيجابية للحق في تحويل رأس المال المتمثلة في تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر وجذبه وبين الآثار السلبية التي تترتب على تحويل المستثمر الأجنبي لأمواله من الدولة المضيفة، مما يؤثر على ميزان مدفوعاتها نتيجة خروج تلك الأموال وعدم إعادة استثمارها، في ظل إصرار المستثمر الأجنبي على هذه الحرية لإخراج أمواله بحرية في أي وقت وبالطريقة التي يريدها[2].

وبحسب المادة 25 من قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016، فإنه يسمح للمستثمر الأجنبي بتحويل رأس المال والعائدات الناجمة عنه إلى الخارج، والتي تكون حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، ويجب أن تساوي أو تفوق قيمة هذه المبالغ المرد تحويلها الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع، ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

كما تقبل كحصص خارجية، إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تجدر الاشارة أن هذا النص تعرض للتعديل وخفف المشرع الجزائري من هذا الالتزام وألزم المستثمر بإعادة استثمار جزء فقط من الأرباح محدد بنسبة 30% من الأرباح المحصل عليها المقابلة للإعفاءات الضريبية والجمركية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، مع بقاء الجزاء المتمثل في الغرامة الجزئية في حالة مخالفة المستثمر لالتزامه بإعادة استثمار جزء من الأرباح، وكان هدف المشرع الجزائري هو تحسين مناخ الاستثمار والأعمال، (أنظر المادة 57 المعدلة بموجب المادة 51 من القانون رقم: 15-18 المؤرخ في 30-12-2015، المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر:72 الصادرة بتاريخ: 31-12-2015).

[1]- أنظر- خوادجية حنان، تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مداخلة بالملتقى الوطني الموسوم بالإطار القانوني للاستثمار الأجنبي، المنعقد يومي 18-19 نوفمبر 2015، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ص 09، - - أنظر كذلك - صالح بودهان، حرية الاستثمار في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد والتقييد)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع: 18، 2018، ص 151.

[2] -La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ? Pascal SCHONARD ENA France 2003 page 11.

ويطبق ضمان التحويل، وكذا الأسقف الدنيا على الحصص العينية المنجزة حسب الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، شريطة أن يكون مصدرها خارجياً، وان تكون محل تقييم للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات[1].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري سمح بتحويل رأس المال وعائداته على الاستثمارات المنجزة أو المقامة في شكل حصص نقدية وعينية، بعدما كان ذلك يشمل الحصص النقدية دون العينية في ظل قوانين الاستثمار السابقة، لا سيما المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار والأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت والمتعلق بتطوير الاستثمار الملغيان، كما اشترط قانون ترقية الاستثمار الجزائري أن يكون مصدر هذه الأموال خارجي.

وقد أضافت كذلك المادة 25/ف4 حق المستثمر الأجنبي المباشر في تحويل المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو تصفية الاستثمارات ذات المصدر الأجنبي، لكن المشرع الجزائري كذلك وحماية للاقتصاد الوطني والتنمية قيد حق المستثمر الأجنبي في التنازل عن مشروعه الاستثماري بحق الشفعة الممنوح للدولة الجزائرية وذلك في المادة 30 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[2].

كما نصت المادة 126 من الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم بالأمر 10-04 على إمكانية تحويل عائدات وفوائد الاستثمار والتي نصت على أنه:".....وكل النتائج والمداخيل والفوائد والإيرادات وسواها من الأموال المتصلة بالتمويل يسمح بإعادة تحويلها"، وتجدر الملاحظة في هذا الإطار وكما سبقت الإشارة إليه أن هذا الحق يقابله التزام بإعادة الاستثمار جزء من العائدات والأرباح لتبقى حرية الاستثمار والحق في تحويل رؤوس الأموال وعائدات وفوائد الاستثمار وكذا مسألة التنازل عن المشروع الاستثماري بين التقييد والتحرير[3].

وعموماً نجد أن المشرع الجزائري يخضع التحويل لرأس المال وعائداته المتعلق بالاستثمار لعدة شروط نص عليها قانون الاستثمار في نص المادة 25 السالفة الذكر، وكذا النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016[4].

---

[1]- المادة 25 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 25 من قانون ترقية الاستثمارالجزائري لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 126 من الأمر رقم: 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم بالأمر 10-04، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 52 الصادرة بتاريخ 27-08-2003.

[4]- انظر نظام بنك الجزائر رقم: 07-01 الصادر في 03-02-2007، المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 31 الصادرة بتاريخ 13-05-2007، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17-11-2016، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:72 المؤرخة في 13/12-2016، الصادرة بتاريخ 13-12-2016.

ومن هذه الشروط إلزامية التوطين المصرفي وفق المادة 25/ف1، وعملية التوطين البنكي نظمتها المادتان من 29 إلى 30 من النظام رقم: 07-01، المعدل والمتمم السالف الذكر، إذ تنص المادة 25 في هذا الإطار على ما يلي:" تخضع عملية استيراد أو تصدير للسلع أو الخدمات إلى إلزامية التوطين لدى وسيط معتمد باستثناء عمليات العبور والعمليات المشار إليها في المادة 33 أدناه، هذا ويسبق التوطين كل تحويل/ترحيل للأموال، التزام و/أو التخليص الجمركي للبضائع.

ويقوم المستثمر الأجنبي الذي يقوم بعمليات الاستيراد والتصدير للبضائع والسلع موضوع النشاط الاستثماري بفتح حساب مصرفي يعرف برقم التوطين البنكي، وفي هذا الإطار نصت المادة 30 من النظام رقم: 01-07 السالف الذكر على أنه: يتمثل التوطين في فتح ملف يسمح بالحصول على رقم التوطين من الوسيط المعتمد المُوطن للعملية التجارية. يجب أن يتضمن الملف مجموع المستندات المتعلقة بالعملية التجارية"[1].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري يذكر مصطلح التجارة وهذا المصطلح هو مصطلح عام وشامل وله علاقة بالاستثمار وهذا الأخير يحتاج إلى سلع وخدمات تخضع لعمليات الاستيراد والتصدير، كذلك هذه الأخيرة أخضعها المشرع لمجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية في إطار حماية الاقتصاد الوطني وتحقيق التنمية[2].

وبالرجوع إلى أحكام النظام رقم: 01-07 السالف الذكر نجد أن المشرع الجزائري أعطى ضمانة للمتعاملين الاقتصاديين ومنهم المستثمرين الأجانب عندما ترفض ملفاتهم المصرفية من التوطين، حيث بإمكانهم الطعن أمام اللجنة المصرفية، ذلك ما نصت عليه أحكام المادة 35 من هذا النظام[3]، مع إمكانية

---

[1]- انظر المادة 25 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري لعام 2016، مرجع سبق ذكره، والمادتان 29، 30 من النظام رقم: 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، مرجع سابق.

[2]- تخضع عملية الاستيراد والتصدير سواء تعلقت بعملية تجارية أو استثمارية في الجزائر لقانون الجمارك رقم: 79-07 المؤرخ في 21 جويلية 1979، ج.ر.ج.ج.د.ش، لعام 1979، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 11 الصادرة بتاريخ: 19-02-2017، وكذا للأمر 03-04 المؤرخ في 19-07-2003 والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 43 الصادرة بتاريخ: 20-07-2003، والذي نص في المادة 03 منه على مبدأ حرية التجارة، وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 15-249، المؤرخ في 29-09-2015 المحدد لشروط تسيير وتحبين مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:52 الصادرة بتاريخ: 30-09-2015.

وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 15-306 المؤرخ في 06-12-2015 المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أنشطة رخصة استيراد وتصدير المنتجات والبضائع، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 66 الصادرة بتاريخ: 09-12-2015.

وكذا القرار المؤرخ في 14-09-1999 المتعلق بالإعفاء من الحقوق والرسوم لبعض البضائع، وغيرها من النصوص القانونية والتشريعية في هذا المجال.

[3]- نصت المادة 35 من النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، على أنه:

التنازل لهم عن العملات الأجنبية نقداً من طرف الوسيط من أجل استيراد السلع والخدمات وفق التنظيم المعمول به[1].

وبخصوص العملة النقدية المستعملة في التحويل فالمادة 25/ف1 من قانون ترقية الاستثمار السالف الذكر، تنص صراحة على عدم تحديد العملة، ويفهم من ذلك أي عملة يتم بها التحويل، المهم تكون عملة قابلة للتداول ومعروفة في السوق الدولية، وفي هذا الإطار تنص المادة 46 من النظام رقم: 01-07 المعدل والمتمم السالف الذكر على أنه:"تنجز التحويلات بالعملة الأجنبية في إطار احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما وفقاً للبنود التعاقدية وتطابقا مع الأصول والأعراف الدولية"[2].

كذلك وفيما يخص آجال التحويلات، فقانون ترقية الاستثمار الجزائري لم ينص على آجال معينة، لكن بالرجوع إلى النظام رقم: 01-07 فهو يحدد هذه الآجال، وفق حالتين وفق نص المادة 53 وهي 03 أشهر الموالية للتسوية المالية للعملية بالنسبة للعقود و30 يوما الموالية للتسوية الأخيرة للعقود التجارية ذات التسوية المؤجلة[3].

وبموجب التعديل الذي مس النظام رقم: 01-07 بموجب النظام رقم: 16-04، حيث عدلت المادة 67 منه بموجب المادة 2، نجد أن المشرع الجزائري مدد آجال ترحيل إيرادات التصدير من شهرين إلى سنة أي من 120 يوم في ظل النظام رقم: 01-07 إلى 360 يوماً في ظل النظام رقم: 16-04[4]، حيث يعتبر هذا الأخير من ضمن النصوص التنظيمية للقانون المتعلق بترقية الاستثمار 16-09 السالف الذكر[5]،

كما نص قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016 على مجموعة من الحقوق والالتزامات للمستثمر الوطني أو الأجنبي على غرار التشريعات الأخرى في إطار التنافس على تشجيع وجذب الاستثمارات

" لا يمكن للوسيط المعتمد أن يرفض التوطين المصرفي لعقد التصدير أو الاستيراد عندما تتوفر فيه مجموع شروط المنصوص عليها في هذا النظام، ويحق للمتعامل عند الاقتضاء أن يقدم طعناً لدى اللجنة المصرفية"، مرجع سابق.

– المادة 38 من النظام رقم: 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع

[1] الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، مرجع سابق.

[2] – المادة 46 من النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، مرجع سابق.

[3] – المادة 53 من النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، مرجع سابق.

[4] – أنظر المادة 67 من النظام رقم 07-01 المؤرخ في 03 فيفري 2007، والمتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، المعدل والمتمم والمادة 2 من النظام رقم: 16-04 المؤرخ في 17 نوفمبر 2016، المعدل والمتمم للنظام رقم: 07-01، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:72 المؤرخة في 12/13-2016، مرجع سابق.

[5] – المادة 2 من النظام رقم: 16-04 المعدل للنظام 01-07 : "يمكن أن يبرم عقد التصدير خارج المحروقات نقدا أو لأجل.
يجب على المصدر أن يرحل الإيرادات الناجمة عن التصدير في أجل محرر بثلاثمائة وستين يوما (360) اعتبارا من تاريخ الإرسال بالنسبة للسلع أو تاريخ الإنجاز بالنسبة للخدمات، يشكل أجل ثلاثمائة وستين يوما (360) أقصى حد يمكن أن يمنحه المصدر لزبونه غير المقيم، ويجب تدوين أجل التسديد بصفة صريحة في العقد التجاري.
وفي كل الأحوال يجب ترحيل ناتج التصدير في يوم التسديد".

وتحسين مناخ الأعمال والاستثمار، ومن بين التشريعات العربية التي نصت على حق المستثمر في تحويل أمواله نذكر قانون الاستثمار التونسي الذي ربط هذه العملية بقانون الصرف التونسي وذلك ما نصت عليه الفصل التاسع من قانون الاستثمار التونسي لعام 2016 السالف الذكر[1].

كما إن الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في الحماية المتبادلة للاستثمارات تسمح للخبراء والعمال الأجانب في المشروع الاستثماري بتحويل قدر من الأجور والمرتبات والمكفآت التي يحصلون عليها في الدولة المضيفة للاستثمار[2].

وبالرجوع إلى هذه الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في التسعينيات، نجدها تناولت موضوع تحويل رؤوس الأموال المستثمرة، لكن ليس بصفة صريحة، وإنما اقتصرت فقط على نص بتحويل المداخيل التي تشتمل على الأرباح والفوائد وعائدات رأس المال،/ الحصص الموزعة والآتاوات[3].

كذلك نجد بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين بعض الدول العربية تسمح بتحويل راس المال المستثمر والعوائد الاستثمارية المضافة إليه والمكونة لرأس مال جديد، كالاتفاقية الثنائية المبرمة بين مصر والمغرب، والاتفاقية الثنائية المبرمة بين مصر وكرواتيا، وذلك بهدف تنمية الاستثمار وتطويره[4]، وهذا ما لم تأخذ به بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر سواء مع فرنسا أو بلجيكا أو إسبانيا أو رومانيا، وإن كانت هذه التفاقيات الثنائية تسمح يبتحويل رأس المال مع الزيادات الطارئة على قيمته، ولا تشترط أن تكون قيمة رأس المال المعاد تصديره إلى الخارج مساوية لتلك القيمة التي كانت لرأس المال حين دخوله إلى الدولة المضيفة للاستثمارات[5].

وفي مجال توفير ضمانات مالية اكبر للمستثمرين الأجانب فقد نصت الاتفاقيات الجماعية الاقليمية والعالمية، سواء التي انضمت إليها الجزائر وصادقت عليها، أو تلك التي لم تنضم إليها، على حرية تحويل رؤوس الأموال سواء بإعادة تصديره أو تحويل أرباح الاستثنارات مثل الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان

---

[1]– نص الفصل التاسع من قانون الاستثمار التونسي لعام 2016 على أنه: " للمستثمر حرية تحويل أمواله إلى الخارج بالعملة الأجنبية وفق التشريع الجاري العمل به المتعلق بالصرف.

وفي الحالات التي يقتضي فيها التحويل إلى الخارج الحصول على ترخيص من البنك المركزي التونسي. تنطبق أحكام الفصل الرابع من هذا القانون"، مرجع سبق ذكره.

[2]– انظر في هذا الإطار ما نصت عليه الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية للاستثمارات الاجنبية المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية مع مختلف دول العالم، والتي افردت نصا قانونيا في مجال تحويل مداخيل الاستثمارات، وإن كانت قصرت هذا الحق على مستخدمي المشروع دون الاشارة إلى مستخدمي المشروع الآخرين اللذين هم من جنسيات مختلفة.

[3]– انظر المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، مرجع سبق ذكره.

[4]– علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008، ص 137.

[5]– أنظر المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية وكذا المادة 5/ف (د) من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ونفس المادة من الاتفاقية الجزائرية اللكسمبورغية، مرجع سبق ذكره.

الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي[1]، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980[2].

وبالرغم من أن حرية تحويل رأس المال للمستثمر الأجنبي وعوائده مكفولة بمقتضى التشريع الوطني والدولي إلا أن الاتفاقيات الثنائية تباينت حول هذه الحرية، ويمكن أن نميز في هذا الإطار بين الحرية المطللقة في تحويل الأرباح والفوائد المحصلة من استثمار رؤوس الأموال وربط ذلك بتحقق بعض الضوابط كتسديد المستثمر لمستحقاته الضريبية وغير ذلك[3]، والحرية المقيدة حيث وضعت بعض الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر، وهي أن تكون العوائد المحولة بنفس العملة التي تم بها الاستثمار، ولا يتم التحويل بعملة اخرى غيرها إلا بالاتفاق مع المستثمر في إطار عقود الدولة[4]، في حين توجد اتفاقيات أخرى تنص على حرية التحويل بأية عملة[5]، أما بخصوص سعر الصرف الواجب اعتماده عند التحويل، فقد نصت أغلبية الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، على اعتماد معدل الصرف الرسمي المطبق في تاريخ التحويل[6].

ويلاحظ أن حرية تحويل عوائد الاستثمار والعملة التي يتم بها تحويل نظمتها أيضاً الاتفاقيات الجماعية، وحددت الآجال القانونية لعملية التحويل، تأكيداً على آلية انتقال رؤوس الأموال المستثمرة بين الدول الأعضاء[7].

---

[1]– المادة 11 من الاتفاقية المبرمة بين دول الاتحاد المغرب العربي بشأن ضمان وتشجيع الاستثمار بين دول الاتحاد والتي نصت على أنه " يسمح كل طرف متعاقد بحرية تحويل وبدون آجال رأس المال وعوائده أو أي ... أخرى متعلقة بالاستثمار وينجز التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي..."، مرجع سبق ذكره.

[2]– المادة 07 /ف1 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال في الدول العربية لعام 1980 والتي نصت على أنه:" يتمتع المستثمر العربي بحرية تحويل رأس المال العربي بقصد الاستثمار في إقليم أي دولة طرف وبحرية تحويل عوائده دوريا ثم إعادة تحويله إلى أي دولة طرف بعد الوفاء بالتزاماته المستحقة بدون أن يخضع في ذلك إلى أية قيود تمييزية، مصرفية، أو إدارية أو قانونية وبدون أن تترتب أية ضرائب أو رسوم على عملية التحويل..."، مرجع سبق ذكره.

[3]–أنظر المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والمادة 5 من الاتفاقية الجزائرية اللكسمبورغية، والتي نصتا على مبدأ الحرية المطلقة التامة في تحويل رؤوس الأموال وإن ربطت ذلك ببعض القيود، مرجع سبق ذكره.

[4]– أنظر المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية والتي وضعت قيداً على العملة التي يتم بها التحويل وهي ذات العملة التي تم بها الاستثمار، المرسوم الرئاسي رقم: 94–328 المؤرخ في 22–10–1994، المتضمن المصادقة على الاتفاقية الجزائرية الرومانية الموقعة بالجزائر في 28 جوان 1994، والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 69 لعام 1995.

[5]– المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية النى نصت على أن يتم التحويل بأية عملة قابلة للتحويل، المرسوم الرئاسي رقم: 95–88 المؤرخ في 25 مارس 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجزائر واسبانيا والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد 1994، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 23 لعام 1995.

[6]– المادة 5/ف3 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، مرجع سابق.

[7]– لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، أنظر: – علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 137 وما بعدها.

ثالثاً: حق المستثمر الأجنبي في الإعفاءات المالية الضريبية الجمركية وغير جمركية

خولت معظم عقود الاستثمار وكذا التشريعات الداخلية والدولية المنظمة للاستثمار للشركات الأجنبية المتعاقدة الحق في الإعفاء المالي الضريبي والجمركي، حيث يستطيع المستثمر الأجنبي أن يستورد من الخارج جميع الآلات والمعدات وغيرها من الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ العمليات الموكولة إليه في إطار تنفيذ مشروعه الاستثماري، كما أجازت له تصدير كميات من منتجاته ومشتقاتها مع الإعفاء من أية ضرائب أو رسوم تصدير أياً كان نوعها، مع العلم أن الحق في الإعفاء المالي الضريبي والجمركي يختلف حسب نوعية وطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، ومن نظام قانوني لآخر، خاصة من ناحية التقييد والتحرير [1].

وتعد الإعفاءات المالية الضريبية والجمركية للمشاريع الاستثمارية حافزاً مشجعاً لقدوم المستثمر الأجنبي إلى الدولة التي تمنح له مثل هذا الحق، حيث يترتب على هذه الإعفاءات زيادة معدلات ربح المشروع وتخفيض كلفة المشروع فضلاً عن تقوية المركز التنافسي من بداية الإنتاج ومزاولة النشاط الاستثماري لحين انتهائه[2].

ومن بين عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة في المجال النفطي والتي نصت على الإعفاء الضريبي والجمركي وعملت على تقييده في بعض الحالات، من حيث سريانه على جميع العمليات المتعلقة بالمشروع الاستثماري أو بعضها، نجد ما نصت عليه المادة 24 من العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الفرنسية أووكسيراب عام 1965 من أنه:" لا يجوز لصاحب الامتياز في كل الأوقات وأثناء قيام هذه الاتفاقية أن يستورد –بدون رسوم جمركية وقنصلية وغيرها من ضرائب الاستيراد والمبيعات أو الإنتاج أو الاستعمال، أو اية ضريبة غير مباشرة...جميع السلع التي قد يحتاج إليها صاحب الامتياز في إدارة عملياته ... وفي تنفيذ التزاماته التي فرضتها الاتفاقية المذكورة، وتعني كلمة "السلع" كما هي واردة هنا، المنتجات والآلات والمعدات وقطع الغيار والمؤن من أي نوع كانت والمواد الخام...وإذا حدث بع ذلك أن باع صاحب الامتياز السلع المعفاة إلى مشتر لا يستحق هذا الإعفاء، ويجب دفع الرسوم المستحقة... ويجوز تصدير وأي مستخرج آخر من مستخرجاته...وأية سلع مستوردة بدون رفع رسوم عليها بمقتضى هذه المادة، دون دفع رسوم أو ضرائب ...أو أية مكوس مماثلة ودون رخصة تصدير أو قيد من أي نوع كان"[3].

أما بالرجوع إلى تشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمار وخاصة قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2016 السالف الذكر، فنجد أن الدولة الجزائرية قامت بإعادة النظر في طريقة منح الحوافز الجبائية، ومراجعة المنظومة القانونية التي تحكم الاستثمار، وذلك عن طريق إصدار هذا القانون، هذا الأخير رتب التحفيزات

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ،ص 102.

[2]– هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص 98.

[3]– بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، ص 106.

الجبائية الممنوحة للمستثمرين حسب طبيعة النشاط المستثمر، مع وضع آليات مختلفة لتشجيع الاستثمار وإقرار التشجيع الأكثر امتيازاً في حالة وجود امتيازات من نفس النوع.

فمثلاً الاستثمار في قطاع الصناعة، دعمه المشرع الجزائري بتحفيزات خاصة من خلال تخفيض أكبر للحقوق الجمركية، لكن بشروط ومنها: أن يكون النشاط الصناعي المستثمر فيه، ذا فائدة اقتصادية ويتمركز في منطقة الجنوب أو الهضاب العليا.

كما أقر قانون الاستثمار امتيازات إضافية لقطاع الصناعة وهي الامتيازات المخصصة لقطاعي السياحة والفلاحة والتي تدمج مع الامتيازات المخصصة لقطاع الصناعة فضلاً على الامتيازات الموجهة للنشاطات ذات الصيغة الاقتصادية والاجتماعية التي تتمركز في مناطق تسعى الدولة إلى جعلها مناطق انتشار[1].

والجدير بالذكر أن هذه التحفيزات والامتيازات والإعفاءات الضريبية والجمركية التي يستفيد منها المستثمر سواء الوطني أو الأجنبي تكون وفق ثلاث مستويات مختلفة: يتعلق الأول بالأحكام المشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة من المزايا المحددة على سبيل الحصر وفق قانون الاستثمار وذلك خلال مرحلتي الإنجاز والاستغلال، والثاني يشمل المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز أو المنشئة لمناصب الشغل، أما المستوى الثالث فيشمل الامتيازات الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني[2].

فالمستوى الأول: يشمل المزايا المشتركة للاستثمارات المؤهلة، حيث عمل المشرع الجزائري على التمييز فيه بين الأنشطة الاقتصادية المستثمر فيها وفق الموقع الجغرافي لها في الدولة وحسب حاجة كل رقعة جغرافية في تجهيزها بالهياكل القاعدية الضرورية، وفرق بين الاستثمارات المنجزة في الشمال والاستثمارات المنجزة في الجنوب والهضاب العليا والمناطق العليا والمناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة.

1- الاستثمارات المنجزة في الشمال: تستفيد هذه الاستثمارات زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام من المزايا الآتية:

أ- بعنوان مرحلة الإنجاز:

- الإعفاء من الحقوق الجمركية، فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة، فيما يخص السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محلياً والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.
- الإعفاء من حق دفع حق نقل الملكية والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية والتي تدخل في إطار الاستثمار المعني.

---

[1]- زينات أسماء، دور التحفيزات الجبائية في تعزيز فرص الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، ع: 17، السداسي الثاني 2017، ص 116.

[2]- المواد من 12 إلى 20 من قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016، مرجع سبق ذكره.

– الإعفاء من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقاري المبنية وغير مبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، وتطبق هذه المزايا على المدة الدنيا لحق الامتياز الممنوح.

– تخفيض بنسبة 90% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الاستثمار.

– الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ابتداء من تاريخ الاقتناء.

– الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.

ب– بعنوان مرحلة الاستغلال:

بعد معاينة المشروع في مرحلة الاستغلال بناء على محضر تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر، لمدة ثلاث سنوات يمكن أن يستفيد المستثمر من المزايا الآتية:

– الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.

– الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

– تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة[1].

2– الاستثمارات المنجزة في الجنوب والهضاب العليا والمناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من طرف الدولة:

وفق ما نصت عليه المادة 13 من قانون ترقية الاستثمار 16–09 تختلف هذه المزايا الممنوحة لهذا النوع من الاستثمارات بين مرحلتي الإنجاز والاستغلال.

أ–بعنوان مرحلة الإنجاز:

زيادة على المزايا التي تستفيد منها الاستثمارات المنجزة في الشمال والمذكورة في المادة 12 والمتعلقة بفترة الإنجاز يستفيد هذا النوع من الاستثمارات من المزايا الآتية:

– التكفل الكلي أو الجزئي من طرف الدولة بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار، وذلك بعد تقييميها من طرف الوكالة.

–التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من طرف مصالح أملاك الدولة، بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية أي الإتاوات التي يدفعها المستثمرين بناءاً على استفادتهم من العقار الموجه لإقامة مشاريعهم الاستثمارية.

بالدينار الرمزي للمتر المربع م2 خلال فترة 10 سنوات وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في المناطق التابعة للهضاب العليا، وكذا المناطق الأخرى التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة.

[1]–أنظر في هذا الإطار المادة 12 من قانون 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

بالدينار الرمزي للمتر المربع م2 لفترة خمسة عشر (15) سنة وترتفع بعد هذه الفترة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير.

ب-بعنوان مرحلة الاستغلال:

يستفيد المستثمرين ولمدة 10 سنوات من المزايا الآتية ابتداء من تاريخ الشروع في الاستغلال بناء على محضر تعده المصالح الجبائية وبطلب من المستثمر:

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.
- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.
- تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة[1].

والجدير بالذكر في هذا الإطار كذلك أن هذه المزايا المشتركة التي تستفيد منها جميع الاستثمارات يكون بصفة آلية وفق قانون ترقية الاستثمار 09/16 السالف الذكر وبمجرد تسجيلها على مستوى الوكالة الوطنية للاستثمار.

هذا الأخير إجراء إلزامي للاستفادة من هذه المزايا وفق نص المادة 4 من ذات القانون[2]، إلا أن المشرع الجزائري رتب استثناء فيما يخص آلية الاستفادة من هذه المزايا، وذلك بالنسبة للمشاريع الاستثمارية والتي يساوي مبلغها أو يفوق خمسة ملايير دينار جزائري (5.000.000.000)، والتي اشترط فيها موافقة

---

[1]-أنظر المادة في هذا الإطار المادة 13من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[2]- في هذا الإطار تخلى المشرع الجزائري عن آلية التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي كانت في ظل الأمر رقم: 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى واستبدلها بآلية التسجيل لدى الوكالة وفق نص المادة 4 من قانون 16-09 والتي نصت على انه:" تخضع الاستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة في أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار..."، واعتبرت المادة 8 /ف2 من نفس القانون أن التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار يجسد بشهادة على الفور تسلم للمستثمر للاستفادة من المزايا التي له الحق فيها لدى الإدارات والهيئات المعنية، وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم:17-102 المحدد لكيفية تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ويبقى إجراء التسجيل اختياري لدى المستثمر بحيث إذا أراد المستثمر أن لا يستفيد من المزايا، فله التخلي عنه، وهذا بخلاف الأمر 01-03 الملغى والذي كان يجعل من إجراء التصريح إجباري على المستثمر، وكانت غاية المشرع الجزائري من هذا التحول تشجيع الاستثمار بتبسيط إجراءاته وتفعيل مبدأ حرية الاستثمار، هذا الأخير جعله منه المشرع الجزائري قبل صدور قانون ترقية الاستثمار 16-09 مبدأ دستوري بموجب المادة 43 من التعديل الدستوري الأخير في 03-06-2016، والتي نصت على أن:" حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون"، كما نصت كذلك المادة 43 من الدستور الجزائري على انه:" تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية والوطنية،

تتكفل الدولة بضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير نزيهة"، (التعديل الدستوري رقم: 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج.ج.ج.د.ش، ع: 14 الصادرة بتاريخ: 07 مارس 2016).

المجلس الوطني للاستثمار فيما يخص منحه هذه المزايا، وفق نص المادة 14 من ذات القانون[1]، أما المستوى الثاني فيتعلق بالمزايا الإضافية لفائدة الأنشطة ذات الامتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل:

أ – التحفيزات الجبائية والمالية المخصصة للأنشطة ذات الامتياز.

ويتعلق الأمر هنا بمختلف التحفيزات الجبائية والمالية الواردة في القوانين الأخرى غير قانون ترقية الاستثمار كقوانين المالية والجباية وغيرها وذلك لصالح النشاطات الاستثمارية في قطاعات السياحة والصناعة والفلاحة، وهذه المزايا لا يمكن جمعها مع تلك المنصوص عليها في قانون ترقية الاستثمار، وفي في حالة وجود امتيازات من نفس النوع فيتم إقرار التشجيع الأكثر امتيازاً، وذلك ما نصت عليه المادة 15 من قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016[2].

ب– للمشاريع الاستثمارية التي تخلق فرص عمل.

يخص هذا النوع من المزايا المشاريع الاستثمارية والتي تساهم في التنمية من خلال خلق أكثر من 100 منصب شغل دائم ، بحيث تستفيد هذه المشاريع من إعفاء جبائي من 03 سنوات إلى 05 سوات[3].

وفي هذا الإطار اصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم: 17–105 المحدد لكيفيات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة (100) منصب شغل[4].

---

[1]– المادة 14 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[2]– نصت المادة 15 من قانون 16–09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي: " لا تلغى المزايا المحددة في المادتين 12 و13 أعلاه، التحفيزات الجبائية والمالية الخاصة، المنشأة بموجب التشريع المعمول به، لفائدة النشاطات السياحية والنشاطات الصناعية والنشاطات الفلاحية

كما لا يؤدي وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة، سواء تلك المنشأة بموجب التشريع المعمول به أو تلك المنصوص عليها في هذا القانون، إلى تطبيقها معا. وفي هذه الحالة، يستفيد المستثمر من التحفيز الأفضل".

انظر كذلك في هذا الإطار المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم:17–101 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمحدد للقوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفية تطبيق المزايا على مختلف الاستثمارات، مرجع سبق ذكره

[3]– المادة 16 من قانون 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[4]– نص هذا المرسوم على المزايا الإضافية التي يمكن أن تستفيد منها الاستثمارات المسجلة لدى الوكالة الوطنية للاستثمار والمثبتة في مرحلة الاستغلال من طرف المصالح الجبائية بناءا على طلب المستثمر وذلك من الإعفاءات الضريبية والجمركية المنصوص عليها في المادة 2/12 من قانون ترقية الاستثمار، لمدة 03 سنوات إذا كان عدد مناصب الشغل المنشئة أقل أو يساوي مائة (100) منصب، ويمكن أن تمدد مدة الإعفاء إلى خمس سنوات بالنسبة للاستثمارات المنشئة لأكثر مائة (100) منصب خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار إلى غاية نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال على الأكثر. (المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم:17–101 المؤرخ في 05 مارس 2017 – المحدد للقوائم السلبية، والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف الاستثمارات)، ويشترط ذات المرسوم على المستثمر للاستفادة من هذه المزايا المنصوص عليها في المادة 2 من قانون ترقية الاستثمار التصريح بالعمال وتسديد اشتراكاته لدى هيئة التأمينات الاجتماعية، والمصالح الجبائية المختصة إقليمياً(المادتان 6 و7 من المرسوم التنفيذي رقم:17–101 المؤرخ في 05 مارس 2017)، كما نص ذات المرسوم على إمكانية توقيع عقوبة سحب المزايا بصفة نهائية في حالة إذا لم يلتزم المستثمر بتقديم قبل 15 يناير من كل سنة لمركز تسيير المزايا أو المصالح الجبائية شهادة عدد تغيير المستخدمين وذلك بعد إعذاره من طرف مركز تسيير

أما المستوى الثالث فيتعلق بالمزايا الممنوحة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، وهذه الأخيرة يقصد بها حسب نص المادة 17 من قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016 تلك الاستثمارات التي تبرم بموجب اتفاقية متفاوض عليها بين الدولة أو الوكالة المتصرفة باسمها والمستثمر وذلك بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار عليها، وتوجد نماذج كبيرة من هذه الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر بواسطة الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، والتي نشرت في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ومنها على سبيل المثال: الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة الدار الدولية (سيدار)، والاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة كهرما، وتعتمد الحكومة على عدة عناصر لتحديد المشاريع الاستثمارية التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني منها: حجم المشروع الاستثماري، التكنولوجيا المستعملة في مجال الحفاظ على البيئة وتدخر الطاقة وتحمي الموارد الطبيعية، المشاريع التي تهدف إلى تحقيق التنمية المستدامة، مردودية هذه المشاريع الاستثمارية على المدى الطويل، ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجب تطويره، ارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة[1].

ومضمون المزايا المقررة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، يشمل ما يلي:

أ- بعنوان مرحلة الإنجاز.

يستفيد المستثمر من المزايا الآتية:

- كل المزايا المشتركة المتعلقة بفترة الإنجاز.

- منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعمول به للحقوق الجمركية والجبائية والرسوم وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي، وكذا كل التسهيلات التي قد تمنح .

- إمكانية تحويل مزايا الانجاز، بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار محل تحويل للمتعاقدين مع المستثمر المستفيد، والمكلف بانجاز الاستثمار لهذا الأخير.

ب- بعنوان مرحلة الاستغلال:

تمديد مدة مزايا الاستغلال لفترة يمكن أن تصل إلى 10 سنوات.

تستفيد من نظام الشراء بالإعفاء من الرسوم، المواد والمكونات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة.

المزايا وعدم استجابته خلال فترة شهرين، وبصفة مؤقة لمدة سنتين في حالة عدم التزام المستثمر بالاحتفاظ بعدد المستخدمين خلال مدة 03 أشهر متراكمة عند قفل إحدى السنوات المالية المعنية بالإعفاء، مع إلزامه بإعادة مزايا الاستغلال الممنوحة له بعنوان إحدى السنتين الإضافيتين (المواد من 08 إلى 11 من المرسوم التنفيذي رقم:17-101 المؤرخ في 05 مارس 2017)

[1]- الاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية و عدة شركات كالشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة وهي شركة ذات أسهم مسجلة في الكويت، واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبليس وشركة حماواتر ديسلنايشن، وشركة أقواس دو سكيكدة وشركة كهرما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 فبراير 2007، ص ص 12-33.

– تستفيد من الرسم على القيمة المضافة المطبق على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إطار الأنشطة الصناعية الناشئة ولمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات[1].

أما مجال الاستثمارات التي يمكن من خلالها الاستفادة من الحوافز الضريبية فتشمل الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات، كما أن المرسوم التنفيذي رقم:17–101 المؤرخ في 05 مارس 2017 – المحدد للقوائم السلبية، والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف الاستثمارات– استثنى بعض النشاطات والسلع والخدمات من الاستفادة من المزايا المقررة في قانون الاستثمار تحت تسمية القوائم السلبية الواردة في الملحق الأول من ذات المرسوم وفق الاحالة من المادة 3/أ من ذات المرسوم وكذلك ما نصت عليه نفس المادة في الفقرة ب و ج وبصفة عامة المواد من 3 إلى 8 من ذات القانون[2].

وكما سبقت الإشارة إليه نجد أن التشريعات الداخلية خاصة المتعلقة بالاستثمار نصت على حق المستثمر الأجنبي في الامتيازات الضريبية والجمركية ومنها قانون الاستثمار الجزائري رقم 16–09 لسنة 2016 المتعلق بترقية الاستثمار لتوفير ضمانات قانونية أكثر للمستثمر الأجنبي من جهة ودخول معركة المنافسة بين قوانين الاستثمار الوطنية لمختلف الدول وما تمنحه في هذا الإطار لجلب الاستثمار الأجنبي المباشر، على غرار قانون الاستثمار المصري لعام 2017 وقانون الاستثمار التونسي لعام 2016، وغيرها من قوانين الاستثمار العربية وحتى الأوربية.

رابعاً: حق المستثمر الأجنبي في التنازل عن العقد وإنهائه.

تتضمن غالبية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر نصوصاً تجيز للشركات الأجنبية الطرف في العقد من حيث المبدأ أن تتنازل عن أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها.

ولكن السؤال الذي يمكن أن يثور هو هل حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل عن العقد قد جاء مطلقا من أية قيود أو شروط؟ أم أن هناك قيودا أو شروطا يجب توافرها لاستعمال الشركات المتعاقدة لهذا الحق؟

لقد أجابت على هذا التساؤل الاشتراطات العقدية ذاتها التي نصت على هذا الحق، ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين طائفتين من العقود:

الطائفة الأولى: وهي طائفة العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية، وقد أجازت للشركات المتعاقدة بأن تتنازل عن كل أو بعض من حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى سواء أكانت مستقلة عنها أو تابعة لها وذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة، وبعد توافر شروط معينة نصت عليها هذه العقود ذاتها، وعلى الرغم من أن هذه الشروط قد تختلف من عقد لآخر، بيد أن هناك شروطا مشتركة ورد النص عليها في معظم العقود، من أهمها:– أن تكون الشركة المتعاقدة قد أوفت بكافة

[1]– المادتان 18 و19 من قانون ترقية الاستثمار 16–09، مرجع سبق ذكره.

[2]– المواد من 3 إلى 8 من المرسوم التنفيذي رقم:17–101 المؤرخ في 05 مارس 2017 – المحدد للقوائم السلبية، والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفيات تطبيق المزايا على مختلف الاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

التزاماتها الناشئة عن العقد على أحسن وجه حتى تاريخ طلب التنازل.- أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل المعقول للحكومة على قدرتها المالية- أن تشتمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة أو على وجه الدقة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

أما الطائفة الثانية من العقود فقد فرقت بين حالتين: الحالة التي تتنازل فيها الشركة المتعاقد عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى مستقلة عنها، وحالة تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة تابعة لها، واشترطت هذه الطائفة من العقود في الحالة الأولى أن تحصل الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقاً، بينما أجازت في الحالة الثانية للشركة المتعاقدة هذا التنازل بدون حاجة للحصول على الموافقة المسبقة من قبل حكومة الدولة المتعاقدة[1].

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 70 من العقد المبرم بين حكومة المملكة العربية السعودية وشركة اوكسيراب الفرنسية عام 1965 من أنه:"لا يجوز لصاحب الامتياز، بدون موافقة مكتوبة من الحكومة، أن يحول حقوقه والتزاماته المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو أيا منها إلى أي شخص أخر أو شركة أخرى... ومع ذلك يسمح لاوكسيراب بأن تحول بعد إخطار الحكومة بخطاب مسجل بعض أ، كل حقوقها والتزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية ....أو إلى الشركات التابعة لها[2].

كما تجيز بعض عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود النفط مثلاً للشركات الأجنبية بان تضع نهاية للعقد قبل حلول الأجل المتفق عليه وذلك بنصها في العقد ذاته على أن من حق الشركة المتعاقدة بأن تنهي أو تتنازل أو تتخلى عن حقوقها والتزاماتها الناجمة عن العقد في أي وقت شاءت شريطة إخطار حكومة الدولة المتعاقدة أو الشركة الوطنية، حسب الأحوال، في خلال مدة معينة برغبتها في ذلك[3].

وفي هذا المجال نجد المشرع الجزائري وفيما يخص التنازل عن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر من طرف المستثمر الأجنبي، لصالح الأجانب غير الدولة المضيفة للاستثمار، خاصة فيما يخص الأسهم المالية المتعلقة برأس المال، أقر ما يعرف بحق الشفعة، كآلية للرقابة على الاستثمارات الأجنبية المباشرة، هذا الأخير عرفته لمادة 794 من القانون المدني الجزائري بأنه:" رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار"[4]، وفي قوانين الاستثمار والمالية تطرق المشرع الجزائري لحق الشفعة دون أن يعرفه، حيث نصت

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 104.

أنظر كذلك: بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 36.

[2]- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، ص ص 109-112.

[3]- نصت المادة 46 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية العامة للنفط وشركة فيليبس للنفط عام 1973 من أنه:" يجوز للمؤسسة وفيليبس أو لأي منهما أن تتخلى، في أي وقت، عن حقوقهما أو مصالحها...بشرط أن تخطر الحكومة كتابة بذلك قبل التخلي بسنة واحدة على الأقل".

[4]- المادة 794 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09- 1978، القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

المادة 30 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 السالف الذكر على أنه:"...تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب"[1].

ويلاحظ على هذين النصين التباين حول تكييف هذا الحق ومجال تطبيقه، حيث أن القانون المدني يعتبره رخصة ومجاله ينحصر في العقار بالحلول محل المشتري في حالة بيع العقار بينما قانون الاستثمار يعتبره حق تتمتع به الدولة في مجال الأسهم والحصص الاجتماعية المتنازل عليها من قبل أو لفائدة المستثمرين الأجانب[2].

أما قوانين المالية، وبالرجوع إلى القاعدة المعروفة والمتعلقة بحق الشفعة (51-49) الواردة في قانون المالية التكميلي السالف الذكر لسنة 2009، وبالأخص المادة 62 منه والتي أتمت الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى السالف الذكر، والمعدلة كذلك بموجب قانوني المالية (قانون المالية التكميلي لسنة 2010، وقانون المالية لسنة 2014، فإن هذه القاعدة لم تدرج في قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016 رقم: 16-09 السالف الذكر، بالرغم من إدراجها في قانون المالية 2016 بموجب المادة 66 منه، واكتفى المشرع الجزائري بنص على حق الشفعة في قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016، تاركاً مسألة تنظيمه وكيفية ممارسته للتنظيم، الذي لم يصدر لحد الآن، بالرغم من صدور ستة (6) مراسيم تنفيذية تخص قانون الاستثمار السالفة الذكر (17-100، 17-101، 17-102، 17-103، 17-104، 17-105)، لتبقى التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب خاضعة تحت طائلة البطلان لتقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة تسلم من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة[3].

خامساً: التزام المستثمر الأجنبي بالحد الأدنى من الاستثمار

عادة ما تفرض الدولة على المستثمر الأجنبي المتعاقد معها الالتزام بضرورة القيام باستثمارات محددة يتم تعيين مقدارها في خلال مدة معينة يتفق عليها طرفا المشروع الاستثماري، والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار وضمان التأكد من أن الهدف الذي تم من أجله السماح للقيام بهذه المشروعات الاستثمارية وهو تنمية اقتصاديات تلك الدول في سبيله إلى التحقق، وعلى سبيل المثال ينص في بعض

[1]- المادة 794 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1958،المتضمن القانون المدني الجزائري لمعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

- المادة 30 من قانون ترقية الاستثمار16-09 السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

[2]- صالح بودهان، حرية الاستثمار في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد والتقييد)، مرجع سبق ذكره، ص 153.

أنظر كذلك في هذا الإطار:- بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016، ص 220.

[3]- بودهان، حرية الاستثمار في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد والتقييد)، مرجع سبق ذكره، ص ص، 152-153.

العقود على أنه في الخمس سنوات الأولى من المشروع أن على المستثمر أن ينجزا قدراً معيناً من الاستثمارات[1].

كما أن التزام المستثمر الأجنبي بالحد الأدنى بالاستثمار مرتبط بالتزام آخر وهو ضرورة أن يمتد النشاط الاقتصادي لمدة الزمن، وهو ما اشترطته اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لانعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **ICSID** المنشئ بذات الاتفاقية لنظر المنازعة الاستثمارية والتي اشترطت عند تعريفها للاستثمار ضرورة أن يمتد الاستثمار لمدة لا تقل عن خمس سنوات، في حين نجد الاجتهاد التحكيمي يحددها من سنتين إلى خمس سنوات[2].

وبالرجوع إلى قانون ترقية الاستثمار الجزائري لسنة 2016 فنجد أن المشرع الجزائري وبنص المادة 20 منه يشير إلى أن تاريخ سريان أجل إنجاز الاستثمار الذي يجب الاتفاق عليه وتحديده مع الوكالة الوطنية للاستثمار ابتداء من تاريخ تسجيله لديها ويدون في شهادة التسجيل[3].

سادساً- التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية

يلتزم المستثمر الأجنبي بالمساهمة في التنمية البشرية، ويختلف مضمون هذا الالتزام تبعاً لدرجة نمو الدولة المتعاقدة، ففي الدولة المضيفة التي حققت قدراً من النمو الاقتصادي بمقارنتها بالدولة الأكثر تأخرا على الصعيد الاقتصادي، نجد هذا الالتزام يأخذ شكل التزام تبعاً للمساعدة الفنية التي يقوم بها المستثمر الأجنبي، كما يختلف هذا الالتزام تبعاً للقيمة الإجمالية للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر من مشروعات في الدولة المضيفة، فعقود الاستثمار ذات الموضوعات المالية والاقتصادية الهامة هي التي تنشئ الالتزام بضرورة تحقيق اندماج كامل للعقد في الوسط الاقتصادي والاجتماعي للدولة[4].

وفي هذا الإطار نجد جل عقود الامتياز الخاصة بالبترول تتضمن اشتراطات عقدية تلزم صاحب الامتياز (المستثمر الأجنبي) بتدريب المستخدمين الوطنيين، وتطبيقاً لذلك نصت المادة 29 من عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة العراقية وشركة نفط العراق **IPC** سنة 1925 على أنه:"...ويشترط أن تقوم الشركة بقدر ما يمكن من الوقت بتدريب العراقيين في هذه الأعمال..."[5].

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 104.

[2]- هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 89.

[3]- المادة 20 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، مرجع سبق ذكره.

[4]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 104-105.

[5]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 118.

وتفرض عادة الدول المضيفة للاستثمار على المستثمر الأجنبي التزاما بتدريب وتأهيل العمالة الوطنية للدولة المضيفة مع تلقينها الأساليب الحديثة.

وفي الختام نود ان نذكر بأن التزام المستثمر الأجنبي بتدريب العمالة المحلية وتأهيلهم يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية، فلا يمكن للمستثمر الأجنبي نفي هذه المسؤولية بمجرد اثباته انه بذل العناية المطلوبة[1].

سابعاً: التزام المستثمر الأجنبي بالمحافظة على سلامة المجتمع والبيئة في الدولة المضيفة

ينبغي على المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة للاستثمار الالتزام بالمحافظة على سلامة المجتمع والبيئة سواء بموجب بنود العقد أو بمقتضى ما تقرره التشريعات الوطنية أو الدولية، خاصة الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتي تشكل مساساً بالبيئة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق التلوث بمختلف أنواعه، كالاستثمارات الأجنبية المباشرة في مجال الصناعة النفطية التي تبدأ بمرحلة البحث والتنقيب والاستكشاف، وتنتهي بمرحلة الإنتاج والتكرير والتسويق والتي قد تؤدي إلى المساس بالبيئة[2].

فالبيئة باعتبارها الوسط الذي يعيش فيه الإنسان ويستمد منه مقومات حياته أي المنطقة المحيطة بالإنسان، لم تعد بهذا المفهوم التقليدي، بل توسع هذا الأخير إلى البحث في المحيط الحيوي بجوانبه وعناصره الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية، وما يمارسه من تأثير على حياة الإنسان من ناحية، وعلى علاقاته بالكائنات والمواد الأخرى الموجودة معه من ناحية أخرى[3].

ونظراً لأهمية المحافظة على البيئة حظيت باهتمام سواء على الصعيد الدولي أو في النطاق الداخلي [4]، فلذلك تتضمن غالبية قوانين الاستثمار وعقود الاستثمار بنداً بحيث يلتزم بموجبه المستثمر بالمحافظة على المجتمع والبيئة في الدولة المضيفة عند ممارسة النشاط الاستثماري، وبخصوص ذلك نصت المادة 3 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 لسنة 2016 على أنه: " تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام هذا

---

[1]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص 153.

[2]- دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 181.

[3]- هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص 154.

[4]- أصبحت مشاكل البيئة في الوقت الراهن تكتسب أهمية كبرى على جميع المستويات حيث أن تأثيرات الاستثمارات الأجنبية المباشرة خاصة النفطية على البيئة في الدول النامية التي لها إمكانيات ضعيفة سواء من الناحية المالية أو الفنية والتي لا تستطيع معالجة آثارها، لذا أفرز التعاون الدولي مجموعة من الآليات الدولية القانونية لحماية البيئة، وفي هذا الإطار كذلك أقر المشرع الجزائري جملة من القوانين لحماية البيئة منها القانون رقم: 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة (ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:43 الصادرة بتاريخ: 20-07-2003)، كذلك القانون رقم: 04-20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 والمتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 14 الصادرة بتاريخ: 29-12-2004).

القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية"[1].

وكذلك ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 10 من قانون رقم: 71 لسنة 2016 المتعلق بالاستثمار:" يتعين على المستثمر احترام التشريع الجاري به العمل المتعلق خاصة بالمنافسة والشفافية والصحة والشغل والضمان الاجتماعي وحماية البيئة وحماية الثروات الطبيعية والجباية والتهيئة الترابية والتعمير وتوفير كل المعلومات المطلوبة في إطار تطبيق مقتضيات هذا القانون مع ضمان صحة ودقة وشمولية المعلومات التي يقدمها[2].

ويلاحظ بالتالي بأن هذا الالتزام المتعلق بالمحافظة على البيئة يشمل زيادتا على ذلك التزام المستثمر بعدم المساس بالقوانين المتعلقة بأمن المجتمع وبالصحة العامة والنظام العام في المجتمع، كما أن هذا الالتزام كذلك يختلف حسب نوعية وطبيعة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وما تفرضه عليهم في هذا الإطار ليس فقط القوانين الوطنية بل حتى الدولية والتي تختلف حسب المجال والنشاط والقطاع المستثمر فيه، فعلى سبيل المثال نجد الالتزام بالمحافظة على البيئة في إطار عقود الاستثمار للبترول ليس هو كذلك في عقود نقل التكنولوجيا وليس هو كذلك في عقود الأشغال والإنشاءات الدولية عندما تدخل في إطار العقود الاقتصادية الدولية ويكون لها علاقة مع الاستثمار وتخرج من نطاق العقود الإدارية الدولية، خاصة في المجال الدولي، وما صادقت عليه الجزائر في إطار المحافظة على البيئة سواء تلك الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية البيئة في المجال البترولي أو التكنولوجي[3].

ثامناً: التزام المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بالمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية وإمداد الدولة المضيفة بأفضل المواد وأكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد

إن المستثمر الأجنبي عند تنفيذه للعقد ملزم بالمساهمة في تحقيق التنمية في الدولة المضيفة، خاصة فيما يخص احترام الشروط الفنية المعمول بها في الدولة والمعترف بها دولياً في مجال التعاقد، ويلتزم كذلك بإمدادها بأفضل المواد اللازمة لتحقيق المشروع محل التعاقد واستخدام التكنولوجيا المتطورة والمتقدمة إذ تنص عادة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على أن يتعهد المشروع الأجنبي القائم بالمشروع الاستثماري أن يكون التقييم العام له متمشيا مع المستويات الأكثر حداثة المستخدمة في مجال التعاقد وقد يؤدي مستوى

---

[1]– المادة 3 من القانون رقم: 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار الجزائري، مرجع سبق ذكره.

[2]– الفصل 10 من قانون الاستثمار التونسي رقم: 72 لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[3]– مصادقة الجزائر على اتفاقية ريو ودي جانيرو المتعلقة بالتنوع البيولوجي الموقع عليها في 05 جوان 1995، بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 59–163 لمؤرخ في 06 جوان 1995، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 32 الصدرة بتاريخ: 14–06–1995، كذلك اتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون والهواء الخارجي لعام 1985، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 92–354 المؤرخ في 23–09–1992، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 69 الصدر بتاريخ 27–09–1992،وغيرها من الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر خاصة في مجال منع التلوث البيئي خاصة في الميدان البترولي.

الجودة المتفق عليه بين الأطراف وكذا نسب الإدماج إلى إثارة الكثير من المشكلات بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي[1].

ويتفرع على هذا الإلتزام إلتزام آخر وهو التزام المستثمر الأجنبي بنقل عناصر المعرفة الفنية، حيث يتمثل مضمون هذا الالتزام بنقل عناصر المعرفة الفنية بالطرق اللازمة لنقل هذه العناصر للمستفيد وهو الدولة المضيفة، وفي هذا الاطار ينبغي التفرقة بين عناصر المعرفة الفنية المادية والمتمثلة كالمعدات والألات والعينات ولوازم المصانع، وهذه الأشياء تخضع لأحكام الاتفاق المبرم بين الطرفين من حيث زمان ومكان ونفقات التسليم ومطابقته لما نص عليه العقد، واذا خرجت عن مبدأ سلطان الإرادة في تنظيمها فإنها تخضع فإنها تخضع للقواعد العامة في وضع الحلول لها[2].

أما النوع الثاني فهو عناصر المعرفة الفنية المعنوية، كالرسوم والنماذج الصناعية والمساعدة الفنية، أما بالنسبة للعلامة التجارية فإنها لا تعتبر من عناصر المعرفة الفنية إلا إذا كانت عنصراً في مجموعة إلتزامات خاصة بنقل المعرفة الفنية متحدة معها كالاتفاق على نقل المعرفة الفنية الخاصة بمنتج معين يحمل العلامة التجارية لمالك المعرفة، فخصوصية هذا الالتزام في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر تعطي الحق للدولة المضيفة في استغلال المعرفة الفنية الخاصة بالمستثمر الأجنبي، غير أن الطبيعة المعنوية لهذا الحق تجعل من المتعذر على المستثمر الاجنبي استرداده، عند انتهاء العقد بعد أن تكون الدولة المضيفة علمت بهذه المعرفة[3].

وتتصل المعرفة الفنية المعنوية فيما يعرف بحقوق الملكية الفكرية، وقد لجأت الجزائر على غرار بلدان العالم في تقنين مؤسسة حقوق الملكية الفكرية إلى جانب الملكية المادية بصورها وأشكالها المعروفة، ولقد ازدادت أهمية حقوق الملكية الفكرية نتيجة العولمة والتطور التكنولوجي، ومن أجل الاستفادة من هذا التطور ومواكبته، فقد التزمت الدول النامية بحماية الملكية الفكرية الأجنبية، وبالخصوص منها الصناعية المتعلقة بنقل التكنولوجيا لهذه البلدان عن طريق المساعدات الواجب تقديمها من قبل الدول المتقدمة للدول النامية عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر، المشروعات المشتركة، التراخيص، منح الامتياز ...الخ،

وبسبب فشل الدول المتقدمة في فرض اتفاقية خاصة بحرية الاستثمار، جعلها تقر ذلك بطريقة غير مباشرة عبر اتفاقية "التريبس" بشأن الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية أحد اتفاقات منظمة

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 105–106.

[2]- أنظر طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 106.

– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 119.

[3]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 130.

التجارة العالمية، واعتبرت عدم حماية الملكية الفكرية خاصة الصناعية يعتبر اعاقة لحرية التجارة، ومن حق المنظمة العالمية للتجارة اتخاذ التدابير الردعية ضد الدولة التي لا تكفل حماية الملكية الفكرية الأجنبية طبقاً لمبدأ المعاملة بالمثل.

وعموماً نظم المشرع الجزائري الملكية الصناعية وحقوقها، على غرار التشريعات المقارنة بموجب ترسانة كبيرة من القوانين إلى يومنا هذا بداية من تأسيس المكتب الوطني للملكية الصناعية سنة 1963، ثم الامر 66-54 والمتعلق بشهادات المخترعين وبراءات الاختراع، الامر رقم: 66-57 المؤرخ في: 19-03-1966 والمتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، الامر رقم:66-86 المؤرخ في 28-04-1966 والمتعلق بالرسوم والنماذج وما تلى ذلك من صدور الأوامر التطبيقية له، الأمر رقم: 73-62 المؤرخ في 21-11-1973 المتضمن إحداث المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية والذي نقلت إليه اختصاصات المكتب الوطني للملكية الصناعية ويقوم هذا المعهد بتمثيل الجزائر في المنظمات الدولية والجهوية، ثم صدور المرسوم التنفيذي رقم: 98-68 المؤرخ في 21-02-1998، المتضمن انشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية والمحدد لقانونه الاساسي، لتحل بذلك احكامه محل أحكام الامر السابق.

ثم في الأخير وعلى المستوى الدولي صادقت الجزائر على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية ومكافحة المنافسة غير المشروعة لعام 1883، المعدلة ببروكسل في 14-12-1900، واخر تعديل لها بلشبونة بتاريخ:31-10-1958، ثم استوكهولم بالسويد سنة 1967، وذلك بموجب أمر رقم:66-48 المؤرخ في 25-02-1966، وأعيد التصديق عليها التصديق بمقتضى أمر:75-02، لتصبح جزء من التشريع الجزائري، حيث نصت المادة الثانية/ف2 من هذه الاتفاقية على العناصر التي تشتملها الملكية الفكرية وهي: المصنفات الأدبية والعلمية ومنجزات الفنانين وبرامج الاذاعة والتلفزيون والاختراعات في مجال الاجتهاد الانساني والاكتشافات العلمية والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وعلامات الخدمة والاسماء والسمات التجارية والحماية ضد المنافسة غير المشروعة وجميع الحقوق الأخرى الناتجة من النشاط الفكري في المجالات الصناعية والعلمية والأدبية والفنية والتي تناولها لاحقا تشريع رقم: 10-97 المتعلق بالمؤلف الحقوق المجاورة.

والجدير بالذكر ان الملكية الصناعية ترد على مجموعة من الابتكارات المتمثلة في الاشياء غير مادية والتي نظمها كذلك التشريع الوطني الجزائري على غرار التشريعات المقارنة والدولية والمتمثلة في:براءة الاختراع، الرسوم والنماذج الصناعية، العلامات التجارية والصناعية، البايانات التجارية والاسم والعنوان التجاري، حماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، نظام تسميات المنشأ[1].

كذلك يلاحظ وفي مجال منازعات الملكية الفكرية انها تقوم على مبدا الإقليمية وخضوعها لاختصاص القضاء الوطني وفق نص المادة 32 من قانون الاجراءات المدنيو الادارية 08-09 المؤرخ في 25 افريل 2008، ولكن مع ازدياد حجم المنازعات وتعقدها، راى الفقه وحتى بعض التشريعات بضرورة العمل بالآليات

[1]- فاضلي ادريس، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2013، ص ص 5-43.

البديلة لحل مثل هذه المنازعات **(ADR)**، وعلى هذا الاساس انقسم الفقه إلى فرقين بصدد إشكالية قابلية منازعات حقوق الملكية الفكرية للتسوية بالطرق البديلة:

أ- فريق يتمسك بالتسوية القضائية كخيار وحيد للتسوية، ويستند على عدة حجج منها:

1- الحجج التاريخية والمتمثلة في تاريخ منازعات الملكية الفكرية، حيث يكشف لنا التاريخ ان القضاء كان لعب دورا كبيرا في فض هذا النوع من المنازعات مع مساهمته في التعرف بحقوق الملكية الفكرية وكذا المعايير الخاصة بها، من خلال اجتهادته التي مكنت الفقه القانوني من تعريف على سبيل المثال: الابتكار والابتداع وماهي معايير براءة الاختراع ...الخ.

2- الحجج القانونية: وهي تمسك معظم التشريعات الوطنية المقارنة بالتسوية القضائية لمنازعات حقوق الملكية الفكرية واستبعادها تسويتها بالطرق البديلة، ومنها التشريع الجزائري في المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج 08-09 (القطب المتخصص لدى المحكمة)، ومحكمة المقصودة هي المحكمة المنعقدة في مقر المجلس القضائي الموجود في دائرة اختصاصه موطن المدعى عليه وفق نص المادة 37/ف4 من ذات القانون، كذلك المشرع الفرنسي يخضع منازعات حق المؤلف إلى الرقابة القضائية وفق نص المادة 01/331 من القانون الفرنسي للملكية الفكرية، وباستقراء النصوص الموالية لهذه المادة نستنتج وكان المشرع الفرنسي منح الاختصاص للجهاز القضائي بشكل احتكاري وهو نفس الموقف كذلك بالنسبة لموقف المشرع المغربي في القانون 17/97 المتعلق بحماية الملكية الصناعية والذي يعطي للقضاء اختصاص منازعات الملكية الصناعية عملا بالمواد 201، 233 منه.

ب- فريق ثاني يرى قابلية منازعات الملكية الفكرية للتسوية عبر الآليات البديلة: ومنها التشريع الفرنسي الذي اعطى هذه الامكانية لطرفي النزاع، حيث نص في المادة 01/331 الفقرة الاخيرة من القانون الفرنسي للملكية الفكرية على امكانية تسوية منازعات الملكية الادبية والفنية من خلال الطرق البديلة، وهو نفس الخيار الذي تبناه بشأن الحقوق الصناعية، وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 17/615، حيث اجاز المشرع الفرنسي للاطراف الحق في اللجوء إلى التحكيم، بالشروط المنصوص عليها في المادتين 2059 و 2060 من القانون المدني الفرنسي، كذلك اجاز المشرع التونسي للاطراف حل منازعاتهم بشأن حقوق الملكية الفكرية عن طريق التحكيم وذلك بموجب المادة 89 من القانون التونسي لبراءة الاختراع لعام 2000، اما المشرع الجزائري وبالرغم من انه لا يوجد نص صريح من اعتماد الطرق البديلة في منازعات الملكية الفكرية، الا انه بالرجوع الى احكام المادة 994، من قإ.م.إ.ج 08-09 ، يلاحظ أنها تأخذ بالوساطة القضائية دون الإتفاقية وذلك في جميع المنازعات باستثناء بعضها، ولا توجد منازعات الملكية الفكرية ضمن الاستثناءات[1].

لكن ومادام موضوعنا متعلق بآليات فض منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر فلبدا من الاشارة إلى أن المشروع الاستثماري وفق قوانين الاستثمار والاتفاقية الدولية يتألف من حقوق الملكية الفكرية

[1]- عجة الجيلالي، منازعات الملكية الفكرية الصناعية والتجارية، دراسة مقارنة، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، الجزء السادس، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2015، ص ص 7-21.

والصناعية[1]، كما أن تنفيذ عقود الاستثمارات الدولية هو متعلق بهذه الحقوق والاصول التي لها دور كبير في الانتاج الذي يرتكز على الابداع والابتكار، وحماية حق المبتكر أو المبدع من شأنه دفع حركة الابتكار والابداع، ومن ثم ظهور منتجات جديدة وقيام المشروعات الاقتصادية لإنتاج هذه المنتجات، الأمر الذي يفيد النم النمو الاقتصادي للدولة ويشجع الاستثمارات[2].

وتعتبر الملكية الصناعية وحتى الادبية والذهنية كإحدى الجوانب المتعلقة بالملكية الفكرية[3]، بمثابة حق وسلطة يمنحها القانون للمتعاملين الاقتصاديين الوطنيين والاجانب أي المستثمرين، ويترتب لصاحبها مصالح مالية، وذلك بإمكانية طرح هذه الاصول المتعلقة بالملكية الفكرية (الأدبية والصناعية) للتداول والتصرف فيها، وهذا ما قد يتولد عنه من نزاعات شأنه شان العقود الاقتصادية الدولية، خاصة إذا كانت مرتبطة بعقد الاستثمار الاجنبي المباشر، لذلك ومن أجل فض منازعاتها، يلجا أطراف النزاع إلى نظام التحكيم التجاري الدولي الحر أو المؤسساتي كبديل عن القضاء الرسمي وهو ما يفضله المستثمرين الأجانب والمتعاملين الاقتصاديين[4]، كما سيأتي باينه في الفصل الثاني الموسوم ب آلية التحكيم الدولي من الباب الثاني من هذه الأطروحة.

وزيادتا على ما سبق ذكره، تشمل المعرفة الفنية كذلك في عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة المعارف التقنية الخاصة بالمجالات الصناعية، وكذلك المعارف التنظيمية الإدارية والأسرار التجارية، مع العلم أن تنفيذ التزام بنقل المعرفة من طرف المستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى: وهي المرحلة التي تلي إبرام العقد لحين افتتاح مشروع المستفيد، حيث يقوم المستثمر الأجنبي بتهيئة المستفيد ومستخدميه لاستيعاب المعرفة الفنية التي تمثل الجوهر المعنوي للمشروع المراد افتتاحه، وكذلك تزويده بالمخططات والرسوم اللازمة لممارسة النشاط، فضلاً عن مساعدته في اختيار موقع المشروع ومساحته وطريقة تصميمه وغيرها من المستلزمات المادية التي تكفل ظهور مشروع المستفيد بصورة تتجانس مع المظهر العام للشبكة على نحو يخلق الإنطباع لدى الجمهور أن مشروع الدولة المضيفة ليس إلا منفذا تسويقيا للمشروع الأصل لا يتمتع بأي استقلال.

---

[1]- أنظر المادة الأولى من قانون ترقية الاستثمار الجزائري 16-09، والتي جاءت عامة فيما يخص الاستثمارات، والأصول التي تشتملها، وهذا بعكس الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر في هذا الإطار والتي رأت أن اصول الاستثمار تتكون على سبيل الخصوص لا الحصر من الاصول المادية والمعنوية، هذه الاخيرة تمثلت في حقوق المؤلف وحقوق الملكية الصناعية، انظر في هذا الاطار المادة الاولى الفقرة (د) من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلتين، فيما يخص بعض الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعة بالجزائر في 13-02-1993، مرجع سبق ذكره.

[2]- بغداد الصديق، التحكيم التجاري الدولي في الملكية الصناعية والتجارية، المجلة الجزائرية للاقتصاد والادارة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر، الجزائر، ع: 07-جانفي 2016، ص ص 201-202.

[3]- صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية نشأتها ومفهومها ونطاقها واهميتها وتكييفها وتنظيمها وحمايتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2006، ص ص 34-35.

[4]- بغداد الصديق، التحكيم التجاري الدولي في الملكية الصناعية والتجارية، مرجع سبق ذكره، ص 200.

أما المرحلة الثانية التي تبتدأ من تاريخ افتتاح المشروع وتستمر مادام هذا المشروع الاستثماري يمارس نشاطه في الاطار المخصص له، ومظاهرها تتمثل في تقديم مختلف التعليمات والتوصيات والإرشادات الضرورية لممارسة النشاط، ويستمر المستثمر الأجنبي بتنفيذ التزامه مع استمرار حياة المشروع إذ يأخذ انتقال عناصر المعرفة الفنية طرقاً وأساليب مختلفة، وخاصة ما يتعلق منها بما يتجسد من خبرات تهدف إلى تحقيق الأفضل في الانتاج والتوزيع والتسويق[1].

والجدير بالذكر أن تنفيذ المستثمر الأجنبي لإلتزامه هذا يثير الكثير من الخلافات التي تثور مع الدولة المضيفة للاستثمارات، خصوصاً في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المتعلقة بنقل التكنولوجيا، كما أن عدم التنفيذ المستثمر الأجني لالتزاماته المتعلقة بنقل المعرفة الفنية يكون راجعاً إلى عدم اعلام المستثمر الأجنبي للدولة المضيفة بكل الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي يتم استغلال المعرفة الفنية في محيطها بحيث تفشل في تحقيق الغاية منها، ويمكن للمستثمر الأجنبي أن يتجنب الإدعاء بإخلاله بتنفيذ الالتزام بإثبات أنه نقل عناصر المعرفة الفنية بصورة تطابق ما ورد في عقد الاستثمار الأجنبي المباشرة، وبسبب الطابع المعنوي للمعرفة الفنية فإنه يصعب تحديد عناصرها بدقة متناهية تحول دون أي خلاف بشأنها، لذلك يلعب مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية خاصة الدولية دوراً مهماً في حسم ما قد يثور من منازعات في هذا الإطار[2].

تاسعاً:التزام المستثمر الأجنبي بالإعلام والأخبار ومكاشفة الدولة المضيفة بكافة الظروف المحيطة بالمشروع الاستثماري

هذا الالتزام على غرار الالتزامات الأخرى يجد مصدره كذلك في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وفي التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمار بحيث أن هذا الالتزام المفروض على المستثمر الأجنبي يعتبر حقاً في وقت نفسه للدولة المضيفة للاستثمار، حيث من حقها الإطلاع والرقابة الرسمية والدائمة على سير العمليات في المشروع الاستثماري محل التعاقد ومن هنا يقع على عاتق المستثمر الأجنبي بالإعلام والإخبار ويتفرع عنه ضرورة إعطاء المشروع الأجنبي للدولة أو جهازها المنبثق عنها تقارير دورية تفصيلية تتعلق بالحالة التي تسير بها الأعمال، مع العلم أنه قد ينص عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته أو حتى التشريع المتعلق بالاستثمار على جزاءات وعقوبات في حالة الإخلال بهذا الالتزام يصل إلى حد فسخ العقد من قبل الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر[3].

وفي هذا الشأن ألزم قانون الاستثمار الجزائري رقم: 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار المستثمر الوطني أو الأجنبي بتقديم المعلومات المطلوبة إلى الجهاز التابع للدولة المضيفة المراقب والمرافق للمشاريع

---

[1]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 120.

[2]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سيق ذكره، ص 332.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 107.

الاستثمارية والمتمثل في الوكالة الوطنية للاستثمار **ANDI** حتى تتمكن من القيام بمهمة المتابعة، فضلاً عن تقرير عقوبات وجزاءات في حالة الإخلال بهذه الالتزامات والتي نص عليها التنظيم في هذا الإطار[1].

حيث نلتمس من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، والذي في إطاره إذا لم يلتزم المستثمر بتقديم الكشف السنوي لتقدم المشروع لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، من يوم تسجيل الاستثمار لديها، تقوم هذه الأخيرة بإعداد قائمة لهؤلاء المستثمرين وتتخذ الإجراءات القانونية اللازمة في حقهم، وصولاً إلى التجريد من مختلف المزايا التي قد يكونوا استفادوا منها في إطار قانون الاستثمار[2].

وتتمثل هذه الإجراءات القانونية الأولية قبل التجريد من المزايا في حالة امتناع المستثمر الأجنبي عن الوفاء بالتزامه المفروض عليه قانونيا والمتمثل في تقديم الكشف السنوي لتقدم المشروع للوكالة الوطني للاستثمار فيما يلي:

1-الإعذار:

حيث تقوم المصالح المحلية للوكالة الوطنية للاستثمار كل سداسي بإعداد قائمة المستثمرين المتخلفين عن دفع الكشف السنوي لتقدم مشاريع الاستثمار لديها وإرسالها إلى المصالح الجبائية أو مركز تسيير المزايا المختص إقليمياً لإعذارهم وذلك حسب النموذج المحدد في الملحق الثاني الخاص بهذا المرسوم[3].

ويتم بموجب هذا الإعذار إخطار المستثمر من طرف المصالح الجبائية أو مركز تسيير المزايا المختص إقليمياً بضرورة تقديم الكشف السنوي في أجل شهرين ابتداء من تاريخ تبليغ الإعذار، تحت طائلة توقيف المزايا، ويجب على المصالح المعنية بتبليغ الإعذارات أن تقوم بهذه العملية في أجل خمسة عشر (15) يوماً ابتداء من تاريخ تسلمها لقائمة المستثمرين المتخلفين المرسلة من طرف المصالح المحلية للوكالة.

---

[1]- المادة 32/ف3 و 4 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 والتي تنص على أنه:" يلزم المستثمر بتقديم المعلومات المطلوبة إلى الوكالة حتى تتمكن من القيام بمهمة المتابعة الموكلة لها.

تحدد كيفية جمع المعلومات عن تقدم المشاريع والتزامات المستثمرين، بعنوان المتابعة، وكذا العقوبات في حالة الإخلال بالالتزامات المكتتبة مقابل المزايا الممنوحة، عن طريق التنظيم". (المقصود بالتنظيم الإحالة إلى المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، مرجع سبق ذكره).

[2]- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، مرجع سبق ذكره.

[3]- مركز تسيير المزايا من بين المراكز الأربعة إضافة إلى مركز استيفاء الإجراءات ومركز الدعم لإنشاء المؤسسات ومركز الترقية الإقليمية والتي استحدثت بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 17-100 المؤرخ في 05-مارس 2017 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 06-356 المؤرخ في: 09-10-2006، المحدد لصلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، مرجع سبق ذكره، بحيث أصبح الشباك الوحيد اللامركزي المنصب على مستوى مقر الولاية يضم المركز الأربعة السالفة الذكر.

وفي حالة الاستجابة للإعذار وتقديم الكشوف السنوية لعمليات تقدم المشاريع ترسل المصالح الجبائية الكشوف إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

وفي حالة عدم الالتزام والاستجابة خلال الأجل المحدد بعد الإعذار وهو شهرين بعد مدة الإعذار التي هي خمسة عشر يوم تقوم المصالح الجبائية أو مركز تسيير المزايا بإعداد قائمة المستثمرين اللذين لم يستجيبوا لهذا الإعذار بتقديم الكشوف السنوية وترسل إلى الوكالة الوطنية للاستثمار لتقوم هذه الأخيرة بتعليق المزايا التي يتمتعون بها هؤلاء المستثمرين[1].

2-الإشعار:

بعد الجزاء الأول المتمثل في تعلق المزايا للمستثمرين المخالفين لالتزاماتهم المتمثلة في ايداع الكشوف السنوية الخاصة بتقدم مشاريعهم الاستثمارية، تقوم الهياكل المؤهلة للوكالة بإشعار المستثمر بواسطة رسالة موصى عليها تفيد بتعليق حقوقه في المزايا، وتسدعيه للحضور إلى مكاتبها لتقديم التبريرات المحتملة، وفي حالة التزام المستثمر الصمت في الشهر الذي يلي تاريخ الإشعار، فإنه يجرد في حقوقه من المزايا بإلغاء شهادة تسجيله[2].

كما أن تجريد المستثمر من المزايا يشمل المزايا المستهلكة فضلاً عن توقيع عقوبات أخرى ويكون وفق الأشكال نفسها التي تم بها التسجيل في المزايا، ويكون ذلك بإشعار بالتجريد من الحقوق في المزايا وفق النموذج المبين في الملحق الثالث من هذا المرسوم التنفيذي مع إرسال نسخ أصلية إلى الإدارات المعنية[3].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أفرد أحكاما خاصة فيما يخص الجزاء المترتب على عدم التزام المستثمر بتقديم الكشف السنوي حول تقدم مشروعه الاستثماري، أما في حالة مخالفة الالتزامات والواجبات المكتتبة الأخرى والمنصوص عليها في قانون الاستثمار والتي تضع على عاتق المستثمر التزاما بالقيام أو بعدم القيام حيث أن هذه الواجبات ألزم بها المشرع الجزائري المستثمر مقابل المزايا التي منحتها له الدولة المضيفة للاستثمار.

وعلى هذا الأساس إذا لم يوفي بها تعرض لهذه العقوبات المنصوص عليها في المادة 13 من المرسوم رقم: 71-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، وهذه العقوبات هي نفسها العقوبة المطبقة على عدم الالتزام بتقديم الكشف السنوي عن تقدم المشروع الاستثماري، وهي عقوبة التجريد من المزايا والتي تتخذ بعد الإعذار وعند تحويل الوجهة التفضيلية وعند كل حالة منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما يمكن أن تؤدي

---

[1]- المادتان7 و8 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادتان 11 و12 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

إلى تقرير مثل هذه العقوبة، والأكثر من ذلك أن عقوبة التجريد من المزايا قد تصدر من مسؤول الوكالة الوطنية للاستثمار بصفة مباشرة عند إلغاء تسجيل الاستثمار بمبادرة من المستثمر نفسه، هذا الأخير الذي أعطاه المشرع فرصة تدارك عقوبة التجريد من المزايا وألزم الهيئات المكلفة بتوقيع هذه العقوبة بسماعه شريطة امتثاله للإعذار الأول خلال مدة ستون (60) يوماً، وفي حالة الامتثال تصدر عقوبة التجريد حتى مع عدم سماعه[1].

وعموماً يمكن القول أن التزام المستثمر بالإعلام والإخبار ومكاشفة الدولة المضيفة بالاستثمار قد يجد مصدر في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته وفي التشريع الوطني الداخلي وبالأخص قانون الاستثمار، حيث ألزم المشرع الجزائري المستثمر الوطني أو الأجنبي بتقديم وإيداع كشف سنوي عن تقدم مشروعه الاستثماري فضلاً عن الالتزامات والواجبات المكتتبة الأخرى ورتب عقوبات في حالة مخالفة المستثمر الوطني أو الأجنبي لهذه الالتزامات تمثلت في عقوبة التجريد من المزايا سواء في حالة عدم الالتزام بتقديم الكشف السنوي لتقدم المشروع الاستثماري أو في حالة عدم احترام المستثمر الوطني أو الأجنبي للالتزامات والواجبات المكتتبة التي يفرضها قانون الاستثمار.

وفيما يخص عقوبة التجريد، التي فرضها المشرع الجزائري لعدم امتثال المستثمر لنص المادة 5 الواردة في المرسوم التنفيذي رقم:17-104 السالف الذكر، تطبق بمجرد التأكد من ذلك، مع إمكانية الطعن الاختياري في القرار الصادر بالتجريد من المزايا أمام لجنة الطعن أو في حالة إلغاء القرار من العدالة[2].

ولنا عودة فيما يخص فض النزاع المتعلق بقرار التجريد من المزايا خاصة فيما يخص الجهة القضائية المختصة إقليمياً ونوعياً، في الباب الثاني من هذه الدراسة عند دراسة آلية القضاء الوطني ودورها في فض المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر.

وهكذا بعدما انتهينا من دراسة الفصل الأول من هذا الباب والذي خصصناه للحديث عن الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، يمكننا القول بأنها عقود تبرم بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية بين الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي، وتتعدد صورها وأنواعها حسب حاجة الدول لتنفيذ خططها التنموية، وهي عقود دولية، ذات طبيعة خاصة ومعقدة، مما يتعين إفرادها بمعاملة متميزة خاصة من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليها عند المنازعة بشأنها، لوجود طرفين غير متكافئين في العلاقة العقدية من الناحية القانونية والسياسية والإقتصادية، ولتفادي الصراع القائم فيما يخص حكم المنازعة بين القانون الوطني والدولي ومبدأ سلطان الإرادة، وكذا إشكالية التوطين والتدويل لهذا العقد الغير مسمى، لذلك لابدا من البحث في طبيعة هذه المنازعة وكذا القانون الواجب التطبيق عليها.

---

[1]- المادتان 13 و14 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

[2]- المواد 15، 16، 17 المادتان 13 و14 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

الفصل الثاني:

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي والقانون الواجب التطبيق عليها

تتميز عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بعدة خصائص فهي عادة عقود طويلة الآجال، وترتبط بشكل أساسي بكيان الدولة المضيفة للاستثمار، التي تسعى إلى تنفيذ خططها التنموية، ومادامت الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كقوة سياسية مرتبطة بالسيادة، فإن ذلك يعطيها صلاحيات وامتيازات واسعة في مواجهة المستثمر الخاص الأجنبي الطبيعي أو المعنوي وذلك بالرغم من قوته الاقتصادية التي تفوق إمكانية الدولة المضيفة للاستثمار في بعض الأحيان، لذلك فقد تلجأ الدولة إلى اتخاذ إجراءات نابعة من سلطتها السيادية تماشياً مع تغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتي تؤدي إلى المساس بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر، مما يفقده توازنه خاصة الاقتصادي، ويترتب على ذلك الكثير من المنازعات.

ولقد اختلفت الآراء حول ما إذا كانت طبيعة منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تتصف بالطابع السياسي أم القانوني، مثلما اختلفت كذلك حول مسألة القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق في هذا الفصل إلى طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأسبابها(**المبحث الأول**) وكذا القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار (**المبحث الثاني**)

المبحث الأول: طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأسبابها

إن آلية تدفق الاستثمارات الأجنبي المباشرة داخل الدولة المضيفة، تكون من خلال إيجاد مستثمرين أجانب يبحثون عن بيئة مناسبة يستثمرون أموالهم بها، وإذا تواجدت هذه البيئة يتم ذلك من خلال اتفاق بين الطرفين، وهو ما يسمى بعقد الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار أو ترخيص الاستثمار، هذا الأخير وكما سبقت الإشارة إليه ينظم حقوق والتزامات الطرفين، فإذا ما تعرضت لإخلال أو انتهاك أو عرقلة أو عدم التنفيذ من الطرفين، وفقا لما نص عليه العقد، أنشأ ما يسمى بالمنازعة، وتختلف منازعات عقود الاستثمار عن منازعات العقود الأخرى نظراً لطبيعة المنازعة ذاتها الناشئة لأسباب عديدة ومختلفة، حيث أن عدم تسوية هذه المنازعة بصورة سريعة وبطريقة أكثر فاعلية يرتب ضرراً بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة، وعلى ضوء ذلك ما هي أسباب المنازعة في عقود الاستثمار الاستثمار الأجنبي المباشر؟ (**المطلب الأول**) وما هي طبيعتها (**المطلب الثاني**)؟.

المطلب الأول: أسباب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

أفرزت الطبيعة الفنية والاقتصادية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، العديد من المنازعات نتيجة لتغير الظروف المحيطة بها، وعليه فالأسباب المؤدية لنشوء منازعاتها كثيرة ومتنوعة سواء كان مصدرها أجنبي: كالقوة القاهرة والظروف الطارئة وما تثيره هذه الظروف من وسائل وقائية كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، أو كان مصدرها الدولة المضيفة للاستثمار، كونها تتمتع بمركز سيادي والذي يخولها

إمكانية اتخاذ بعض التصرفات والإجراءات والتي تمس العقد كإجراء نزع الملكية والمصادرة والتأميم، أو تغيير القانون، أو اتخاذ إجراءات انفرادية، أو كان مصدر هذه الأسباب بفعل المستثمر الأجنبي وذلك في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية المفروضة عليه.

وعليه فيمكن تقسيم هذه الأسباب إلى: أسباب أجنبية لا دخل لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي فيها **(الفرع الأول)** وأسباب ترجع إلى أحد طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر سواء الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الأسباب الأجنبية

قد يحدث أحياناً، بعض الأمور خارجة عن إرادة طرفي عقد الاستثمار والتي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في الالتزامات التعاقدية التي تشكلت بصورة صحيحة عند التعاقد، وهذه الأمور قد تعرض العقد للانهيار التام وإلغائه من قبل الطرفين، كما هو الحال عند حدوث القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، ففي هذه الحالة يختل توازن العقد، وقد يستحيل تنفيذ الالتزام، مما يستوجب إعادة النظر فيه عن طريق التفاوض مجددا حول شروطه، دون أن يستدعي الأمر إبقائه[1].

كما أن أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في الكثير من العقود والاتفاقات يعملون على وضع شرط خاص في تلك العقود، يهدف إلى تعريف القوة القاهرة وكيفية التعامل معها، وتحديد الإحداث والظروف التي تعتبر ظروفا غير متوقعة، وذلك تفادياً للمنازعة في حالة حدوث هذا الشرط[2].

وإذا كانت الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، فالمستثمر الأجنبي في هذه الحالة يرغب في عدم خسارة مشروعه الاستثماري والدولة المضيفة ترغب في استمرا النشاط الاستثماري المتعلق ببرامجها التنموية، لذلك يعمل أطراف عقد الاستثمار على وضع شروط في العقد تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللاً في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين[3].

أولاً: القوة القاهرة

وهي مجموعة من الأحداث التي لم يكن في وسع أحد الأطراف توقعها أو تداركها، ويترتب عليها انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه دون أن يتحمل تبعية ذلك، بحيث يجب توافر ثلاث شروط في الحدث لوصفه بالقوة القاهرة وهو عدم التوقع واستحالة الدفع واستقلال الحدث عن إرادة المدين، وهذا ما يميز القوة القاهرة عن الحادث الطارئ التي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً[4].

---

[1]- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 131.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 116-117.

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 123.

[4]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 123.

كما أن النظام القانوني التقليدي للقوة القاهرة عرف نظريتان هما: نظرية الاستحالة المطلقة وتعتمد على معيار الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزام **(Limpossibilité d'éxution)** وهو ما تبناه التشريع الالماني والإنجليزي والأردني، أما النظرية الثانية فهي نظرية القضاء الفرنسي والتي حددت اركان هذه الظاهرة، ولكي يعتبر الحادث مكونا لحالة القوة القاهرة فلا بدا أن تجتمع فيه ثلاث خصائص كي يكون التكييف صحيحا ومعتمداً وينتج آثره على تحديد أو إبراء مسؤولية المدين بالتنفيذ: وهذه الخصائص هي: سبب أجنبي، لا يمكن توقعه، ولا يمكن مقاومته، ورغم ذلك فإننا نجد أخيرا موقفا معتدلا للقضاء الفرنسي يسمح في تجاوز هذا المنطق الثلاثي، وإن الكثير من التشريعات من اخذت بمبدأ استحالة التنفيذ كالقانون السويسري، غير ان النظام القانوني الحديث للقوة القاهرة، نجد فيه ان المشرع الدولي وفي اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع وان لم يتطرق الى مفهوم القوة القاهرة بصفة صريحة الا انه تدارك بوجود مثل هذه الحوادث ضمن هذا المفهوم وذلك في نص المادة 69 من ذات الاتفاقية المتعلقة باحكام الاعفاءات من المسئولية عند عدم تنفيذ العقد، وذلك اذا ثبت ان عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادة الاطراف وإنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانهتجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه[1].

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة تنفيذه، خاصة في العقود الملزمة لجانبين فإن الأمر يختلف في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث هناك حرص على مواجهة الأحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار العلاقة الاستثمارية بين الأطراف المعنية[2].

ونظراً لعدم وجود تعريف محدد وجامع لفكرة القوة القاهرة لا في القانون الدولي ولا في القانون الوطني ولا في الفقه والقضاء، فقد يلجأ أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر إلى تعداد الحوادث التي تعتبرها قوة قاهرة مع استبعاد حوادث أخرى، كما قد تنص بعض العقود على أن استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة هي التي تعوق تنفيذ الالتزام بصورته العادية دون أن تتطلب من المدين بذل جهود كبيرة للتغلب على الاستحالة، وهذه الحلول المقدمة في العقد في الحقيقة هي حلول فردية يمارس فرضها الطرف القوي في العقد، ويرى الباحث أن مسألة تحديد الأحداث ووصفها بالقوة القاهرة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أمر يؤدي إلى

---

[1]– أنظر: عبد المنعم حسون عنوز، كتاب شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، على شبكة الانترنيت، على الرابط الالكتروني للاكاديمية العربية في الدنمارك، www.ao.academu.org/wesima_articles/library-20070824-1417.html، تاريخ التصفح: 07-23-2018 على الساعة 11:00).

[2]– إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة العدد الأول، 2015، ص 279.

التهرب من المسؤولية العقدية وحتى الدولية، وعدم تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بطريقة عادلة[1].

وبخصوص التشريع الجزائري فإن قانون ترقية الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 لم يحدد المقصود بالقوة القاهرة، لكن بالرجوع إلى نص المادة 107/ف2 من القانون المدني الجزائري نجده يعطي تعريف للقوة القاهرة حيث نصت على أنه:" غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يتعارض ما ما ورد بخصوص عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الخاصة بعقود المحروقات في الجزائر، إذ نصت المادة 5/ف19 من قانون المحروقات 05-07 المؤرخ في 28-04-2005 المعدل والمتمم رقم:13-01 المؤرخ في 20-02-2013 والتي عرفت القوة القاهرة على أنها:" كل حدث غير متوقع، لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الأطراف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا، غير ممكن"[3].

وبإجراء المقارنة بين نصين يلاحظ أن المشرع المدني الجزائري يشترط في القوة القاهرة التي تجعل القاضي الوطني يتدخل لإعادة التوازن العقدي وبرد الالتزام إلى الحد المعقول:-حدوث حادث استثنائي غير متوقع من قبل أطراف العقد، و-أن يترتب على هذا الحادث إرهاق للمدين حتى وإن لم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، خصوصاً إذا اتفق أطراف العقد على تطبيق القانون الوطني عند تحديده لشرط القوة القاهرة في العقد، وهذا ما يختلف عن تنفيذ الالتزام في القوة القاهرة المقصودة في قانون المحروقات الوطني، والتي اعتبرها المشرع عبارة عن أحداث خارجة عن إرادة الأطراف والتي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وعبر عنها بعبارة "غير ممكن"، والعلة في ذلك أن المشرع الجزائري رغب في استمرار العلاقة التعاقدية الاستثمارية،

---

[1]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سيق ذكره، ص ص، 291، 292، ويضيف ذات الباحث في هذا الإطار أن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، قد نبهت الدول النامية المضيفة للاستثمارات خاصة في مجال نقل التكنولوجيا لحالة عدم إدراج شرط القوة القاهرة وتحديد الأحداث التي توصف بهذا الوصف في عقد نقل التكنولجيا الدولي وذلك حتى لا يكون هناك تهرب من المسؤولية بقولها:" إن شرط القوة القاهرة جاء يحمي الأطراف من المطلبات عن التقصير في الوفاء بالالتزامات التعاقدية بفعل القدر وهو على جانب كبير من الأهمية عندما يكون موضوع عقد نقل التكنولوجيا هو نقل تكنولوجيا متطورة أو مركبة، ويكون عدم التسليم أو التوريدات المتأخرة للبيانات الهندسية الأساسية أو توريد الآلات راجعاً إلى مثل هذه الأسباب، لذا يجب عدم النص على هذا الشرط حتى لا يتمكن المورد على أساسه من دفع المسؤولية إذا تأخر في التنفيذ متذرعاً بأسباب كان يمكنه توقعها أو كان له بعض التحكم فيها"

[2]- الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[3]- القانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، المتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 50 ،الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 11 الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013، ص 16.

فضلا على إعطاء مبدأ سلطان الإرادة دور كبير في معالجة القوة القاهرة وفي تحديد صورها، وهذا ما يتماشى مع العلاقات الاقتصادية الدولية لكن الإشكالية تبقى في هذا الإطار أي قانون واجب التطبيق في اطار القوة القاهرة، هل قانون المحروقات أم القانون المدني حتى وإن سلمنا أن بقاعدة الخاص يقيد العام وحتى لو اعتبرنا أن الإرادة اتجهت إلى تطبيق قانون المحروقات[1].

كذلك يمكن الاشارة إلى ما ورد في اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار ممثلة للدولة الجزائرية وشركة الدار الدولية سيدار والتي حددت ما المقصود بالقوة القاهرة، حيث نصت المادة 09 منها الموسومة ب : حالة القوة القاهرة على انه:ص يقصد بحالة القوة القاهرة كل حدث يقع ويكون خارجا عن نطاق إرادة الطرفين مثل الكوارث الطبيعية والحروب والإضطرابات الكبيرة وأعمال الشغب، ولا سيما تلك التي تحول دون تحقيق و/أو متابعة أهداف والتزامات الطرفين في إطار الاتفاقية الحالية.

وفي حالة وقوع مثل هذه الأحداث، يتفق الطرفان حول الإجراءات الضرورية اللازمة قصد مواصلة الأهداف موضوع الاتفاقية[2].

لذلك ففي حالة غياب شرط صريح خاص بالقوة القاهرة يحدد نتائجها في عقد الاستثمار الأجنبي، فتختص هيئة المحكمين بتحديد أثر هذه القوة القاهرة على استمرارية العقد، بشكل الذي يضبط العلاقة القانونية بين أطرافه وإعادة التوازن له مرة أخرى[3]، ذلك أن استحالة تنفيذ العقد وأقصد الاستحالة المطلقة تؤدي إلى انقضاء العقد بالفسخ، والتي يجب أن تشمل مسألة تنفيذ الالتزامات الجوهرية، لأن استحالة تنفيذ الالتزامات الثانوية لا يؤدي إلى الفسخ ما دام تنفيذ الالتزامات الجوهرية ممكناً[4].

وبالرغم من عدم الإشارة في قوانين الاستثمار إلى مصطلح القوة القاهرة، إلا أن القانون الدولي غير الاتفاقي أشار إلى الاعفاء من المسؤولية إذا كان عدم التنفيذ يرجع لحادث لا يمكن السيطرة عليه، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 7-ف1 /7، من مبادئ اليونيدروا **(Unidroit)**[5]، والمعنونة ب"القوة القاهرة" والتي نصت على أنه: " يعفى المدين من المسؤولية عن عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى حادث لا

---

[1]- عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006، ص ص 731-733.

[2]- المادة 10 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين ANDI و شركة الدار الدولية سيدار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 جانفي2007، ص 12.

[3]- إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 280.

[4]- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سيق ذكره، ص 288.

[5]- ينصرف مصطلح يونيدروا Unidroit إختصارا لـ Institut International pour Unification du Droit privé إلى معهد روما لتوحيد القانون الخاص، وقد تم إنشاء هذا المعهد بروما سنة 1926، بموجب اتفاقية دولية أبرمت تحت إشراف عصبة الأمم التي كانت قائمة قبل منظمة الأمم المتحدة حالياً، ويعمل هذا المعهد الدولي على توحيد القانون الخاص، وذلك عن طريق إعداد مشروعات الاتفاقيات الدولية، وكذلك المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية (- محمود سمير الشرقاوي، منظمات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 15 وما بعدها)

سيطرة له عليه وكان من غير المعقول أن يدخله في حساباته عند إبرام العقد أو كان لا يستطيع تجنب وقوعه أو تفادي نتائجه"[1].

كذلك استعملت اتفاقية فينا للأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع مصطلح " العائق" في نص المادة 79 منها، وذلك إذا أثبت أحد طرفي عقد البيع الدولي أن استحالة التنفيذ كانت نتيجة عائق خارج عن إرادته ولم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ هذا العائق في اعتباره وقت العقد انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو التغلب عليه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليها[2].

وفي مجال تحكيم عقود الاستثمار تشكل القوة القاهرة سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية[3]، غير أن تحديد ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة من حوادث من عدمه، يبقى من صلاحيات السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، لذلك فقد تنجح الدول المضيفة للاستثمارات في نفي مسؤوليتها وقد تفشل بسبب القوة القاهرة، وتطبيقا لذلك استبعدت هيئة التحكيم المشكلة لنظر النزاع في قضية بين مستثمر أجنبي والدولة في عقد إنشاء وتشغيل طريق سريع في فنزويلا، ، واعتبرت أن تشكل المظاهرات الشعبية الغاضبة من رفع تعريفة المرور على الطريق السريع قوة قاهرة تمنع الدولة من الوفاء بالتزامها في عقد البوت برفع التعريفة بعد مضي مدة محددة بنص العقد، وقد أسست الهيئة حكمها في رفض الدفع، على أساس أن: هذه الاحتجاجات العنيفة كانت متوقعة، نظرا لتكرارها في الماضي على إثر قرارات مماثلة، وعلى المعارضة الشديدة للمشروع قبل توقيع العقد[4].

ولا شك أن المظاهرات والثوارات والاعتصامات الفئوية وكذلك أعمال العنف والإرهاب تؤثر بشكل مباشر وغير مباشر على الاستثمارات الاجنبية المباشرة وغير المباشرة، لأن الاستثمارات الأجنبية تحتاج إلى مناخ آمن من الناحية السياسية والإقتصادية والامنية، والدليل على ذلك عدم الاستقرار الأمني في بعض البلدان الافريقية والعربية، وتاثير ذلك على مسار التنمية بكل أبعادها[5].

---

[1]– محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 15–16.

[2]– محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي، اتفاقية فينا عام 1980، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط 1998، ص 249 وما بعدها.

[3]– أنظر المادة 23 من ILC والتي نصت على أن القوة القاهرة سبباً من اسباب الاعفاء من المسؤولية:

"1– تنتفي صفة عدم المشروعية عن فعل الدولة الذي لا يكون مطابقا لالتزام دولي لتلك الدولة إذا كان ذلك الفعل راجعا لقوة قاهرة، أي حدوث قوة لا سبيل إلى مقاومتها أو حدث غير متوقع، يخرجان عن إرادة تلك الدولة، مما يجعل أداء ذلك الالتزام في هذه الظروف مستحيلا ماديا.

2– لا تنطبق الفقرة 1 في الحالتين التاليتين:

(أ)– في حالة كون القوة القاهرة تعزي، منفردة أو بالإقتران مع عوامل أخرى، إلى تصرف الدولة التي تتذرع به، أو

(ب)– إذا تحملت الدولة تبعة نشوء تلك الحالة" (– الامم المتحدة، الجمعية العامة، تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، تقرير اللجنة السادسة، 26–11–2001)

[4]– هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 360.

[5]– أحمد عبد اللاه المراغي، القانون الدولي الاستثماري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2015، ص ص 77–78.

ويختلف موقف هيئات التحكيم، فيما يخص مسؤولية الدولة عن الإخلال بإلتزامهاتها بسبب المظاهرات العنيفة الرافضة لمشروع استثماري ما، عنها فيما يتعلق بالثورات وقلب نظام الحكم، وفي هذا الشأن قررت محكمة التحكيم في إحدى المنازعات المثارة بين رعايا الولايات المتحدة الأمريكية والجمهورية الاسلامية الإيرانية، أن أحداث الثورة الإيرانية التي قلبت نظام الحكم في سنة 1979 من مظاهرات عنيفة، وسرقات، وإضرابات، وإضطرابات، يتحقق به وصف القوة القاهرة، ومن شأنه أن يدفع مسؤولية الدولة عن إخلالها بإلتزاماتها في المواثيق الدولية، وهو ما يتحقق في قضية **Starett Housing Corp** ضد ايران، حيث أن المستثمر لابد أن يضع في حسبانه الظروف السياسية للبلد المضيف، وأن الدولة لم يكن لها يد في تحقق تلك الظروف ولم تسهم في تفاقمها[1].

وعموماً فإن القوة القاهرة هي سبباً من الأسباب التي تؤدي إلى المنازعات في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، نتيجة الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزامات الجوهرية في العقد، أو قد تؤدي بعض الظروف المحيطة بالعقد إلى الاستحالة النسبية في التنفيذ أو إلى اختلال التوازن المالي للعقد، مما يدعو الأطراف إلى مراجعة عقد الاستثمار الأجنبي وينتج منازعات عن هذه الظروف الطارئة والتي كما سبقت الإشارة إليه لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية بصفة مطلقة.

ثانياً: الظروف الطارئة (Hardship) .

فكرة الظروف الطارئة فكرة قديمة نجد لها آثار في الحضارات القديمة، كحضارة حمو رابي طبقت على العقود الداخلية والدولية من طرف الفقه العربي والغربي والقضاء والتشريعات الوطنية والدولية، وتعني الظروف الطارئة:"تغير في الظروف التي أبرم أثناءها العقد أدى إلى جعل تنفيذ التزام أحد الأطراف مرهقاً له، حيث إذا أجبر على تنفيذه تحمل خسارة كبيرة"[2].

وكما سبقت الإشارة إليه أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود ذات آجال طويلة وتنفذ في الغالب على مراحل ويسعى فيها المستثمر الأجنبي إلى تحقيق الربح، والدولة المضيفة والنامية إلى تحقيق التنمية المنشودة، وأن أي تعديل في العقد بسبب الظروف الطارئة قد يؤدي إلى المساس بالتوازن العقدي، هذه الأحداث غير متوقعة وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، ويكون تعديل العقد في هذه الحالة هو الحل الغالب في حالة الأحداث الاستثنائية الطارئة عوضاً عن فسخه أو إلغائه، ويتخذ هذا صور متعددة، وفقاً ما نصت عليه القواعد العامة خاصة في مجال القانون المدني وذلك إما وقف التنفيذ للعقد مؤقتاً أو منح المتعاقد المرهق مهلة لهذا التنفيذ، أو تعديل مقدار الالتزام الذي اعتراه الخلل، أو رد الالتزام المرهق إلى حد معقول[3].

---

[1]– هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 363 وما يليها.

[2]– محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سيق ذكره، ص 294.

[3]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص ص 122–123.

بيد أنه في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فقد يفضل العمل على إدراج شروط تسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات أو حدوث ظروف طارئة تحدث خللا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين، و محاولة الذهاب إلى أبعد من ذلك وهو إعادة التوازن الاقتصادي للعقد على ضوء الظروف الحاصلة، ويتم إدراج شرط إعادة التفاوض سواء في العقد أو في أتفاق منفصل، وتكون الأحداث المراد التفاوض بشأنها مستقلة عن إراداتهم وتوقعاتهم عند إبرام العقد ويكون من طبيعتها الإخلال بالتوازن العقدي وإصابة أحد المتعاقدين بضرر ما وقع[1].

وتزداد أهمية إدراج تلك الشروط في عقود التنقيب واستخراج المواد الأولية، وذلك أن طرفي العقد لا يعلمان حجم الكشف، ويرى البعض أن الدولة المضيفة للاستثمار عادة ما تلجأ للضغط على المستثمر في مجال التنقيب والبحث لزيادة حصتها، خاصة في العقود التي لا يرد فيها شرط الثبات[2].

ويرى الباحث أن فتح العقد على مصراعيه لإعادة التفاوض بشأنه من شأنه أن يفقد العقد قيمته القانونية، خصوصاً إذا لم ينجح هذا الشرط في التوفيق بين مصالح الطرفين، مصلحة الدولة المضيفة ومصلحة المستثمر الأجنبي.

كما أن المادة 62 من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 أشارت إلى أن: تغير الظروف يمكن أن يكون سبباً لانقضاء المعاهدة، إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن يكون التغيير منصباً على ظروف كانت موجودة وقت إبرام المعاهدة.
- أن يكون هذا التغيير جوهرياً وأساسياً .
- أن يكون وجود الظروف المعنية قد شكل أساس قبول أطراف المعاهدة الالتزام بها.
- أن يكون من شأن التغيير تعديل مدى الالتزامات التي يجب تنفيذها وفقاً للمعاهدة تعديلاً جوهرياً.

ويرى أحد الباحثين في هذا الإطار أنه:" في حالة فرض إبرام اتفاقية استثمار بين دولتين، فإن أحكام اتفاقية فينا لقانون المعاهدات تسري على تلك الاتفاقية بحسب كونها أبرمت بين دولتين، ويكون من ضمن تلك الأحكام أنه يمكن إنهاء اتفاقية الاستثمار متى طرأ تغير جوهري للظروف في إطار توافر الشروط التي أشارت إليها المادة 62 من اتفاقية فينا السالفة الذكر، وهذا يعني أن تغير الظروف ليست مدعاة لمراجعة أو إعادة التفاوض[3].

هذا وقد عمل المشرع الجزائري على حماية الاستثمارات الاجنبية المباشرة في إطار الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر وباقي دول العالم، واقر مبدأ التعويض ومبدأ معاملة الدولة الأولى بالرعاية، ومن ذلك

---

[1]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص ص 123، 124.

[2]– هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 166.

[3]– مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2016، ص ص 78–79.

ما نصت عليه على سبيل المثال المادة 4/ف4 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة ببراغ في 22-09-2000[1].

ومن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في عقود الأجنبي المباشر والتي يمكن على أساسها تقرير أو دفع مسؤولية الدولة المستقبلة للاستثمارات أمام هيئة التحكيم والتي تتمثل في ظروف اقتصادية لا دخل للأطراف فيها كالأزمات الاقتصادية والاضطرابات نذكر قضية الشركة الأمريكية **(Hampurna)** والتي كانت مستثمرة في اندونيسيا بموجب عقد إنشاء وتشغيل محطات توليد الكهرباء بموجب عقد مبرم بين الشركة الأمريكية و الشركة الاندونيسية المملوكة للدولة، فدفعت هذه الأخيرة أمام هيئة التحكيم بأن عدم الوفاء بالتزاماتها اتجاه المستثمر الأجنبي ثم إلغاء العقد مرده إلى الظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد، فرفضت الهيئة هذا الدفع بحجة أن الظروف الاقتصادية التي كانت تمر بها اندونيسيا وكان ذلك في بداية التسعينات، لا يمكن أن توصف بأنها مفاجئة وغير متوقعة، نظراً لكون اندونيسيا مرت بعدة أزمات اقتصادية، وأنه كان على المتعاقدين في عقد طويل الأجل مثل هذا أن يتوقعا تكرار هذه الأزمات لذلك فإن الهيئة لا ترى في الأزمة الاقتصادية وما ترتب عليها ظرفا استثنائيا لم يكن من الممكن توقعه[2].

وفيما يخص دفع مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمارات على أساس القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، فإنه يقع لزوماً عليها اثبات أن الأزمة التي تمر بها لم تكن متوقعة، وتطبيقا لذلك نجد أن الكثير من أحكام التحكيم تستبعد الأزمات الاقتصادية من الظروف الطارئة واعتبارها مانعا من مسائلة الدولة المضيفة للاستثمار.

ففي قضية **(Himpurna)** الأمريكية، رفضت الهيئة قبول الدفع المقدم من الشركة الأندونسية المملوكة للدولة بأن عدم الوفاء بإلتزاماتها العقدية، وإن كان مرده للظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد، إلا أن توقف الشركة الاندونسية عن الوفاء بما عليها للمستثمر الأجنبي (الشركة الامريكية) كمشغل للطاقة، ثم الغاء العقد من قبل الحكومة، لا يمكن دفعه على اساس نظرية الظروف الطارئة، لأن الظروف الاقتصادية في وقت قريب التي تمر بها اندونيسيا لا يمكن أن توصف بأنها مفاجئة وغير متوقعة، نظراً لأن أندونيسيا مرت بعدد من الأزمات الإقتصادية، وأنه كان على المتعاقدين في عقد دولي طويل الاجل (30 عاماً) أن يتوقعا

---

[1] – نصت المادة 4/ف4 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، على أنه:" إذا تعرضت استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين إلى خسائر من جراء حرب أو نزاع مسلح أو حالة طوارئ وطنية أو ثورة وقعت على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، فإن أصحابها يستفيدون من قبل هذا الأخير، على سبيل التعويض، من معاملة لا تكون أقل امتيازاً من تلك التي تمنح لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة ثالثة"، الاتفاقية تم المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 02-124 المؤرخ في 07-04-2002، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:25 الصادرة بتاريخ:14-04-2002.

[2] - CAMPBELL McLACHLAN,Lis Pendens in international Litigation, HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW published in 2009 , New Zelan,p 239.

– هبة هزاع، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 354-355.

تكرار هذه الأزمات، لذلك فإن الهيئة لا ترى في الازمة الاقتصادية وما ترتب عنها ظرفاً استثنائياً لم يكن من الممكن توقعه[1].

وعموماً يمكن القول أن من أسباب منازعات الاستثمار الظروف الطارئة، وشرط إعادة التفاوض هو وسيلة لتجنب المنازعات في هذه الحالة، ذلك أن شرط إعادة التفاوض الوارد في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر يهدف بشكل رئيسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تغير أساسي في توازن الأداء العقدية، ويعطي فرصة للاستمرار والبقاء في العقد عن طريق تعديل أحكامه[2].

ثالثاً: أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر.

إن المنازعات التي تدور حول حالة القوة يغلب عليها الطابع الفني، ومن ثمة فإن فضها يحتاج إلى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العلمية الكافية، وهنا اقصد التحكيم، حيث وكما سبقت الإشارة إليه أن أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث الذي أوجد حالة من القوة القاهرة، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك أن يعيدوا النظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة.

وهذا عكس القواعد العامة المستقرة في معظم القانونية، حيث قد يفضل الأطراف إنهاء الروابط فيما بينهم، ولهذا وكما سبقت الإشارة إليه كذلك أن الهدف من إدراج شرط القوة القاهرة في مجال العقود بصفة عامة هو تحديد ما المقصود بها، وذلك بالإحالة في مثل هذا الصدد لنظام قانوني معين، وغالباً ما يكون القانون الواجب التطبيق على العقد نفسه، أو إجراء تحديد حصري يتضمن بياناً جامعاً بالأحداث التي تندرج تحت هذا المصطلح، وهنا تكون لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر خصوصيتها لارتباط هذه الأحداث عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، أو لصلتها بطبيعة النشاط الاقتصادي نفسه[3].

---

[1]- تتلخص وقائع قضية (Himpurna) في وجود عقد اقتصادي دولي مبرم بين شركة (Himpurna) الأمريكية والشركة الأندونسية المملوكة للدولة لانشاء وتشغيل محطات توليد الطاقة، وفي أوائل التسعينات من القرن العشرين ضرب اقتصاد الدول الأندونيسية زلزال مدمر عرف ب"عدوى العملة التايلندية" إذ انهارت عملة تايلاندا نتيجة لحركات بيع مكثفة للعملة التايلندية في سوق الأموال الأموال في بانكوك، ونتيجة لضعف الرقابة على النظام البنكي في اندونيسيا وقلة احتياطات النقد الأجنبي، بسبب ما مرت به أندونيسيا واستنفاذ الاحتياطي على مدى عدة سنوات سبقت الأزمة الآسيوية للدفع عن سعر صرف العملة الأندونيسية، ولم يتمكن البنك المركزي الإندونيسي من الدفاع عن عملته في وجه بيع للروبية على إثرها انها اقتصاد أندونيسيا. فأصدر الرئيس الأندونيسي أمراً بإلغاء 70 عقداً لإنشاء وتشغيل محطات توليد الطاقة، وعلى إثر ذلك رفعت شركة (Himpurna) الأمريكية دعوى تحكيم ضد الشركة الأندونسية والتي حاولت فيها اندونيسيا دفع مسؤوليتها العقدية عن تخلفها عن أداء إلتزاماتها وفقا لعقد شراء الطاقة من أن الظروف الاقتصادية التي تمر بها البلاد تشكل ظروفاً طارئة تجعل تنفيذها لالتزامها غير ممكن وتطلب إعفاؤها منه. (- أنظر:- هبة هزاع، مرجع سابق، ص 255).

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 306.

[3]- طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص ص 133-134.

كما أنه لا شك أن مهمة الفصل في المنازعات التي تدور حول تحقق شرط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على ثبوته، هي مهمة فنية في المقام الأول، حيث تتطلب أن تكون هيئة التحكيم ذات مستوى عالي وتعيين خبراء للوصول إلى نتائج تتفق وظروف النزاع خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن اللجوء للتحكيم غالباً مالا يحدث إلا بعد مناقشات ومفاوضات بين أطرافه محاولة للوصول إلى تسوية سلمية للنزاع بشكل عام، كذلك حتى ولو فرضنا تعيين الهيئات التحكيمية لخبراء على مستوى عال من التخصص في هذا المجال فإن مرور الوقت بين وقوع أحداث القوة القاهرة وإحالة النزاع للتحكيم، ثم تعيين الخبراء يحول دون الوصول إلى نتائج تتفق وظروف النزاع[1].

<u>الفرع الثاني:</u> الأسباب التي ترجع إلى أحد طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر (الدولة المضيفة للاستثمار، أوالمستثمر الأجنبي)

ليس دائما منازعات الاستثمار تكون نتيجة أسباب قهرية أو ظروف طارئة، ليس لطرفي عقد الاستثمار دخلاً فيها، مما يعفيهما من المسؤولية[2]، فقد يكون السبب الرئيسي هو إرادتهما، سواء الدولة المتعاقدة وذلك لما تملكه من سلطة في العقد تخولها اتخاذ الإجراءات الانفرادية وبالتالي تنعقد مسؤوليتها الدولية، أو المستثمر الأجنبي في حالة مخالفته لالتزاماته التعاقدية، وبمعنى آخر أنه قد تتخذ الدولة المستقبلة للاستثمار الأجنبي المباشر في علاقتها مع المستثمر الأجنبي عدة تصرفات من شأنها أن توثر في حقوقه التي تولدت

---

[1]– طالب برايم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 134.

[2]– يمكن استبعاد مسؤولية الدولة بسبب تصرفاتها المخالفة لالتزاماتها الدولية إذا توفرت بعض الشروط في حالات معينة حددتها لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير مشروعة دوليا والذي صادقت عليه في دوراتها الثالثة والخمسين بجنيف عام 2001، وهي: القوة القاهرة أو الخطر أو حالة الضرورة، أما فكرة المسؤولية العقدية، فإنها تكون نتيجة إخلال أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لالتزاماتهم التعاقدية، لكن بعض الفقهاء يرون أن خرق الالتزامات في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة كعقود الاستثمار من شأنه أن يطرح المسؤولية العقدية والدولية سواء كانت قائمة على خطأ أو بدون خطأ، والتي يتولد عنها الحق في التعويض والحق في الحماية للمستثمر الأجنبي عند مخالفة الدولة لالتزاماتها التعاقدية، وتقوم المسؤولية سواء العقدية أو الدولية حتى ولو كان القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر هو القانون الوطني، فخضوع عقد الاستثمار لهذا الأخير لا ينفي عن الدولة المضيفة المسؤولية الدولية ويلاحظ أن المشرع الجزائري قدم تنازلات مهمة عن سيادة الدولة رغبة منه في استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وذلك عند عدم تحديده للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل قوانين الاستثمار وصولا إلى آخر قانون 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار، وإن كان أشار إلى وسائل تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بموجب المادة 24 والتي جعلت الاختصاص للقضاء الوطني في حل النزاعات بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية كأصل عام، والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف أو وجود بند في العقد يسمح للطرفين باللجوء إلى التحكيم والمصالحة والتحكيم الخاص، وحتى وإن كانت بعض الاتفاقيات الحمائية الثنائية والخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية والجزائرية البرتغالية قد أشارت إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني أو نص عقد الاستثمار نفسه على تطبيق القانون الوطني وفق مبدأ سلطان الإرادة.

ومجمل القول في هذا الإطار أن مخالفة التزام عقدي في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء كان العقد في إطار القانون الوطني أو الدولي يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية والدولية وهذه الأخيرة تقتضي إنتهاك التزام دولي وفق قواعد القانون الدولي، وفي هذا الإطار أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الدولية في محال حماية الاستثمارات فأي إخلال بعقد الاستثمار الذي تحميه هذه المعاهدات يعتبر تصرفا غير مشروع يرتب المسؤولية الدولية وفق ما يعرف بشرط المظلة والتي تعتبر ضمانة للمستثمر الأجنبي، لاستقرار العلاقات التعاقدية.

من عقد الاستثمار، مما يجعل المستثمر الأجنبي ينظر إليها نظرة ريب وشك، ومن هذه التصرفات قيامها بإنهاء عقود الاستثمار بإرادتها المنفردة والاستيلاء على المشروع الاستثماري وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها، وهذا ما يخلق مناخ استثماري طاردا.

أضف إلى ذلك قيام الدولة بتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للاستثمار، من شأنه أن يخل بتوقعات المستثمرين، وذلك بالرغم من تضمين عقد الاستثمار الأجنبي شرط الثبات التشريعي[1]، وإقرار مبدأ التعويض كأساليب وقائية لتجنب المنازعة والأكثر من ذلك طبقاً لما تملكه الدولة من سلطة في العقد قيامها بفسخه، حتى ولو كان يتضمن شرط التحكيم الذي ينظم أسلوب فض منازعتهم[2].

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المنازعات التي تعود لطرفي عقد الاستثمار الدولة المستقبلة للاستثمارات والمستثمر الأجنبي تتمثل فيما يلي:

أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة

تقوم الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأجهزة التابعة لها بنزع ملكية المشروع الاستثماري لغرض الصالح العام للمجتمع، مما يؤدي ذلك إلى إضرار المستثمر المتعاقد معها، ويعتبر هذا الإجراء من أسباب نشوء المنازعة بينهما[3]، وتعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنها: " إجراء إداري الغرض منه حرمان الشخص من ملكه العقاري وتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يدفع له عما ناله من ضرر"، ولا يوجد تعريف محدد لنزع الملكية في القانون الدولي، والذي يشترط فيه التعويض لتمييزه عن عملية المصادرة[4]، وإن كانت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية **(OCDE)** قد تبنت في مشروع الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات الأجنبية مفهوماً موسعاً يشمل كل أساليب المساس بهذا الحق وذلك لتوفير الحماية اللازمة لهذه الاستثمارات[5].

---

[1]– وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في قانون ترقية الاستثمار 16–09– المؤرخ في 03 أوت 2016، من خلال نص المادة 22، حيث أبقى على شرط الثبات التشريعي تجنباً للمنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، إلا إذا طلب المستثمر صراحة الاستفادة من الآثار الناتجة عن مراجعة أو إلغاء القانون المتعلق بالاستثمار مستقبلا".

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مرجع سبق ذكره، ص ص 126–127.

[3] – علي غسان أحمد، محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 18، ع: 2، 2016، ص 30.

[4]– المصادرة هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص دون مقابل، والمصادرة قد تكون إدارية أو قضائية، فالمصادرة الإدارية هي عملية وقائية تكون بإجراءات إدارية ولا يلتزم إلى مباشرتها صدور حكم قضائي، أما القضائية، فهي تتم بحكم قضائي كعقوبة قضائية لجرائم جنائية معينة، ويترتب عليها نزع المال للدولة، والمصادرة سواء كانت إدارية أو قضائية لبدا لها أن تستند إلى نص قانوني يخول السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية حق المصادرة في الحدود المرسومة قانوناً.

[5]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 267.

وتجدر الإشارة أن القانون الدولي والتشريعات الوطنية المقارنة وكذلك الفقه والقضاء يقروا نزع الملكية لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو المصلحة الوطنية التي تغلب على المصالح الخاصة الوطنية والأجنبية، إلا أن ذلك يكون مقابل تعويض مناسب[1]، وبخصوص المشرع الجزائري فإن قانون ترقية الاستثمار 09/16 المؤرخ في 23 أوت 2016 قد نص في المادة 23 على إجراء نزع الملكية إلى جانب الاستيلاء[2]، والذي يكون في إطار القانون مقابل تعويض عادل ومنصف[3]، وتخضع إجراءات نزع الملكية للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني طبقاً للمادة 677 منه، وكذلك المادة 20 من دستور 1996 المعدل والمتمم والخاصة المنصوص عليها في قانون نزع الملكية للمنفعة العمومية رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991[4].

وفي هذا الشأن لبدا من الاشارة إلى أن قانون ترقية الاستثمار 16-09 شأنه شأن قانون تطوير الاستثمار الامر 01-03، لم يميزا بين الوطنيين والاجانب، غير انه بالنسبة لشروط واجراءات نزع الملكية هي نفسها شروط نزع الملكية[5]، وقد تدارك المشرع الجزائري عبارة نزع الملكية في القانون الجديد للاستثمار لعام 2016، بعدما كان يستعمل عبارة مصادرة في ظل المر 01-03[6].

---

[1] – دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 107.

[2] – الاستيلاء وهو إجراء تتخذه السلطة العامة المختصة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة الوطنية أو الأجنبية لهدف يتعلق بالصالح العام، وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه الدولة عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستيلاء.

[3]– المادة 23 من القانون رقم: 09/16 المؤرخ في 23 أوت 2016 والمتضمن قانون ترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره، حيث نصت على أنه: " زيادة على القواعد العامة التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به – يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"

[4] – عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 298-300.

في هذا الاطار يمكن ان نشير إلى التطور التاريخي الذي عرفه التشريع الوطني الجزائري في مجال نزع الملكية للمنفعة العمومية الوطنية أو الأجنبية، حيث كان يسري على قواعد نزع الملكية الامر: 58-997 المؤرخ في 23 اكتوبر 1985، والذي استمر العمل به بعد الاستقلال بموجب الامر قم:62-157 المؤرخ في 31-12-1961، القاضي العمل بالتشريعات الفرنسية السابقة باستثناء ما تعارض معها مع السيدة الوطنية، وذلك حتى سنة 1975، تاريخ صدور القانون المدني الجزائري، والذي اشار إلى نزع الملكية في المادة 677 منه، ثم المادة 17 من دستور 1976، وصدور الأمر رقم:76-48 المؤرخ في 25 ماي 1976 والمحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ثم دستور 1989، وتكريسه لاجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة وصدور الأمر القانون رقم:91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية، ثم المرسوم التنفيذي رقم:93-186 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم: 91-11، ثم التعليمتان الوزاريتان رقم: 57 بتاريخ:26-01-1993، ورقم:07 المؤرخة في 11-05-1994، ثم المرسوم التنفيذي رقم: 05-248 المؤرخ في 10 يوليو 2005، والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم:93-186 المؤرخ في 27 يوليو 1993، والمحدد لكيفيات تطبيق القانون 91-11 السالف الذكر.

[5]– المادة 23 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[6]– المادة 16 من الامر 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار الجزائري لعام 2001، والتي نصت على أنه:"لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

وفي هذا الشأن يرى الدكتور: عيبوط مخند وعلي في مؤلفه الموسوم ب"الاستثمارات الأجنبية في الجزائر" وقبل تعديل الامر 01-03 المتعلق بالتطوير الاستثمار انه "في مجال الاستثمار من الاحسن استعمال عبارة "نزع الملكية" المعمول بها في كل الانظمة القانونية بدلا من "المصادرة الإدارية" خاصة وأن الهدف من هذا القانون هو تطوير الاستثمار، لان الغموض في بعض النصوص القانونية وكذا التخوف من بعض العبارات مثل "المصادرة" لا يساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية"[1].

وحسب القانون رقم:11/91 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية فإن الشروط الواجب الالتزام بها في هذا الاطار هي:

- التصريح بالمنفعة العمومية.
- تحديد الأملاك والحقوق المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المعنيين.
- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب زعها.
- التأكد من توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض المسبق[2].

وفي هذا الإطار ووفق للقانون الجزائري المتعلق بنزع الملكية فإن هذه الاخيرة تمر بمجموعة من المراحل وتتخذ أثناءها مجموعة من القرارات القابلة للانفصال عن بعضها البعض، وكل هذه القرارات هي قابلة للخضوع للرقابة القضائية، ومن هذه القرارات: قرار التصريح بالمنفعة العمومية حيث اعطى المشرع الجزائري إمكانية الطعن فيه، ومنح لكل ذي مصلحة إمكانية الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية، أمام الجهة القضائية المختصة في مهلة أقصاها شهر ابتداء من تاريخ تبليغ القرار[3]، والتي تفصل فيه في مهلة شهر[4]، بحيث يتعين مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية والتي نص عليها القانون رقم: 91-11 السالف الذكر[5]، في هذا القرار وإلا كان باطلاً، كذلك يلي قرار التصريح بالمنفعة العمومية، قرار قابلية التنازل الذي تعده مصالح أملاك الدولة بعد تقييمها للتعويض العادل والمنصف، وهذا الاخير كذلك قابل للطعن امام القضاء الاداري في اجل شهر من تاريخ التبليغ طبقا للمادة 26 من القانون رقم:91-11[6]، ثم المرحلة الاخيرة وهي إصدار قرار الاداري المتعلق بنقل الملكية، والذي يبلغ للمعنيين ويشهر على مستوى الجهات

ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف.

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 300.

[2]- المادة 3 من القانون رقم:91-11 المؤرخ في 27-04-1991 والمتعلق بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 21 الصادرة بتاريخ: 08-05-1991.

[3]- المادة 13 من القانون رق:91-11 المؤرخ في 27-04-1991 والمتعلق بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مرجع سابق.

[4]- المادة 14 من القانون رقم:91-11، مرجع سابق.

[5]- المادة 1 من القانون رقم:91-11، مرجع سابق.

[6]- المادة 26 من القانون رقم:91-11، مرجع سابق.

المعنية والمختصة إقليمياً، ويلتزم المعني بإخلاء المكان طبقا للمادة 30 من القانون 91-11[1]، علماً أن هذا الأخير قابل للطعن القضائي.

وعليه يمكن القول في هذا الشأن ان نزع الملكية الذي يتم فيها خارج الحالات والشروط التي حددها القانون، يكون باطلاً وعديم الآثر[2].

وفي مجال دعاوي النزاع فيما يخص نزع الملكية للمنفعة العامة فنجدها تتأرجح بين بين قضاء التعويض وقضاء الالغاء، فإذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بالتعويض، فيستوجب على المنزوع ملكيته أن يرفع دعواه في ذات الموضوع أمام جهات القضاء الكامل والذي يعود فيها الاختصاص النوعي للمحاكم الادارية، وذلك طبقا لنص المادتان: الاولى من القانون: 98-02، والمتعلق بالمحاكم الادارية[3]، والمادة 801/فـ2 من قإ.م.إ.ج رقم:08-09، سواء كان قرار صادر عن جهة مركزية أو غير مركزية[4].

أما إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بالالغاء للقرار المرتبط بعملية النزاع للمنفعة العمومية قد يتضمن وجها من اوجه الالغاء، ففي هذه الحالة يجب علينا أن نميز بين القرار الصادر عن السلطات المركزية (قرار صادر عن الوزير كأن يكون عقار موجود في دائرة اختصاص ولايتين أو أكثر) والقرار اللامركزي كالقرار الصادر عن الوالي، ذلك ان معرفة الجهة المصدرة للقرار تمكننا من معرفة الجهة القضائية المختصة، فإذا كان القرار المطعون فيه بالإلغاء صادر عن الهيئات المركزية، استلزم رفع الدعوى أمام مجلس الدولة، وذلك طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم: 98-01 المعدل والمتمم والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله[5]، والتظلم في هذه الحالة جوازي أما الجهة المصدرة القرار[6]، وإذا كان القرار صادر عن الوالي فالطعن هنا يكون أمام المحاكم الإدارية[7].

إن نزع ملكية المشروع الاستثماري يتميز بخصائص معينة منها: يعتبر قرار إدارياً يتعلق بأعمال السيادة صادر من جهة مختصة طبقاً للقانون ويطبق على الوطنيين والأجانب، وينصب على العقارات، وليس على المنقولات التي تكون محل استيلاء، ولا يجوز لهذا القرار أن يمتد إلى أموال في إقليم دولة أخرى، عملاً بمبدأ السيادة الإقليمية للدولة.

وعموماً يعتبر نزع ملكية المشروع الاستثماري للمنفعة العامة من أسباب نشوب المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، خصوصاً إذا كان تعسفياً ودون تعويض عادل، ويمكن أن نشير في هذا الإطار

---

[1]- المادة 30 من من القانون رقم:91-11، مرجع سابق.

[2]- المادة 33 من القانون رقم: 91-11، مرجع سابق.

[3]- المادة الأولى من القانون العضوي رقم: 98-02 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:37.

[4]- المادة 801 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[5]- القانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:37.

[6]- انظر المادة 830 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[7]- المادة 801 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

إلى المنازعة التي حصلت بين شركة وينا للفنادق البريطانية **Wena Hotel Limited** وشركة ايجوث للسياحة المصرية، حيث تم إبرام عقد استثمار بين الطرفين، على أن تقوم الشركة البريطانية بإدارة واستغلال وتأجير فندقي الأقصر والنيل، مع تدريب الكوادر الفندقية في مؤسسات الشركة في لندن، ومن ثم نشب نزاع بين الأطراف مما دفع المستثمر الأجنبي إلى رفع دعوى ضد الشركة المصرية التابعة للحكومة المصرية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مطالباً بالتعويض استناداً إلى أن الطرف المضيف وهي الشركة المصرية التابعة لوزارة السياحة وبمساعدة وزارة الداخلية المصرية قامت بالاستيلاء على فندق النيل، وهو ما يعتبر إخلالاً من الحكومة المصرية بإلتزامتها التعاقدية، وأن هذا الإخلال يصل إلى حد نزع الملكية، وقد أصدرت هيئة تحكيم المركز حكمها بإلزام الشركة المصرية بدفع مبلغ ثلاثة وستون (63) مليون دولار تعويضاً للشركة البريطانية[1].

وبخصوص القانون الدولي الاتفاقي، فإنه نص على حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة من إجراءات نزع الملكية وكذا التاميم، وسوف نشير إلى هذه المسألة عند عرض البند الثاني والمتمثل في التأميم كإجراء إنفرادي يمكن أن تقود به الدولة المضيفة ويكون سببا في نشوء المنازعة كما بينت ذلك الكثير من أحكام التحكيم في هذا الشان.

ثانياً: التأميم.

يقصد به إجراء تتخذه الدولة يراد من خلاله نقل مشروع أو مجموعة من المشروعات الخاصة من ملكية الأفراد أو الشركات إلى ملكية الأمة ممثلة في الدولة بقصد تحقيق مصالح الجماعة[2].

ويلاحظ من هذا التعريف أن التأميم مرتبط بنقل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار من السلطات العامة المختصة في الدولة ويفترض توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية للقيام به والتي تتمثل في:

1- من حيث الشكل: يجب أن يتم التأميم بقرار من السلطة العامة (التنفيذية أو التشريعية) لذا صدوره عن السلطة القضائية.

2- من حيث الموضوع: يرد التأميم على أموال خاصة (عقارية أو منقولة)، ولا يتصور أن يتعلق بأموال داخلة في الملكية العامة للدولة التي تقوم بالتأميم.

3 - من حيث الغاية: يرمي التأميم إلى تحويل الملكية الخاصة ةإلى الملكية العامة، وذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية أو جزئية، غير أنه جرت العادة عللى سيطرة الدولة على أغلبية الأموال المراد تأميمها[3].

---

[1]- علي غسان أحمد، محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص ص 31-32.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 139.

[3]- أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 606.

ويعد قيام الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بتأميم المشروع الاستثماري من المستثمر الأجنبي سبباً من أسباب نشوب المنازعة بينهما، ويتوافق التأميم مع نزع الملكية للمنفعة العمومية في أن كلاهما يؤدي إلى انتقال الملكية للدولة مقابل تعويض يدفع إلى المالك، ويختلفان من حيث أن نزع الملكية للمنفعة العامة يرد على عقار مملوك للأشخاص، في حين التّأميم يرد على مشروع إنتاجي، وقد ترتب على إجراء التأميم آثار سلبية خلال حقبة الستينات من القرن الماضي، واعتبر عامل من عوامل طرد المستثمرين الوطنيين والأجانب وهروبهم بأموال إلى دول أخرى، تضمن لهم عدم خضوع مشروعهم الاستثماري للتأميم، الأمر الذي جعل بعض التشريعات الوطنية تحضر التأميم على المشاريع الاستثمارية، لتوفير ضمانات أكثر للمستثمر الأجنبي في مجال حماية مشروعه الاستثماري.

ومن قبيل هذه التشريعات نجد على سبيل المثال: قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم: 8 لسنة 1997، والملغى بالقانون رقم:72 لعام 2017، حيث نصت المادة 08 من هذا القانون على أنه: "لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها" ، تقابلها المادة 4 من القانون الجديد والتي نصت على أنه: "لا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية.

ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدما دون تاخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد... مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع المستثمر[1].

أما بعض التشريعات الأخرى ومنها التشريع الأردني وحتى الجزائري فقد عالجا الموضوع بشكل آخر، ونذكر من ذلك ما نصت عليه المادة 42 من التشريع الأردني رقم:30 لسنة 2014 والمتضمن قانون الاستثمار الأردني: حيث نصت على انه: "لا يجوز نزع ملكية أي نشاط اقتصادي أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل دون تأخير"[2].

أما المشرع الجزائري فموقفه واضح في المادة 23 من قانون الاستثمار لعام 2016 السالفة الذكر، وفي القانون المدني الجزائري[3]، وكذلك في الاتفاقيات الدولية الحمائية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات

---

[1]– المادة 4 من قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017.

[2]– علي غسان أحمد، محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص 36–37.

[3]– نصت المادة 678 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم على أنه:"لا يجوز اصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

والجدير بالذكر في هذا الاطار ان الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل والمتمم لم يحدد أي شرط لممارسة الحق في التأميم، واكتفى بتحديد معنى الملكية العمومية كملك للمجموعة الوطنية وبين محتواها، وذلك في المادة 17 منه المحددة للاملاك الوطنية العمومية، لكن المادة 20 وبخلاف التاميم نصت على أنه: لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض عادل ومنصق"، ويرجع عدم تناول المشرع الجزائري للتأميم في دستور 1996، راجع إلى التحول في النهج للسياسة الاقتصادية الجزائرية مطلع التسعينات وماصاحبها من الإفتاح الاقتصادي، لتكريس مبادئ اللبيرالية الاقتصادية وحماية الملكية

الأجنبية، خاصة الاتفاقيات الثنائية والتي أغلبها تنص على مبدأ التعويض العادل والمنصف في حالة اتخاذ الدولة الجزائرية لهذا الإجراء والذي أصبح حقاً دولياً للدولة استناداً على حقها في السيادة على إقليمها وفي اختيار نظامها الاقتصادي بكل حرية، على أن تتم ممارسة هذا الحق في إطار الشروط المكرسة في القانون الدولي وبتعويض عادل ومنصف، وأن مخالفة هذه الشروط يؤدي بطبيعة الحال إلى المنازعة بين الدولة والمستثمر الأجنبي[1].

أما بخصوص الاتفاقيات الإقليمية التي ابرمتها الجزائر، يمكن الإشارة إلى المادة 15 من اتفاقية وتشجيع الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقع في الجزائر في 23 يوليو 1993، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 90-420 المؤرخ في 22-12-1990، والتي نصت على أنه:" لا يمكن التأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة ولا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة متشابهة، إلا إذا توفرت الشروط التالية:

أ- أن تتخذ تلك الإجراءات لفائدة المصلحة العامة وطبقاً للصيغ التي ينص عليها القانون في البلد المضيف للاستثمار.

ب- أن لا تكون الإجراءات تمييزية.

ج- تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل وعادل وفعلي خلال مدة لا تزيد عن سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية وتوفير إمكانية ذلك التعويض بكل حرية[2].

كذلك ما يلاحظ على الاتفاقيات العالمية الاخرى والتي تبنت مبدأ التعويض العادل والمنصف والسريع والفعال، ضد اجراء نزع الملكية والتأميم، أنها لم تتضمن أية تفاصيل حول شروط وإجراءات التأميم ونزع الملكية، ويمكن الاشارة في هذا الاطار إلى اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار **AMGI** والتي اكتفت بالنص على إمكانية تغطية أخطار نزع الملكية بما فيها الإجراءات غير المباشرة خاصة منها تلك التي لا تهدف إلا حرمان المستثمر من حقه في الملكية[3].

وتشمل الاتفاقية التصرفات الايجابية والسلبية سواء التشريعية أو الإدارية والتي يترتب عنها حرمان المستثمر من حقه في الملكية أو الإمتيازات المترتبة عن استثماره ويستثنى منها الإجراءات العامة غير التمييزية والتي تتخذه الدولة لتنظيم النشاطات الإقتصادية داخل إقليمها[4].

الخاصة وكذا الشروع في سياسة الخوصصة بضغط من المؤسسات المالية الدولية في تلك الفترة، (دستور الجزائر لعام 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 76 المؤرخة في 08-12-1996، المعدل ب القانون رقم: 02-03 المؤرخ في 10-04-2002، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 25 المؤرخة في 14-04-2002، وبالقانون رقم: 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 63 المؤرخة في 16-11-2008).

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 305.

[2]- المادة 15 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات بين دول الاتحاد المغربي لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

[3]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 303.

[4]- المادة 11/ف1، و2 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمارات والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، مرجع سبق ذكره، ص 3.

أما الاتفاقيات الثنائية فيمكن الاشارة في هذا الصدد انه يوجد نموذجين من الاتفاقيات الدولية الثنائية مستعملة في العالم لحماية الاستثمارات الأجنبية، النموذج الأوربي المعتمد والذي اعتمدته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية **OCDE** سنة 1962، والذي يوسع من سيادة الدول النامية ويقضي بضرورة احترام سيادة الدولة المضيفة للاستثمارا من خلال خضوع المستثمر لتشريعاتها الوطنية الداخلية والنموذج الأمريكي المعتمد خلال سنوات الثمنينات، والذي يعمل على تكريس مبادء القانون الدولي العام ويضيق من مبدأ سلطان الإرادة في مجال الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مع العلم أن كلا النموذجين تضمن مجموعة من المبادئ منها: الانضمام، التحويلات، نزع الملكية، فض المنازعات...الخ[1].

والجزائر وبإعاز من الدول المصدرة للمال قصد حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة من المخاطر التجارية، عملت من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في مجال الاستثمار على تغطية كل الاجراءات الهادفة إلى القيد أو الحرمان من الملكية، وآخذت بعين الاعتبار الثار المترتبة عن نزع الملكية والمتمثلة كما سبقت الاشارة اليه في ضرورة "دفع تعويض مناسب وفعلي" يتم تحديده على أساس القيمة الحقيقية والسوقية للاستثمارات المعنية[2].

---

[1]- ABS et Shawscross, The proposed Convention to Protect Foreign Investiment cite dans "la norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investisments", Document OCDE, September, 2004, p 05.

أنظر كذلك: – علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 57 وما بعدها.

[2]– نصت المادة 4/ف 2، 3 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات على أنه:"لا يمكن لأي من دولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية التأميم، الحجز أو أي إجراء يترتب عليه نزع أو منع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...– إذا كانت مقتضيات المنفعة العامة، الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر الخروج عن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة فإنه يجب توفر الشروط التالية:

أ– أن تتخذ التدابير وفقا لإجراء قانوني.

ب– أن لا تكون تمييزية.

ج– أن تكون مصحوبة باحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب وفعلي".

وتضيف الفقرة 4 من ذات المادة "يكون المبلغ المناسب للتعويض معادلا للقيمة الفعلية للاستثمارات المعنية في السوق عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها.

ويتم تحديده على أساس قواعد أو ممارسات معترف بها دوليا، كما يتم تسديد التعويض بعملة قابلة للتحويل يتفق عليها سويا وغذا تعذر ذلك فتسدد بالعملة التي تم الاستثمار بواسطتها.

وفور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله وفي حالة التأخر في الدفع ، ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك والمناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر بتاريخ التطبيق الفعلي للتدابير المشار إليها في الفقرتين 2 و3 من هذه المادة،(المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية الايطالية، مرجع سبق ذكره).

كذلك المادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والتي تشير إلى " تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة..."، كذلك المادة 4/ف1 من الاتفاقية المبرمة مع البرتغال:"تنتزع، تؤمم أو تخضع لأي إجراء له نفس الآثار..."، والمادة 5/ف1 من الاتفاقية المبرمة مع اسبانيا:" التأميم ونزع الملكية أو أية تدابير ذات خصائص وآثار متشابهة..."، كذلك المادة 6/ف1 من الاتفاقية المبرمة مع سويسرا، ...الخ، والمادة ويلاحظ على هذه

ان مسألة التعويض اختلفت بشأنها الدول المتطورة والبلدان النامية، حيث نجد موقف البلدان المصنعة والمصدرة لرؤوس الأموال الاجنبية ترى أن الحق في التعويض يندرج في إطار الحد الأدنى من الحماية التي يتمتع بها الأجانب والمعترف بها في القانون الدولي العرفي، ولا يمكن للدولة المضيفة الامتناع عن التعويض بحجة احترامها لمبدأ المساواة وعدم التمييز وأي إخلال بهذا الإلتزام تترتب عليه المسئولية الدولية[1].

وتعتمد البلدان الغربية على الدور الاقتصادي التنموي الذي تقوم به هذه الاستثمارات الاجنبية المباشرة في الدول المضيفة، وذلك عند مطالبتها بضرورة حماية هذه الاستثمارات ضد أي إجراء من شأنه أن يؤدي حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته، وتعتبر التعويض شرطا أساسيا لصحة وشرعية اجراءات التاميم ونزع الملكية، لهذا قامت بتحديد خصائص هذا التعويض ومنها ان يكون فوريا وملائما وفعالا، في حين اشترطت بعض الدول ان يكون تعويض عادلا اي مساويا للقيمة الاجمالية للأموال المشمولة بعملية التأميم، واعتبرت ذات الدول أن عدم احترام هذه الخصاص يترتب عنه اخلال بالتزام دولي تعاقدي[2].

أما الدول النامية فموقفها من الحق في التعويض عن التاميم فكان في البداية يقضي بعدم دفع التعويض، معتبرة التأميم إجراء قانوني للاسترجاع سيادتها على ثرواتها الطبيعية، كما أن تحقيق مبدا المساواة في المعاملة وعدم التمييز بين الأجانب استناداً لأحكام القانون الدولي يبرر عدم دفع التعويض، وذلك استناداً إلأى نظرية **(CALVO)** التي تمسكت بها الدول اللاتينية[3]، حيث كانت الدول النامية تعتبر التعويض

الاتفاقيات التباين في تعاطيها مع مسالة نزع الملكية والتاميم والاتفاق والاجماع على مبدا التعويض العادل والمنصف، غير ان بعض الاتفاقيات الثنائية كالاتفاقية الايطالية نجدها تضيف إلى المنفعة العمومية، الأمن والمصلحة الوطنية، والاتفاقية الاسبانية أضافت عبارة "بصفة مطلقة" والاتفاقية المبرمة مع الاتحاد البلجيكي الليكسمبورغي تضمنت شرطا إجرائياً يتمثل في ضرورة احترام شرعية الاجراءات وفق ما نصت عليه المادة 4-ف2 (أ) من ذات الاتفاقية.

[1]- هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 60.

[2]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 316-318.

[3]- نظرية كارلوس كالفو نادت بها دول أمريكا اللاتينية، وجاءت في إطار الحماية الديبلوماسية لحماية الأجانب المقيمين، وخلفا لنظرية سابقة في نفس الموضوع وهي نظرية دراجو، هذه الآخيرة لم تحظى بالقبول من طرف نفس الدول، ولا سيما فيما يتعلق باساءة استخدام الحماية الدبلوماسية، وعلى ذلك جاءت نظرية كالفو لسد ثغرات نظرية دراجو، وعبرت عن أراءها في التدخل والمساواة في السيادة وحقوق الأجانب وخضوعهم لمحاكم الدولة ومساواتهم بالوطنيين وقد تضمنت معظم دساتير دول أمريكا اللاتينية شرط كالفو، وكذا قوانينها الخاصة باستغلال الموارد الطبيعية إلى الحد الذي جعل عقود الاستثمار في هذه الدول تتضمن تنازل الأجانب عن اللجوء إلى حكوماتهم لممارسة الحماية الدبلوماسية، وعلى سبيل المثال العقد المبرم بين المكسيك وشركة تكساس الأمريكية في 23-12-1912 والذي نصت المادة 18 منه على أنه:" يعتبر كمكسيين المتعاقد وكل الأشخاص الذين يعملون او بأي صفة أخرى يمكن أن يتصلوا بتنفيذ هذا العقد مباشرةأو بطريق غير مباشر في كل الأمور داخل جمهورية المكسيك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العمل والوفاء بهذا العقد ولا يجوز لهم المطالبة، فيما يتعلق بالمصالح والعمل المتصل بالعقد أي حقوق أو وسائل جبرية إلا ما يخوله قانون الجمهورية للمكسيين ولا يجوز لهم التمتع بأي حقوق أخرى تفوق تلك التي تمنح للمكسيين وعلى ذلك فهم يحرمون بصفتهم أجانب ولا يسمح لهم تحت أي ظرف، بتدخل الوكلاء

بأوصافه التقليدية (فوري وملائم وفعال) قيدا على حريتها وسيادتها في اختيار نظامها الاقتصادي والاجتماعي[1].

لكن حاجة الدول النامية في رؤوس الاموال الاجنبية وما تملكه الدول المتطورة والمصنعة من خبرات، جعل موقفها يتغير ووافقت على قبول التعويض لكن ليس بالموصفات التقليدية السالفة الذكر وانما تعويض منصف يأخذ بعين الاعتبار مصالح المستثمرين الأجانب وإمكانياتها ومقتضيات سياسة التنمية، حيث أن الامكانيات المحدودة لدى الدول النامية بصفة عامة لا تسمح لها بدفع تعويض كامل يغطي القيمة الحقيقية للمشروع الأجنبي، كما أنه من غير المعقول تحميل هذه البلدان أعباء إضافية تمنعها من تحقيق أهدافها الاقتصادية، لذلك تم تكريس قاعدة التعويض الملائم في هذا المجال الذي يأخذ بعين الاعتبار الامكانيات المالية للبلدان النامية وذلك في إطار القوانين الداخلية للدول المضيفة، وهذا ما أكده ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في مادته الثانية، الفقرة (ج)[2].

أما المشرع الجزائري فقد اكد على الحق في التعويض ووصفه بالعادل والمنصف في قانون الاستثمار لعام 2016[3].

أما الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها الجزائر في ميدان الاستثمار فقد نظمت طريقة التقييم وميعاد وأساليب الدفع للتعويض، حيث نصت على عدة طرق لتقدير التعويض مقابل إجراءات التأميم ونزع الملكية، فبعض هذه الاتفاقيات الثنائية تعتمد على القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية في تحديدها للتعويض، وهذه القيمة الحقيقية تشمل كل العناصر المرتبطة بالمشروع الاستثماري من رأس مال وفوائد وخسائر وغيرها[4]، وهناك من الاتفاقيات من تضيف اسم الشهرة وغيرها من العناصر الاقتصادية المرتبطة بالمشروع الاستثماري[5].

الدبلوماسيين الأجانب في أي أمر يتصل بهذا العقد "، (– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الإقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص، 261–262).

[1]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 318.

[2]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 319–320.

[3]– المادة 23 من قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016.

[4]– المادة 5/ف2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والتي نصت على ما يلي:" يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية..."، مرجع سبق ذكره.

والجدير بالذكر أن طريقة القيمة الحقيقية للاستثمار تضمنتها أيضا الاتفاقيات المبرمة مع كل من اسبانيا بموجب المادة 5/ف2، وبلجيكا وللكسمبورغ بموجب المادة 4–ف3 ومصر في المادة 5/ف2، مرجع سبق ذكره.

[5]– المادة 4–ف3 من الاتفاقية الجزائرية السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليها بدمشق بتاريخ: 14–09–1997، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98–430 المؤرخ في 27–12–1998، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 97 الصادرة بتاريخ: 27–12–1997.

كما اعتمدت بعض الاتفاقيات الثنائية في تقدير التعويض على أساس القيمة الفعلية للاستثمار في السوق مع مراعاة القواعد والممارسة المعترف بها دوليا عند تحديد التعويض[1]، وبعضها الآخر يستعمل عبارة القيمة الاقتصادية والتي لها معنى اوسع بحيث تشمل جميع العناصر الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار[2].

كما نصت هذه الاتفاقيات الثنائية على تقنية الحلول في دفع التعويض، حيث اقرت حقوقا للدولة الأصلية للمستثمر في مواجهة الدولة المضيفة، حيث في مثل هذه الحالات تتدخل الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي بناء على الضمانات التي تمنحها لمواطنيها اللذين يقومون بإنجاز مشاريع استثمار في الخارج، ويكون ذلك في شكل عقود تأمين ضد المخاطر غير التجارية التي يواجهها مستثمروها في الخارج، حيث تحل الهيئة المؤمنة في كل الحقوق التي يتمتع بها المستثمر، مما يسمح له الحصول على تعويض مقابل الاضرار التي لحقت به جراء تصرفات الدولة المضيفة، غير انه لا يمكن للدولة الاصلية أن تحل محل المستثمر إلا بعد التأكد منم دفع التعويض[3].

وتعتتبر الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار من نزع ملكية وتأميم أو مصادرة أو تقييد التحويل ضد المستثمر الأجنبي من المخاطر السياسية، أي مخاطر غير تجارية، ذلك أن المستثمر الأجنبي وهو يزاول نشاطه يواجه نوعين من المخاطر هما: المخاطر التجارية: وهي التي تنشأ عن نشاط المشروع من تقلبات تتعلق بظروف السوق، أو بإدارة المشروع أو احتياجه إلى التمويل الطويل والمتوسط والقصير الأجل، والتي قد ينجم عنها خسارة تلحق بالمستثمر، أو كسب يفوته، أو فقدان لجزء أو كل رأسماله، أي مخاطر تتطلبها طبيعة التعامل الاقتصادي، ويعمل المستثمر حساباً لها، ويتحمل مسئولية حدوثها، ومن ثم فإن الدولة المضيفة لا تضمن المخاطر التجارية ولا تسأل عنها.

أما المخاطر غير التجارية، فهي لا ترتبط بطريق مباشر أو غير مباشر بإرادة المستثمر الأجنبي أو نشاطه وإنما تأتي نتيجة لواقعة مادية أو نتيجة لتصرف الدولة المضيفة، وبالتالي يتعذر تغطيتها عن طريق

---

[1]- المادة 4-ف2 من الاتفاقية الجزائرية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بلشبونة يوم: 15-09-2004، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 05-192 المؤرخ في 28-05-2005، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 37 الصادرة بتاريخ: 29-05-2005، والمادة 4-ف3 من الاتفاقية الجزائرية السورية، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 5-ف2 من الاتفاقية الجزائرية القطرية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بمدينة الدوحة بتاريخ: 24-10-1996، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 97-229 المؤرخ في 23-06-1997، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 43 لعام 1997.

[3]- المادة 9-الفقرة الاولى من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية والتي نصت على أنه:"إذا قام أحد الطرفين المتعاقدين أو الهيئة التي قد عينها بتسديدات لفائدة أحد مستثمريه بموجب ضمان مقدم ضد المخاطر غير التجارية في إطار احترام تنظيماته الخاصة لاستثمار منجز على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، يعترف هذا الآخير بحلول الطرف المتعاقد الأول أو وكالته محل المستثمر المعني في حقوقه ونشاطاته"، مرجع سبق ذكره.

التامين التجاري، فهي مخاطر تتعلق بالأوضاع السياسية والإقتصادية والامنية العامة، وهي خارجة عن إرادة المستثمر، الذي يمكن أن يخل بإلتزامه التعاقدي[1].

ثالثاً:إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته التعاقدية

يرتب عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كسائر العقود الدولية التزامات متقابلة، لذلك إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته يكون ذلك سبباً لنشوء المنازعة بينهما، ويمكن الإشارة إلى أن اتخاذ الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها لإجراءات انفرادية في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر من شأنه أن يعرقل المشروع الاستثماري، وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي، إلا أنه ليس في جميع الحالات قد تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها هي التي تخل بالتزاماتها، فقد يخل كذلك المستثمر الأجنبي ببعض الالتزامات المفروضة عليه في عقد الاستثمار الأجنبي، والتي تعد في المقابل من حقوق الدولة المضيفة للاستثمار، فعلى سبيل المثال عدم قيام المستثمر بالإعلام والإخبار حول مشروعه الاستثماري و عدم تدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة يعد خرقاً للالتزامات التعاقدية من طرف المستثمر الأجنبي ويخول الدولة القيام بإجراءات لحماية مصالحها من أية أضرار، تؤثر سلباً على اقتصادها الوطني، وفي معرض حديثنا عن خرق المستثمر الأجنبي للالتزامات المنصوص عليها في عقد الاستثمار الأجنبي كسبب من أسباب نشوء المنازعة، ولنا أن نشير في هذا الإطار إلى قضية **(Klockner V Cameron)** .

وتتلخص وقائع قضية **(Klockner V Cameron)** في: اتفاق ابرم بين دولة الكاميرون وشركة **klockner** الألمانية، تعهدت الأخيرة فيه بإقامة مصنع للسماد تتسع طاقته لإنتاج 157000 طن سنويا، واتفقا على إنشاء مشروع مشترك، وفقا لأحكام القانون الكاميروني، على أن تسمى الشركة باسم **(socame)** وعلى أن يتولى استغلال المصنع وتشارك فيه شركة **(klockner)** ب 51 % من رأسمالها.

وقد نصت المادة 09 من الاتفاق المذكور على أن تكون شركة **(klockner)** هي مسؤولة عن الإدارة الفنية والتجارية للشركة وذلك بموجب عقد إدارة صالح لمدة خمس سنوات على الأقل تبدأ من تاريخ بدء التشغيل مع إعطاء **(klockner)** حق الاختيار في مدة العقد وتتعهد الدولة من جانبها بتزويد المشروع بالموقع المعد لإقامة المصنع وتضمن قيام **(socame)** بالوفاء بكامل ثمن المصنع.

وأعقب ذلك قيام **(socame)** التي تنازلت لها الحكومة الكاميرونية عن كل الحقوق والالتزامات الناجمة عن هذا العقد توقيع عقد تزويد للمصنع بالمواد الضرورية مع الحكومة الكاميرونية.

وتم توقيع كذلك عقد بين **(socame)** و شركة **(klockner)** .

ولقد تضمنت كافة هذه العقود شرط التحكيم **(CIRDI)** باستثناء عقد الإدارة الذي تضمن شرط تحكيم **CCI**، غير أن المشروع الاستثماري فشل، مما دفع شركة **(klockner)** إلى تفعيل شرط التحكيم لدى **(CIRDI)** مطالبة الحكومة الكاميرونية بدفع الجزء المتبقي المستحق من ثمن المصنع، فردت الحكومة الكاميرونية أمام هيئة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **(CIRDI)** بأن الشركة المذكورة قد

[1]– أحمد عبد اللاه المراغي، القانون الدولي الاستثماري، مرجع سبق ذكره، ص ص، 84–85.

تصرفت على نحو يتسم بالتدليس والخداع وأخلت بالتزامها بإخبار وإعلام حكومة الكاميرون بالظروف المحيطة بالعقد سواء أثناء مرحلة التعاقد أو بعدها ومثل ذلك التصرف من قبل الشركة المعنية يعفي حكومة الكاميرون من التزامها بالوفاء بقيمة المصنع الذي تطالب به الشركة الألمانية.

وقد خلصت هيئة التحكيم لعدة نتائج أهمها: أن شركة **(klockner)** قد خالفت التزاماتها الجوهرية الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين حكومة الكاميرون، ولا يحق لها بالتالي التمسك بمطالبة حكومة الكاميرون بالثمن الكامل للمصنع الذي تم تشييده، كما تقضي بذلك نصوص عقد التسليم[1].

والتي لم يلتزم فيها المستثمر الأجنبي بتقديم لدولة الكاميرون جميع المعلومات والتطورات والأحداث الجديدة المرتبطة بالمشروع الاستثماري الذي هو بصدد تنفيذه، مما كان ذلك سبباً كافياً في نشوء المنازعة بين دولة الكاميرون والمستثمر الأجنبي وطرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وانتهت هيئة التحكيم إلى أن شركة المستثمر قد خافت التزام جوهري، وهو إعلام حكومة الكاميرون بكل المعلومات والتطورات والظروف التي صاحبت تنفيذ عقد الاستثمار الأجنبي لإنشاء مصنع للسماد، مما يستوجب معه عدم مطالبة بالثمن الكامل للمصنع التي تم إقامته على دولة الكاميرون[2].

وعموماً يمكن القول أن الأسباب المؤدية للمنازعات في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، ترجع إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود الفنية والقانونية والسياسية وإلى خصوصيتها المستمدة من عدة أوجه، وما تمتاز به من التعقيد والتركيب وطول المدة في تنفيذها، والجدير بالذكر أن هذه الأسباب قد تكون أجنبية ولا دخل لطرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر فيها كالقوة القاهرة والظرف الطارئ، وما يترتب عنهما من نتائج في مجال المحافظة على التوازن العقدي الاقتصادي والمالي نتيجة التغير في شروط العقد، وما يتخذ كذلك من إجراءات وقائية لتجنب المنازعة في الاستثمار كإدراج شرط إعادة التفاوض وموائمة العقد حسب تغير الظروف المحيطة به.

ولهذا يرى بعض الفقه أنه إضافة إلى إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر يوجب تضمين هذه العقود شروطاً تدعوا أطرافها إلى مراجعتها ومواءمتها تحسباً لتغيير الظروف، كذلك قد يكون سبب المنازعة نتيجة إجراءات انفرادية تتخذها الدولة خصوصاً إذا لم تكون في إطار القانون الداخلي والدولي ودون تعويض عادل ومنصف، كإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية وإجراء الاستيلاء والمصادرة والتأميم، وقد تكون أسباب منازعة عقود الاستثمار الأجنبي بفعل إخلال المستثمر الأجنبي لالتزاماته التعاقدية، خاصة الجوهرية، والتي تضر بمصالح الدولة المضيفة للاستثمار.

---

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص315.

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 141.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 137– 139.

المطلب الثاني: طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

اختلف الفقه حول طبيعة المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بين من يرى أنها منازعة ذات طبيعة سياسية ومن يرى أنها منازعة ذات طبيعة قانونية، ويرجع هذا التباين إلى نظرة أطراف العقد ذاته إلى النزاع، فالدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر ترى أن النزاع ذو طابع سياسي ويتعلق بسيادتها ومصلحتها القومية، وعلى النقيض من ذلك يعتبر المستثمر الأجنبي أن النزاع متعلق بحق من حقوقه القانونية، وله صبغة قانونية، مع العلم أن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وفقا أحكام المادة 25/ف1 منها تقتضي أن يكون النزاع قانونياً حتى يكون خاضعاً لتحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وفي هذا الإطار عرفت محكمة العدل الدولية النزاع بأنه:" خلاف على مسألة قانونية أو على واقعة " أي هناك تعارض بين مصالح الفرقاء المتنازعين، ومبدأ "النزاع القانوني" هو شائع جداً في المعالجات الفقهية وفي القانون الدولي العام، وهو يؤكد على أن هناك فرقاً بينه وبين النزاع ذي الطابع السياسي، ولكن ليس هناك أي توافق ثابت بين فقهاء القانون الدولي حول المقياس الذي يقتضي اعتماده، بهدف التمييز بين النزاعات التي يمكن عرضها لدى الهيئات القضائية الدولية وتلك التي لا يمكنها ذلك. إلا أن النزاع يبقى في مطلق الأحوال ذلك المتعلق بوجود حق ما، أو التزام قانوني ما، أو تحديدا لمداه أو لطبيعته، ينتج عن ذلك أن النزاع ذا الطابع القانوني تنظر فيه الهيئة التحكيمية، بهدف تحديد الإصلاحات والتصويبات التي يقتضي إجراؤها في العلاقة التعاقدية القائمة، نتيجة لما حصل من إخلال أية جهة من الجهات بالالتزام القانوني

ويرى الأستاذ: **(P.REUTER)** كذلك ان المقصود من المادة 25/ف1 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والتي تشترط توافر نزاع قانوني تلك الإدعاءات المتعارضة المؤسسة على أسباب قانونية، وبمفهوم المخالفة استبعاد من نظر واختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الموضوعي، المنازعات ذات الطبيعة السياسية أو تلك التي تتعلق باختلاف مصالح الطرفين، بحيث لم ينشأ المركز لتسويتها ولا تدخل ضمن أهدافه"[1].

وفي هذا الشأن أوجد الفقه والقانون الدوليان طريقتان للتمييز بين المنازعة ذات الطابع السياسي والمنازعة ذات الطابع القانوني، وذلك لتحديد الطبيعة الذي تتجه إليها منازعات الاستثمار هل هي ذي طبيعة سياسية أم طبيعة قانونية ؟[2].

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 1998، ص 51

(– voir: REUTER Paul : Réflexion sur la compétence du centre crée par la convention pour le règlement des - différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in "Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privée", Pedone, Paris 1969, PP16.)

[2]– ابر هيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1973، ص 307،– انظر كذلك: – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص ص، 140–141، أنظر:– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 118.

حيث أن التمييز بين هذين النوعين من المنازعات الدولية له أهميته من الناحية العملية، فالنزاع القانوني الدولي يمكن أن يقع في اختصاص محكمة دولية، محكمة تحكيم، أو محكمة عدل، للنظر فيه طبقاً لقواعد القانون الدولي، أما النزاع السياسي الدولي فقد لا يصلح لأن ينظر فيه محكمة دولية، بحيث يمكن الرجوع بشأنه إلى طرق التسوية الأخرى كالوساطة أو التوفيق بين المصالح المتضاربة[1].

كما أن المنازعات القانونية يمكن أن تحل بالوسائل السياسية، وبالتالي فهناك تداخل بين النزاع القانوني والسياسي[2].

الفرع الأول: الطابع السياسي والقانوني لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

وعموماً يظهر العمل الاتفاقي والفقهي الدوليان حول مسألة التمييز بين المنازعة القانونية والسياسية من خلال ما يلي:

أولاً: دور العمل الاتفاقي الدولي في التمييز بين المنازعة القانونية والسياسية

تعود جذور التمييز بين المنازعات القانونية وغيرها في الواقع إلى الاتفاقيات الدولية وبصفة خاصة إلى مؤتمر لاهاي لعام 1899، 1907، والتي أقرت طريقتين للتمييز بين المنازعة القانونية والسياسية، وهاتان الطريقتان هما:

أ- طريقة التعداد:

تقوم على وضع تعداد للمنازعات التي تعتبر أنها قانونية، حيث ذهبت بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية إلى إيراد تعداد لأنواع المنازعات، حيث أقر مؤتمر لاهاي لعام 1907 معاهدة دولية تتضمن قائمة بالمنازعات ذات الطبيعة القانونية، غير ان هذه المعاهدة لم يتم قبولها، ثم أورد ميثاق عصبة الأمم تعداد للمنازعات القانونية التي يصلح نظام التحكيم أو القضاء طريقا لتسويتها، كما تضمنت المادة 36/ف2 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تعداد مماثلاً وذلك بإقرارها لولاية المحكمة الإجبارية لأي دولة بالنظر كافة المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة أخرى تقبل نفس الالتزام متى كانت هذه المسائل القانونية تتعلق بالمسائل الآتية:

1- تفسير معاهدة من المعاهدات،

2- أية مسألة من مسائل القانون الدولي،

3- تحقيق واقعة من الوقائع إذا ثبت أنها تعد إخلالا لالتزام دولي،

4- نوع من التعويض المترتب على خرق التزام أو تعهد أو مدى هذا التعويض.

وتعرضت طريقة التعداد للنقد على أساس أنها لا تحمل في طياتها كل النزاعات والخلافات القانونية المتصورة من الناحية العملية[1].

---

[1]- ثامر كامل الخزرجي، العلاقات السياسية الدولية وإدارة الأزمات، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 257.

[2]- فتحي فتحي جاد الله الحوشي، التفرقة بين النزاع القانوني والسياسي في القانون الدولي ، دراسة تحليلية لنظريات الفقه وتطبيقات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، رسالة دكتوراه 2007، ص 1.

ب- طريقة التعريض المعياري:

بالرجوع إلى المادة الأولى من اتفاقية لوكارنو التي عقدت بين ألمانيا وفرنسا في 16 أكتوبر 1952 نجد أن:" كل المنازعات التي تثور بينهما من أي طبيعة كانت ويدور موضوعها حول حق يتبادل الأطراف التنازع عليه، ولم يكن في المقدور تسويتها بالطرق الدبلوماسية العادي (الوساطة-المفاوضات- المساعي الحميدة- التوفيق)، فإنها تعرض لتسويتها إما على محكمة تحكيم أو على محكمة العدل الدولية وأشارت هذه المادة في نهاياتها أن المنازعات المعنية هنا تتضمن بصفة خاصة المنازعات المذكورة في المادة 13/ف2 من ميثاق عصبة الأمم[2].

وتعرضت هذه الطريقة للنقد، حيث يرى الأستاذ هنري رولان **(Henri Rolin)** أن هذه الصيغة ضيقة وتقتصر فقط على حالة تنازع الأطراف على حق فقط ولا تشمل المسائل الأخرى منها مثلاً المتعلقة بتحقيق واقعة من الوقائع إذا أثبت على أنها كانت خرقاً لالتزام دولي وكذا التعويض المترتب على هذا الخرق والتي وردت في المادة 13 من عهد عصبة الامم المتحدة والمادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما يرى الأستاذ كلنسن أن صيغة لوكارنو غير مجدية لأنها تتضمن الإشارة فقط إلى الحقوق وهذه الحقوق قد تكون قانونية وقد تكون غير قانونية[3].

ثانياً: تعريفات الفقه للمنازعة القانونية وتمييزها عن المنازعة السياسية

يقتضي الرأي الراجح في الفقه أن المنازعة القانونية هي تلك المنازعة التي تقبل التسوية عن طريق القضاء والتي تقبل بالتالي الخضوع للتحكيم وللتسوية القضائية، غير انه بخصوص وضع معيار لتحديد متى يكون النزاع قانونيا أو سياسياً فقد وضع الفقه معيارين كل حسب اتجاه، إضافة إلى طريقة التعداد السالفة الذكر، مما يستوجب علينا التعرض لهما ولو بصفة مختصرة:

أ-المعيار الموضوعي:

يقوم هذا المعيار على فكرة مفادها أن المنازعات القانونية هي تلك التي يصلح للفصل فيها تطبيق قواعد القانون الدولي، أما في حالة غياب القواعد القانونية التي تحكم النزاع فيكون هذا النزاع سياسياً ولا يصلح بالتالي أن يكون موضوعاً للتحكيم أو للقضاء الدولي، فالمنازعات القانونية وفقاً لهذا المعيار والتي تصلح للعرض على التحكيم يتحدد مجالها الخاص بالمنازعات التي توجد بشأنها قواعد متعارف عليها من قواعد القانون الدولي، ويجب أن تتمتع هذه القواعد بالرضا العام للمجتمع الدولي[4].

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص، 141-142.

[2]- المنازعات المذكورة على سبيل التعداد الحصري والتي تعتبر منازعات قانونية في المادة 13/ف2 من ميثاق عصبة الأمم، هي نفس المنازعات التي ذكرتها المادة 36/ف2 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص ص 142-143.

[4]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 143.

ويلاحظ أن هذا المعيار يجد أساسه في طبيعة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع ذاته، فالمنازعات القانونية هي تلك التي يمكن البث فيها وفق قواعد القانون الدولي المعمول بها، بينما المنازعة السياسية هي التي لا توجد قاعدة قانونية للبث فيها، أو يمكن فضها بخلق قواعد جديدة من طرف المحكمة.

إن تحديد مفهوم النزاع القانوني والسياسي يعتبر من المسائل النسبية تختلف من وجهة نظر رجل القانون عنه من وجهة نظر رجل السياسة، فالأول أي القانوني يعتمد على المعيار الموضوعي لتحديد طبيعة النزاع والثاني أي السياسي يرتكز على أهمية الرابطة بين النزاع ومصالح الدولة[1].

ومن بين الانتقادات كذلك التي وجهت لهذا المعيار هو أنه إذا لم نجد نص قانوني للتطبيق أو وجود نقص في القانون على النزاع اعتبر هذا الأخير نزاع ذي طابع سياسي، وبالتالي نستطيع ان نقول أن القانون حتى ولو كان فيه نقص أو عدم وجود نص قانوني تلجأ إليه الجهة المطروح عليها النزاع لتطبيقه، فإنها تلجا إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها[2].

وذلك ما عبر عنه وأكده الأستاذ كلنسن **(KELSEN)** عند تعريفه للنزاع القانوني بقوله :" يعد النزاع قانونياً إذا تمت تسويته بتطبيق القواعد القانونية أو بتطبيق القانون القائم، ويعد سياسياً وليس قانونياً إذا تمت تسويته بتطبيق قواعد أخرى مثل مبادئ العدل والإنصاف"[3].

وفي هذا الإطار صدرت عدة أحكام بشأن عقود الاستثمار والتي نفت فيها هيئات التحكيم بوجود نقص في القانون أو عدم وجود نص للتطبيق على المنازعة المعروضة عليها منها: قضية شيخ أبو ظبي وشركة استثمار نفط أبو ظبي وقضية شيخ قطر وشركة استثمار قطر المحدودة، حيث رأى المحكم في القضية الأولى عدم ملائمة قانون أبو ظبي مع العلاقات الاقتصادية والتجارية الحديثة فطبق "المبادئ الناجمة عن الفهم الواعي والشائع ممارستها بصفة عامة في الدول المتمدينة، باعتبارها نوع من القانون الحديث الواجب التطبيق، وفي القضية الثانية لم يكن هناك قانون واجب التطبيق متفق عليه بين أطراف النزاع فطبق المحكم "مبادئ العدالة والمساواة وحسن الملائمة"[4].

أنظر كذلك:- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 120.

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 144.

[2]- KOVAR Robert : La compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in "Investissements étranger et arbitrage entre Etats et personnes privées", Pedone, Paris 1969, P P 29,30.

[3]- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 21.

[4]- احمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990، ص 49.

- أنظر كذلك: قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، مرجع سابق، ص 22.

كذلك عرضت على التحكيم منازعات بشان بعض العقود الاستثمارية والتي طرحت بشأنها مسالة نقص القانون من عدمه، وقد أجابت محكمة التحكيم على ذلك بالنفي مطبقة المبادئ العامة للدول المتمدينة، وفي تعليق الأستاذ **(Lord monair)** على هذا التطبيق بقوله:"... في كافة المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار، وعندما لا يحدد الأطراف نظاما قانونياً معينا فإنهم يقصدون أن تحكم عقودهم المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة، أما إذا أحالتنا تلك العقود إلى نظام قانوني معين فإنه يكون من الخطأ تطبيق المبادئ العامة للقانون بالرغم من الدلالة الواضحة التي أحالتنا لقانون آخر ومع ذلك إذا كان القانون المعين مختلفا بالنسبة للعلاقات التجارية كما تبين من قضية تحكيم أبو ظبي، فإنه يجوز للمحكمة تطبيق المبادئ العامة للقانون، أما إذا تبين من الوقائع أن الأطراف لم يقصدوا تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو أي نظام قانوني محدد أو واضح ليحكم النزاع فإنه يجب عندئذ تطبيق المبادئ العامة للقانون، وعلى هذا الأساس فإن القول بنقص أو كمال القانون هو قول غير صحيح من الناحية النظرية والعملية"[1].

ب- المعيار الشخصي:

يقوم هذا المعيار على فكرة مؤداها أن العبرة ليست بطبيعة النزاع أو بوجود قاعدة قانونية تنطبق عليه أو يمكن استخدامها لتسويته، ولكن بما يقره الطرفان أو أحدهما في جعل النزاع إما قانونيا أو سياسيا، وعلى هذا الأساس فهذا المعيار شخصي بحيث يكمن في المسلك الذي يسلكه الطرفان في هذا النزاع، حيث أن كلاهما يتنازع عن حق ويطلب إعمال القانون في صالحه أو في غير صالحه، وبالتالي نجد أن النزاع يدور حول مسألة قانونية لا وسيلة لتسويتها وذلك بعرضها على المحكمة لكي نزل فيها حكم القانون.

أما المنازعة السياسية فوفقا لهذا المعيار الشخصي فإن أحد الطرفين والذي هو الدولة، يستند في تبرير مطلبه إلى مصلحته الخاصة سواء كان له الحق في ذلك أو لم يكن له، ولا يطلب هذا الطرف إنزال حكم القانون بل تعديل القانون فقط لذلك نجد الفقيه روسو يعرف المنازعة السياسية بأنها:" المنازعة التي يطلب فيها أحد أطرافها تعديل القانون"[2].

ويكون تعديل القانون في هذا الإطار بدافع المصلحة، حيث إذا كان بعض المنازعات لها حل قانوني إلا أنها تمس المصالح الحيوية للأطراف المتنازعة وبخاصة الدولة الطرف في النزاع، بحيث أن مصالحها السياسية والاقتصادية تبلغ من الأهمية حدا يحملها على رفض إحالة النزاع إلى التحكيم أو القضاء، فتأبى إخضاعها لحكم المحكمين والقضاة وذلك بالرغم من وجود حل قانوني للنزاع، فيحتفظ أطراف النزاع في هذه الحالة بالقرار النهائي في مثل هذه المنازعات[3].

---

[1]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطنة1، الجزائر، 2013-2014، ص53.

[2]- احمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 54.

أنظر كذلك: طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 145.

[3]- LEVEL Patric : Définition et sources de l'arbitrage international, : juris classeur, " Droit international" Revue d »arbitrage 1992 , Fasc p 13.

وقد انتقد هذا المعيار على أساس أنه بالرغم من التزام الدولة بإخضاع منازعاتها القانونية دون السياسية إلى التحكيم أو القضاء فإنه يمكن للدولة أن تتحلل من هذا الالتزام بإرادتها المنفردة بدعوى أن النزاع له طبيعة سياسية ولا سلطان على الدولة في ذلك، فلا يوجد في المجتمع الدولي سلطة تسمو فوق سلطة الدول في المسائل التي ترى أنها تخص سيادتها وتختص بطبيعة المنازعات وتحديد ما يعتبر قانونيا وما يعتبر سياسيا، الأمر الذي يجعل تكييف النزاع متروكاً لتحكم الأطراف مما يؤدي إلى القول بان الالتزامات الدولية تعقد بشرط خضوعها للإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، وإذا كانت هذه النتيجة تهدد كافة الالتزامات الدولية تهديدا جسيماً إلا أن هذا الأخذ مبالغ فيه، بحيث من غير المعقول أن تتمسك الدولة بمصلحتها للرد على إدعاء يستند على حق لا المنازعة فيه.

وعلى هذا الأساس كان من الطبيعي ومن الناحية العملية أن تدفع الدولة بحجة لهدم الحق الذي يستند إليه المدعى، وهذا ما يصبغ على المنازعة الطابع القانوني[1].

وعموما يمكن القول بعد الذي أسلفناه أن تقسيم منازعات الاستثمار بالنظر إلى طبيعتها إلى سياسية أو قانونية، فبالرغم من امتزاج العناصر السياسية والعناصر القانونية في هذا النوع من المنازعات، إلا أن هناك عنصران هامان يميزان تلك المنازعات ويمنحها الطبيعة الخاصة التي تتسم بها ويفرقها عن المنازعات القانونية السياسية الخالصة وهذان العنصران هما العنصر الاقتصادي والدولي[2].

ثالثاً: الطابع الاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يتمثل هذا الطابع الاقتصادي في المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر في وجود رأس المال وفي الهدف الذي يسعى المستثمر الأجنبي على تحقيقه من وراء الانتقال برأسماله من دولة جنسيته إلى الدولة المضيفة، فالمستثمر الأجنبي يهدف إلى الربح من المشروعات الاستثمارية التي يقيمها في هذه الدول، كما تعتمد هذه الدولة على هذه المشروعات كمصدر هام من مصادر التمويل التي تعينها على التنمية الاقتصادية، وبالتالي فالعنصر الاقتصادي يعتبر العمود الفقري لعملية الاستثمار والذي لولا وجوده لما تمت عملية الاستثمار من أساسها[3].

وإذا كانت منازعات الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ومعقدة لعدم تكافؤ الاطراف في المراكز القانونية ولتداخل كذلك العناصر السياسية والإقتصادية، فإن هذه الطبيعة تزداد تعقيداً في وجود الطرف المستثمر

– انظر: طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 145.

– قشي بلخير، المنازعات القانونية والسياسية في قضاء محكمة العدل الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، ع: 2، 1994، ص ص 17–18.

[1]– احمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 54.

[2]– إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، القاهرة دار الفكر العربي، ط 1973، ص ص 66–67.

[3]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 147.

الأجنبي الذي ينتمي لدولة أخرى غير الدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما يطرح التساؤل التالي هل هذه المنازعة تتسم بالطابع الدولي؟، وما هي النتائج المترتبة عليها في حالة اعتبارها كذلك، خاصة في ترتيب المسؤولية الدولية والعقدية؟، أم أن هذه المنازعة هي منازعة داخلية نظرا لتواجد المشروع الاستثماري على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار؟.

الفرع الثاني: الطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يظهر الطابع الدولي للمنازعة من خلال طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث نجد الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي المتعاقد معها والذي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى غير جنسية الدولة المضيفة، وهنا طرح الفقه إشكاليات عديدة تخص الطابع الدولي للمنازعة، وهي هل تتسم هذه المنازعات بالطابع الدولي نظرا للانتماء الطرف الخاص الأجنبي المستثمر إلى دولة أخرى، غير الدولة المتعاقدة، وبالتالي عدم خضوعه للقانون الوطني للدولة المضيفة لاستثماره، فتصير هذه المنازعة منازعة دولية؟، وهل تنعقد المسؤولية الدولية على الدولة المتعاقدة نظرا لقيامها بالإجراءات التي يعدها الطرف الأجنبي الخاص المنتمي بجنسيته إلى دولة أخرى إخلالا للالتزامات التعاقدية التي تمت بينه وبين هذه الدولة؟، أم أن هذه المنازعة هي منازعة داخلية تخضع لقانون الدولة المتعاقدة، نظراً لتواجد المشروع الاستثماري على إقليمها ونظراً لتمتعها بالسيادة، والغرض من كل هذه التساؤلات هو معرفة إذا كانت منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر منازعة دولية أم لا ؟[1].

للإجابة على هذه الإشكاليات، لبدا من معرفة ما المقصود بدولية المنازعة، هل معنى ذلك أن المنازعة بذاتها تتمتع بطبيعة دولية أم أن المقصود بذلك هو معرفة القانون الواجب التطبيق على المنازعة المتعلقة بالاستثمار، هل هو القانون الدولي أم القانون الوطني للدولة المتعاقدة أم أن هناك قواعد أخرى يمكن تطبيقها على هذا النوع من المنازعات بهدف فضها.

وفي هذا الإطار ظهر اتجاهان، الأول منكر للطبيعة الدولية لمنازعات عقود الاستثمار والثاني مؤيد لها:

أولاً: الاتجاه المنكر للطابع الدولي للمنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

حسب هذا الاتجاه أن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لا يمكن أن توصف أنها منازعة دولية على الإطلاق، وحجتهم في ذلك أن المنازعة تكون دولية إذا كان جميع أطرافها يتمتعون بالشخصية الدولية، وبما أن أحد طرفي المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر هو شخص من أشخاص القانون الدولي وهو الدولة، بينما الطرف الآخر لا يعدو إلا أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص ولا يتمتع أي سمة من سمات الشخص الدولي، فلا يصح أن نصف المنازعة التي تثور بينه وبين الشخص الدولي

[1]– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 123.

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 148.

بالدولية، ولو اعتبرنها كذلك لعد ذلك انتقاصا من طبيعة الشخص الدولي الذي يتمتع بالمكانة الدولية والسيادة التي يمنحها له القانون الدولي بصفته شخصاً من أشخاصه[1].

كما أن مسألة المسؤولية الدولية لا يمكن طرحها في هذا الإطار حسب هذا الاتجاه، وذلك لاختلاف المراكز القانونية للأطراف في عقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدولة المضيفة بصفتها شخص من أشخاص المجتمع الدولي والمستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص، عنه في القانون الدولي العام، فالمسؤولية الدولية تقوم عند ارتكاب أو وقوع فعل يصلح في نظر القانون الدولي أن يكون أساسا للمسؤولية الدولية بشرط أن ينسب هذا الفعل إلى دولة ما أو منظمة دولية وأن يترتب عليه أضرار على شخص آخر من أشخاص القانون الدولي (الدول والمنظمات الدولية)[2].

ثانياً: الاتجاه المؤيد للطابع الدولي للمنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يرى هذا الاتجاه أن المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة عامة تتسم بالطابع الدولي وحججه في ذلك هي:

- تجاوز موضوع المنازعة للإطار القانوني.
- انتماء طرفي النزاع إلى أنظمة قانونية مختلفة.
- المصلحة الدولية التي تحميها آليات التسوية السلمية، كالتحكيم، من خلال الدور الذي تؤديه تلك الآليات لتسوية المنازعات، وتتمثل هذه المصلحة الدولية في تشجيع تدفق الاستثمارات وتوفير جو من الآمان والاستقرار في المعاملات التجارية الدولية وعلى مسار العلاقات الدولية بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم.
- الصفة الدولية التي تتمتع بها القواعد المطبقة على العقود الدولية مثل دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ودولية التحكيم[3]، وكل العناصر المؤثرة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر والتي تخرج المنازعة من طابعها الداخلي إلى الدولي كجنسية الأطراف ومكان إقامتهم، ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وطبيعة المصالح التي ينظمها هذا العقد والتي تتعلق بمصالح تجارية واقتصادية عبر الدولية، استناداً للمعيار الاقتصادي الذي يأخذ به لتحديد دولية العقد والتحكيم بصفة عامة مما يضفي معه الطابع الدولي للمنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر[4].

---

[1]- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص 555.

أنظر: - بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 124.

أنظر كذلك: - طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 149.

[2]- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، بيروت، لبنان، ط3، 1988، ص 484.

[3]- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1990، ص ص 35-36.

[4]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 11.

ويضيف أصحاب هذا الرأي في إطار الدفاع عن الطابع الدولي للمنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، انه في إطار تحريك المسؤولية الدولية اتجاه الدولة المتسببة في الضرر الواقع على الطرف الأجنبي، أن هذه المسؤولية هي مسؤولية غير مباشرة، بحيث لا تنعقد بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، بل يلجأ هذا الأخير إلى دولته التي ينتمي إليها بجنسيته طالباً الحماية الدبلوماسية، فتنعقد المسؤولية للشخص الدولي المتسبب في الضرر اتجاه الشخص الدولي الذي تعرضت رعاياه للضرر من جراء الإجراءات التي قامت بها الدولة المضيفة للاستثمار.

ولقد اختلف الفقه في تعريف المسؤولية الدولية وأساسها وعرفت وفق قاموس مصطلحات القانون الدولي بأنها:" الالتزام الذي يفرضه القانون الدولي على الدول المنسوب إليها ارتكاب فعل أو امتناع مخالف لالتزاماتها الدولية يلزم عنه تقديم تعويض إلى الدولة المتضررة في شخصها أو في شخص رعاياها"[(1)]،

وتجد المسؤولية الدولية أساسها الوحيد رغم اختلاف الفقه في هذا الإطار في إخلال الفعل أو مخالفته لقاعدة من قواعد القانون الدولي، سواء كان الفعل المرتكب من قبيل السلب أو الإيجاب، وهذا ما يتماشى مع ما أقره معهد القانون الدولي ولجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي خلال الدورة التي عقدتها في لوزان سنة 1927، وذلك بتبيان تعريف أساس المسؤولية الدولية فقالت إن " كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به دولة ما، يستتبع مسؤوليتها الدولية" وبالرغم من عدم اقرار لجنة القانون الدولي والمعهد القانون الدولي لأساس المسؤولية الدولية المبنية عن الفعل غير مشروع دولياً بصفة صريحة، إلا أن المعهد في دورته السالفة الذكر استطاع إبرازها من خلال قوله:" إن الدولة مسئولة عن الأضرار التي تلحقها بالأجانب من جراء أي عمل أو إهمال مخالف لالتزاماتها الدولية، مهما تكن هذه السلطة دستورية أو تشريعية أو إدارية أو قضائية".

وأضافت في هذا الإطار وأكثر وضوحاً اللجنة الثالثة لمؤتمر تقنين القانون الدولي المنعقدة في لاهاي سنة 1930 ما يلي:" إن كل إخلال بالالتزامات الدولية من قبل دولة ما يستوجب مسئولية هذه الدولة إذا صدر هذا الإخلال من أجهزتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ضمن أراضيها وألحق بأحد الأجانب ضرر في شخصه أو أمواله" [(2)].

وفي هذا الشأن يرى الدكتور طه أحمد علي قاسم في مؤلفه تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية على أنه:" بالرغم من المستقر عليه أن القانون الدولي لا يعترف بدولية المنازعة إلا إذا وقعت بين أشخاصه ووفقا لقواعده، إلا أن هؤلاء الأشخاص ما هي إلا أشخاصا اعتبارية أو كيانات مجازية تتكون أساساً من أفراد والقانون الدولي إذا كان يخاطب أشخاصه فهو يخاطب بطريقة غير مباشرة هؤلاء الأفراد الذين يكونون

– أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، مرجع سبق ذكره، ص ص 64–66.

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 152.

[2]– (لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر:– مصطفى ابو الخير، القانون الدولي المعاصر، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017، ص 155، وما يليها).

أشخاص هذا القانون والذين لولا وجودهم ما كان لأشخاص هذا القانون وجود ، وعليه أهم عنصر من العناصر المكونة للدول هم الأفراد الذين يكونون شعوب الدول، والفرد يعتبر شخص القانون الدولي المجهول".

فالمنازعة تثور بين أفراد ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة ونتيجة للاختلاف بين قواعد وقوانين هذه الأنظمة فإنهم يجدون أنفسهم في حاجة ماسة إلى نظام قانوني أسمى وأكثر حيادا للفصل في المنازعة وهذا النظام القانوني المحايد هو النظام القانوني الدولي ومن هنا تأتي الصفة الدولية للمنازعة[1].

وبعيداً عن طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دولية أو غير دولية، إلا أن هناك تساؤل آخر يثار باعتبار أن عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي والتي تتم في إطار القانون الداخلي للدولة، فهل عند إخلال الدولة بالتزاماتها العقدية الناجمة عن إبرام عقد الاستثمار الأجنبي في إطار قوانينها الداخلية يرتب المسؤولية الدولية اتجاه الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي الخاص وهذا ما عبرت عنه الدكتورة حفيظة السيد الحداد بالمسؤولية الدولية للدولة عن الإخلال بالالتزامات العقدية الناجمة عن العقود المبرمة في القانون الداخلي[2].

ثالثاً: مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر اتجاه دولة المستثمر

انقسم الفقه بشان مسئولية الدولة المضيفة عن الإخلال بالتزاماتها التعاقدية الناجمة عن العقود المبرمة في القانون الداخلي بصفة عامة وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة إلى ثلاث اتجاهات رئيسية وهي:

الاتجاه الأول: كل مساس من قبل الدولة بالعقد يعد عملاً مخالفا للقانون الدولي:

هذا الاتجاه هو متشدد حيث يرى أن القانون الدولي يتطلب الاحترام الكامل والمطلق للعقود على نحو يعد معه أي مساس بالعقد أيا كانت أسبابه ودوافعه سببا في انعقاد مسؤولية الدولة، وبالتالي فإن عدم تنفيذ أي التزام ناتج عن العقد، يشكل في حد ذاته، الإخلال بالتزام دولي على نحو تنعقد معه المسئولية الدولية لمخالفتها لقاعدة الاحترام المطلق للعقد[3].

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 153، 154.

[2] - Bourquin, Maurice, Arbitration and Economic Development Agreement , Business law journal, selected Readings on protection by law of private Investments, 1964, p 860.

- Man , F.A, the theoretical Approach Towards The Law Governing Contracts Between States and private persons, Revue Belge de Droit International, 1975, p95.

- Weil prosper, Problems Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et un Particulier , Rec de cours, 1969, P96.

– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 561.

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 154.

[3]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 561، 562.

ووفقا لهذا الجانب من الفقه فإنه يعد من غير المقبول أن تقوم الدولة بإرادتها الخالصة بسحب ما سبق لها أن تعهدت به، إذ أنه لا معنى ولا قيمة قانونية للعقد ولا حاجة لوجوده أصلاً إذا كان مصحوبا بشرط إرادي يخول لأحد أطرافه سلطة إلغائه بإرادته المنفردة، ذلك أن مثل هذا الوضع غير المستقر من شأنه الإضرار بمصالح الدول، والتي هي في أمس الحاجة للاستثمارات الأجنبية المباشرة، إلا أنه يمكن تفادي المساس بالعقد بإعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي وفقا لها يعد غير مشروع كل مساس بالعقد، ولا يكون مصدره القوة القاهرة أو مسلك الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة أي المستثمر الأجنبي، فالعقود شأنها في ذلك شان المعاهدات الدولية، يجب أن تكون بمنأى عن كل تصرف صادر عن الدولة من شانه المساس بها[1].

وقد جاء التعبير عن هذا الاتجاه في بعض القضايا المقدمة إلى محكمة العدل الدولية ومن ذلك الدفاع المقدم من سويسرا أمامها في قضية **Losinger** إذ ذكرت الحكومة السويسرية أن: مبدأ القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس فقط بصدد العقود المبرمة بين الدول ولكن أيضاً بشأن العقود المبرمة بين الدول والأجانب نظرا للطابع الدولي الذي تتمتع به هذه العقود، وهذه العقود يمكن أن تكون محلا للمنازعة، تحل فيها دولة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة محله، من أجل تحقيق احترام التعهدات التعاقدية الواقعة على عاتق الدولة تجاه الطرف الأجنبي[2].

كذلك ممثل الحكومة الفرنسية تمسك أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض النرويجية بأن الدولة، في حالة إبرامها العقد مع شخص خاص أجنبي، لا يمكنها التنصل من هذا العقد، بطريق مباشر أو غير مباشر، دون التعرض للمسئولية أمام الدولة التي تحمي هذا الطرف الأجنبي.

وفي قضية **Anglo-Iranian Oil Company** ، تمسكت الحكومة البريطانية بأنه يقع على عاتق الدولة الموقعة على عقد الامتياز، ليس فقط إلزاما داخليا في مواجهة الطرف الأجنبي المتمتع بالامتياز بل أيضا التزاما دوليا في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي ، على نحو تكون معه الدولة المانحة للامتياز مسئولة أمام الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي في حالة مخالفتها للالتزامات التعاقدية الناجمة عن عقد الامتياز[3].

كما أكدت في هذا الإطار الكثير من أحكام التحكيم مبدأ القوة الملزمة للعقود وقامت بإعمال قواعد القانون الدولي على العقد، على نحو يؤكد أن التنصل من العقد أو المساس به يشكل في حد ذاته عملا غير مشروع دولياً[4].

وقد تعرض هذا الاتجاه الذي يقوم على الحصانة المطلقة للعقد لانتقادات عديدة منها: أن الحصانة المطلقة الممنوحة لهذا النوع من العقود لا تتمشى لا مع القانون الدولي الوضعي الاتفاقي ولا مع القانون

[1] - Olmstead, Cecil,J,Nationalization of Foreign Proberty Interests, Particularly Those Subject to Agreements with The Stsate, New York Investment Law Review, 1957,p 1122- 1136.

[2] - Weil prosper, Problems Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et un Particulier, Op.Cit, p 134.

[3] – حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص ص 564، 565.

[4] – حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 565.

الدولي العرفي، ولا يقلل من قيمة هذه الحقيقة الحجج التي تمسكت بها الحكومة السويسرية في قضية **Losinger** ، إذ أن هذه الحجج كانت محلا للنقض والرفض، وتبقى الحقيقة أن القضاء الدولي لم يتبنى هذا الرأي المدافع عن الحصانة المطلقة للعقد وان أي مساس به من شأنه إثارة المسئولية الدولية للدولة.

علاوة على أن جميع المنازعات التي يقدمها هذا الجانب من الفقه لتأييد وجهة نظره تتعلق إما بالمصادرة أو بإجراءات اتخذتها الدولة وتتسم بالتحكم وعدم المساواة، ومن الثابت به أن المحاكم الدولية، لم تقرر في أية منازعة من المنازعات المعروضة عليها أن مجرد المساس بالعقد يشكل عملا غير مشروع دوليا، وعلى الرغم من أن القانون الدولي يحمي التوازن العقدي بين أطراف العقد ولكنه لا يفرض الاحترام المطلق للشروط التعاقدية[1].

وإذا كان لا يمكن إنكار أن القانون الدولي يقرر نوع من الحماية للحقوق التعاقدية، إلا أنه لا يمكن إنكار أيضاً أن القائلين بقدسية العقد وعدم المساس به قد بالغوا في تقدير مضمون الحماية ونطاقها، فحماية الحقوق المكتسبة للأجانب يعني فقط أن هذه الحقوق يجب أن لا تكون محلاً لأية إجراءات تحكمية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يتعين تعويض الطرف المعني، فالمصادرة المجردة عن كل تعويض هي وحدها التي تشكل عمل مخالف للقانون الدولي، فلكل دولة الحق في أن تستعيد الأموال الكائنة على إقليمها بغرض المنفعة العامة، ويمكنها في سبيل تحقيق ذلك، التي سبق إبرامها[2].

ومن هنا يبدو متعارضا مع أدنى قواعد المنطق الأساسية القول بأن مجرد توقيع الدولة على العقد يسلبها حقوقها السيادية، فالسلطة العامة في الدولة لها الحق في أن تستخدم ما تتمتع به من مزايا سيادية على نحو يخولها إنهاء كل أو جزء من الالتزامات الواقعة على عاتقها في مواجهة شخص خاص أجنبي، إلا أن مثل هذا الإنهاء يجب أن يكون مبعثه الصالح العام وغير مصحوبا بالتعسف ولكن مصحوبا بالتعويض العادل الملائم والفعال[3].

كذلك من بين الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي انه يعمل على تشبيه العقود بالمعاهدات الدولية، على أساس أن المساس بالمعاهدات الدولية يرتب المسؤولية الدولية، إلا أن هناك اختلاف جوهري بينهما، فالعقد تصرف غير معقود بين دولتين ولا يخضع للقانون الدولي، ولا يشكل معاهدة دولية بين الدولة المتعاقدة والدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي ، وهذا ما حرصت محكمة العدل الدولية على توضيحه في قضية **Iranian Oil Company** والتي رأت ان القانون الدولي العام لا يعرف سوى شكل وحيد من أشكال الاتفاقات

---

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 566.

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 157.

– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 129.

[2] - Amerasinghe,C.F, Issues of Compensation for The Taking of Alien Proberty in The Light of Recent Cases an practice, i,ternational law Quarterly, 1992, p22.

[3]- Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, Lausanne, amaeta ,Edition, 1998, p 256.

وهو المعاهدات المبرمة بين الدول، ومن هنا فغن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة تتعلق في معظمها بالقانون الداخلي وهو وحده الذي يقرر حمايتها[1].

وقد ظهر إلى جانب هذا الاتجاه الأول القائل بأن كل مساس من قبل الدولة بالعقد يعد عملا مخالفا للقانون الدولي اتجاه مضاد ومخالف له يرى أن انتهاك الدولة للعقد لا يشكل في حد ذاته سببا لانعقاد مسئوليتها.

الاتجاه الثاني: انتهاك الدولة للعقد لا يشكل في حد ذاته سببا لانعقاد مسؤوليتها:

وفقا لهذا الاتجاه فإن عدم تنفيذ الدولة لالتزاماتها الناشئة عن العقد أو انتهاكها له لا يشكل في حد ذاته سببا لمسئوليتها الدولية بل يشترط أن يكون عدم التنفيذ مقترناً بعمل يعد في حد ذاته مخالفة دولية، ومادام العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي كعقد الاستثمار الأجنبي المباشر يتركز في القانون الداخلي ، فإن عدم تنفيذه في حد ذاته لا يشكل انتهاكا لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي.

ويلاحظ أن هذا الاتجاه يشترط لتحقيق مسئولية الدولة ضرورة توافر شرط أساسي وهو وجود عمل دولي غير مشروع مستقل عن عدم تنفيذ الدولة للعقد، فعدم تنفيذ العقد لا يشكل في حد ذاته تصرف مختلف للقانون الدولي فلا بدا من وجود شيء إضافي آخر من أجل القول بعدم مشروعية التصرف دولياً فوجود الخطأ الدولي مسألة مستقلة تماما عن مسألة الإخلال بالعقد[2].

فالعقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي يتركز في القانون الداخلي وبالتالي فغن عدم تنفيذه في حد ذاته لا يشكل انتهاكا لأي قاعدة من قواعد القانون الدولي فإبرام وتنفيذ هذه العقود مسألة يختص بها النظام القانوني الداخلي والذي يتعين عليه تحديد ما إذا كانت الإجراءات التي قامت بها الدولة باتخاذها في مواجهة الطرف الخاص المتعاقد معها مخالفة لهذا النظام القانوني أو متمشية معه، وبالتالي فإن القانون الدولي لا يمكنه أن يعتبر مسالة من المسائل مخالفة للقانون وفقا للمعايير الخاصة بهذا القانون، بينما تلك المسألة تعد من وجهة نظر القانون واجب التطبيق على العقد مسألة لا خلاف عليها من الناحية القانونية[3].

ويرى كذلك جانب من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه أن العقود تخضع للقانون الذي يحدده القانون الدولي الخاص في دولة القاضي والذي يؤدي إلى تعيين القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويؤدي خضوع عقود الدولة إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى سريان أحكام هذا القانون على تلك العقود ككل بما يتضمن هذا القانون من قواعد في مصلحة الطرف الأجنبي المتعاقد معها أو ضد مصالحه، كذلك فإن أي تغيير يلحق هذا القانون يسري على عقد الدولة، وبالتالي فإن التغيير الذي تجريه الدولة على قانونها ويؤدي إلى المساس بالعقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي لا يشكل في حد ذاته عملاً غير مشروع من الوجهة الدولية، غلا إذا كان هذا التغيير يعد بطبيعته مكوناً لخطأ دولي، فلا يمكن للدولة أن تتمسك بتشريعاتها من أجل أن تحد من الالتزامات الدولية الواقعة عليها وفق حد قول الأستاذ: **Mann**[4] .

---

[1] - Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, op.cit, 568.

[2] – حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره ص 170-171.

[3] - Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, op.cit, 259.

[4] Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, op.cit, p 570.

وقد تعرض هذا الاتجاه القائل بأن انتهاك الدولة للعقد المبرم بينها وبين الطرف الخاص المتعاقد معها لا يشكل في حد ذاته عملا غير مشروع يؤدِي إلى تحريك مسؤوليتها الدولية، إلى النقد من طرف الفقه بين مؤيد وعارض له، فجانب من الفقه يرى أن هذا المبدأ لا محل لإعماله إذ أن تنفيذ العقد مستقل تماما عن النظام الدولي، يترتب عليه انه إذا كان القانون الوطني لا يعتبر عدم تنفيذ الدولة للالتزام الناجم عن العقد انتهاكا للعقد، فيمكن للقانون الدولي أن يتدخل من أجل تأكيد العكس إن أمكن، ومن هنا فإن فكرة الإخلال بالعقد لا معنى لها إلا في إطار القانون ولا يوجد حل يقره مباشرة القانون الدولي للإخلال بالعقد لسبب بسيط وهو أنه من وجهة نظر هذا القانون هو أن فكرة الإخلال بالعقد لا وجود لها، وإذا كانت الدولة لا يمكن أن تتحقق مسئوليتها نتيجة لعدم تنفيذ العقد، فقد يحدث أن تعد الدولة مسئولة عن فعل دولي غير إنكار العدالة[1].

وعلى نقيض من ذلك نجد جانب من الفقه يعتبر هذا الاتجاه، الاتجاه الفقهي الوحيد الذي يتمشى مع ما هو سائد في القانون الدولي الوضعي.

ويتميز كذلك هذا الاتجاه بأنه يأخذ بعين الاعتبار الموقف المتحفظ الذي أبدته الدول على صعيد العلاقات الدولية، غذ انه من المشاهد أن الدول كانت دائما تتخذ مواقف متحفظة ومتروية في ردود الأفعال الصادرة عنها فيما يخص المشاكل التي يتعرض لها تابعوها نتيجة لقيامهم بالاستثمار في الخارج.

فرغبة في تفادي التعقيدات التي لا طائل من ورائها والتي قد تؤدي إلى مطالبات تعسفية، فغن الدولة التي يتبعها المستثمر الأجنبي كانت ترفض دائما التدخل في حالة المساس بالعقد المبرم بينه وبين الدولة، طالما لم يكن هناك دليل أكيد على تحقق حالة من حالات إنكار العدالة الصارخ، فمخافة الالتزامات المنصوص عليها في العقد بين الدولة والشخص الخاص الأجنبي من قبل الدولة لا تشكل في حد ذاتها عملا غير مشروع دوليا[2].

وأخيراً فإذا كان الاتجاه القائل بأن انتهاك الدولة للعقد لا يشكل في حد ذاته سببا لانعقاد مسئوليتها الدولية هو الذي يجري عليه العمل في إطار القانون الوضعي، فغن هناك اتجاه ثالث توفيقي

الاتجاه الثالث: اتجاه الأستاذ Prosper weil عدم تنفيذ العقد يشكل في حد ذاته تصرفا مخالفا للقانون الدولي مع ارتباط ذلك بمضمون قواعد القانون الدولي المنظمة للعقود:

يعتبر الأستاذ الفرنسي **Prosper weil** من أكثر الفقهاء المدافعين عن هذا الاتجاه وضوحا ومن أشدهم تأثيرا، حيث عبر هذا الأستاذ عن نظريته بشكل سلبي بانتقاد الاتجاهين السابقين، ثم عرض للآراء الإيجابية التي يقوم عليها هذا الاتجاه، ويذهب في هذا الإطار إلى أن الاتجاه الأول المدافع عن أن كل

- Mann, F.A, The Theorretical Approach Towards The Law Governing Contracts Between States and Private Persons, Revue Belge de Droit International, 1975, p 564.

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 161.

– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص132.

[2]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 572.

اعتداء على العقد يشكل عملا غير مشروع وفقا للقانون الدولي، يعتبر اتجاها لا يمكن قبوله، إذ ليس صحيحا أن كل اعتداء على العقد يشكل على نحو مباشر عملا غير مشروع في نظر القانون الدولي، حيث أن هذا الاتجاه يرى أن القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود، ويذهب إلى أبعد من ذلك معتبرا أن القانون الدولي يحرم اعتداء على العقد، وبالتالي فإنه يعد مخالفاً للقانون الدولي العام كل فسخ للعقد بسبب المصلحة العامة، وإنهاء العقد نتيجة التأميم، وذلك على الرغم من أن هذه الإجراءات السيادية مصحوبة بتعويض ملائم وعادل.

وعليه فالقول بأن القانون الدولي يتضمن قواعد تتعلق باحترام العقود، وبناء عليها يعد عدم تنفيذ العقد سببا لتحريك المسؤولية الدولية للدولة، مسألة مختلفة تماما عن القول بأن القانون الدولي لا يتيح مطلقا اتخاذ أية إجراءات أياً ما كانت، تؤدي إلى المساس بالعقد، إذ أنه يتعين عدم الخلط بين مبدأ احترام العقد، ومبدأ المساس به، فإذا كان القانون الدولي يحرم بعض التصرفات الماسة بالعقد في ظل ظروف معينة، فإنه يتيح للدولة القيام بتصرفات أخرى في ظروف أخرى[1].

أما بخصوص الاتجاه الثاني فحسب الأستاذ **Prosper weil** أن هذا الاتجاه يزعم أن القانون الداخلي وحده هو الذي يحكم مسألة تنفيذ العقد، وتِكد أنه إذا كان القانون الداخلي يعد عدم تنفيذ العقد أمرا متمشيا مع هذا القانون، فإن القانون الدولي لا يمكنه اعتباره عملا غير مشروع وهو ما يعني إنكار أولوية القانون الدولي العام والاعتراف للدولة المتعاقدة بالحق في التذرع بنصوص قانونها الداخلي من أجل التنصل من تنفيذ التزاماتها التعاقدية، كذلك فغن فكرة العمل غير المشروع والذي يؤدي وجوده إلى تحقق المسؤولية الدولية للدولة يعد منهجا غير واقعي يؤدي إلى نتائج غير مقبولة وتحليل غير حقيقي[2].

وقد انتهى هذا الاتجاه إلى أن : القانون الدولي يتضمن قواعد قانونية تتعلق بتنفيذ العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية، وذلك على الرغم من أن هذه العقود يمكن أن يحكمها القانون الداخلي، فالدولة المتعاقدة لا تتمتع بأية سلطة تقديرية في مواجهة القانون الدولي، يكون من شأنها منحها الحق في تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد[3].

كما أن عدم احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية، يمكن أن يؤدي إلى تحريك مسئوليتها الدولية في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي المتعاقد معها، ولكن لا يفهم من ذلك أن عدم تنفيذ أي عقد من قبل الدولة يشكل مخافة في مفهوم القانون الدولي، فتأكيد وجود قواعد في القانون الدولي العام متصلة بالعقود، لا يعني تحديد محتوى هذه العقود ومضمونها[4].

---

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 577.

- Weil prosper, Problems Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et un Particulier, Op.Cit, p 142.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص ص 163–164.

[3]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 578.

[4]- Weil prosper, Problems Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et un Particulier, Op.Cit, p 141.

ويضيف الأستاذ **Prosper weil** أن تحديد الحالات التي يعد عدم تنفيذ الدولة فيها لالتزامها التعاقدي سببا في تحقيق مسؤوليتها الدولية يتوقف على مضمون قواعد القانون الدولي الواجبة الإعمال، والتي تختلف تبعا للأحوال ويتعين الأخذ بعين الاعتبار الإجراء الذي قامت الدولة باتخاذه غن كان يتسم بالطابع التجاري أم يتسم بالطابع السيادي، وأهداف هذا الإجراء وهل قصد منه تغيير هياكل الدولة وأنظمتها أو تحقيق أهداف أخرى وأيضا طبيعة هذا الإجراء هل يعد من التصرفات العامة أم الخاصة، وكقاعدة عامة فإنه يمكن القول بأن عدم التنفيذ للعقد يعد مخالفا للقانون الدولي إذا جاوز التصرف هذا الحد.

فعدم التنفيذ قد يشكل أو لا يشكل تصرف غير مشروع دوليا لما إذا كانت جسامته تقع أدنى أو اعلي من هذا الحد، فالتنفيذ هذا الحد يعد تصرفا تعسفيا ويتم تحديد هذه الفكرة الأخيرة داخل الإطار العقدي والذي لا علاقة له بتصرف غير مشروع خارج هذا الإطار، ومن هنا تظهر فكرة استقلالية المسئولية التعاقدية في القانون الدولي، فالمسئولية العقدية للدولة تتمتع بذاتية تفصل بينها وبين المسئولية غير العقدية، وهذا يعني أن الدولة المتعاقدة تنعقد مسئوليتها العقدية لمجرد إخلالها بالالتزام التعاقدي، وبصرف النظر عن وجود أي خطأ تقصيري وقع من جانبها، وذلك بالنسبة للعقود التي تم تدويلها، كما أن المسئولية العقدية للدولة مسؤولية مستقلة عن كل مباحث القانون الدولي، فقواعد القانون الدولي التي تتعلق بالعقود ليست هي ذات القواعد التي تنظم مباحث أخرى تقليدية في هذا القانون ولا سيما المعاهدات الدولية[1].

وفي تقدير ونقد هذا الاتجاه التوفيقي والوسطي الذي يرى أن المساس بالعقد قد يشكل أو قد لا يشكل عملا غير مشروع دوليا كأساس للمسئولية الدولية، ترى الدكتورة حفيظة السيد الحداد أن هذا الاتجاه خيالي أكثر منه واقعي، حيث وصفه بعض الفقه بأنه مجرد رأي فقهي، حيث أن القول بأن: عدم تنفيذ العقد الذي تم تدويله، يشكل عمل مخالف للقانون الدولي العام تترتب عليه المسؤولية الدولية للدولة التي قامت بعدم التنفيذ في مواجهة الدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي المتعاقد معها، وان العقد الذي تم تدويله يضع قواعد دولية يفرض على الدولة احترامها وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية، يعد قول مخالف لحقائق القانون الوضعي، إذ انه من الثابت عدم قيام أي دولة من الدول بتحريك المسئولية الدولية لدولة أخرى استنادا إلى أن عقد تم تدويله قد مست أحكامه من قبل الدول المتعاقدة، وبالتالي هذا الاتجاه الذي يبني مسئولية الدولة على مجرد المساس بهذا العقد المدول **internationalisé** هو اتجاه غير موجود لا في القانون الدولي الاتفاقي ولا في القضاء الدولي[2].

ولعل كذلك من المناسب في هذا الصدد، الإشارة إلى أنه من النادر جداً أن تتعهد الدولة في المعاهدة الدولية المبرمة بينها وبين الدولة التي يتبعها الطرف الخاص المتعاقد معها، على الاحترام الكامل للنصوص

– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مرجع سبق ذكره، ص 164.

– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 578.

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 579–580.

[2]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص580.

التي تتضمنها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ **Denis Bettems** إلى انه من بين المعاهدات العديدة التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مع دول العالم، فإن خمس معاهدات فقط وهي المعاهدات المبرمة بينها وبين بنجلاديش ومصر وهايتي والسنيغال وزائيير تنص على أن المصادرة يجب أن لا تمس أي نص محدد أو تخل بأي توازن تعاقدي في اتفاقات الاستثمار المبرمة بين الشركة أو أي طرف وطني والطرف الذي قام باتخاذ المصادرة[1].

فالدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي عندما تتدخل لحمايته وفقا لمبادئ المسئولية، تستعمل حقها الخالص في ضرورة احترام قواعد القانون الدولي في مواجهة تابيعها، وهي عندما تسلك ذلك المسلك تشير إلى الالتزامات الواقعة على عاتق الدولة المتسببة في الضرر والتي يفرضها عليها القانون الدولي الاتفاقي أو العرفي[2].

فضلاً عن معرفة القانون الواجب التطبيق عليها كمسألة أولية لازمة للفصل في منازعاتها، مهما كانت الألية المتبعة في فضها سواء ودية أو غير ودية وسواء قضائية أو غير قضائية في ظل التباين والتضارب في مصلحة المتعاقدين، مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار الراغبة في توطين العقد وإخضاعه للقانون الوطني ومصلحة المستثمر الأجنبي في سلخ العقد من القانون الوطني للدولة المضيفة المتعاقدة ومحاولة تدويله.

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يوجد في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مبدأ هام يعرف بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، والذي يعتبر من المسائل التي تحول دون إبرامها في حالة فشل الاتفاق بين الدولة والمستثمر الأجنبي على القانون الواجب التطبيق أثناء مرحلة المفاوضات، وتلعب الإرادة دوراً كبيراً في تكريس هذا المبدأ من خلال ما يعرف بقانون الإرادة مما يطرح إشكالية إعمال ذلك على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وموقف الفقه والقضاء والتشريع الوطني وكذا الاتفاقيات الدولية منه وما مدى حرية الأطراف في اختياره والوقت الذي يتم فيه هذا الاختيار؟

وأمام إصرار الشركات الاستثمارية الكبرى لاسيما الشركات المتعددة الجنسيات في تقييد والحد من هذا المبدأ خوفاً من إضرار القانون الوطني المختار في العقد والذي تتمسك به الدول المضيفة للاستثمار في أغلب الأحيان، حفاظاً على سيادتها، فقد حاول الطرف المستثمر تضمين جل عقود الاستثمار الأجنبي بشرط تثبيت القانون الوطني المختار في الزمان، بحيث لا تسري تعديلاته التشريعية اللاحقة على حكم عقودهم أو القيام بإدماج هذا القانون المختار في العقد، ويصبح قانون الإرادة جزءاً من العقد ويفقد قيمته كقانون، وكذلك في جعل القانون المختار احتياطيا بإدعاء الكفاية الذاتية للعقد المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار

[1] - Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, op.cit, p230.
[2]- Bettems, Denis, The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, op.cit, p 258.

والمستثمر الأجنبي بحيث يقتصر دور القانون المختار على سد النقائص فقط دون أن تكون له القدرة على سحب القوة الملزمة للعقد.

وفي حالة عدم اتفاق الأفراد على القانون الواجب التطبيق وتمسك كل طرف منهم بقانونه الوطني سواء من الدولة المضيفة للاستثمار لاعتبارات السيادة والمصلحة العامة أو المستثمر الأجنبي المتعاقد معها الذي يحرص على إخضاع هذه العقود لمبادئ لقانون الدولي العام، أو لقواعد التجارة الدولية، كما أن سكوت الأطراف في العقد على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، يدفع القاضي أو المحكم بالبحث على الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وإن تعذر عليه ذلك أي عدم وجود للإرادة الصريحة أو الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق المطبق على العقد فإن تحديد هذا القانون يكون من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

وتطبيقاً لذلك سوف نتناول في هذا المبحث: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، حيث يختص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر **(المطلب الأول)** ثم حالة عدم اختيار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الواجب التطبيق **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

تعتبر عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقود دولية لتوافرها على عنصر الأجنبي في العلاقة العقدية وهو المستثمر الأجنبي سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً من جهة والدولة أو أحد الأشخاص التابعة لها من جهة أخرى.

ومن المتفق عليه في إطار القانون الدولي الخاص أن أطراف العقد الدولي لهم حرية اختيار القانون الناظم لعقدهم وهو ما يطلق عليه قانون الإرادة[1]، فما مدى إعمال هذه القاعدة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر؟ **(الفرع الأول)** وما هي الاختيارات المتاحة لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق؟ **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأهم القيود الواردة عليه

ما دام للإرادة سلطان في حل مشكل تنازع القوانين المثار حول العقود الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، فهذا يدفعنا إلى التساؤل عن المقصود بهذا القانون ومعالمه، حيث كرست غالبية التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية الناظمة للعلاقات الدولية الخاصة وتلك المتعلقة بالتحكيم قاعدة قانون الإرادة، والتي تقرر بصفة عامة حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها، وهذا ما يطرح إشكالية إعمال قانون الإرادة في عقود الاستثمار الأجنبي ومدى ملائمته باعتبارها من العقود الدولية، وكذا تحديد هذه الإرادة وما تثيره من تساؤلات فيما يخص الإرادة الصريحة والضمنية، والوقت الذي يتم اختيار فيه هذا القانون الواجب التطبيق، وكذا مدى قدرة هذه الإرادة في اختيار

[1]- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 122.

قانون العقد الذي تراه مناسباً، إضافة إلى مدى التزام المحكم أو القاضي بتطبيق هذا القانون المختار وكل هذه المسائل سوف نناقشها فيما يلي:

أولاً: مفهوم فكرة قانون الإرادة ومعالمها

يقصد بفكرة قانون الإرادة في العقود الدولية، "سلطة الأفراد في تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، حيث يرى جانب من الفقه أن قاعدة قانون الإرادة تشكل ضابط إسناد في العقود الدولية ومنها عقود الاستثمار الأجنبي من حيث الموضوع للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً[1]، في حين يذهب الفقه الحديث إلى اعتبار قاعدة قانون الإرادة في العقود الدولية هي بمثابة قاعدة مادية موضوعية، **Regle Matérielle)** تطبق مباشر على منازعات العقود، ولا تعتبر قاعدة إسناد **(Regle de Rattachement)** وفي جميع الحالات فهي تشكل قاعدة من قواعد تنازع القوانين[2].

ورغم أن مبدأ سلطان الإرادة **(Le Principe de l'autonomie de la volonté)** يعني قدرة الإرادة الذاتية على خلق القواعد التي تحكمها فهو مبدأ قديم عرف عند الفلاسفة والفقهاء القانونيين[3]، كالفقيه الفرنسي" ديمولان" في القرن السادس عشر بمناسبة فتواه الشهيرة في قضية الزوجين" دوجاني" حيث اعتبر أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون الموطن الأول للزوجية، مبررا ذلك بقوله أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون[4]، إلا أن هذه الفكرة تطورت وأصبحت مبدأ قانوني وعالمي في العقود الداخلية والدولية، خاصة في القرن التاسع عشر تزامناً مع ازدهار المذهب الفردي الذي تقلص بعد تغير العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية، بسبب تقييده تشريعياً وقضائياً نتيجة التفاوت في المراكز للمتعاقدين، وحماية صالح الجماعة، ثم عاد مبدأ سلطان الإرادة من جديد في بداية القرن العشرين نتيجة سيطرة السياسة الاقتصادية الجديدة المتمثلة في حرية السوق والخوصصة والعولمة وتأكيداً لمبدأ الحرية التعاقدية وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[5].

ثانياً: تكريس قانون الإرادة في العلاقة العقدية الدولية

كرست معظم التشريعات الوطنية وكذلك الاتفاقيات الدولية الناظمة للعلاقات العقدية الدولية الخاصة والعقود الدولية وتلك المتعلقة بالتحكيم قانون الإرادة كما نلمس ذلك أيضاً في الكثير من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فبخصوص المشرع الجزائري فقد أقر هذا المبدأ في المادة 18- فقرة 1 من القانون المدني

---

[1]- محمد الروبي، عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 218.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين قانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقاديه، دار النضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 39.

[3]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالدول العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين،، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ط 1، 2000، ص 271.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 363.

[5]- محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 124.

الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم:05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والتي نصت على أنه:"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"[1]، وكذلك ما نصت عليه المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي يختاره الأطراف..."[2].

وبالنسبة للتطبيقات العملية في مجال القانون المختار نجد المادة 08 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراس كوم تليكوم تنص على أنه:" يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"[3].

وبخصوص التشريع المصري في المادة 19 من القانون المدني المصري فقد أقر هذا المبدأ على غرار المشرع السوري في المادة 20-1 من القانون المدني السوري والأردني في القانون المدني لعام 1937 والإسباني في المادة 10-5 من القانون المدني الإسباني لعام 1974 والسويسري في المادة 116-1 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 حيث نصت هذه الأخيرة على أنه:" يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف.."، والمادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي نصت على أنه: يفصل المحكم في المنازعة وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأفراد[4].

كما تناولت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية مسألة حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء تلك الناظمة للتحكيم التجاري الدولي أو المتعلقة بمنازعات الاستثمار، منها: المادة 1/33 من قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أن " تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي يعينه الطرفان"[5]، كذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى بقولها: " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد التي يتفق عليها أطراف المنازعة ..." ومن ثم فإرادة الأطراف هي التي تعين القانون أو القواعد القانونية الأخرى كالأعراف وأحكام المعاهدات أو المبادئ العامة للقانون الذي يلتزم المحكم أو القاضي بتطبيقه أو تطبيقها[6].

---

[1]- المادة 18 من القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20-06-2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 62-09-1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 44 المؤرخة في 20 يونيو 2005، ص 19.

[2]- المادة 1050 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 08 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية وبين شركة أوراس كوم تيليكوم والمصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 01-416 المؤرخة في 20-12-2001، ج.ج.ج.د.ش، ع: 80 المؤرخة في 26-12-2001.

[4]- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 125-126، وبشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 117.

[5]- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 101.

[6]- المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

كما انه وبالرجوع إلى نص الاتفاقية (المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن) نجدها لم توضح إلى أي مدى يمكن للأطراف استخدام الحرية الممنوحة لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي باعتباره من عقود الدولة ، وفي هذا الصدد اختلف الفقه فقد ذهب جانب من الفقه إلى استخدام النص لتعبير "**قواعد القانون**" بدلا من تعبير "**القانون**" يدل على رغبة واضعي الاتفاقية في الاعتراف للأطراف بالحرية الكاملة في تحديد القواعد الواجبة التطبيق، بحيث يجوز لهم أيضاً اختيار القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة في القوانين الوطنية، في حين ذهب جانب أخر من الفقه أن المراد من عبارة "**قواعد قانونية**" هو ضرورة التزام قضاء المحكمة بالقانون المختار من طرف الأطراف سواء كان قانون الدولة الطرف في عقد الاستثمار، أو أي قانون أخر.

أما موقف المشرع الجزائري فهو صريح في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً **بقواعد القانون** الذي يختاره الأطراف..."، وهو نفس الموقف للمشرع المصري في قانون التحكيم رقم 27 لعام 1994 حيث نصت المادة 39 الفقرة 1 منه:" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، أيضاً ما جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1496 من القانون الفرنسي للتحكيم الدولي وكذلك المشرع السويسري في المادة 187 من القانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص[1].

كما نصت المادة 18 فقرة الأولى من القانون المدني والتي أكدت على وجوب أن تكون صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو بينه وبين العقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك فيطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة إمكان ذلك يطبق قانون محل الإبرام مع استثناء العقود الدولية المتعلقة بالعقارات من قانون الإرادة وإخضاعها لقانون موقع العقار[2]، حيث أنه قبل تعديل المادة 18 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كان هذا النص مطلقاً غير مقيد بأي قيد، مما يفيد بأنه ترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما حتى ولو لم يكن له صلة بالعقد، تماشياً مع ما تستوجبه متطلبات التجارة الدولية[3]، وإن كان الأمر يخص العقود الدولية في إطار القانون الدولي الخاص والتي تكون الدولة فيها في مرتبة الأفراد.

---

[1]- يوسف سليمان عبد الرحمان حداد، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، بحث مقدم في المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية في الفترة من 26 إلى 27 أوت 2014 المنعقد في صلالة عمان، الكويت، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، ص ص 7-8، والمنشور على الرابط www.gcccac.org/ar/training-programmes، تاريخ التصفح: 2016/12/26 على الساعة: 14:02 زوالا.

[2]- المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[3]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الحادية عشرة، 2009، ص 307.

ولقد تبني المشرع الجزائري لموقف آخر في المادة 1050 السالفة الذكر والتي تخص العقود المبرمة بين الدولة بوصفها دولة كشخص من أشخاص المجتمع الدولي والأشخاص الأجنبية، حيث عمل المشرع على توسيع القانون المختار بدليل استعماله عبارة قواعد القانون، أي عدم تقييده لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب القواعد القانونية التي تنتمي لقانون معين مع الالتزام بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية المختارة دون قواعد الإسناد التي تتضمنها تلك القواعد القانونية الموضوعية المختارة، هذا إذا لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة.

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 21 جويلية 1950 على أن: "كل عقد دولي يخضع بالضرورة لقانون دولة معينة"[1]، وغيرها من الأحكام القضائية التي جاءت تؤكد على دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة بصفة عامة وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة باعتبارها من العقود الدولية.

ونخلص مما سبق أن التشريعات الوطنية والدولية وكذا الفقه والقضاء كرست قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق عل العقود بصفة عامة والدولية بصفة خاصة ومنها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مع تباينها من حيث صلة هذا القانون أو عدم صلته بالعقد من جهة والاختلاف في عبارة "قواعد القانون" والقانون" من جهة أخرى.

ثالثاً: عملية تحديد قانون الإرادة في عقود الاستثمار

يستطيع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي اختيار قانونا معينا للتطبيق على عقدهم، كالقانون الوطني مثلا، و يختار هذا القانون في الغالب لأنه هو قانون محل الإبرام وقانون دولة التنفيذ، كما أنه يعتبر أكثر قانون له صلة جوهرية بالعقد ما دام الدولة طرفا في هذا العقد؛ وعليه فإن القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو الذي يطبق على عقد الاستثمار متى اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى ذلك.

أما إذا لم يعبروا صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الذي يحكم العقد فيتعين على القاضي استجلاء إرادتهم الضمنية من خلال ظروف العقد، فلو اختار المتعاقدان تطبيق بنود عقد نموذجي وضعته دولة ما، دل ذلك على أنهما قصدا تطبيق ذلك القانون، ويمكن أيضا استخلاص هذه الإرادة الضمنية من خلال اللغة المستعملة في إبرام العقد أو تحديد نوع العملة التي يتم الوفاء بها أو تحديد مكان تنفيذ الالتزام[2].

ونظراً لأهمية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ومن ثمة عقود الاستثمار، فقد نص مجمع القانون الدولي في إحدى دوراته المنعقدة بأوسلو عام 1977،على ضرورة أن يحددا أطراف العقد الدولي صراحة القانون الواجب التطبيق، وكذلك ما نصت عليه المادة الرابعة فقرة الأولى من قراره الصادر

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 117.

[2]– مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مداخلة منشورة على الموقع الإلكتروني: manifest.univ-ouargla.dz تاريخ التصفح:21-12-2016، الساعة 10:20 صباحاً.

بخصوص عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية الخاصة في دورة أثينا عام 1979، حيث نصت على أنه: "**من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقوده**"([1]).

وفي دراسات سابقة للعديد من نماذج العقود الدولية، وجد أنها تحتوي على بندين: الأول، يحدد فيه أطراف العقد الدولي، الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الالتزامات التعاقدية، وهذا هو شرط الاختصاص القضائي، أما الثاني والذي يحدد فيه الأطراف، القانون الواجب التطبيق على عقدهم، هو ما يعرف شرط الاختصاص التشريعي **(clause de la compétence législative)**[(2)].

غير أنه إذا كان هناك إهمال في التحديد الصريح لقانون العقد، الذي اختلف بشأنه الفقه حول علاقة القانون المختار بالدولة التي اختير قانونها حتى تكون له القيمة والفعالية، ولو أن هذا الأمر لا يعتد به في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كما أسلفنا وذلك ما نصت المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، وفي هذا الإطار دائماً ينبغي عدم تجاهل الإرادة الضمنية أو ما يعرف بالتعبير الضمني عن الإرادة أي نية الأطراف المتعاقدة التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد لتحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المحكم أو القاضي[(3)].

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً متى كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير لا يكشف بذاته عن الإرادة، ولكنه مع ذلك يدل عن هذه الإرادة الضمنية، ويكون من السهل استخلاصه منها[(4)]، وفي هذا المجال أوضح كل من الفقه والقضاء والتحكيم أن هناك عدة قرائن لدلالة على الإرادة الضمنية بشان القانون الواجب التطبيق ومنها على سبيل المثال: قانون إبرام العقد ومكان تنفيذه أو قانون الدولة التي بها مقر التحكيم التي أختارها الأطراف، أو قانون الدولة التي تتبعها لغة المحرر بالعقد[(5)]، كما أن الإرادة الضمنية يمكن أن تستخلص من شروط العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه[(6)].

نخلص مما سبق أن التعبير عن الإرادة بشأن القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة، يكون صريحاً أو ضمنياً، مع العلم أن التعبير عن الإرادة الصريح أو

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2008، ص 347.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية– القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2001، ص ص 189–190.

[3]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية– القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، مرجع سابق، ص ص 193–194.

[4]– محمد الروبي، عقود البوت، مرجع سبق ذكره، ص 223.

[5]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سابق، ص 351.

[6]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2005، ص 275.

الضمني هو موجود في مجال العقود الداخلية وبالضبط في نظرية الالتزام، في إطار ما يعرف بمبدأ الرضائية في العقد.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالتعبير الصريح والضمني للإرادة في العقد كمصدر من مصادر الالتزام، وذلك في المادة 60 من القانون المدني الجزائري[1]، أما بخصوص التعبير الضمني في العقود الدولية فالمشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني سواء قبل التعديل أو بعد التعديل لم يشير إليها وأكد على الاختيار الصريح، بعكس بعض المشرعين العرب كالمشرع السوري والمصري والكويتي والأردني الذي اعتد بالإرادة الضمنية فمثلاً في القانون السوري نجد عبارة:" هذا ما لم يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"[2].

وبالتالي فعملية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي من طرف المتعاقدان لا تثير أية صعوبة في حالة التعبير الصريح عن الإرادة أي في حالة اتفاق الأطراف وإعلانهما الصريح على القانون الواجب التطبيق، لكن الإشكالية تكون في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، أي لا يوجد اختيار صريح للقانون، فهل في هذه الحالة يتصدى المحكم أو القاضي للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها لقانون أوثق صلة بهذه الرابطة؟ أم يجب عليه استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال الظروف الدائرة بالعقد ومن ثم الأخذ بها في تحديد القانون الواجب التطبيق؟[3].

ولقد انقسم الفقه بشأن الإرادة الضمنية حيث ذهب البعض إلى ضرورة الاعتداء بالإرادة الصريحة في العقود الدولية، دون الضمنية، وفي حالة عدم الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق فعلى القاضي أو المحكم أن لا يبحث في الإرادة الضمنية بل لبدا عليه أن يعمل على تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأوثق صلة بها، وهو ما يعرف بنظرية التركيز، غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد فعدم الاعتداد بالإرادة الضمنية وإلحاقها بالغرض الخاص بعدم اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق أمر يناهض المنطق الصحيح، لما يؤدي إلى إلغاء قاعدة الإسناد المتمثلة في قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة[4].

ولذلك ظهر اتجاه فقهي كبير مؤيد لفكرة الاختيار الضمني لقانون الإرادة، والذي يذهب إلى التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، بحيث يتعين على القاضي أو المحكم في حالة تخلف الإرادة الصريحة للمتعاقدين البحث عن إرادتهم الضمنية، شريطة أن يتم ذلك من خلال قرائن مؤكدة تدل على وجود هذه الإرادة[5].

---

[1]- المادة 60 من الأمر 54/75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

[2]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مرجع سبق ذكره، ص 309.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 106.

[4]- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، مرجع سبق ذكره، ص 493.

[5]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 107.

وبالإضافة إلى التشريعات التي قامت بالتسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية نجد الاتفاقيات الدولية التي نصت على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية عند تخلف الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد ومن ذلك اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة الثالثة الفقرة الأولى والتي نصت على أنه:" يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب ان يكون هذا الاختيار صريحاً أو يستخلص بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف التعاقد"، ولهذا فإن تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية، فلا يمكن للمحكم أو القاضي افتراض إرادة أخرى وهو ما عرف بالإرادة المفترضة[1]، التي هي مجرد وهم ومجاز يخالف الحقيقة كما يقول الدكتور طه علي أحمد قاسم في مؤلفه: " تسوية المنازعة الاقتصادية"، ولهذا يجرى القضاء الحديث في حالة تخلف الإرادة الضمنية على القيام بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها على هذا النحو إلى القانون السائد في مركز الثقل هذه الرابطة، ما لم يكن المشرع قد تولى بنفسه هذا التركيز من خلال دلائل محددة، وهذه النظرية الموضوعية تختلف عن النظرية الشخصية التي نادى بها الفقيه **vedross** ، حيث تخول هذه الأخيرة القاضي أو المحكم إعمال نظرية الإرادة المفترضة، بعكس النظرية الموضوعية والتي تبناها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الجزئية الخاصة بالنظام القانوني الواجب التطبيق على النزاع والذي هو محل تسوية أمام محاكم هذا المركز[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن نجدها نصت على القانون الواجب التطبيق الذي يتفق عليه أطراف المنازعة، دون تحديد هذا الاختيار، فيستوي أن يكون صريحاً أو ضمنياً، مما يتعين على المحكم أو القاضي تطبيق القانون المختار صراحتاً أو ضمناً ، مما يطرح معه إشكالية مدى التزام المحكم أو القاضي بالقانون المختار[3].

رابعاً: مدى التزام المحكم أو القاضي بالقانون المختار صراحة أو ضمنا

القاعدة العامة أن القاضي ملزم بتطبيق القانون المختار، غير أنه في هذا الإطار ظهر اتجاهين فقهيين: اتجاه فقهي يجيز للقاضي عدم تطبيق القانون المختار إذا كانت لا تربطه أية صلة بالعقد أي في حالة الاختيار الخاطئ الذي يجب على القاضي أن لا يباركه وعلى نقيض من ذلك اتجاه أخر يلزم القاضي بتطبيق القانون المختار، ولا يجوز له أن يمتنع عن ذلك بدفعه بعدم وجود صلة بين القانون المختار والعقد بل يكفي وجود مصلحة محققة للأطراف في اختيار هذا القانون لحكم عقدهم التي تتوافق مع مصلحة التجارة الدولية.

وتجدر الإشارة أن اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في 19 يونيو، أخذت بالاتجاه الثاني، وكذلك تباينت مواقف القضاء والتشريعات الوطنية

---

[1]– مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، مرجع سبق ذكره، ص 108.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[3]– تنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ما يلي: " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها أطراف المنازعة..."

بخصوص إشكالية صلة القانون المختار بالعقد فمثلاً نجد القضاء الإنجليزي والألماني يشترط توافر صلة حقيقية في العقد والقانون المختار[1].

وبالرجوع إلى الكثير من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، نجد أغلبها تتعلق بالتنمية الصناعية والاقتصادية للدولة المضيفة وعادة ما تشير صراحة إلى تطبيق القانون الوطني لاعتبارات المصلحة والسيادة[2]، سواء في حالة حلها عن طريق القضاء أو التحكيم، غير أن سلطة القاضي في تطبيق القانون المختار الصريح أو الضمني مقيدة في إطار ما يعرف في قواعد القانون الدولي بالنظام العام الدولي للدولة والغش نحو القانون، فالقاضي يجوز له أن يمتنع عن تطبيق القانون المختار إذا تبين له أن هذا القانون يتعارض مع النظام العام للدولة أو في حالة وجود غش أو تحايل نحو القانون بناءاً عنهما[3]، كذلك إذا اتضح للقاضي سكوت القانون الواجب التطبيق على إعطاء حل صريح للنزاع المطروح أمامه، بمعنى لا توجد قواعد إسناد لحل التنازع في القانون الأجنبي المختار فحينئذً يطبق القانون الوطني[4].

أما المحكم فيلتزم هو الأخر بالقانون الواجب التطبيق في إطار احترام مبدأ سلطان الإرادة ومن ثمة عليه بتطبيق القانون المختار على العقد المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، وإذا قام المحكم باستبعاد تطبيق القانون المختار فيكون حكم التحكيم الصادر في النزاع محل طعن بالبطلان لتجاوز المحكم سلطته في تطبيق القانون المختار، غير أن الكثير من أحكام التحكيم الصادرة في عدة قضايا استبعدت تطبيق القانون المختار وذلك في حالة إهدار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي على النص على صراحة على القانون الواجب التطبيق، وعدم إعطاء هيئة التحكيم أي اهتمام للإرادة الضمنية والبحث فيها

---

[1]- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، مرجع سبق ذكره، ص ص 482-485.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 92.

[3]- تجدر الإشارة في هذا الصدد أن حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختار من طرف القضاء الوطني وتطبيق القانون الوطني هناك حالات خاصة كحالة النظام العام والغش نحو القانون والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 24 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وأشار إلى تطبيق القانون الوطني إذا ما كان هذا القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام والآداب العامة للمجتمع الجزائري، حيث جاء فيها:"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون
يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"، كما أن هناك حالات خاصة يتم فيها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختار في العلاقات الدولية الخاصة ذات العنصر الأجنبي وهي حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لدولة غير معترف بسيادتها واستبعاد لحماية المصلحة الوطنية وحالة تعارض القانون المختار الأجنبي مع معاهدة دولية مصادق عليها وحالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي عند دفع بعدم دستوريته. لمزيد من التفاصيل انظر:- الأستاذ دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص لحكم النزاع الأجنبي أمام القضاء الجزائري، جامعة بشار، مقال منشور على شبكة الانترنيت، عبر الرابط الآتي: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/ ، قسم القانون الدولي الخاص، تاريخ التصفح:27-12-2016، على الساعة 13:38 صباحاً.

[4]- دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص لحكم النزاع الأجنبي أمام القضاء الجزائري، مرجع سابق.

ومن هذه الأحكام التحكيمية والقضايا التي استبعدت تطبيق القانون المختار الصريح أو الضمني نذكر على سبيل المثال: قضية الحكومة السوفيتية ضد شركة **cold fields** حيث نصت المادة 75 من العقد المبرم بين روسيا والشركة الإنجليزية على تطبيق القانون الروسي في حالة النزاع، لكن محكمة التحكيم استبعدت تطبيق القانون الروسي بالرغم من نص صراحة على تطبيق القانون الروسي متحججة بأن القانون الروسي يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط، وماعدا ذلك يخضع للمبادئ العامة للقانون[1].

<u>الفرع الثاني:</u> الاختيارات المتاحة لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر

من المتفق عليه فقهاً وتشريعا وقضاء أن المتعاقدين في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر باعتباره من العقود الدولية لهم حق في اختيار القانون الواجب الذي يحكم العلاقة العقدية بينهما، والذي هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ على عقدهما سواء أمام القضاء أو هيئة التحكيم، وقد اعترفت بهذا الحق كما سبقت الإشارة إليه مختلف التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية، مع تقرير بعض القيود عليه وذلك للحد من حرية المتعاقدين في اختيار هذا القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وانقسم الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر فهناك من قرر الحرية المطلقة لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وما قد ينتج عنه من منازعات وبدون قيود (فيمكنهم اختيار قانون دولة أحد أطراف العلاقة العقدية، أو قانون دولة ثالثة لا يوجد بينه وبين العلاقة العقدية أية صلة) وهم أصحاب النظرية الشخصية[2].

وعلى نقيض من ذلك نجد جانب من الفقه يقيد حرية أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك بإلزام أطراف عقد الاستثمار الأجنبي بتركيز عناصر علاقاتهم التعاقدية من حيث الموضوع بقانون له صلة بالعقد ذاته أو قيام القضاء أو التحكيم عند سكوت الإرادة عن تعيين القانون الواجب التطبيق وتعذر استنباط الإرادة الضمنية بالتركيز الموضوعي للرابطة العقدية وإسنادها للقانون السائد في مركز ثقل هذه الرابطة العقدية، وهم أصحاب النظرية الموضوعية، وهذه الأخيرة تبناها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخصوص القانون الواجب التطبيق على النزاع في اتفاقية واشنطن[3].

وبخصوص اتفاقية واشنطن فيما يخص مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع نجدها منحتّ أطراف عقود الاستثمار حرية واسعة في تحديد هذا القانون سواء بخصوص موضوع العقد أو بخصوص القانون الواجب التطبيق على إجراءات تسوية النزاع أمام محكمة التحكيم، وبالتالي فلهم الحرية الكاملة في تحديد القانون الإجرائي المناسب والذي يطبق على المنازعات التي تثار بينهم والتي يتم

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو حامد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 348.

[2]– حسين احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 173.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 173.

عرضها على محكمة التحكيم في إطار نصوص الاتفاقية، وفي حالة عدم وجود نقص في القانون الإجرائي المختار يتم اللجوء لنصوص الفصل الثالث من الباب الرابع من الاتفاقية ووفقاً لقواعد التحكيم النافذة في تاريخ قبول الأطراف للتحكيم[1].

وفيما يخص القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فقد ألزمت المادة 42 الفقرة 1 من اتفاقية واشنطن محكمة التحكيم التابعة للمركز بالفصل في النزاع وفقاً للقانون الذي تم الاتفاق عليه بين أطراف العقد، دون تحديد إن كان ذلك صراحتاً أو ضمناً مما ترتب عليه عدم إجماع الفقه بخصوص هذه المسألة إلى غاية صدور أحكام التحكيم بخصوص هذا الموضوع والتي اعتمدت التعبير الصريح أو الضمني، وفي حالة عدم الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق[2].

وعليه يستوجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً وواضحا وذلك بإدراج بند في العقد يحدد القانون الواجب التطبيق وفق الاختيارات المتاحة أمام أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، خصوصاً وأن هذا الأخير، ذا طبيعة مختلطة يجمع مابين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، إضافة إلى المصالح المتناقضة المتمثلة في مصلحة الدولة المضيفة من جهة الراغبة في تحقيق التنمية ومصلحة المستثمر الأجنبي الباحث عن الربح.

وعلى هذا الأساس وجدت عدة خيارات متاحة أمام أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال اختيار الأنظمة القانونية الواجبة تطبيق على عقدهم وتتمثل هذه الخيارات، في اختيار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لأحد القوانين الداخلية، وفي هذا الإطار نجد مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا عام 1979 والمخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدول أخرى أصدر توصية بشأن هذه العقود حيث نصت المادة الثانية من هذه التوصية على أن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود ينحصر في الخيارات الآتية:

- القانون الوطني لدولة أو لعدة دول وقد يكون هذا القانون الوطني قانون احد الأطراف المتعاقدة أو قانون دولة من الغير أو قانون محايد أو قانون دولة مقر التحكيم.
- القانون الدولي العام.
- القانون التجاري الدولي.
- مزيج من هذه الأنظمة جميعاً[3].

---

[1]– حسين احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 181.

[2]– حسين احمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سابق، ص ص 182–186.

[3]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 172.

وجاءت هذه التوصية لتكرس مبدأ سلطان الإرادة شأنها شأن اتفاقية واشنطن وغيرها من الاتفاقيات الدولية الأخرى التي تناولت هي الأخرى مسألة الخيارات المتاحة في مجال القانون الواجب التطبيق لا سيما المادة 42 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965[1].

وبالتالي سوف نناقش هذه الخيارات وذلك في حالة الاتفاق على القانون الوطني الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً وسواء كان قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون دولة محايدة من طرف أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، أو أي قانون آخر(كقواعد قانون الدولي العام أو قانون التجارة الدولية أو قانون عبر الدولية) اتفق عليه أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الخاص، أي تلك العقود المبرمة بين الدول أو أحد الأشخاص التابعة لها و المستثمر الأجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي خاص، والتي تتشابه مع عقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب في ميدان الاستثمار.

وعلى هذا الأساس تظهر هذه الخيارات في حالة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق فيما يلي:

أولاً: ختيار الأطراف لأحد القوانين الداخلية (قانون دولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون دولة محايدة)

في هذه الحالة يختار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، صراحة أو ضمناً تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون دولة أخرى محايدة، وبالتالي يطبق هذا القانون على عقد الاستثمار متى اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى ذلك[2].

وفي هذا الإطار نميز بين ما تقتضيه الدول الغربية من ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون المختار، كأن يكون قانون جنسية أحدهما، أو قانون محل إبرام العقد أو قانون محل تنفيذه، أو قانون المحكمة أو مكان هيئة التحكيم والذي اتفقا أطراف عقد الاستثمار الأجنبي إحالة نزاعاتهم عليها، وهو نفس التوجه الذي تأخذ به غالبية الدول النامية على عكس بعض الدول الاشتراكية التي لا تشترط مثل هذه الصلة التي تبرر القانون المختار الواجب التطبيق، كما أن المقصود من تطبيق القانون المختار للدولة المضيفة للاستثمار سواء الصريح أو الضمني أو الذي له صلة مباشرة بالعقد أو الذي ليس له صلة بالعقد، هو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تعينه قواعد التنازع في قانون المختار، ويتم تطبيق القانون الذي تحيل إليه هذه القواعد[3].

ومن تطبيقات اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار، ما نصت عليه المادة 25 من العقد المبرم بين الحكومة السيرلانكية والشركة اليابانية **(ELECRICCO NIPPON)** لإنشاء محطة أرضية للاتصالات

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص 409.

[2]– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، الجزء الأول، مرجع سبق ذكره، ص 344.

[3]– عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2004، ص ص 61-245.

التجارية بالأقمار الصناعية والتي جاء فيها صراحتا :"تخضع المناقصة وما ينشأ عنها من عقود يحدد وفق القوانين السيرلانكية"[1].

وكذلك ما نصت عليه المادة السابعة الفقرة 7 من العقد المبرم بين شركة **(Mobi lOil Corporation and Mobil Petroleum Company)** والحكومة النيوزيلندية على أن يخضع هذا العقد للقانون النيوزيلندي، وبالتالي فاختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار كقانون واجب التطبيق قد يكون صريح، أو ضمني، حيث إذا لم يعبر أطراف العقد عن إيراداتهم الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم موضوع العقد، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم استنباط إرادتهم الضمنية إذا توافرت ثمة مؤشرات يستطيع من خلالها أن يستنتج هذه الإرادة[2].

وفي عقود الاستثمار فإن وجود الدولة طرفاً في العقد يجعل القانون الذي للعقد صلة جوهرية به هو قانونها الوطني، إذ يكاد يكون هذا أمراً لا مناص منه، فهو قانون دولة التنفيذ، كما أنه في الغالب الأعم قانون محل الإبرام وقانون موضوع العقد، وقد طبقت العديد من أحكام تحكيم منازعات عقود الاستثمار هذا الاتجاه، حيث ذهبت غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية رقم: 1526 عام 1968 المثارة بشأن عقد امتياز مبرم بين إحدى الدول الإفريقية والشركة البلجيكية إلى أنه:" في حالة الاختيار الصريح للأطراف ، فإن القانون الذي يطبق على العقد المتنازع عليه هو قانون الدولة المتعاقدة، على الرغم من العقد أبرم في بروكسل ومع أحد الرعايا البلجيكيين وبالرغم من صفته الدولية، فذلك العقد يخضع في موضوعه لقانون الدولة المتعاقدة، استناداً إلى إرادة الأطراف التي انصرفت إلى تطبيق هذا القانون زيادتا على أن هذا العقد يتوجب تنفيذه في إقليم هذه الدولة، كذلك ما صدر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية شركة **letco** ضد ليبيريا، حيث أشارت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون الليبيري وذلك استناداً لما ورد في ديباجة هذا الاتفاق والتي تبين أن الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الليبيري[3].

كذلك قضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وإحدى الشركات الأمريكية، وبالرغم من عدم تضمين العقد بند صريح يقضي بتطبيق القانون الجزائري، إلا أن محكمة التحكيم الدولية بباريس قامت بتطبيق القانون الجزائري باعتباره مكان إبرام وتنفيذ العقد[4].

نستنتج مما سبق أن أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع عقدهم وقد يكون هذا القانون قانون الدولة المضيفة للاستثمار بالإشارة إليه بصفة صريحة في عقد الاستثمار الأجنبي أو يستنبطه القاضي أو المحكم من ظروف وملابسات التعاقد أو من مؤشرات يستطيع من خلالها تحديد هذا القانون كجنسية أحدهما أو مكان الإبرام أو مكان

---

[1]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سبق ذكره، ص 207.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سبق ذكره، ص 121.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص 121–122.

[4]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 354.

تنفيذ العقد مع تبرير صلة القانون الواجب التطبيق المختار ضمنا أو صراحتا على العقد بالعقد ذاته، أو ما يعرف بالتركيز الموضوعي للعلاقة العقدية من طرف القاضي أو المحكم وفق النظرية الموضوعية والتي أخذت بها اتفاقية واشنطن في مجال القانون الواجب التطبيق.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 فقرة الأولى والتي تنص على أنه:"المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف، وعند غياب هذا الاتفاق فيكون للمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع شاملة قواعد تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي"[(1)].

وبالتالي ففي حالة الاتفاق الصريح على اختيار القانون الواجب التطبيق سواء كان قانون دولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي أو حتى قانون دولة ثالثة أو اختيار المبادئ العامة للقانون أو بعض القواعد السائدة في نظام قانوني معين، فهذا يطرح تساؤل عما إذا كان هذا الاختيار يشير إلى هذا القانون المختار وقت انعقاد العقد أو في الوقت الذي يكون عليه هذا القانون وقت انعقاد العملية التحكيمية، وقد أجابت عن ذلك أحكام التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية المنازعات حيث رأت أن شروط الثبات التشريعي هي شروط صحيحة وأن القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار هو القانون الموجود وقت انعقاد عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وليس وقت انعقاد العملية التحكيمية[(2)].

وتجدر الإشارة أن الفقه الذي يؤيد خضوع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الداخلي ويستبعد تطبيق قواعد القانون الدولي، وفكرة تدويل عقد الاستثمار الأجنبي، يرى ضرورة خضوع هذه الأخيرة لقانون الدولة المضيفة للاستثمار تماشياً مع المبادئ الأساسية للقانون الدولي للتنمية ومبدأ السيادة الذي تأخذ به معاهدة واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار والذي أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة، وذلك بنص على ذلك صراحة على هذا القانون الواجب التطبيق وفي غياب إرادة صريحة لأطراف العلاقة العقدية، تتمسك البلدان النامية بفرضية خضوع العقد للقانون الوطني وهذا ما تم التأكيد عليه في قضية أرامكو **ARAMCO** ، والتي سوف نشير إليها بالتفصيل في معرض حديثنا عن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة بناءا على تكييف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بأنها عقود إدارية، وهذا ما نتج عنه إشكالية عقد الاستثمار الأجنبي بين فكرة التدويل والتوطين([3]).

ولقد لجأت الجزائر إلى فكرة توطين عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، واعتبرت ذلك من أعمالها السيادية التي تمارسها على إقليمها، رافضة فكرة التدويل، حيث أنه بعد تأميم المحروقات سنة 1971، جاءت

---

[1]– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الازاريطة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 58.

[2]– جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 58.

[3]– عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 224–228.

النصوص المتعلقة بالنشاطات المنجمية تؤكد على تطبيق القانون الجزائري، ونصت عقود البترول على تطبيق القانون الجزائري بصفة صريحة بعبارة " أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري أو القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد هو القانون الساري المفعول في الجزائر "[1].

كذلك ما نصت عليه المادة 16 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار **ANDI** والشركة الجزائرية للاسمنت**ACC** من انه:" يقر الطرفان بأن الاتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"[2].

وعلى الرغم من أن قانون الدولة المضيفة للاستثمار هو النظام القانوني المختار والمتفق عليه ليحكم العقد، إلا أن الكثير من الأحكام التحكيمية الصادرة بشأن منازعات الاستثمار، أثبتت استبعاد تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار وذلك بالرغم من الاتفاق عليه كقانون واجب للتطبيق، مستندة على جملة من الحجج والمبررات أوردها المحكمون في هذا الشأن ومن بين هذه الحالات التي تم فيها استبعاد تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار: تخلف هذا القانون وعدم ملاءمته لمعاملات التجارة الدولية، حالة وجود نقص في قانون الدولة المصيفة للاستثمار، وحالة تعارض قانون الدولة المضيفة مع النظام العام الدولي[3].

ومن تطبيقات استبعاد قانون الدولة المضيفة للاستثمار بحجة عدم ملاءمة هذه القواعد لمعاملات التجارة الدولية من قبل هيئات التحكيم لاسيما العقود الاستثمارية الضخمة كعقود الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع البترول بحجة أن قوانين دول النامية لا تتضمن التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة أي وجود قصور تشريعي نظراً لطبيعتها الدينية كقوانين الدول الإسلامية، فإننا نجد ما جاء في تحكيم إمارة أبو ظبي وشركة **Petroleum Devlopment** إذ أنه رغم قناعة المحكمة من أن القانون الواجب تطبيقه على العقد هو قانون إمارة أبو ظبي باعتباره قانون محل الإبرام والتنفيذ، إلا أن المحكمة قامت باستبعاد هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية وطبقت القانون الإنجليزي باعتباره من قوانين الأمم المتمدينة[4].

وقد يبعد القانون الوطني بحجة وجود نقص فيه، حيث قامت الكثير من أحكام التحكيم باستبعاد القانون الوطني المختار من قبل أطراف عقود الاستثمار بحجة وجود نقص فيه ولجأت إلى تطبيق القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون لتكملة هذا النقص ومن هذه الأحكام نجد قضية الحكومة السوفياتية ضد شركة **Gold Fielas** أين استبعدت محكمة التحكيم تطبيق القانون الروسي على الكثير من جوانب العقد بالرغم من نص

---

[1]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 149.

[2]- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وشركة الاسمنت، الموقعة ب 30-10-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 72 الصادرة بتاريخ: 13-11-2004.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية خاصة مرجع سبق ذكره، ص 123.

[4]- محمد الروبي، عقود البوت، مرجع سبق ذكره، ص 254.

عليه في العقد بحجة أن هذا الأخير يحكم القواعد الخاصة بتنفيذ العقد داخل الإقليم الروسي فقط ولا يحكم الجوانب الأخرى[1].

كذلك قد يتم استبعاد القانون الوطني أي قانون الدولة المضيفة للاستثمار تحت ستار مخالفته للمبادئ العامة للقانون الدولي، واتجهت في هذا الإطار بعض هيئات التحكيم إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني أو قانون الدولة المضيفة للاستثمار لصالح أحكام القانون الدولي بحجة مخالفته وتعارضه مع المبادئ العامة للقانون الدولي ومع ما يعرف بفكرة النظام العام الدولي في عدة قضايا منها: قضية **(Aminoil)** ضد حكومة دولة الكويت فقد ورد في اتفاق التحكيم أن هيئة التحكيم ستقوم بتحديد القانون المطبق على موضوع النزاع بمراعاة صفة الأطراف والصفة عبر الدولية لعلاقاتهم ومبادئ القانون والعادات المرعية في العالم المتحضر، وطبقت هيئة التحكيم المبادئ العامة للقانون مستبعدتاً تطبيق القانون الكويتي بحجة أن بعض مبادئه تتعارض مع قواعد النظام العام الدولي[2].

<u>وتتلخص وقائع قضية **AMINOIL** فيما يلي:</u>

في سنة 1948 أبرم حاكم الكويت عقدا مع الشركة الأمريكية **AMINOIL** بمقتضاه تم منح هذه الشركة امتيازا للبحث عن البترول مدته ستون عاماً، وقد تضمن هذا العقد شرط ثبات يحول دون قيام الدولة بإجراء أي تعديل على العقد خلال مدة الستين عاماً، لكن نتيجة الذي عرفه النشاط البترولي، استعدت الحاجة إلى تعديل العقد فكان ذلك بموجب اتفاق لاحق مشترك بين الطرفين تم إبرامه في سنة 1961، وتضمن الاتفاق الملحق بالعقد الأصلي منه في المادة التاسعة شرط توفير المعاملة الأجدر.

إلا أنه في عام 1973 رفضت شركة **AMINOIL** تنفيذ الالتزامات الناجمة المتعلقة بنظام التسعير الجديد الذي وضعته منظمة الدول المصدرة للبترول آنذاك، ودخلت حكومة الكويت في مفاوضات لكنها باءت بالفشل، حينها قامت دولة الكويت بوضع يدها على جميع ممتلكات شركة **AMINOIL** الموجودة في الأراضي الكويتية، وأنهت الحكومة الكويتية عقد الامتياز البترولي بالقرار رقم: 124 لسنة 1977 الصادر في سبتمبر 1977 مقابل تعويض عادل ومناسب منح لشركة **AMINOIL** تم تحديده بواسطة لجنة خاصة شبه قضائية.

لكن شركة **AMINOIL** رفضت الدعوة الموجهة إليها للتعاون مع لجنة التعويض، ولجأت إلى تفعيل شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين حكومة الكويت، وكان هذا الشرط ينص على أن المحكم الثاني يتم اختياره بواسطة السلطات البريطانية في منطقة الخليج، حيث أن الكويت عند إبرام عقد الامتياز البترولي مع هذه الشركة الأمريكية سنة 1948 كانت خاضعة للانتداب البريطاني، ولقد رفضت الكويت إعمال شرط التحكيم الوارد في العقد وعرضت على الشركة عقد اتفاق تحكيم من مقتضاه يتم الفصل في

---

[1]– علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص 348.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية خاصة مرجع سبق ذكره، ص 128.

- Voir aussi: El- kosheri (A.S) and Riad (T.F) : The Law Governing a New Generation of Petroleum Algreement: Changes in the Arbitration Proces, ICSID, Rev, F.I.L.J, vol1, No 2, 1986, p 281.

المنازعة الناشئة بين الطرفين من خلال هيئة تحكيم حر **AD HOC** وهو ما تم فعلا في 23 يوليو 1979، اذ اتفق الطرفان على التحكيم يقوم كل طرف بتعيين محكم من جانبه ويتولى رئيس محكمة العدل الدولية تعين رئيسا لمحكمة التحكيم.

وقد خلصت هيئة التحكيم إلى عدة نتائج أهمها: "أن القانون الكويتي وإن كان هو الأكثر ارتباطا بالعقدً ببعض نقاط النزاع إلا أنها سوف تطبق بالإضافة إلى هذا القانون مبادئ القانون الدولي وبصفة عامة المبادئ العامة للقانون (العقد شريعة المتعاقدين، احترام الحقوق المكتسبة، حسن النية،..الخ من المبادئ)، ولا يؤخذ بحكم القانون المحلي للدولة المضيفة في النزاع إلا بالقدر اتساقه مع النظام العام الدولي الذي تجسده مبادئ القانون الدولي.

ويلاحظ مما سبق أن هيئة التحكيم في هذه القضية قامت باستبعاد تطبيق القانون الوطني الكويتي لصالح أحكام القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون [1]

كذلك ما قامت به محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس في حكمها رقم 1434 الصادر 1975 من استبعاد تطبيق القانون الوطني بالرغم من وجود قرائن تدل على اتجاه أطراف المتعاقدة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، بحجة أن خضوع هذا العقد المبرم بواسطة الدولة لقانونها، يعني تخويل أحد طرفي العقد سلطة تعديل العقد بإرادته المنفردة لعدم إدراج شرط الثبات فيه، وهذا يشكل في حد ذاته مخالفة للنظام العام، وإن كانت المحكمة لم تشير إلى ذلك صراحة غير أنه كانت هذه الفكرة وراء هذا الاستبعاد، وفي هذا الإطار عبر الأستاذ: **Cavin** المحكم الدولي على هذا واعتبر أن العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة تعد عقود تختلف عن عقود التجارة العادية التي تحكمها القواعد التقليدية للقانون الدولي الخاص[2].

وبخصوص اختيار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي لقانون دولة المستثمر الأجنبي فهي قليلة جداً، مقارنة بقانون الدولة المضيفة للاستثمار، لاعتبارات سياسية وقانونية واقتصادية، ومن العقود التي أشارت إلى تطبيق قانون دولة المستثمر نجد الاتفاق المبرم بين الشركة الكاميرونية للاتصالات السلكية وإحدى الشركات الأمريكية، تلتزم فيه هذه الأخيرة بإنشاء محطة أربطة للاتصالات السلكية وتركيبيها وتسليمها جاهزة للتشغيل، وقد تضمن هذا العقد شرط التحكيم وأشار إلى تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، أي قانون دولة المستثمر والذي طبقه المحكم استنادا إلى الاتفاق عند حدث نزاع بينهما نتيجة خطأ من الشركة الأمريكية[3].

---

[1]– للاطلاع على تفاصيل القضية راجع: – حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص357 وما بعدها، وص 459 وما بعدها، كذلك انظر:– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية خاصة، مرجع سبق ذكره، ص 127.

[2]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص ص 553–554.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2005، ص ص 205–206.

كذلك يجوز لأطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر اختيار قانون محايد لا علاقة له بقوانين الدولة المستثمرة أو دولة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ سلطان الإرادة وحرية اختيار القانون الواجب التطبيق وفق النزعة الفردية والليبرالية، ذلك لأن هذا القانون يوفر ميزة معينة ويحقق أفضل نتيجة من غير التي كانا سيحققنها المتعاقدان لو تم إخضاع عقدهم لقوانينهم الوطنية[1]، ومن ذلك عقود الاستثمار الأجنبي التي تبرمها الشركات الأوربية مع الدول النامية لا سيما بعد صدور قانون الالتزامات السويسري سنة 1985[2]، وفي هذا الشأن لجأت الشركات الصناعية الأوربية إلى تطبيق القانون السويسري للالتزامات نظراً لمرونته مقارنة ببعض القوانين الوطنية الأخرى، نذكر من ذلك العقد المبرم بين الهيئة العربية للتصنيع بمصر مع شركة ويست لاند للهليكوبتر، حيث نصت المادة 12 الفقرة الثانية: " يخضع ذلك الاتفاق وينشأ وفقاً للقوانين السويسرية"[3].

ثانياً: اختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الدولي العام

إن فكرة خضوع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر باعتبارها من العقود الدولية، على أساس أحد أطرافها شخص قانوني دولي عام وهو الدولة أو هيئة عامة تابعة لها افرز فكرة تدويل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة وعقود الاستثمار الأجنبي بصفة عامة، بإخضاعها للقانون الدولي العام، وفق إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية أي إعمال قانون الإرادة كضابط إسناد في إطار تنازع القوانين أو إحالة مباشرة للقانون الدولي العام بالإرادة الصريحة للدولة المضيفة للاستثمار، أو يتم إدماج عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار المعاهدات والاتفاقيات الدولية الإقليمية والمتعددة الأطراف الحمائية للاستثمار، أو وفق ما ذهب إليه الفقه وفق نظرية التركيز بتركيز موضوع العلاقة العقدية وفق عناصر تدل على الإشارة إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام[4].

كما أن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد هي مسألة سابقة على تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع العقد، حسب رأي الأستاذ **Weil** في سعيه إلى تدويل عقود الاستثمار، والذي يرى أن كل من العناصر الموضوعية والشخصية لها دور في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن عقد الذي يتمركز موضوعه في القانون الدولي يعد تصرفاً دولياً، أما العقد الذي تتجه فيه إرادة الأطراف إلى تطبيق قواعد القانون الدولي العام لا يعد تصرفاً دولياً، ويبقى التركيز الموضوعي للعقد في ظل القانون الدولي العام يغلب على قانون الإرادة حتى ولو اتجهت الإرادة صراحة في تحديد القانون الواجب التطبيق،

---

[1]– محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، مرجع سبق ذكره، ص 387.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2004، ص 55.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سابق، ص 208.

[4]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص ص 558–561.

وقد يتطابق النظام القانوني الذي ركزت في العلاقة العقدية مع القانون الواجب التطبيق، كما قد يختلف عنها على نحو ما جاء في تحكيم قضية **Téxaco** [1].

وبالرجوع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن الكثير من المنازعات المعروضة أمامه لا يزال الرجوع فيها إلى القانون الدولي لتسوية المنازعة الاستثمارية بصفة استثنائية لتكملة قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو تصحيحه وذلك في حالة غياب شرط القانون الواجب التطبيق من أطراف عقد الاستثمار الأجنبي، تطبيقاً لنص المادة 42 الفقرة الأولى من اتفاقية واشنطن لعام 1965 السالفة الذكر[2].

وقد تبيان الفقه حول فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية الاستثمارية بين مؤيد لفكرة التدويل ومنكر لها.

أ- عرض الاتجاه الفقهي المؤيد لحرية أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في اختيار القانون الدولي والمؤيد لفكرة التدويل:

تباين الفقه القانوني بشأن الأسانيد التي يتم على أساسها إخضاع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر باعتبارها من عقود الدولة للقانون الدولي العام، كما سبقت الإشارة إليه، غير أن أول من ندى بإخضاع عقود الدولة للقانون الدولي العام هو الفقيه **Mann**، وذلك بالاستناد إلى قواعد القانون الدولي الخاص أي باستعمال منج التنازع، وهناك من يستند في إخضاع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي إلى إرادة الأطراف المتعاقدة دون إعمال منهج التنازع، وهناك من يعتبر عقد الاستثمار الأجنبي المباشر معاهدة دولية كما سبقت الإشارة إليه وهناك من يستند في فكرة تدويل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر على المعاهدات الحمائية المتعلقة بالاستثمار، وهناك من يخضع عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي العام ويؤيد فكرة التدويل باعتباره تصرفاً قانونياً دولياً من نوع جديد[3].

فبخصوص إخضاع العقد للقانون الدولي العام استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المقرر في قواعد القانون الدولي الخاص وفق وجهة نظر الفقيه "مان"، فيمكن لأطراف العلاقة العقدية (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي الخاص) من اختيار القانون الدولي العام وفق نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص، وحجته في ذلك:

- وجود أحد أشخاص القانون الدولي العام طرفاً في العلاقة العقدية وهو الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى الهيئات التابعة لها مع طرف خاص طبيعي أو معنوي وهو المستثمر الأجنبي، يجعلها غير مؤهلة للخضوع لنظام قانوني أجنبي.

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 233-234.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 244.

- أنظر كذلك المادة: 42/ف1 من إ.و.ت.م.إ.لعام 1965:

- " le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend -conflits les règles relatives aux conflits de lois ainsi que les principes de droit international en la matière".

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 188.

- إن الأشخاص الخاصة كطرف في العلاقة العقدية مع الدولة، يجعلها رافضة أو راغبة في الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة.

وأمام هذه الظروف فإن الإشارة إلى تطبيق القانون الدولي العام بصفة مباشرة وفقاً لمبدأ الإرادة يؤدي إلى التوفيق بين مصالح الأطراف ومتطلبات النظام الاقتصادي المتقدم رغم كون أحد الأطراف المتعاقدة ليس شخصاً من أشخاص ذلك النظام القانوني الدولي[1].

وقد تعرضت نظرية **Mann** للعديد من الانتقادات منها:

- أن نظرية القانون المناسب في القانون الدولي الخاص هي نظرية تعطي الحلول في مجال تنازع القوانين الوطنية، والتي تتزاحم على حكم العلاقة العقدية، وبالتالي فمن غير المعقول أن يدخل القانون الدولي العام في تنازع مع القوانين الوطنية نظراً لسموه على القوانين الوطنية الداخلية.

- إن الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون الدولي العام كقانون حاكم للعقد هم الأشخاص المعترف لهم بالشخصية الدولية، وهذا لا يتوافر في الأشخاص الخاصة المتعاقدة مع الدول[2].

وقد رأى بعض الفقه أن إخضاع عقود الدولة بصفة عامة أو تلك التي تبرم بين الدول والرعايا الأجانب خاصة في ميدان الاستثمار، للقانون الدولي العام يكون بناءاً على إرادة الأطراف ودون إعمال منهج التنازع، ويكون ذلك على أساس إسناد العلاقة العقدية للقانون الدولي العام باعتباره قانوناً مختاراً من قبل الأطراف بصفة مباشرة وليس على أساس قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، وذلك لاستحالة إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، خاصة قواعد التنازع على علاقات دولية التي يكون أحد أطرافها شخص دولي وآخر شخص طبيعي أو معنوي خاص لذلك فالخضوع للقانون الدولي العام يكون بإرادة الدولة المضيفة للاستثمار وتطابقها مع إرادة المستثمر الأجنبي، فإرادة الدولة وحدها تكون صالحة لإدراج هذا العقد في القانون الدولي، كما انه وحتى يمكن تدويل العلاقة العقدية فيجب أن تتضمن شرط التحكيم الدولي، وفي حالة خلوها منه فيتم منح الاختصاص للمحاكم الوطنية للأطراف المتعاقدة أو دولة أخرى.

وقد تعرض هذا الرأي هو الأخر للنقد لعدم وجود أساس قانوني يستند عليه الأطراف لاختيار القانون الدولي العام، فالاختصاص لا يمكن أن ينعقد لمحكمة العدل الدولية، بالرغم من جلب أطراف العقد للاختصاص التشريعي والمتمثل في قواعد القانون الدولي العام والتي لا تسري إلا على العلاقات الدولية التي تتم بين أشخاص القانون الدولي العام (الدول والمنظمات)[3].

---

[1]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محكمة التحكيم، مرجع سبق ذكره، ص ص 361-362.

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 190.

[3]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 193-194.

والجدير بالذكر أن الاتفاق على أن يكون القانون الدولي هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، وفق مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، قد يكون صريحاً أو ضمنياً، وقد يتضمن تطبيق القانون الدولي العام في حد ذاته أو أحد مصادره[1]، أو يكون مقروناً بالمبادئ العامة للقانون أو المبادئ المشتركة بين الأمم، أو مبادئ القانون الوطني[2].

ومن تطبيقات الاتفاق الصريح لتطبيق القانون الدولي العام في مجال عقد الاستثمار، نجد أن هناك عدد قليل من هذه العقود التي أشارت إلى تطبيق القانون الدولي وحده في إطار فكرة تدويل العقود، من ذلك العقد المبرم بين الأردن وروسيا حول خط الأنابيب **pepeline** [3].

كذلك هناك من العقود من تنص على تطبيق القانون الدولي لكن احتياطياً عند وجود نقص في القانون المختار أو المراد تفسير هذا القانون ومن تطبيقات ذلك: العقد المبرم في مجال البترول بين شركة **SHELL** ودولة النبال بتاريخ 04-05- 1986[4].

كما قد تشترك كذلك في بعض الحالات كذلك قواعد القانون الدولي مع أحكام التحكيم في تطبيق القانون الدولي على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر[5].

وفي هذا الإطار يتم تطبيق القانون الدولي بناءا على قضاء التحكيم، ذلك ما أكد عليه قضاء تحكيم **CIRDI** في الكثير من المناسبات، بحيث يتم تطبيقه استناداً للاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف والمتعلقة بالحماية والتشجيع للاستثمارات[6]، هذه الاخيرة ساهمت في تطور القانون الدولي للاستثمارات من ذلك ما نصت عليه المادة 1130 من اتفاق **L'alena** " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للاتفاق وقواعد القانون

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 136.

[2]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 238.

[3]- تضمن العقد مايلي: " the contract shall be governed bu general international legal principle including the principle that agrement of the parties shall be observed -(pacta sunt servanda)". انظر: - اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، (التجربة الجزائرية نموذجاً)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 364.

[4] -LEBEN Charles, La théorie de contrat d'Etat et l'évolution de droit international des investissement, RCADI, Tome 302, 2003, p 270.

[5]- اقلولي محمد النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، ص 366، كذلك في هذا الشأن لجأ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى إلى تطبيق القانون الدولي عندما وجد المحكم نقص في القانون الواجب التطبيق في قضية هضبة الهرم (قضية **SPP** ضد جمهورية مصر) أين أصدر حكمه فيها بتاريخ 20-05-1992، والذي أقر: "أن كل قانون وطني يشوبه نقص، على القانون الدولي تكملة هذا النقص".

[6]- الكثير من الاتفاقيات الثنائية في مجال الحماية والترقية والتشجيع للاستثمارات المتبادلة نصت على تطبيق القانون الوطني بمعية مبادئ القانون الدولي العام، ومن ذلك الاتفاقية الثنائية الجزائرية المصرية، الخاصة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لعام 1997، في ف 3 من المادة السابعة، كذلك ما نصت عليه المادة 9 -ف 7 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الاماراتية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر سنة 2001 (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 45 الصادرة بتاريخ: 30-07-2002).

الدولي الواجبة تطبيق".، وبالرجوع لهذا النص انه لا يؤخذ بالقانون الوطني للدولة إلا إذا أشار إليه الاتفاق، فعدم الإشارة إليه يعد دليلاً على خضوع عقود الاستثمار الأجنبي للقانون الدولي[1].

وبخصوص الاتفاق الضمني على تطبيق القانون الدولي فقد رأى الفقه وكذا أحكام التحكيم أن إدراج شرط التحكيم أو شرط الثبات التشريعي في منازعات عقود الاستثمار، يعتبر دليل ضمني على الإشارة إلى تطبيق القانون الدولي العام، ومن ذلك قرار التحكيم في قضية(**Texaco**) ضد الحكومة الليبية حيث استنتج المحكم أن إدراج شرط التحكيم ووجود شرط الثبات التشريعي قرينتان تدل على اتجاه إرادة الأطراف ضمنياً في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة[2].

غير أن موقف اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى كان واضحاً فيما يخص مسألة الاتفاق على تطبيق القانون الواجب التطبيق والتي اشترطت أن يكون صريحا[3].

ب- عرض الاتجاه الفقهي المعارض لفكرة التدويل واختيار القانون الدولي العام:

ينكر هذا الاتجاه إمكانية تطبيق القانون الدولي العام على موضوع النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر حتى ولو اختاره أطراف العقد صراحة بحجة أن تطبيق القانون الدولي على عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي غير مناسب[4]، على أساس أن موضوع القانون الدولي هو تنظيم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص المجتمع الدولي، وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود تبرم مع أشخاص أجنبية خاصة غير متمتعة بالشخصية القانونية الدولية[5].

والجدير بالذكر أن وجود طرف خاص في العقد لا يضفي الصفة الدولية على العقد لوجود هذا الطرف الخاص، حيث يرى أحد الأساتذة في رفضه للفكرة القائلة بأن القانون الدولي قابل للتطبيق على عقد مبرم بين دولة من ناحية وفرد وشركة من ناحية أخرى، أن هذه العقود ليست عقوداً بين الدول ولا تتناول بالتنظيم العلاقات بين الدول[6].

وقد أيدت هذا الاتجاه محكمة العدل الدولية حيث نصت المادة 43 الفقرة الأولى من نظام محكمة العدل الدولية من أن الدول وحدها هي التي من الممكن أن تكون أطراف القضايا التي تنظر فيها المحكمة،أضف إلى ذلك أحكام التحكيم التي ركزت على عدم تطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة

---

[1]- اقلولي محمد النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق ص ص 272-273.

[2]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سابق ص 205، أنظر كذلك تفاصيل قضية تكساكو ص 221 من هذه الأطروحة.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 143.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 132.

[5]- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، مرجع سبق ذكره، ص 241.

[6]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 240-293.

بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، ففي تحكيم أرامكو ورد فيه " بما أن اتفاقية 1933 لم تعقد بين دولتين وإنما بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فإنها لا تحكم بالقانون الدولي العام"[1].

ثالثاً: اختيار قانون التجارة الدولية (Lex Mercatoria)

يطلق هذا القانون على قواعد التجارة الدولية عدة تسميات من طرف الفقه منها: المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي للتجار وقواعد قانون التجار ذو الطابع الدولي وقانون التجارة الدولية وقانون التجاري الدولي والقانون الغير وطني وقانون عبر الدول والقانون التجاري الدولي الجديد[2] والقانون التجاري بين الشعوب والقانون العرفي عبر الحدود[3].

واستناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإنه يمكن لأطراف عقد الاستثمار الأجنبي إخضاع عقدهم لقواعد التجارة الدولية والتي يعرفها الفقه بأنها:" مجموعة القواعد عبر الدولية المتمثلة في الأعراف والممارسات السائدة في ميدان التجارة الدولية، ويطلق عليها الفقه الغربي المصطلح اللاتيني "لكس ماركاتوريا"[4]، أي قانون التجار[5].

ويتمثل قانون التجار في مجموعة القواعد والمبادئ والعادات المستمدة من الأوساط التجارية الدولية والتي تتجدد بصفة مستمرة لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها.

كما تشمل أيضاً القواعد القانونية التي تتضمنها القرارات التي تصدرها الهيئات المعنية بالتجارة الدولية مثال ذلك: القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس في مجال التجارة الدولية، والقواعد الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونيسترال، بالإضافة إلى المبادئ العالمية المطبقة في مجال التجارة الدولية من قبل الهيئات الدولية كمبدأ تفسير العقد وفق الإرادة المشتركة للأطراف، مبدأ التوازن في الآداءات، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ الإثراء بلا سبب وغيرها من المبادئ.

وعرفت الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة قواعد التجارة الدولية بأنها:"مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية التي ينظمها القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة"

ووفق هذا التعريف فإن قانون التجارة الدولية لا يطبق إلا على علاقات القانون الخاص دون النظر إلى صفة الأطراف إذا كانت عامة أو خاصة[6].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 240

[2]– أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 185.

[3]– مراد محمود مواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، مرجع سبق ذكره ص 261.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 245.

[5]- Bettems Denis, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales, le Moni sur lausanne, Meta Editions sa, 1989,p 140.

[6]– قادري عبد العزيز، دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، ع: 1 لسنة 1991، ص 52.

ولقد انقسم الفقه بشأن قانونية قواعد التجارة الدولية فجانب من الفقه اعتبرها قانون بالمعنى الحقيقى وقائم بذاته تخضع له العلاقات التجارية الدولية، وجانب آخر أنكر صفة القانونية عليها واعتبرها مجرد عادات وممارسات تجارية لا تتمتع بقوة الإلزام، وهيئة التحكيم لها صلاحيات استبعادها إذا ما تعارضت مع النظام العام الدولي.

وبخصوص حرية أطراف عقد الاستثمار الأجنبي ومدى أحقيتهم وقدرتهم في اختيار قانون التجارة الدولية فهناك رأي فقهي لا يعطي الحق لأطراف العقد في اختيار قواعد التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق، ورأي آخر يمنح هدا الحق والحرية للأطراف في اختيار قانون التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق.

فالفقه الرافض لهذا الحق، يؤسس موقفه انطلاقاً من خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وذاتيتها، ويرى أنها لبدا أن تخضع لنظام قانوني خاص بها، وعلى المحكم الالتزام بالمبادئ العامة للقانون وفق طبيعة هذه العقود لتطبيقها بما يتناسب على النزاعات والمسائل المعروضة عليه[1].

ويذهب هذا الرأي الفقهي إلى أبعد من ذلك ويرفض تطبيق قواعد التجارة الدولية على عقود الاستثمار حتى في حالة اتفاق أطرافها على تطبيق هذه القواعد[2].

ويرى الاتجاه المؤيد لهذه النظرية أن العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية تخضع لنظام قانوني مستقل ومتميز عن القانون الداخلي أو القانون الدولي على حد سواء يسمى قانون عبر الدولي[3]، أو قانون التجارة الدولية **Lex mercatoria**، حيث يستند الفقه المؤيد لهذا الاتجاه إلى مبدأ سلطان الإرادة والذي يخول لطرفي العقد إمكانية اختيار قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر التي أحد طرفها الدولة، خاصة وان هذه القواعد لا تتعارض مع هذه العقود[4].

وقد وجد أنصار هذا الاتجاه المنادي بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار دعما في قرار مجمع القانون القانون الدولي في دورته الثالثة والستين المنعقدة سنة 1989، تحت عنوان ص التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية، وذلك في المادتين: 4 و7 من القرار واللتان تعرضتا للقانون الواجب التطبيق على الدولة.

فقد نصت المادة الرابعة من القرار على أنه: " عندما يتم الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم فإن هيئة التحكيم ستحسم النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي : القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يشير إليه نظام القانون الدولي الخاص الذي نص عليه الأطراف، أو المبادئ العامة للقانون الدولي العام أو الخاص، أو المبادئ العامة للتحكيم الدولي، أو القانون الذي ستطبقه محاكم الإقليم حيث مقر هيئة التحكيم، وعند القيام بهذا الاختيار فإن هيئة التحكيم في كل حالة سيقودها مبدأ ترجيح النص الذي يرتب الصحة"

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، 751–764.

[2] - Delaume (G.R.): TheProper Law of State Contracts and The Lex Mercatoria A Reappraisal,ICSID, Rev, F.I.L.G, vol 3, no1, 1988, p 91.

[3]- Bettems Denis, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales, op cit ,p 128.

[4]– بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 246.

ونصت كذلك المادة السادسة من القرار على أنه: يتمتع الأطراف بإستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم،... وبقدر ما يترك الأطراف هذه الأمور دون تحديد فإن هيئة التحكيم ستلتزم بأن تحدد القواعد والمبادئ الضرورية المستمدة من ذات المصادر المشار إليها في المادة الرابعة"[1].

وقد كرست الاتفاقيات الدولية هذا الحق من ذلك: الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام الموقعة بجنيف عام 1961 في المادة 7/ف1 والتي نصت على أنه: " Dans les deux cas , les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du comerce"[2]، كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 المعدل والمتمم[3].

كما أخذت بهذا الاتجاه الأحكام التي صدرت في قضيتي **shaphire** ضد شركة البترول الإيرانية، وتحكيم **Aramco** ضد السعودية[4].

ورغم أهمية قواعد التجارة الدولية في المجال التجاري الدولي، إلا أنه لا يمكن تطبيقها في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والتي تعتبر من عقود الدولة، وذلك راجع إلى أن قواعد التجارة الدولية هي قواعد ذات طابع تجاري ولا تتلائم مع خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر الذي هو أحد أطرافها الدولة المضيفة للاستثمارات، إلا إذا كانت شخص قانوني خاص وليس شخص قانوني دولي عام[5].

رابعاً: اندماج قانون الإرادة في العقد (تحويل قانون الإرادة إلى قانون في العقد)

إن اختيار أطراف عقد الاستثمار الأجنبي للقانون الذي يحكم عقدهم خاصة إذا كان قانون الدولة المضيفة للاستثمار، يجعل المستثمر الأجنبي يعمل على تقييده سواء من خلال تثبيته في الزمان وفق ما يعرف بشرط الثبات التشريعي، بحيث لا تسري عليه التعديلات التشريعية اللاحقة، مما يجعله عقد طليق كما أشارتا إليه سابقا في معرض حديثنا عن العقبات التي تواجه عملية تكريس شرط الثبات التشريعي، حيث أن

---

[1]– نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الإقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصله به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 472.

[2]– المادة 7/ف1 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، الاتفاقية منشورة من طرف المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي على شبكة الأنترنيت على الموقع الالكتروني: www.africa.com/category/for_judicial/trreaties/ تاريخ التصفح: 08-12-2017، الساعة 10:25.

[3]– المادة 28/ف4 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، القانون منشور على شبكة الأنترنيت عبر موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونيسترال: www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html، تاريخ التصفح: 08-12-2018، الساعة: 12:00.

[4]– بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 248.

[5]– اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، ص 399.

الغاية المرجوة من شروط الثبات التشريعي هي إدماج القانون في العقد **L'incorporation de la loi au Contrat**[1].

ولم يقف المستثمر الأجنبي عند هذا الحد بل يعمل على إدماج القانون المختار في العقد، استنادا إلى النظرية الشخصية وحرية الإدارة مما يترتب عليه تجريد هذا القانون من طابعه القاعدي والإلزامي وإضفاء عليه الطابع التعاقدي[2]، فضلا من إفلات العقد من حكم القانون[3].

ويستلزم اندماج القانون المختار في العقد أن تكون إرادة المتعاقدين صريحة في اختيار قانون دولة معينة لحكم العقد، أو يمكن استنباطها على نحو جازم، حيث أن سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد يؤدي إلى صعوبة تصور فكرة الاندماج، ذلك أنه نكون أمام قانون سوف يعمل على تعيينه المشرع أو القاضي أو المحكم ليحكم الرابطة العقدية[4].

ويلاحظ أن اللجوء إلى إدماج القانون المختار في العقد والذي يكون في الغالب قانون الدولة المضيفة للاستثمار، يكون بهدف تحصين المستثمر الأجنبي ضد ما تتمتع به الدولة الطرف معه في العقد من امتيازات تشريعية، لذلك فإدماج القانون في العقد يِدي إلى عدم إمكانية تفسير القانون المختار كقانون وضعي وإنما العمل على تفسيره كشرط تعاقدي مختار من قبل الأطراف مثل باقي الشروط التعاقدية الأخرى[5].

وهذا ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في قضية **Sapphire** ضد إيران أين اعتبر المحكم **Cavin** أن العقد يندمج في العقد ذاته ويصبح شرطاً تعاقدياً ، شانه في ذلك شان باقي شروط العقد، ومن ثمة فإن التعديلات التي تطرأ عليه لا تسري على العقد[6].

---

[1]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 438.

[2]– اختلف الفقه والقضاء حول الدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد وظهرت في هذا الإطار نظريتان هما:

– النظرية الشخصية: قوامها مبدأ سلطان الإرادة والذي يخول للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد، بحيث ترتفع هذه الحرية فوق العقد نفسه، حيث تعمل على إدماج القانون في العقد نفسه، لتصبح القانون من الشروط التعاقدية القابلة للاتفاق على مخالفتها بالرغم من أنها قانون وحتى ولو كانت تتسم بطابع الأمر أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

– النظرية الموضوعية: و بقتضاها أن حرية المتعاقدين في اختيار هذا القانون ترد إلى قوة هذا الأخير نفسه، الذي منحها المقدرة على هذا الاختيار بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس مبدآ سلطان الإرادة، الأمر الذي يؤدي معه خضوعها للقواعد الآمرة في القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين.(محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 73–74)

[3]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 362.

[4]– أحمد عبد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 347.

[5] - Berlin (D), Le Régime Juridique International des Accords Entre Etats et ressortissantes d'autres Etats, thse, paris, 1981, 190.

[6]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 188.

ومن تطبيقات فكرة الاندماج في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، نجد العقد المبرم بين الإكوادور وشركة **Texaco petroleum** والذي نص في المادة 41 منه على أنه: " تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت التوقيع على العقد، تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات، في أي مجال، ما لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها"[1].

كذلك العقد المبرم بين حكومة زامبيا واحد المستثمرين الأجانب والذي نص على أنه: " تلتزم أية هيئة تحكيم عند تفسير وتطبيق أية اتفاقيات ووثائق وتشريعات وأوامر وغيرها مما هو ذي صلة بالنزاع بتطبيق قانون جمهورية زامبيا كما هو عليه في 24 ديسمبر 1969 مع تجاهل كل التشريعات والأحكام والأوامر والتعليمات السارية في زامبيا ولكنها صدرت أو تم تبنيها بعد ذلك التاريخ "[2].

ولكن هذه النظرية لم تحظى بالقبول لأنها تقوم على تجاهل القانون المختار لحكم العقد، وما يتضمنه من قواعد آمرة، وأهميته لحماية مصالح المتعاقدين، وتكملة النقص في أحكام العقد[3]، فضلاً عن إصتدامها بطبيعة قاعدة التنازع المقررة لاختصاص قانون الإرادة، حيث تؤدي إلى الخلط بين عملية إسناد العقد وإعمال قانونه[4].

ولا شك في وجاهة هذه الانتقادات إذا تم الإدماج عن طريق الإحالة إلى قواعد القانون المختار، وكان القضاء الوطني هو المختص بنظر النزاع، فمن الصعب على القاضي في هذه الحالة أن يأتمر بأوامر أطراف العقد ويجرد العقد من قوته الملزمة، بل سيعمل على تطبيقه، إعمالاً لقاعدة الإسناد، ويخضع العقد للقانون، والاعتراف بكافة الآثار المترتبة على ذلك، حتى ما كان منها متعلقاً ببطلان الرابطة العقدية أو أحد شروطها.

ولكن الأمر يختلف ولا تجد هذه الانتقادات ما يبررها في حالة الإدماج وفق ما يعرف بالصياغة المادية لقواعد القانون المختار ضمن بنود العقود، وكان الناظر في المنازعة ليس القضاء الوطني وإنما قضاء التحكيم، فهنا لا تثور مشكلة الإسناد إلى قانون وطني، بل يتعلق الأمر بمجرد شروط تعاقدية ومن بينها القواعد القانونية التي أدخلت عن طريق الصياغة المادية في العقد، يتولى المحكم تطبيقها بصرف النظر عن مصدر هذه الشروط التعاقدية وهو ما يعرف بنظرية الكفاية الذاتية للعقد[5].

خامساً: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة و مبدأ الكفاية الذاتية

لم تكتفي محاولات أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر من اجل التنصل من القانون المختار الواجب التطبيق خاصة من جانب المستثمر الأجنبي، بإدماجه في العقد، بل عملوا كذلك – واستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة – على تهميشه من خلال الاكتفاء بتقرير دور احتياطي لهذا القانون، وجعله احتياطيا في

---

[1] - O.P.Cit.p190.

[2]- Peter (W), Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement, Kluwer Law, London, Sweet, Maxwell, 1999, p 217.

[3]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 438.

[4]– أحمد عبد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 142.

[5]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص، 439–440.

حالة وجود نقص في العقد، دون أن تكون له القدرة الملزمة، أي العقد فوق القانون، استنادا إلى فكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي **Théorie d'auto suffisance du Contrat international**، أو العقود المنظمة ذاتياً **self régulatory contracts**، فالعقد يخلق القانون الذاتي له ويخضع لأحكامه، دون حاجة للرجوع إلى اية قوانين،حيث يقوم الأطراف في هذا الإطار بوضع الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية والقانونية والشروط الخاصة بتنظيم العلاقة أثناء المفاوضات، وتضمين العقد كافة الحلول لكل المسائل التي يمكن أن تثور بينهم، والاجتهاد في تحرير العقد مع التطرق إلى أقصى التفصيلات[1].

كما أن الصفة الاحتياطية لقانون العقد الدولي تجد أساسها ليس فقط في القواعد المادية أو الموضوعية التي توضع في العقد من قبل المتعاقدين بل كذلك في ما يعرف بالعقود النموذجية أو النمطية **Standard Contracts ou Contrats Types** ، هذه الأخيرة لها دور في تحقيق الكفاية الذاتية للعقود، ويقصد بها تلك العقود التي هي عبارة عن صيغ معدة ومطبوعة متداولة في كافة مجالات التجارة الدولية، وتضم الشروط العامة والعادات المستقرة التي يجرى التعامل بها على صعيد العلاقات الاقتصادية الدولية.

كما تتضمن هذه العقود النموذجية كافة التفاصيل والأحكام التي كشف الواقع العملي والتجارب المتراكمة على أهميتها في كل نوع من أنواع تلك العقود، مثل بيع الحبوب والحمضيات أو نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعية والمشروعات المشتركة، فهي تضم الأحكام التفصيلية التي تشكل نظاماً متكاملاً وكافياً لتسوية أي خلاف يثور بشأنها دون حاجة إلى قانون دولة معينة، فضلاً عن تنظيمها لكافة الالتزامات التعاقدية بصفة دقيقة ومحكمة[2].

لذلك نجد الدعوة إلى تحقيق الكفاية الذاتية تكون أكثر وضوحاً في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كم قال بشار الأسعد في مؤلفه الموسوم بعقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، وذلك بحجة عدم ملائمة القوانين الوطنية لهذه العقود، خاصة عندما تكون هناك اشتراطات عقدية تؤكد على أن القانون الذي سوف يحكم العقد يجب أن يكون متوافقا معها، وبمفهوم المخالفة في حالة وجود تناقض بين الاشتراطات العقدية والقانون المختار، يكون العقد معفيا من تطبيق هذا القانون[3].

والواقع أن اعتبار العقد قانون الأطراف وتدعيم ذلك بفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي، يوحي بان القانون الذي تتحدث عنه قواعد تنازع القوانين في شان الالتزامات التعاقدية لا محل له، حيث يمكن للقاضي أو المحكم فض النزاع بالرجوع إلى الأحكام الواردة في العقد دون حاجة للجوء إلى القوانين الوطنية، بل إن دعت الحاجة إليها فإنما يكون ذلك بصفة احتياطية لمعالجة ما عسى أن يكون الأطراف قد سكتوا عن تنظيمه، وفي غير السكوت يكون العقد طليقاً وخارج عن سلطة القانون[4].

---

[1] - Alfred vedross, Quasi- international agreements, and international economic transaction, article publié dans : The Yearbook of world affairs, Stevens, london, 1964, pp, 230-247.

[2] – محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 444.

[3] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 197.

[4] – أحمد عبد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 374.

بيد أن التنظيم الذاتي للعقد الدولي وخصوصاً في مجال الاستثمار الأجنبي المباشر، فهو بحاجة إلى تدعيم باتفاق طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر على قانون معين يتم الرجوع إليه، على سبيل الاحتياط، وذلك لمعالجة النقص في أحكام الرابطة، أي تكملة ما عسى أن يكون المتعاقدون قد اغفلوا عن تنظيمه، وذلك لضمان استقرار وتأمين العلاقات العقدية الدولية[1].

وقد تعرضت نظرية الكفاية الذاتية للعقد للكثير من الانتقادات خصوصا إذا لم يكن هناك دور للقانون لتكملة النقص الذي أغفلته الاشتراطات العقدية، على أساس أنها تخالف المنطق السليم، وذلك أن القول بكفاية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ذاتها كافية لحكم العلاقة بين أطرافه، يعني ذلك اعترافا ضمنيا لإرادة الأطراف وحدها بخلق نظام قانوني مستقل عن القانون.

كما أنه من الناحية العملية لم يتم الفصل في قضايا متعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر وفق الاشتراطات العقدية وحدها، وفي قضية **MINE** ضد الحكومة الغينية والتي تم نظرها أما المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أعلنت المحكمة أنه بمقتضى المادة الثامنة عشر من العقد المبرم بين الطرفين، أن العقد جاء لينظم العلاقة بين الأطراف، ولا يطبق القانون الغاني إلا إذا ظهر العقد قاصراً عن الفصل في مسألة ما، وهنا أعطى المحكم أولوية العقد عن القانون، وهذا يرجع إلى ان إرادة الأطراف هي التي قررت أن يكون قانون الدولة المضيفة قانونا احتياطياً.

وفي قضية **ANACONDA** ضد إيران رفضت هيئة التحكيم رفضت إدعاء الشركة المستثمرة وتمسكها بتطبيق بنود العقد دون الرجوع إلى أي قوانين أخرى، حيث أقرت أنه: " لا يكفي تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وذلك نظرا لكون قانون العقد يختلف من دولة لأخرى، وأن قوانين العقد الوطنية تختلف عن القانون الدولي، لذلك ينبغي تحديد السياق القانوني الذي تنفذ فيه هذه القاعدة، أي ما هو القانون الوطني الذي تخضع له قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وعلى هذا الأساس فهذه القاعدة لا تكفي لحل القضايا المطروحة في قضية الحال على هيئة التحكيم"[2].

فالممارسة العملية أظهرت أن الكثير من القضايا إلا وتأخذ بنظرية الكفاية الذاتية للعقد وبصفة نسبية مع الأخذ بالدور الاحتياطي للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، فرغم المحاولات التي ينتهجها أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وخاصة المستثمر الأجنبي للحيلولة دون تطبيق القانون الوطني، من خلال تثبيت قانون العقد في الزمان وفق شرط الثبات التشريعي أو إدماج هذا القانون وصهره في العقد وفق نظرية الإدماج –كما سبقت الإشارة إليه– أو إعطاء القانون طابعاً احتياطيا والاكتفاء بالاشتراطات العقدية وفق نظرية الاكتفاء الذاتي مع الدور الاحتياطي للقانون، إلا أن الأطراف يكون لهم كما بينا في هذا الفرع وفق مبدأ سلطان الإرادة الحق في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه والذي من الممكن أن يكون قانوناً وطنيا أو دولياً أو قانون التجارة الدولية، لكن ما هو الحل في حالة عدم اختيار المتعاقدين في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الواجب التطبيق.

---

[1] - Cheshire and Fifoot , Law of Contract, LexisNexis Butterworths, Australia, 2002, p208.

[2] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 199–202.

المطلب الثاني: حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إن سكوت أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق ، يفرض على القاضي أو المحكم أن يجتهد للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة الاستثمارية، وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، ونظراً لذاتية هذه العقود المرتبطة بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار، والتي تجعل منها مسألة سياسية أكثر منها قانونية فقد ظهر اتجاه فقهي ينادي بتوطين هذه العقود وتأميمها وتسكينها في النظام القانوني للدولة عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الواجب التطبيق، وعلى العكس من ذلك ومادامت هذه العقود تعبر عن مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة فقد رأى جانب آخر من الفقه والذي يسعى إلى تحرير عقود الاستثمار الأجنبي من القانون الوطني بضرورة إخضاع هذه العقود لمجموعة قواعد مستقلة غير خاضعة لأي قانون محلي في حالة انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

وفي ضوء ما تقدم تنقسم دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة انعدام اختيار المتعاقدين له وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص

في هذا الإطار ظهرت عدة اتجاهات منها من كانت تسعى إلى توطين عقود الاستثمار الأجنبي وذلك بإخضاعها لقانون الدولة المضيفة للاستثمار على أساس أنها عقود إدارية أو استناداً إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي جاءت تؤكد على خضوع هذا النوع من العقود لقانون الدولة المضيفة للاستثمار لاعتبارات السيادة وحق الدولة على ثرواتها الطبيعية في مجال عقود البترول أو استناداً إلى فكرة القانون الذاتي للعقد ومنها من كان ينادي بتدويل عقد الاستثمار الأجنبي وإخضاعه للقانون الدولي العام أو قواعد التجارة الدولية.

كذلك من بين المناهج المتبعة في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار هناك المنهج التشريعي أو ما يعرف بنظرية التركيز للعلاقة العقدية سواء التركيز التشريعي أو التركيز الموضوعي، فضلاً عن مبادئ القانون الدولي الخاص وما تقدمه من مناهج لتحديد القانون الواجب التطبيق كمنهج الإسناد ونظرية الأداء المميز وما تثيره هذه المسائل من أحكام في إطار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

أولاً:عرض الرأي المنادي بإخضاع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً لتكييفها كعقود إدارية

يكيف هذا الاتجاه عقود الاستثمار الأجنبي، باعتبارها من عقود الدولة، عقوداً إدارية، حيث يرى أن العقود التي تبرمها الدولة مع أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة تعتبر من عقود القانون العام، ومنها عقد الامتياز البترولي، الذي هو عقد إداري يخضع لقانون الدولة مانحة الامتياز واستند هذا الاتجاه في تكييف عقود الاستثمار الأجنبي على أنها عقود إدارية إلى التماثل في خصائص العقد الإداري مع عقد الاستثمار

الأجنبي وهو وجود الدولة طرفاً في العقد واتصال هذا الأخير بمرفق عام واحتوائه على الشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

فالنسبة للشرط الأول وهو كون الإدارة طرفاً في العقد فيرى هذا الاتجاه أن الشخص القائم على إبرام هذا العقد هو الدولة بطريقة مباشرة أو من يمثلها بطريقة غير مباشرة[2]، أما الشرط الثاني وهو اتصال العقد بالمرفق العام فيقول أحد الأساتذة في هذا الإطار:" إن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وكافة عقود التنمية الاقتصادية، وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي،، إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام...فلا يستطيع أحد إنكار أن مشروع مترو الأنفاق في مصر ليس مرفقاً عامة حيوياً، وقيام شركة ولو كانت خاصة بإقامة قرى سياحية على صحاري مصر ليس مرفقاً عاماً حيوياً، ولا يستطيع أحد أن ينكر أن قيام شركة أجنبية بإنشاء مشفى تخصصي ليس مرفقاً عاماً"[3].

ومن مظاهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام نجد الرقابة التي تمارسها الدولة أو أحدى هيئاتها على تنفيذ العقد، أو الحق في مراجعته وحتى الحق في التأميم على عقود الثروات الطبيعية، أما الشرط الثالث والخاص بالشروط الاستثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر فتتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا نظير لها في عقود القانون الخاص ومن قبيل ذلك: المزايا المقررة للمستثمر الأجنبي كالإعفاء الضريبي والجمركي، وحقه في العقار لإقامة مشروعه الاستثماري، وعلى هذا الأساس اعتبرت عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عقوداً إدارية وفق هذا الجانب من الفقه[4].

ومن بين الفقهاء المدافعين عن هذا الاتجاه نجد الأستاذ **Bernard Audit** الذي يرى أن الدولة لها الحق في التدخل في العقد المتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر، باعتباره من العقود الدولية وتغيير وتعديل بنوده، لكن يظل هذا الحق مقيداً بفكرة المصلحة العامة والحفاظ في الوقت نفسه على المصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي المتعاقد معها[5].

وفي تقدير هذا الرأي الفقهي الذي يخضع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الوطني على أساس أنها عقود إدارية، يرى جانب أخر من الفقه أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ليست ذات طبيعة واحدة فتارة تكون عقود إدارية وتارة تكون عقوداً عادية[6].

---

[1]– بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 257–258 .

[2]– Sornarajah (M), The Settlement of Foreing Investment Disputes, The Hague, Kluwer, 2000, p 86.

[3]– عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط1، 1984، ص 412.

[4]– عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، مرجع سابق 413.

[5]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، 463.

[6]– عمر حلمي، معايير تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص 65.

وفي هذا الإطار نجد من أبرز القضايا المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي طرحت فيها مسألة تكييف عقود الاستثمار على أساس أنها عقود إدارية، بهدف الوصول إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، تم رفض تكييفها على هذا الأساس، ومن هذه القضايا: قضية **ARAMCO** و**TEXACO** [1].

وتتلخص الوقائع التي أدت إلى تحكيم: **ARAMCO** فيما يلي:

بتاريخ 29 مايو 1933 أبرمت المملكة العربية السعودية اتفاق امتياز مع شركة استغلال البترول **STANDARD OIL CALIFORNIA**، وكان يقضي باستغلال المنطقة الشرقية من المملكة في مجال البترول لمدة ستون(60) سنة، وإعمالا لنص المادة 32 من عقد الامتياز المبرم بين الطرفين، تم إنشاء شركة أخرى تنازلت بموجبها شركة **STANDARD OIL CALIFORNIA** بموافقة الحكومة السعودية عن كافة الحقوق والامتيازات التي كانت تملكها لصالح الشركة التي أنشأت المسماة **CALIFORNIA-ARABIAN OIL COMPANY (CASOC)**، هذه الأخيرة غيرت اسمها إلى **ARAMCO (ARABIAN AMERICAN OIL COMPANY)**، ومن هنا أصبحت أرامكو تتمتع بكافة الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد الموقع في سنة 1933، ولقد تم تعديل هذا العقد في أكثر من مرة وبعد المفاوضات بين طرفيه وباتفاقهما.

وفي 20 يناير 1954 أبرمت الحكومة السعودية عقداً مع المليونير أوناسيس، منحت فيه لهذا الأخير الحق في أن يؤسس في السعودية شركة خاصة تحمل اسم شركة ناقلات البحر السعودية ويطلق عليها **SAUDI ARABIAN MARITIME TANKERS COMPANY LTD (SATCO)** وذلك مقابل رسوم، غير أن هذا العقد تضمن بند من شانه التأثير على شركة أرامكو حيث يقضي بأن لشركة **satco** حق الأفضلية في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية.

وفي هذا الشأن ارتأت شركة أرامكو ان هذا النص الذي يمنح حق الأفضلية لشركة صاتكو، والذي طالبت الحكومة السعودية منها احترامه والالتزام به يتعارض مع اتفاق الامتياز الممنوح لها سنة 1933، والذي يخولها الحق المطلق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية، الأمر الذي أدى إلى نشوب نزاع بينهما واقترحت الحكومة السعودية عرض النزاع على التحكيم، وفعلاً تم إبرام اتفاق التحكيم في 23 فبراير 1955، والذي نصت منه المادة الرابعة تطبيق القانون السعودي للفصل في النزاع، وذلك فيما يخص المسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، وطبقا للقانون الذي ترى محكمة التحكيم تطبيقه، وذلك بالنسبة للمسائل التي لا تقع داخل إطار اختصاص المملكة العربية السعودية.

وعرض النزاع على هيئة التحكيم وانتهت إلى استبعاد تكييف العقد بأنه عقد إداري، تأسيسا على أن القانون السعودي المستمد من القانون الإسلامي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي، وان امتياز أرامكو يعد عقدا غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود.

---

[1]– (لمزيد من التفاصيل حول هذه القضايا انظر:– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 372 وما بعدها، وص 464 وما بعدها).

وفيما يخص القانون الواجب التطبيق ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية محل المنازعة، وهذه المسألة تعرف بمسألة التكييف في إطار القانون الدولي الخاص، والتي يتم الفصل فيها عندما يتخلل العلاقة العقدية عنصر أجنبي وفق قانون القاضي المطروح أمامه النزاع، مع وجود الاستثناء المتفق إيراده على خضوع التكييف لقانون القاضي، وهو خضوع التكييف لقانون وجود المال إذا كانت العلاقة القانونية موضوع المنازعة تتعلق بأموال عقارية، وتطبيقا لذلك لجأت محكمة التحكيم إلى تطبيق القانون السعودي من اجل تحديد الطبيعة القانونية لعقد امتياز البترول وهو القانون الإسلامي هذا الأخير وكما سبقت الإشارة إليه لا يعرف نظرية القانون الإداري.

أما قضية **TEXACO** فتتلخص وقائعها في:

أبرمت الحكومات الليبية المتعاقبة في الفترة من ديسمبر 1955 وحتى أبريل 1971 مجموعة من عقود الامتياز لصالح الشركتين الأمريكيتين: **California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company** ، وكانت نصوص هذه الهقود تتشابه مع نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر 1955، ومن بين نصوص هذا العقد النموذجي الذي ادمج في نصوص العقود المذكورة يتعين الإشارة إلى نص المادة 16، والتي تنص على أنه:" تتخذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من اجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة على هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف"

ولقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة، وفي كل مرة كان هذا يقابله تعديلاً في الشروط التعاقدية للعقود بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين، تطبيقاً لنص المادة 16 المذكورة آنفاً.

وفي عام 1973 قامت الحكومة الليبية بإصدار القانون رقم: 1973/66 بتاريخ سبتمبر 1973 وأعلنت بمقتضاه تأميم، ليس كل الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود امتياز البترول في هذا المجال، وإنما فقط الشركتين الأمريكيتين، وبعض الشركات الأخرى، ونص نفس القانون على تعويض هذه الشركات وفق إجراءات حددها، وفعلاً بتاريخ 11 فبراير 1973 أصدرت الحكومة الليبية قرار التأميم رقم: 11-1973، وبمقتضاه أممت كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين السالفتين الذكر، الأمر الذي رفضته الشركتان الأمريكيتان، هاتان الأخيرتان قامت بإخطار الحكومة الليبية بعزمها الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاع بينهما وذلك طبقا لنص المادة:20/ف1 من من قانون التحكيم البترولي، وقامتا الشركتان بتعيين حاكم من ولاية نيويورك.

غير أن الحكومة الليبية امتنعت عن تعيين محكمها خلال الفترة المحددة في العقد، وفي 8-12-1973، أعلنت الحكومة الليبية رفضها الطلب المقدم من الشركتين الأمريكتين بعرض النزاع بينهما للتحكيم.

وإزاء هذا الموقف من الحكومة الليبية، واستنادا لنص المادة 28 من العقد المبرم بينها وبين الشركتين الأمريكيتين، قامت هاتان الأخيرتان بتقديم الطلب إلى رئيس محكمة العدل الدولية من اجل تعيين محكم للفصل في المنازعات الناشئة بينهما، وقد استجابت محكمة العدل الدولية لهذا الطلب وقامت بتعيين المحكم **René-Jean Dupuy**، وفي 19 يناير 1977 أصدر المحكم ديبي حكمه المعروف ب **Texaco/Calasiatic**

والذي تعرض لمسائل عديدة في مجال العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبي كعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنها: طبيعة هذه العقود وكذا القانون الواجب التطبيق عليها ومسألة شروط الثبات التشريعي وغيرها من المسائل التي تعرضنا لها سابقاً أو التي سوف نشير إليها في هذه الدراسة.

وقد انتهى المحكم في هذه القضية إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية والشركة الأجنبية بأنه عقد إداري استنادا إلى المبادئ القانونية المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي بصفتها القانون الواجب التطبيق لا تقر تطبيق نظرية العقد الإداري، كذلك أن ما يقتضيه العقد الإداري من توافر شرط معينة لاعتباره كذلك والتي منها فكرة تسيير أو إستغلال المرفق العام غير موجودة في هذا العقد محل المنازعة وغيرها من العناصر الأخرى وعلى هذا الأساس لا يمكن اعتبار هذا العقد عقداً إدارياً

كذلك أيضاً في قضية **AMINOIL** ضد الحكومة الكويتية السالفة الذكر في معرض حديثنا عن استبعاد القانون الوطني لصالح القانون الدولي وتطبيق المبادئ العامة للقانون وعند مخالفته للنظام العام الدولي، فقد رفضت هيئة التحكيم تطبيق نظرية العقد الإداري على عقد امتياز البترولي، بالرغم من أن القانون الكويتي يأخذ بها صراحة، مستندة إلى أن الإجراء الذي اتخذته الحكومة الكويتية هو من قبيل التأميم الذي لا تتسع له نظرية العقد الإداري، فضلا على أن نظرية العقد الإداري غير معروفة في القانون الدولي ولا ترقى إلى المبادئ العامة للقانون[1].

ثانياً: عرض الرأي المنادي بإخضاع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة .

يرى جانب من الفقه أن تطبيق قواعد القانون الوطني على عقد الاستثمار في حالة انعدام اختيار الأطراف على القانون الواجب التطبيق قد يستند على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة في مجال السيادة الدائمة للدول على ثرواتها الطبيعية والتنمية الاقتصادية ومن هذه القرارات والتي اختلف الفقه حول قيمتها القانونية القرار رقم: 1803 الصادر في 1962/12/13 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية حيث نصت المادة 4 منه على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية مع مراعاة أن يكون ذلك على أساس من المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية المسلم بأولويتها على المصلحة الفردية على أن يدفع للمالك التعويض الملائم وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ الإجراءات عند ممارستها لسيادتها ووفقاً لقواعد القانون الدولي[2].

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية خاصة مرجع سبق ذكره، ص 214.

[2]– طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مرجع سبق ذكره، ص ص 181–182.

كما يستند هذا الرأي على عدة قرارات أخرى صدرت في هذا المجال منها: القرار رقم: 1803 الصادر بتاريخ 14-12-1962، والذي أكد على أنه:" من المفروض أن يكون الرأسمال المستورد وعائداته محكوماً بالتشريع الوطني النافذ وبالقانون الدولي"[1].

ورغم هذا القرار قد أشار إلى تطبيق القانون الوطني إلى جانب القانون الدولي إلا أن هذا القرار فتح المجال لصدور قرارات أخرى تشير إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب مع قطع أية روابط محتملة بين هذه العقود والقانون الدولي، ومن هذه القرارات كذلك:

قرار الجمعية العامة رقم: 3171 الصادر في 17-12-1973 والمتعلق بحق الدولة في التأميم كحق سيادي من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية، وكذلك حقها في تحديد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفقاً لقانونها الوطني.

كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار رقم: 3201 في 01-05-1974 بعنوان بيان بشان نظام اقتصادي دولي جديد، حيث نصت المادة 4/ف5 على السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية كافة، ثم أصدرت الجمعية العامة في 12 ديسمبر 1974 قرارها رقم: 3271 والذي أقرت فيه ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، والذي نصت المادة 2 منه على أن:" لكل دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولويتها الوطنية ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي[2].

وعليه نجد أنه طبقاً لهذه القرارات السالفة الذكر، أن القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر، هي واجبة التطبيق، وذلك على أساس حقها السيادي الذي تتمتع به على ثرواتها الطبيعية وأنشطتها الاقتصادية المختلفة، بما يعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية لها وكذا تنمية الموارد إلي يشمل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في حد ذاته[3].

وفي تقدير هذا الرأي يرى جانب من الفقه أن الاستناد إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والذي هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار، هي مسألة عديمة الجدوى، وذلك نظراً لعدم الاستقرار الفقهي والقانوني حولة القيمة القانونية لهذه القرارات الصادرة عن الجمعية العامة، سواء تلك المتعلقة بحق الدولة السيادي على ثرواتها الطبيعية أو تلك المتعلقة بإنشاء نظام اقتصادي عالمي جديد والقرار الخاص بالحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

---

[1]- طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مرجع سبق ذكره، ص 182.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية خاصة مرجع سبق ذكره، ص 221.

[3]- احمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975، ص ص 628-629.

وفي هذا الإطار اعتبر الاتجاه التقليدي في القانون الدولي العام، والذي أيدته الدول المتقدمة أن قرارات الجمعية العامة من حيث طبيعتها القانونية مجرد توصيات **Recommendations** لا تتمتع بأي قوة ملزمة بالنسبة للدول الأعضاء، حيث لا يوجد في ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد صراحة بإلزامية التوصيات التي تصدرها الجمعية العامة، كما أن هذه القرارات لا تعد من بين مصادر القانون الدولي المحددة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، كما أن التصويت على هذه القرارات داخل الجمعية تحكمه اعتبارات سياسية وليست قانونية[1].

وعلى خلاف ذلك يذهب جانب آخر من الفقه، إلى اعتبار قرارات الجمعية العامة تتضمن التزامات لها طابع قانوني، ولكن جوهر المسألة ليس مسألة الطابع الإلزامي أو الإجباري لهذه القرارات ولكن مدى وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا يتم تطبيقها أو إعمال حكمها لا تعد قاعدة قانونية، فمن المقرر أن القانون الدولي العام المعاصر لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة بل يلزمه فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن[2].

كما يذهب رأي آخر بان تقرير الأثر القانوني لهذه القرارات هو أمر يتطلب تحليلاً دقيقاً لكل قضية، وبشان كل نص وفقرة في القرار المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار أمور أخرى متعلقة بظروف كل قرار السابقة واللاحقة[3].

---

[1]– سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 613.

[2]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 446.

[3]– في هذا الإطار حلل المحكم ديبي الوحيد في قضية تكساكوا السالفة الذكر، الأثر القانوني للنصوص الخاصة بالتأميم الواردة في القرار 1803 كذلك في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول وأيضا القرارين الخاصين بالنظام الاقتصادي الدولي الجديد رقي: 3201، 3202، قائلاً: "إن المسألة العامة الخاصة بالقيمة القانونية لقرارات الأمم المتحدة قد أشبعت بحثاً من قبل الفقهاء، كما إن هذه الهيئة التحكيمية ستورد أولاً أن الجمعية العامة لا تصدر كما جاء في المادة العاشرة من ميثاق الأمم المتحدة إلا توصيات، وهذه نصوصاً لا تعتبر نصوصا لها قوة الإلزام ولا تقضي بالتزامات على الدول الأعضاء، بيد أن رفض القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة يجب تضييق نطاقه وفق النصوص المختلفة التي سنتها الأمم المتحدة، وهذه النصوص مختلفة جداً وذات قيمة قانونية متباينة، حيث انه من المستحيل إنكار الإنكار بأن أعمال الأمم المتحدة لم يكن لها تأثير مهم في محتوى القانون الدولي المعاصر، وفي تقدير القيمة القانونية للقرارات المذكورة فإن هذه الهيئة ستأخذ في اعتبارها المعيار الذي يأخذ بعين الاعتبار ألا وهة تمحيص ظروف التصويت وتحليل النصوص الخاصة بالموضوع".
وعلى هذا الأساس توصل المحكم ديبي إلى أن القرار 1803 هو وحده يعكس حالة القانون العرفي، حيث تم اتخاذه بأغلبية ساحقة وتمت الموافقة عليه من قبل كافة المجموعات الممثلة للدول الأعضاء، أما بالنسبة للقرارات الأخرى فقد استنتج المحكم أن عدم الاتفاق في التصويت عليها يشير إلى عدم وجود التزام ملزم بشأنها ويقول في هذا الإطار:" إن الظروف التي أحاطت بإصدار القرار رقم 3281 المتعلق بالحقوق والواجبات الاقتصادية تظهر أنه لم يكن هناك إجماع عام للدول بشأنه خاصة تلك النصوص المتعلقة بالتأميم..." ويضيف المحكم ديبي:" إنه من الممكن الآن الإقرار بأن قرارات الأمم المتحدة لها قيمة قانونية، غير أن هذه القيمة القانونية تختلف كثيراً استنادا إلى الظروف التي أحاطت بإصدار القرار ونصوصه والتصويت عليه، وعلى فرض بأنها قرارات ذات طبيعة كاشفة وكما هو الحال بالنسبة إلى ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول فإن القيمة القانونية لها متباينة".

وبخصوص موقف أحكام التحكيم بشأن تقدير القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة فقد تباينت، إذ نجد في هذا الإطار ، فهناك من اعتبر أن إجراءات التأميم التي تقوم بها الدول تشكل إساءة في استعمال سلطة السيادة التي تتمتع بها الدولة وهذا في قضية الحكومة الليبية ضد إحدى الشركات الأجنبية المسماة B.P، بينما في قضية Liamco أبرز المحكم أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة وإن لم تشكل مصدرا جماعيا للقانون فإنها تعد الدليل عن اتجاه جديد يحظ بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يمارس في ظل احترام الاتفاقيات التعاقدية والالتزام بالتعويض، كذلك نجد في قضية أخرى بين الحكومة الليبية وشركتي Topco و lasiaticK، ففي هذه المنازعة تمسكت الحكومة الليبية في المذكرة التي وجهتها إلى رئيس محكمة العدل الدولية بالقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، لاسيما القرارات رقم: 1803، 3271، 3201 و3281 بشأن سيادتها على مواردها الطبيعية وقد توصل المحكم ديبي في هذه القضية إلى تحديد القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، من خلال بحث شروط التصويت عليها والظروف المحيطة بها كما سبقت الإشارة إليه، وقام بتصنيف القرارات المعنية على نحو يجعلها تقع في منطقة وسطى، فهي ليست مجرد توصيات لا تتمتع بأي قيمة قانونية على الإطلاق، ولكنها أيضا لا تتمتع بقوة ملزمة على اعتبار أنها قاعدة عرفية جديدة، حلت محل قاعدة عرفية سابقة[1].

ثالثاً: عرض الاتجاه القائل بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا للاتفاقيات الدولية

عموما يعتبر القانون الدولي الاتفاقي عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بأنها تصرفات قانونية خاضعة للقانون الوطني الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار، ومعظم الاتفاقيات الثنائية تشير إلى خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي وبصفة صريحة[2]، وعلى الرغم من أن إعمال العديد من المعاهدات الدولية، على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، إلا أننا سوف نشير إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة بناءا على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، والتي صادقت عليها الجزائر[3]، هذا فضلا على وجود معاهدات أخرى في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية غير استثمارية والتي تشير إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مثل اتفاقية روما بشأن الالتزامات التعاقدية والموقعة في 19 يونيو 1980 [4].

وقد أشارت اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز الدولي **CIRDI** إلى القانون الواجب التطبيق في المادة 42 منها والسالفة الذكر في معرض حديثنا عن تكريس حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقات العقدية الدولية في إطار الاتفاقيات الدولية، والتي نصت على ما يلي:

---

[1]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص ص، 449–459.

[2] - BETEMS DENIS, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales, Le Moni Sur Lausanne, Meta Editions sa, 1989,p 80

[3]- المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 السالفة الذكر.

[4]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 510.

1- تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من الأطراف وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليه.

2- لا يمكن للمحكمة أن ترفض الفصل في المنازعة بحجة سكوت القانون عن التعرض للمسألة محل المنازعة أو غموضه.

3- لا تنال نصوص الفقرتين السابقتين من سلطة محكمة التحكيم في أن تفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على ذلك.

وبالتالي هذه الاتفاقية تقوم على أساس "إرادة الأطراف" حيث أن اللجوء إلى القانون الواجب التطبيق يخضع لموافقة طرفي العقد، وفي حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق يطبق قانون الدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعد التنازع بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق، كما تعطي هذه الاتفاقية ضمانات لعقود القانون الداخلي ولكن لا تنشئ تصرفات قانونية دولية، وتشير كذلك إلى إمكانية تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف إذا ما اتفق الطرفان على ذلك[1].

وبالرجوع إلى نصوص هذه المعاهدة خاصة نص المادة 42 منها يتضح أن هناك فرضين يتم من خلالهما إعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة وهما: الأول هو حالة اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة والثاني هو حالة إعمال القانون الوطني بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الموجودة في قانون الدولة المضيفة ومكملاً بمبادئ القانون الدولي العام للدولة المتعاقدة وذلك في ظل عدم وجود اختيار له من قبل الأطراف، وسنتعرض لهذين الفرضين تباعا:

أ- تطبيق قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار بناءا على إرادة الأطراف:

تجعل المادة 42 من معاهدة واشنطن، من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، وعادة ما تقوم هذه الإرادة باختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر نفسه، أو اختيار القانون الواجب التطبيق بصفة لاحقة عن العقد وقبل شروع المحكمة في الفصل في المنازعة[2].

كما هذا لا يمنع الأطراف وكما سبقت الإشارة إليه من اختيار نظام قانوني متكامل لتطبيقه على النزاع، أو طائفة معينة من القواعد القانونية التي تراها الأطراف ملائمة للفصل في النزاع بينهما، وقد يكون هذا القانون المختار قانون دولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي أو قانون دولة ثالثة أخرى، أو اختيار قواعد القانون الدولي الملائمة للفصل في النزاع أو المبادئ العامة للقانون[3].

---

[1]- BETEMS DENIS, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, Op.Cit, p 79
- voire aussi: Delaume, Georges R, The Proper Law of Statee Contracts and the Lex Mercatoria,A Reappraisal,3 -ICSID, rev,FILJ 1988, p91.

[2] -Goldman, Berthold, " frontières du droit et Lex mercatoria, arth, ph, Dr, Tix, 1964, p 142.

[3] جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 59.

(أنظر كذلك:- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 292، وما بعدها)

وفي هذا الشأن تثار مسألة الشكل الذي يتخذه التعبير عن الإرادة عند إعمال الاختيار للقانون الواجب التطبيق وفق نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 ، هل يكون صريحاً أم ضمناً مع العلم أن هذه المسألة الخاصة بتعبير الصريح عن الإرادة الصريح أو الضمني تجد جذورها في نظرية العامة للالتزام في مجال العقود الداخلية، فضلا على كيفية استنباط التعبير الحقيقي للإرادة وفق ظروف وملابسات العقد أومن بين الشروط المدرجة في العقد في إطار نظرية القانون الدولي الخاص، أو فق إعمال نظرية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية في قانون معين أو وفق نظرية الأداء المميز، كما سيأتي بيانه في موضعه خلال هذه الدراسة، وعلى هذا الأساس اختلف الفقه عن كيفية التعبير عن الإرادة فيما يخص اختيار القانون الواجب إعماله على النزاع محل التسوية، في حالة إذا لم يكن هناك تعبير صريح حول القانون المختار لفض النزاع[1].

فيذهب الاتجاه الفقهي الذي يفسر حرفيا نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن إلى ضرورة وجود شرط صريح في العقد محل المنازعة يحدد القانون الواجب التطبيق، حتى يمكن الاستفادة من الحق المنصوص عليه في المادة 42 من معادة واشنطن، حيث يقوموا أطراف العلاقة العقدية بتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال تبني شرط أو مجموعة من الشروط لا تخضع بالتأكيد لشكل خاص، ولكنها يجب أن تكون واضحة ومعبرة عن هذا الاختيار، وذلك بصرف النظر عن الوقت الذي يتم فيه هذا الاختيار أثناء إبرام العقد، أو أثاء الاتفاق على شرط التحكيم أو أثناء التحكيم ذاته، المهم أن يتم هذا الاختيار قبل قيام المحكم في الفصل في النزاع[2].

وهذا التفسير المتشدد لنص المادة 42 والذي يدافع عن ضرورة أن يكون التعبير عن اختيار القانون الواجب التطبيق تعبيرا صريحا وواضحا ومعبرا عن هذا الاختيار، فقد تعرض للانتقاد، من حيث كونه قد يؤدي إلى انصراف الإرادة المعنية عن عرض المنازعات الناشئة بينها على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشئ بموجب هذه الاتفاقية.

وقد تم الرد على هذا الانتقاد من طرف جانب آخر من الفقه، وذلك بإعطاء نظرة عكسية لما ذهب إليه الاتجاه النقدي الأول في كون أن عدم تطلب أن يكون شرط الاتفاق على القانون الواجب التطبيق الذي يلتزم المحكم بإعماله شرطا صريحا، يعني قبول فكرة الاختيار الضمني، وهذه الأخيرة في حالة إعمالها قد تؤدي في بعض الأحوال إلى عدم لجوء أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وخاصة الدولة المضيفة من عرض منازعاتها على المركز، وذلك خشية استبعاد إعمال قانونها على المنازعة تحت ستار الإرادة الضمنية التي تم اكتشافها وتفسيرها بواسطة محكم التحكيم من خلال معايير شخصية ويغلب عليها طابع الظن لا اليقين[3].

---

[1] - Goldman, Berthold, "Le Droit Applicable Selon la convention De la B.I.R.D, Du 18 Mars 1965, pour le Règlement des Différends Relatifs Aux Investissent Entre Etas et Ressortissants" Investment Etrangers, Paris, Pedon,1969, p 142

[2]- Goldman, Berthold, " frontières du droit et Lex mercatoria, Op.Cit, p 142.

- Khan, Phillippe, "The Law Applicable to Foreign Investments, the Contribution of the World Bank Convention On The Settlement of Investment Disputes", Indian Law Journal, vol, 44, 1968, p p15-16.

[3]- Goldman, Berthold, " frontières du droit et Lex mercatoria, Op.Cit, p 142.

كذلك هذا الاتجاه الذي أعطى النظرة العكسية للاتجاه النقدي الأول رد عليه أنه مبالغ فيه، ذلك انه من الثابت أن اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار تضع نظاماً خاصا للطعن في أحكام المحكمين، وبناءا على ذلك يحق لأطراف النزاع الطعن في الحكم الصادر عن المركز والذي استبعد التطبيق الضمني للقانون المختار خصوصا إذا تجاوز المحكم صلاحياته وسلطاته في هذا المجال، حيث يعمل الاتجاه النقدي على حماية المستثمر الأجنبي وذلك من خلال تضييق تفعيل نص المادة /42 /ف1 جملة الأولي والتي تنص على تطبيق القانون المختار بصفة صريحة، ثم الانتقال إلى تفعيل نص المادة 42 /ف1 جملة ثانية والتي تنص على تطبيق القانون الوطني مع إمكانية تدخل القانون الدولي، ويرى هذا الجانب الفقهي أن إعمال القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني يكون حتى في حالة الاتفاق الصريح على القانون الوطني، غير أن هذا الحل هو الآخر منتقد من طرف الفقه ولا يتلقى قبولا من الفقه ولم يسر عليه قضاء التحكيم في المركز إلا في حالة واحدة متعلقة بقضية هضبة الهرم والذي أصدر فيها المركز حكمه فيها بتاريخ 22 مايو 1992.

<u>وتتلخص وقائع قضية هضبة الهرم فيما يلي:</u> على اثر سياسة الانفتاح الاقتصادي التي أعلنتها مصر في منتصف السبعينات وإصدار تشريع خاص بالاستثمارات الأجنبية تمثل في القانون رقم:43 لسنة 1974، رأت مصر أن تقيم مشروعاً سياحياً ضخماً تحقق من خلاله تطوير السياحة وجذب المزيد من رؤوس الأموال الأجنبية، وقد وقع الاختيار على منطقة الأهرامات باعتبارها من المناطق السياحية لتكون مكان تنفيذ هذا المشروع.

وبالفعل فقد تم الاتفاق مع إحدى الشركات العالمية المتخصصة في مجال المشروعات السياحية وهي شركة جنوب الباسفيك **Southem Pacific Prpperties (SPP)** لتتولى إقامة المشروع، وقد تم في سبيل ذلك إبرام عقدين متتاليين: **العقد الأول تحرر في 23-09-1974** بين وزير السياحة المصري والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق من جانب وشركة من جانب آخر، وقد تم الاتفاق بموجب هذا الاتفاق على إنشاء شركة مشتركة تحمل اسم الشركة المصرية للتنمية والسياحة تشارك فيها الهيئة العامة للسياحة والفنادق بنسبة 40% وشركة **SPP** بنسبة 60% على أن تكون الإدارة للشركة الأخيرة، ولقد تعهد كل من وزير السياحة والهيئة العامة للسياحة والفنادق بتخصيص الأرض اللازمة للمشروع ونقل منفعتها للشركة المشتركة مع تسهيل الحصول على التراخيص الإدارية في هذا الشأن.

ويمثل هذا العقد الاتفاق الأساسي بين الأطراف ويلاحظ أنه لم يتضمن أي شرط للتحكيم.

أما **العقد الثاني وهو موضوع الدراسة في هذا المقام تحرر في 12-12-1974** وكان بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق وبين شركة **SPP** وقد تم بموجب هذا الاتفاق على إنشاء المشروع السياحي بمنطقة هضبة الهرم ووضع كافة التفاصيل بشأنه، مع إقرار شرط التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد مرور 05 أشهر على تاريخ ابرام العقد وبالضبط في 12-04-1975 قامت الهيئة العامة للاستثمار بالتصديق على المشروع وتحديد عمر الشركة ب 49 عاماً.

وبعد ذلك وخلال الفترة الممتدة من مايو 1975 إلى جانفي 1977، انتهت كافة الإجراءات الإدارية اللازمة لنقل الأرض المخصصة إلى الشركة المشتركة لإنشاء المشروع، وسرعان ما بدأت الأشغال في منطقة الأهرام إلآ وبدأ النقد من طرف الرأي العام المصري معتبراً المشروع الاستثماري في منطقة الهرم تشويه كبيرا لمنطقة الأهرامات والتي تمثل جزء من التراث الثقافي العالمي، ليتخذ مشروع بعدها بعداً سياسيا، الأمر الذي تدخلت معه وزارة الثقافة بجعل منطقة المشروع من الدومين العام، ثم تدخلت كذلك الهيئة العامة للسياحة والفنادق بسحب تصديقها على المشروع وإبلاغ شركة **SPP** بوقف أعمالها الإنشائية، تلاها قرار سياسي في عهد أنور السادات بإلغاء مشروع هضبة الهرم بقرار سياسي من رئيس الجمهورية المصري، وهو الأمر الذي دفع شركة **SPP** اللجوء إلى التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس مطالبة بالتعويض الناجم عن الأضرار التي لحقتها من جراء إلغاء المشروع الاستثماري.

وفي هذا الإطار أقرت غرفة التجارة الدولية بباريس ووفي الموضوع قضت بإلزام الدولة المصرية بدفع تعويض قدره 12.5 مليون دولار أمريكي بالإضافة إلى فوائد قدرها 05 % سنوياً تحسب على هذا المبلغ اعتبارا من تاريخ بدأ اتخاذ إجراءات التحكيم، مع استبعاد الهيئة العامة للسياحة والفنادق من مجال الدعوى، إثر الدفع الذي تقدمت به الدولة المصرية أن العقد الأول لم يتضمن شرط التحكيم وأن العقد الثاني لم تكن الدولة المصرية طرفا فيه.

غير أن الدولة المصرية قامت بالطعن أمام محكمة استئناف باريس استنادا إلى نص المادة 1504 من قانون المرفعات الفرنسي مطالبة ببطلان حكم التحكيم لأنه صدر بدون اتفاق تحكيم ومخالفة للنظام العام الدولي وفق نص المادة 1502 من قانون المرفعات الفرنسي، وفي هذا الشأن استجابت محكمة الاستئناف لهذا الطعن وقررت في الحكم الصادر عنها بتاريخ 12-07-1984 ببطلان حكم التحكيم الصادر من غرفة التجارة الدولية بباريس واستندت المحكمة الاستئنافية في حكمها على عدم وجود اتفاق تحكيم ترتبط به الدولة المصرية في هذا العقد في العقد الثاني.

بيد أن الشركة **SPP** ذات المسؤولية المحدودة بجنسية هونج كونج والتي ينحصر نشاطها في منطقة الشرق الأوسط طرحت أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي انتهى في حكمه إلى تقرير مسؤولية الدولة المصرية عن فسخها للمشروع وألزمها بدفع تعويض لصالح شركة **SPP** مقداره 27.661 مليون دولار أمريكي بخلاف فوائد قدرها 17.5 مليون دولار أمريكي[1].

حيث تعرضت محكمة تحكيم المركز في هذا الإطار إلى مسألة القانون الواجب التطبيق، وتمسكت الحكومة المصرية في هذا الشأن بأنه وبالنظر إلى الإشارة إلى العديد من القوانين المصرية في العقد المبرم

[1]-(للإطلاع انظر:- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ط2، 2005، ص 325-332- أنظر كذلك- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 264 وما بعدها- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2010، ص 75-79، انظر كذلك:

- Emmanuel Gaillard, "Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, Chronique des Sentences arbitrales", Journal du Clunet, 1994,p 219)

في 23 سبتمبر 1974، فإن الأطراف يكونوا قد اختاروا ضمنيا القانون المصري من أجل حكم العقد بينهم، وذلك إعمالا لنص المادة 42/ف1 جملة أولى من اتفاقية واشنطن، بينما ذهبت الشركة المدعية على العكس من ذلك وتمسكت بالمادة 42/ف1 جملة ثانية، وقد فصل المحكم عل النحو التالي: "...انه إذا تم تطبيق المادة 42 /ف1 جملة ثانية، فإن نتيجة ستكون هي ذاتها، حيث أن ذات المبادئ القانونية سوف تحكم ذات العلاقات ،...وأنه إذا كان من الحتمي قبول المدعى عليها والتي وفق لها أن الأطراف قبلت ضمنيا تطبيق القانون المصري، فإن هذا الاتفاق لا يمكنه استبعاد التطبيق المباشر للقانون الدولي على بعض الأوضاع، فالقانون المصري في ذلك شأنه في ذلك شان أي نظام قانوني، لا يعد نظام كاملا وشاملا وبالتالي فإنه عندما يعتريه أي نقص، فإنه لا يمكن القول بأنه يوجد اتفاق على تطبيق قواعد القانون والتي لا وجود لها أصلا..." [1].

ولقد لاحظت المحكمة أن الأطراف متفقة حول أن معاهدة اليونسكو بشأن حماية التراث العالمي والتي صادقت عليها مصر في عام 1975، هي الواجبة التطبيق، وذلك حتى إذا كان القانون المصري سيطبق بالإعمال للجملة الأولى من المادة 42/ف1 من معاهدة واشنطن، فهذا لن يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الدولي على المسألة المعروضة نطاق البحث[2].

وخلصت محكمة تحكيم المركز، إلى هذه النتيجة وذلك دون أن تفصل في مسالة وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف من عدمه، وذلك بمجرد ما تبين لهيئة التحكيم أن الاستثمارات محل المنازعة تعد انتهاك للقانون الدولي وأن تصرفات الدولة المصرية لم تكن متفقة مع القانون المصري وبالأخص معاهدة اليونسكو المتعلقة بحماية التراث العالمي السالفة الذكر، لكن الانتقاد الذي وجه للمحكم أنه لم يتعرض لمسألة مخالفة القانتون الوطني للنظام العام الدولي في واقعة الحال.

ويرى كذلك جانب من الفقه، خاصة الفقيه **Emmanuel Gaillard** أن إغفال هيئة التحكيم للتفرقة بين الفرضين السابقين من المادة 42 /ف1 من اتفاقية واشنطن يؤسس لنظرية إعمال القانون الدولي من أجل تكملة النقص أو من أجل تصحيح الآثار الناجمة عن تطبيق القانون الوطني المختار صراحة من قبل الأطراف ومثل هذا الاتجاه يجد له لأول مرة صدى في قضاء التحكيم التابع للمركز، والذي قد تكون له آثار سلبية على مستقبل التحكيم لدى المركز، ومساس بنص المادة 42 /ف1 جملة أولى وثانية من اتفاقية المركز والتي تؤكد على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة المختار والذي هو عادة قانون الدولة المضيفة للاستثمارات بصفة صريحة أو ضمنية، وذلك بعكس الفرض الثاني من نفس المادة التي تشير كذلك إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة بما فيه قواعد التنازع ومكملا بمبادئ القانون الدولي وذلك في حالة غياب هذا الاختيار[3]، وهو ما سوف نتعرض له فيما يلي:

[1]- Emmanuel Gaillard, "Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, Chronique des Sentences arbitrales", Op.cit., p 229.
[2] - Emmanuel Gaillard, Op.cit., pp, 230-.245
[3] - Emmanuel Gaillard, Op.cit., p242-245.

ب- تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومكملا بمبادئ القانون الدولي وذلك في حالة عدم اختيار القانون الذي يحكم العقد:

بالرجوع إلى نص المادة 42/ف1 جملة ثانية والتي تقضي بأنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها.

والواقع أن النص المتقدم يثير مسألتين أساسيتين: الأولى وهي أن القانون الوطني للدولة المتعاقدة الواجب التطبيق يتم تفعيله وتطبيقه بمعية قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها هذا القانون[1].

والثانية وهي أن محكمة التحكيم تلتزم في هذا الفرض الذي تنص عليه المادة 42/ف1 جملة ثانية بتطبيق مبادئ القانون الدولي أيضا مع القانون الوطني.

فيما يخص تطبيق قواعد تنازع القوانين في القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فكما سبقت الإشارة إليه أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة وهو القانون الذي يحكم العقد الذي اتفق عليه الطرفان، وهو عادة القانون الداخلي للدولة التي يتركز فيها العقد قانونا، ولكن في حالة عدم اختيار القانون الذي يحكم العقد من قبل الطرفين، فإن قانون الدولة المتعاقدة وفق نص المادة 42/ف1 جملة ثانية لا يعد قانون الإرادة، والذي جاء نتيجة غياب الإرادة المشتركة في تحديده.

وفي هذا الإطار يرى الفقه أنه إذا كانت الأطراف تشير صراحة إلى قانون الدولة المتعاقدة، فهذا لا يمنعها من تحديد قانون الدولة بما يتضمنه هذا القانون من قواعد القانون الدولي الخاص، غير أنه لا يجوز لهيئة التحكيم إعمال قواعد التنازع لقانون الدولة في حالة الاختيار الصريح عليه من طرف الأطراف.

وإذا كان إعمال قانون الدولة المتعاقدة بما يتضمنه هذا القانون من قواعد تنازع القوانين مبدأ أقرته اتفاقية واشنطن، في حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق، فإنها أقرت أيضاً إعمال مبادئ القانون الدولي العام[2].

وكذلك لا تشكل هذه المبادئ وحدها في هذا الصدد القانون الواجب التطبيق على العقد، بل أنه يتم إضافتها إلى الدولة المتعاقدة من أجل تكملة ما يعتري هذا القانون من نقص أو من أجل تفسيره أو تتدخل من أجل استبعاده إذا كان هذا القانون يتعارض مع مبادئ القانون الدولي العام والتي من الواجب حمايتها[3].

وإذا كانت المادة 42 من اتفاقية واشنطن قد أشارت إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي العام في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفتها عقود مبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة فهذا يدل حسب رأي واتجاه جانب من الفقه على تأسيس لتدويل عقود الاستثمار وهو أمر لا يمكن تجنبه[4].

---

[1]- هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 05.

[2] -Goldman, Berthold, Op.cit., p 149.

[3] -Goldman, Berthold, Op.cit., p 151.

[4] - Bocktstiegel, Karl : "The State As Partner in Contract With Private Enterprise", Frankfurt, 1971, p 73-74.

ونظراً لعدم وضوح في صياغة المادة 42/ف1 جملة ثانية والتي تؤدي إلى إعمال القانون الدولي العام إلى جانب قانون الدولة المتعاقدة في حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، وهو ما أكدت عليه جانب الفقه والذي رأى أنه لا يمكن إعمال قواعد القانون الدولي العام إلا في حالة عدم تعيين القانون الواجب التطبيق من أطراف النزاع، كما أن هيئات التحكيم لا تملك الحق في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف[1].

بيد أنه في هذا الإطار أثار الفقه مسألة أخرى وهي حالة مخالفة القانون الوطني المختار والواجب إعماله في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لقواعد القانون الدولي العام وبالأحرى وجود تناقض وتعارض بين القانون المختار الوطني الذي جاء وفق مبدأ سلطان الإرادة والقانون الدولي العام فما هو الحل؟ وما هو القانون الذي يتم ترجيحه ليحكم المسألة موضوع النزاع وذلك بالرغم من نص مختلف دساتير العالم على مبدأ سمو القانون الدولي عن القانون الداخلي.

لقد رأى جانب من الفقه تطبيق قواعد القانون الدولي العام في هذا الفرض عند وجود تناقض بينها وبين قواعد القانون الدولي العام، وعلى نقيض من ذلك يرفض جانب آخر من الفقه في إعطاء الأولوية للقانون الدولي العام على حساب القانون الوطني للدولة المتعاقدة، إلا إذا كانت الدولة المعنية من الدول التي تعطي مثل هذه الأولوية[2].

كما يرى جانب من الفقه بخصوص مسألة إعمال القانون الوطني مع القانون الدولي أن كلا القانونين الوطني والدولي قد يتزامنا في التطبيق ولا يسبق احدهما الآخر حتى في حالة انعقاد الاختصاص لقانون الدولة المتعاقدة بناءاً على إرادة الأطراف[3].

وعند تطبيق القانون الدولي فإن هيئات التحكيم تطبق المعاهدات (خاصة معاهدات الاستثمار ثنائية الأطراف[4]، وكذلك القانون الدولي العرفي، هذا فضلاً عن الدور البارز الذي تلعبه المبادئ العامة للقانون والممارسات القضائية، خاصة منها تلك الصادرة عن هيئات تحكيم المركز السابقة[1].

---

[1]- Broches, Aron : The Experience of the International Centre of Investment Disputes, Icsid Review, Holtzman, Wise & Shepard of New York, 1985, p p 331, 332.

[2]-Bettems, Denis : "The Contracts Between States and Foreign Enterprises", International Perspective, Lausanne, Meta Editions, 1988.p 73.

[3]– حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 541.

[4]– يجب التفرقة في هذا المقام بين المعاهدات الدولية الحمائية من جهة والمعاهدات الدولية الشارعة من جهة أخرى:

ففي المعاهدات الدولية الحمائية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي أبرمت من أجل حماية وتشجيع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فهذه الأخيرة تخضع للقانون الدولي إذا كانت جزءا لا يتجزأ منها، أي إذا كان هناك اندماج للعقد في المعاهدة، أما إذا لم يتحقق هذا الاندماج، فإنه يتم تعيين القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، وبالنسبة للدول أطراف المعاهدة فإنها ترتبط بما هو منصوص عليه فيها، وتلتزم باتخاذ الإجراءات اللازمة بغرض تسهيل تنفيذ هذا العقد، ولا ترتبط الدولة قانونا بمضمونه، إلا بمقتضى نص صريح يقضي بذلك، ومن بين المعاهدات الجماعية التي تمنح هيئات التحكيم بتطبيق القانون الدولي العام في هذا الشأن معاهدة واشنطن لعام 1965 السالفة الذكر.

وبخصوص المعاهدات الثنائية الحمائية للاستثمار والتي هي في شكل متزايد ومستثمر في إطار ما يعرف بالدبلوماسية المالية أو الاقتصادية، فقد تضمنت بشكل صريح أو ضمني على أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تعد عقود تخضع للقانون

إن وجود معاهدة حمائية مشجعة للاستثمار بين دولة صناعية وأخرى نامية، يمنح العديد للمستثمر الأجنبي العديد من الضمانات الدولية، فضلاً عن الحقوق التي يقرها القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار الواجبة التطبيق على هذا العقد، والتي من بينها الإحالة فيما يخص فض النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وفي هذه الحالة قد يتم تطبيق القانون الدولي إذا تعلق الأمر بتقييد السلطات السيادية للدولة في موجهة الأطراف الأجنبية في العقد، إعمالاً للمعاهدة الدولية التي تضمن الحد الأدنى لضمان الاستثمار.

كذلك قد يلجأ المحكم إلى تطبيق أحكام القانون الدولي على المسائل التي لا ترتبط موضوعياً بالقانون الوطني مثل عمليات الاستثمار الأجنبي المباشر في منطقة أعالي البحار، وسيادة الدولة على مياههما الإقليمية، وإحترام الحقوق المكتسبة للأجانب وفي إطار تحديد المسئولية للدولة[2].

ومن بين أحكام التحكيم التي غلبت تطبيق القانون الدولي على القانون الوطني وفق نص المادة 42 نجد تحكيم **AGIP SPA** مع حكومة الكونغو والذي طبق مبادئ القانون الدولي مكملا القانون الكونغولي.

وتتلخص وقائع قضية**AGIP SPA ضد حكومة الكونغو** فيما يلي:

في عام 1962 قامت شركة **AGIP** بتأسيس شركة لتوزيع البترول في الكونغو واحتفظت هذه الشركة بنسبة 90 % من الأسهم والنسبة الباقية كانت من نصيب شركة **Hydrocarbons** السويسرية، وبدأت الشركة نشاطها في توزيع البترول في 05 مايو 1965.

وبتاريخ 02 جانفي عام 1974 تم إبرام اتفاق بين شركة **AGIP** وحكومة الكنغو تعهدت بمقتضاه الشركة أن تبيع للحكومة نسبة 50 % من أسهم رأس المال، مقابل تعهد الحكومة بعدة التزامات كان من أهمها ضمان نسبة 50 % من ديون الشركة، واتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتثبيت النظام القانوني للشركة، وعدم تأثره بأية قوانين لاحقة.

واتفقت الأطراف على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وذلك بفض أية خلافات قد تنشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم، على أن يكون القانون الكونغولي المستكمل بمبادئ القانون الدولي هو القانون الواجب التطبيق.

وأثناء تنفيذ عقد الاستثمار مع بداية سنة 1974، صدر قانون بتأميم قطاع توزيع منتجات البترول ونقل كافة الأصول المالية لشركات البترول، ونقل كافة الأصول المالية لشركات البترول المؤممة إلى شركة

الداخلي، بيد أن هذه المعاهدات الثنائية وفي مجال فض منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي تخول هذا الأخير الحق في مخاطبة القضاء الدولي وبالأخص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.(– محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 450.

[1]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، مرجع سبق ذكره، ص 153.

[2]– محمد حسين منصور، العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص453–454.

– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 737.

البترول الوطنية **Hydro-congo** واستثنت الحكومة شركة **AGIP** من هذا القانون والتي واجهت منافسة شديدة من شركة **Hydro-congo** مما ترتب عليه فقده لعدد كبير من العملاء، وبعد ذلك تم تأميم شركة **AGIP** عام 1975 بقرار جمهوري من دولة الكونغو واثرها استولى الجيش على كافة مراكز الشركة وأصولها المالية وملفاتها ووثائقها.

وإثر ذلك أرسلت شركة **AGIP** إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار طلب التحكيم مؤرخا في 26 -09-1977 مرفقا ببرتكول استثمار موقع بين الشركة وحكومة الكنغو في أوائل جانفي 1974، تطالب بتسوية نزاعها مع شريكها لعدم وفائه بالتزاماته التعاقدية، وذلك عن طريق التحكيم في إطار نصوص اتفاقية واشنطن لعام 1965، وتم قيد طلب التحكيم في 04 نوفمبر عام 1977.

وبدأت الإجراءات في 19 يوليو 1978، وبدراسة أعضاء هيئة التحكيم لنشأة النزاع تبين لها وجود اتفاق استثمار موقع بين شركة **AGIP** وحكومة الكنغو واتفقت فيه الأطراف على أن: "يتم تسوية أية خلافات تتعلق بتطبيق أو تفسير برتوكول هذا الاتفاق وفقا لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 ...والتي ستطبق القانون الكونغولي المستكمل في حالة الضرورة بمبادئ القانون الدولي"

وفي نوفمبر عام 1979 صدر حكم محكمة التحكيم في هذا النزاع باستحقاق شركة **AGIP** للتعويض نظير عدم وفاء حكومة الكونغو بالتزاماتها التعاقدية معها[1].

كذلك قضية **AMCO** ضد حوكة أندونيسيا، ففي نزاع شركة **AMCO ASIA** وآخرين ضد حكومة اندونيسيا، والذي يتعلق أحداثه باتفاق استثمار موقع عام 1968 وبين شركة **AMCO** وحكومة أندونسيا وأثناء تنفيذ هذا الاتفاق ثار النزاع بين الأطراف، وعليه ووفقا لاتفاقهم تقدمت الشركة بطلب للتحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لتسوية نزاعاها مع حكومة اندونيسيا.

وقد حكمت محكمة التحكيم، التي تم تشكيلها للفصل في النزاع، بأنها لم تجد في اتفاق الأطراف ما يشير إلى اختيارهم لقانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق أو ما يفيد موافقتهم على أن تفصل المحكمة في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وعليه انتهت المحكمة إلى تطبيق نص العبارة الثانية من المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، واعتبرت أن القانون الاندونيسي بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق.

وقد طبقت محكمة التحكيم القانون الاندونيسي على النزاع باعتباره القانون ذا الأولوية في التطبيق عند الفصل في النزاع، ويكون دور مبادئ القانون الدولي مقصوراً فقط على الاستعانة بها لسد أية ثغرات قد توجد في القانون الاندونيسي.

وقد حكمت محكمة التحكيم، التي تم تشكيلها للفصل في النزاع، بأنها لم تجد في اتفاق الأطراف ما يشير إلى اختيارهم لقانون معين ليكون هو القانون الواجب التطبيق أو ما يفيد موافقتهم على أن تفصل المحكمة في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، وعليه انتهت المحكمة إلى تطبيق نص العبارة الثانية من

[1]- (لمزيد من التفاصيل حول هذه القضية أنظر- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره ص 194 وما بعدها).

المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، واعتبرت أن القانون الاندونيسي بما في ذلك قواعده في تنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي الواجبة التطبيق.

وقد طبقت محكمة التحكيم القانون الاندونيسي على النزاع باعتباره القانون ذا الأولوية في التطبيق عند الفصل في النزاع، ويكون دور مبادئ القانون الدولي مقصوراً فقط على الاستعانة بها لسد أية ثغرات قد توجد في القانون الاندونيسي [(1)].

وعموماً إذا كانت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار الموقعة في 18 مارس 1965 تؤدي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة في الفرضين السابقين فرض الاختيار لهذا القانون من قبل الأطراف المعنية، وأيضاً فرض عدم الاختيار، فإنه تجدر الإشارة كذلك أن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة قد يتم أيضا بناء على إعمال أحكام معاهدات أخرى، كاتفاقية روما الموقعة في 19 ينيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[(2)].

ولا تختلف كذلك اتفاقية واشنطن عن الاتفاقيات الدولية الأخرى والمبرمة في إطار التحكيم التجاري الدولي، كاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 حيث بموجب المادة 7 منها تعطي للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وفق مبدأ سلطان الإرادة[(3)].

وتختلف اتفاقية واشنطن عن اتفاقية جونيف فيما يخص القانون الواجب التطبيق في كون أن الأولى تقرر عند تخلف قانون الإرادة يطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما يشمل من قواعد التنازع ومبادئ القانون الدولي العام، بينما الثانية تقرر في حالة غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ليحكم النزاع يلجأ المحكمون إلى تطبيق القانون الذي تحدده قواعد التنازع التي يرونا أنها مناسبة في هذا الصدد، ويأخذ المحكمون في هذا الصدد أحكام العقد والأعراف التجارية، دون إعمال لأي من قوانين الدول التي يتبعها أطراف الاتفاقية أو الرجوع إلى قواعد ومبادئ القانون الدولي[(4)].

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 127.

[2] – دخلت معاهدة روما حيز النفاذ في ابريل 1991، والمتعلقة بالالتزامات التعاقدية، وهذه الأخيرة حددت على سبيل الحصر العقود التي لا تسري عليها أحكامها، ولم تشير إلى عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود دولة للاستثمار، وعليه وبمفهوم المخالفة أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ليست من العقود الواردة في هذا الحصر، وبالتالي فالقواعد التي أتت بها هذه المعاهدة تسري على هذه العقود وتِدي في العديد من الحالات إلى إعمال قانون الدولة المتعاقدة، وذلك ما نصت عليه المادة 3 من هذه الاتفاقية والتي تِكد على خضوع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف، وحتى في حالة اختيار قانون آخر غير قانون الدولة المتعاقدة فإن القواعد الآمرة لهذا القانون يتعين إعمالها(حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص227– انظر كذلك: هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، مرجع سابق، ص 308 وما بعدها).

(- voir:- pierre Mayer, L'application par l'arbitre de conventions internationales de droit privé in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994,pp, 275,276).

[3]– أنظر المادة 07 من اتفاقية جونيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

[4]– بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية، مرجع سبق ذكره، ص 296.

كذلك يلاحظ أن نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن وفي مجال القانون الواجب التطبيق يخول هيئة التحكيم وكما سبقت الإشارة إلية اللجوء إلى قواعد العدالة والإنصاف إذا اتفق الأطراف على تطبيقها، وهو ما يطرح إشكالية ما لمقصود بقواعد العدالة والإنصاف، فهذه الأخيرة يعتبرها الفقه قواعد نسبية، ويختلف مفهومها من شخص إلى آخر بحيث لا يوجد معيار مطلق للعدالة[1].

وأخيراً يمكن القول أن الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هو خير وسيلة للوصول إلى تسوية عادلة للنزاع، وهذا ما يعمل على مساعدة هيئة التحكيم بهدف الوصول إلى حكم ناجع ونابعا من التقاء إرادة الأطراف، وذلك وفق آلية محددة ومنظومة إجرائية دقيقة ومعلومة لطرفي النزاع تكون قد قامت من الأساس على إرادتهم الحرة واختيارهم الصريح، وتفادياً للحلول والمناهج التي قد يستعملها القضاء أو التحكيم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً وخصوصاً في حالة عدم وجود اتفاقية دولية يتم على أساسها إعمال تطبيق القانون على موضوع النزاع[2].

رابعاً: المنهج التشريعي أو نظرية التركيز التشريعي أو منهج الإسناد الجامد

في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمناً من قبل أطراف العقد ، على القاضي أو المحكم بالبحث في هذه المسألة وذلك بإعمال منهج الإسناد الجامد، أي الوقوف عند تخلف قانون الإرادة على الضوابط التي وضعها المشرع في عملية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية[3]، ولا مجال لاجتهاد المحكم أو القاضي في هذه الحالة، فالمشرع في منهج الإسناد الجامد يقوم بتحديد القانون مباشرة من خلال ضابط تشريعي يلزم إعماله على نحو سليم[4]، ولا مجال للجوء إلى ما يسمى بالإرادة المفترضة[5].

ورغم إيجابيات هذا المنهج المتمثلة في توفير الاستقرار للمعاملات إلا أن الرابطة الأوثق بين القانون المسند إليه والعقد لا يتم الكشف عنها بهذه القواعد المسبقة الجامدة والتي قد تكون غير ملائمة للطبيعة الذاتية للعلاقة المطروحة والظروف المحيطة بها لكل حالة ولا سيما كعقد الاستثمار الأجنبي وما يحتويه من خصائص مميزة ومتطورة لذلك يفضل منهج الإسناد المرن الذي يواكب التطورات المتلاحقة لعقود التنمية

---

[1]– وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 62.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص 487.

[3]– محمد الروبي، عقود البوت، مرجع سبق ذكره، ص 275.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 255.

[5]– أسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة قانونية مغربية إلكترونية، ص 1270، منشور على شبكة الانترنيت عبر الموقع الإلكتروني www.9anonak.blogspot.com تاريخ الدخول 2017/01/18، الساعة 09:50 صباحاً.

الاقتصادية ومنها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، إذ يضع في الاعتبار عند تحديد القانون الواجب تطبيقه ظروف كل فئة من العقود على حدة بالإضافة إلى ملابسات التعاقد ومقتضياته[1].

خامساً: نظرية التركيز الموضوعي أو منهج الإسناد المرن

تعتبر نظرية التركيز الموضوعي أساس الإسناد المرن ويرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي للعقد للأستاذ الألماني سافيني، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي هنري باتيفول[2]، حيث تقوم هذه النظرية على البحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار عن طريق إسناد العلاقة للدولة التي يعتبر قانونها أوثق صلة بهذه العلاقة أي لبدا من وجود صلة بين العقد والقانون المسند إليه وذلك على ضوء ظروف وملابسات التعاقد في كل حالة سعياً لتحقيق العدالة على أحسن وجه[3].

ويتم إعمال قاعدة تركيز العقد وفق النزعة الموضوعية والبحث عن القانون الواجب التطبيق إذا لم تكن الأطراف العاقدة قررت صراحة أو ضمناً إخضاع عقدها الدولي لقانون معين، وتقتضي هذه النظرية إعطاء المحكم أو القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصفة عامة وعقد الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة بالاعتماد على الظروف والملابسات وعناصر العقد، لربط العقد بنظام قانوني معين وهذا المنهج معروف لدى الفقهاء الأنجلوسكسون بمنهج القانون الخاص[4].

ومن هنا فإن المحكم أو القاضي من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود يقوم بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعية ذات الصلة بالعقد ثم تركيز هذه العملية التعاقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي في القانون الطبيعي الذي يتعين إعماله على هذه العقود وعادة ما يكون هذا القانون هو القانون الوطني باعتباره قانون الدولة التي يتم تنفيذ فيها هذا العقد، بالرغم من أن عوامل تركيز العقد كثيرة قد تكون مكان إبرام أو مكان التنفيذ إلا أن القضاء يلجأ عادة إلى تفضيل قانون مكان التنفيذ، إذ أن تنوع عقود الدولة بصفة عامة يقتضي تبني نظام مرن لإسناد العقد إلى قانون ذا الصلة به، وهو ما يكون عادة القانون الوطني بالنسبة لعقود الاستثمار وعقود إقامة المجمعات الصناعية وعقود الامتياز واستغلال الموارد الطبيعية على أساس أن هذه العقود يتم تنفيذها في إقليم الدولة المضيفة للاستثمار[5].

كما أن القاضي أو المحكم وفقا هذا المنهج هو الذي يقوم بعملية التركيز الموضوعي للعقد وليس المشرع، حيث يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق من غير أن يحدد له المشرع محددات معينة يسير عليها وذلك بالاعتماد على العناصر الموضوعية والشخصية المحيطة بالعقد، وهذا بعكس المنهج الجامد حيث يقوم

---

[1]– أسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص 1271.

[2]– محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010، 2011، ص 55.

[3]– مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، مرجع سبق ذكره، ص 501.

[4]– محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 46–47.

[5]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص 508.

المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة من خلال إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها لتحديد القانون الواجب التطبيق متجاهلاً الطبيعة الخاصة بكل عقد خاصة عقد، وبالنسبة للمنهج المرن فالبرغم من أنه يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود في تحديده للقانون الأوثق صلة بالعقد من خلال ظروف وملابسات التعاقد إلا أنه يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأفراد بحيث يصعب عليهم معرفة القانون الواجب التطبيق على عقدهم، على أساس أن عملية تحديد القانون الواجب التطبيق تخضع لظروف التعاقد في كل حالة على حدة[1].

وتفادياً لعيوب المنهجين السابقين (التشريعي والموضوعي)، في كون أن المنهج التشريعي لا يساير متطلبات العقود الاقتصادية الدولية ومنها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ذات طبيعة الخاصة والتي تختلف من عقد لآخر هذا من جهة وفي تفادي عنصر المفاجأة في المنهج المرن حيث أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق من جهة أخرى، وجد منهج أخر عرف بنظرية الأداء المميز، كمنهج وسط باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود، خصوصاً وأن عقود الاستثمار الاجنبي المباشر هي عقود مركبة، ومن ثم وجب تحليل كل نزاع متعلق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر تحليلاً دقيقاً حسب ظروفه وتحليل العلاقات القانونية بصفة عامة تحليلاً دقيقاً ثم إسنادها إلى القانون أكثر ملائمة وموافقة لحكم موضوعها[2].

سادساً: نظرية الأداء المميز

نشأت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين الميلادي، وكان القاضي **Stauffer** للمحكمة الفيدرالية السويسرية أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء المميز أو الجوهري في الدورتين القانونيتين السويسريتين عام 1941، حيث طالب المحكمة بضرورة الأخذ بقاعدة الإسناد لقانون موطن المدين بالأداء المميز[3].

وتعتبر نظرية الأداء المميز من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، "وتقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به، أو تقديمه، حيث ينفرد كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مما يترتب عليه أن يختلف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة"[4].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 255–258.

[2]– محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 47.

[3]– محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 85 مأخوذة من: عند المؤلف: خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 155.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 259.

كما أن لكل عقد التزام جوهري له يمثل الأداء الرئيسي أو المسند له، وهذا الأداء المميز يعتمد على تحليل العقد أو وقائع العقد، خصوصاً وأن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر أغلبها عقود مركبة كعقد نقل التكنولوجيا أو عقد الاستثمار التكنولوجي، فتحديد الأداء المميز فيها، يقتضي البحث عن الشخص الذي يرتبط به هذا الأداء لكي نطبق قانونه على العقد محل النزاع، مما يطرح إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة تخلف قانون الإرادة والرجوع إلى تطبيق نظرية الأداء المميز، هل هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون دولة المستثمر الأجنبي؟ وعليه فعلى القاضي أو المحكم أن يفحص كل بنود العقد لتحديد مركز الثقل في العقد وذلك لتحديد أياً منها يعد أداء مميزاً وأياً منها لا يعد كذلك، مما يطرح إشكالية أخرى ما هو المعيار المعتمد لتحديد الأداء المميز والأداء غي مميز في العقد من بين جميع الأداءات، كما أنه لا يوجد تعريف جامع مانع للأداء المميز[1]، بالرغم من تعريفه من طرف الأستاذ **Baptiste-Jean** بأنه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى "، كما عرفه الأستاذ **Van- Overstraeten** بأنه: " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً" ففكرة الأداء تتركز في البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية[2].

ويرى المنادين بنظرية الأداء المميز أنه في حالة تخلف قانون الإرادة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر باعتباره من العقود الدولية، فإنه يمكن وضع قواعد إسناد مسبقة خاصة بكل عقد أو بكل طائفة من العقود المتماثلة بحسب طبيعتها الذاتية ووظيفتها الاقتصادية التي تؤديها في ميدان معين، كما يتوجب على القاضي أو المحكم في تحديده للقانون الذي يطبق على العقد في حالة انعدام قانون الإرادة أو حالة عدم الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الواجب التطبيق أن يعمل على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في طبيعتها الذاتية والتي من خلالها يمكن تحديد الأداء المميز في الرابطة العقدية، حيث يتم على أساسه إسناد العقد كأن يكون محل التنفيذ هو العنصر المفترض لهذا الأداء الرئيسي أو محل الإقامة للمدين أو المكان الذي يزاول فيه نشاطه المهني إذا كان شخصا" طبيعياً أو قانون مركز إدارته إذا كان شخصاً طبيعياً[3].

ومن تطبيقات نظرية الأداء المميز في بعض عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كنماذج نذكر عقود البترول المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار وصاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية وبين المستثمر الأجنبي وغالباً ما يكون من الشركات الكبرى المتخصصة القادمة من الدول الصناعية بهدف القيام بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، وطبقاً للقاعدة العامة في تنازع القوانين فإن هذه العقود تخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، وعند انعدام تلك الإرادة فنرى تطبيق القانون الوطني

---

[1]– غني ريسان الساعدي، الضوابط القانونية لاتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، مقال منشور عبر الرابط الإلكتروني التالي: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109158 ،رابط العراقية للمجلات الأكاديمية، ص58 ، تاريخ التصفح: 08-02-2017، الساعة 09:10 صباحاً .

[2]– محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 58.

[3]– محمد روبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، بوت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2006، ص 292.

للدولة المتعاقدة على أساس نظرية الأداء المميز، حيث أن مصادر النفط والتي تمثل الأداء والعنصر الأساسي في هذه العقود تقع في أراضي الدولة المتعاقدة، مما يجعل هذه الأخيرة هي المكان الذي تترتب فيه آثار العقد وتتوسع فيه المنافع الاقتصادية لأطرافه، وبذلك يكون واجب التطبيق على عقود البترول قانون الدولة المتعاقدة باعتبارها مركز الأداء المميز في العقد[1].

كما نجد أيضاً تطبيقاً لنظرية الأداء المميز في عقود التعاون الصناعي مثل عقود نقل التكنولوجيا التي تبرمها الدول النامية لتعزيز التنمية الصناعية فيها مع الأشخاص الأجنبية الطبيعية أو المعنوية، لذلك نجد الاستثمار الصناعي في الوقت الراهن يحتل مكانة كبيرة، وتعتبر هذه العقود كغيرها من العقود الدولية والتي تطرح إشكالية تنازع القوانين وبالتالي فهي تخضع لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية وعند تخلفها فقد أخضعتها الكثير من أحكام التحكيم لقانون الدولة المتعاقدة وفق نظرية الأداء المميز وهو قانون مكان ترتيب آثار العقد الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، وقد أصدرت في هذا الإطار محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1980 بخصوص النزاع بين إحدى الشركات المقاولاتية الفرنسية وحكومة تايلاند والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار للسيارات في تايلاند، حكماً مطبقتاً فيه القانون التايلندي بوصفه مكان الأداء المميز في العقد، باعتبار أن تايلاند هي محل تنفيذ المنشآت الصناعية وأن العقد أبرم وتم تنفيذه فيها[2].

وإضافة إلى أحكام القضاء والتحكيم فلقد كرست الكثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية وكذا مختلف التشريعات الوطنية المقارنة نظرية الأداء المميز، نظراً لفعاليتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عند تخلف قانون الإرادة[3].

فنجد معاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 والتي دخلت حيز النفاذ عام 1991 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الرابعة الفقرة الأولى منها أخذت بهذه النظرية، إذ تشير هذه المادة أنه في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ومنها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر فإنه يطبق قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد عند التعاقد، والذي هو محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصاً اعتبارياً، وتضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أن خضوع العقد لقانون الدولة التي يوجد فيها محل المدين بالأداء المميز، يشكل قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس إذا اتضح من الظروف المحيطة أن العقد يرتبط بروابط أوثق مع دولة أخرى[4].

---

[1]- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 321-322.

[2]- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي العام، مرجع سبق ذكره، ص ص 325-326.

[3]- هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سبق ذكره، ص 267.

[4]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص ص 524-543.

وعليه يمكن استبعاد قانون القانون الذي تم تركيز فيه ذلك العقد وتركيزه في قانون الدولة المتعاقدة، بالرغم من أن المبدأ العام الذي وضعته معاهدة روما يؤدي إلى إعمال قانون الدولة التي يتبعها الطرف الخاص أي المستثمر الأجنبي الخاص في حالة منازعات الاستثمار ويتم استبعاد هذا القانون نظراً للروابط القائمة بين العقد والدولة المتعاقدة خصوصاً في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر[1].

كما أخذت اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 1986/12/22 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع بهذه النظرية، في حالة سكوت أطراف العقد الدولي عن تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

وبالنسبة للقوانين التي تبنت هذه النظرية نجد القانون السويسري لسنة 1987، والقانون النمساوي لسنة 1987، وقانون التحكيم الأردني رقم: 31 لسنة 2001، والمادة 26 من القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في 27 نوفمبر 1998 حيث نصت على أنه:"يكون العقد محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف وإذا لم يوجد اختيار فيكون العقد محكوماً بقانون دولة موطن الطرف الذي يكون التزامه قاطعاً في تكييف العقد أو قانون مقر مؤسسته عندما يكون العقد مبرماً في إطار أنشطته المهنية أو التجارية"[3].

وباعتبار عقود الاستثمار بصفة عامة تتميز بطبيعة خاصة وهي وجود الدول النامية في غالب الأحوال طرفاً فيها لسعيها لتحقيق التنمية المنشودة، فإن هذا يستلزم إخضاعها لقانوني يراعي خصوصيتها خاصة في مجال حمايتها باعتبارها الطرف الضعيف في هذه العلاقة وهو قانون الدولة المضيفة الذي يعتبر القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار[4].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي

إن أغلب العقود التي كانت تبرمها الدولة الجزائرية مع الشركات الأجنبية تعتبر في الواقع إحدى أدوات تنفيذ الخطة الاقتصادية، سواء فيما يتعلق، بعقود الاستثمار أو عقود التكنولوجيا، وعليه فعقود الاستثمار كانت منظمة بقانون الاستثمار وقانون الشركات ذات الاقتصاد المختلط وقانون الصفقات العمومية وقانون التجارة الخارجية والقانون الجمركي وهي تخضع لإجراءات متميزة عن العقود الإدارية.

وفي مرحلة الاشتراكية كانت الدولة تتدخل في توجيه العقد منذ تكوينه وخلال تنفيذه، ولغاية انتهائه، ومن أجل حماية القيمة الاقتصادية للعقد بصفة عامة والمحافظة على استقرار العلاقات بين المتعاقدين تدخلت الدولة الجزائرية في العقد وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي[5].

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، مرجع سبق ذكره، ص 544.

[2]– خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة بالجزائر، كلية الحقوق، 2008–2009، مرجع سبق ذكره ص 171.

[3]– محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص60.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 265.

[5]– لعشب بن حامد، التحول الاشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الاستثمار، اطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، جامعة الجزائر، 1988، ص ص171–294.

وإذا رجعنا إلى عقود الاستثمار التي أبرمتها الجزائر بعد الاستقلال مباشرة فإننا نجد أن أغلبية هذه العقود كانت تتعلق بالمحروقات، وكانت تخضع لما يسمى بقانون البترول الصحراوي والمبادئ العامة للقانون حسب ما نصت عليه المادة 06 من الاتفاق الفرنسي الجزائري المؤرخ في 26 يونيو 1963، حيث كان يطبق قانون البترول الصحراوي كقانون واجب التطبيق وفي حالة عدم النص على القانون الواجب التطبيق يتم الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون[1].

واستمر هذا الوضع إلى غاية تأميم المحروقات سنة 1971 من طرف الدولة الجزائرية وما تلاها من إصلاحات خاصة في إطار الشراكة بين الدولة والمستثمر الأجنبي وتوسيعها تماشياً مع اقتصاد السوق، ومن ثمة أصبحت عقود الاستثمار الأجنبي وعقود الدولة بصفة عامة، تخضع كقاعدة عامة للقانون الوطني الجزائري سواء بشكل صريح أو ضمني، أوبالاحالة إلى القانون الوطني وفق الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الاطراف والتي صادقت عليها الجزائر بهدف حماية وتشجيع وترقية الاستثمار مع وجود بعض الاستثناءات على تطبيق القانون الوطني[2].

أولاً: تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كقاعدة عامة

بخصوص القوانين الجزائرية نجد أن قانون الاستثمار الجزائري أقر مبدأ الثبات التشريعي وذلك لتحفيز المستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعاتهم الاقتصادية المتعلقة بالتنمية الاقتصادية، وكذا احترام مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الحقوق المكتسبة، و حتى المشرع الجزائري وفي حالة تعديل أو مراجعة قانون الاستثمار في المستقبل فإن هذه التعديلات والمراجعات وما يترتب عنها من آثار لا تسري على الاستثمار المنجز في ظل هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة، وفي حالة المساس بالمصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي فيتم تعويضه بموجب تعويض عادل ومنصف[3].

وإذا رجعنا إلى عقود التنمية التي أبرمتها الجزائر فإن نجد جميعها تحدد صراحة القانون الواجب التطبيق أي تحدد الاختصاص التشريعي وذلك بنص على القواعد القانونية التي يلجأ إليها لحل ما قد يثور من منازعات حول العقد، وعلى سبيل المثال نجد العقد المؤرخ في 19 أفريل 1969 بين الشركة الوطنية للآلات الميكانيكية **Société Nationale de Construction Mécaniques** والشركة الألمانية **Société Deutshe industrie argen M.B.H** قد حدد صراحة وبوضوح القانون الواجب التطبيق عند النزاع في العقد

---

[1]- المادة 6 من المرسوم رقم:63-364 المؤرخ في 14-09-1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم والملحق الموقع بباريس يوم 26-06-1963، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 67 مكرر، الصادرة بتاريخ 17-09-1963.

[2]- عيبوط محند وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص 238-239.

[3]- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مداخلة في الملتقى الوطني الموسوم ب: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، يومي 18، و19 نوفمبر 2015 بكلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بجامعة قاصدي مرباح بورقلة، أنظر كذلك، المادة 22 من القانون رقم: 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره، حيث نصت على ما يلي: لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة، وتصيف الفقرة الثانية من المادة 23 من نفس القانون:"يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"

الوارد على المركب الصناعي للجرارات واد حسين، قسنطينة، وذلك في الفقرتين 5 و9 من المادة الخامسة والعشرون[1].

أيضاً ما نصت عليه الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها المتعاقدة لصالح الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم القابضة الخاضعة للقانون المصري، حيث جاء في المادة الثامنة منها تحت عنوان القانون المطبق:" يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"[2].

نفس الأحكام الواردة في المادة 16 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار **ANDI** المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت **ACC** السالفة الذكر[3].

ورغم التطبيق الصريح للقانون الوطني الجزائري سواء بشكل صريح أو ضمني أو نسبي إلآ أن هناك استثناءات ترد على تطبيقه.

ثانياً: الاستثناءات الواردة على تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار الأجنبي

تقضي المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، بتطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو المنظم لموضوع النزاع أو الذي يراه المحكم ملائماً، عندما يتضمن العقد الدولي شرط التحكيم، وبالتالي يستطيع الأطراف الاتفاق على تطبيق القانون الجزائري[4]، كذلك وحسب المادة 18 من القانون المدني الجزائري فإنه يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق، إلا إذا كان العقد منصب على عقار، وفي حالة عدم الاتفاق يطبق قانون مكان

---

[1] -Art 25/5: Applicables Lois

Les Lois Applicables en Algérie lors de la date de prise d'effet régissant la présente convention, son interprétation ainsi que l'exécution des accords qui font l'objet de la présente convention ou qui en sont la suite ou la conséquence il est exprès- convenu que tout différend entre les parties aux présentes sera réglé, conforment aux dispositions de l'article 25/5 ci après.

Art 25/9: Arbitrages

Tout différents découlant de la présente convention seront tranchés définitivement suivent le règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce international par un ou plusieurs arbitres nomes conformé a ce règlement.

En vu de régler tout différent ont tout réclamation de coulant de la présent convention, il sera venu compte des éléments suivent:

A/ les lois applicables en Algérie comme il est prévu aux présentes.

B/les donnés essentielle de justice……les arbitres se réuniront a Genève.

أنظر في هذا الصدد، لعشب بن حامد، التحول الاشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 304-305.

[2]- المادة 8 من الاتفاقية الموقعة بين الدولة الجزائرية والمستثمر المتمثل في شركة أوراسكوم تليكوم، والمصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج.ر.ج.ج، ع، 80 الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

[3]- المادة 16 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وشركة الاسمنت، الموقعة ب 30-10-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 72 الصادرة بتاريخ: 13-11-2004.

[4]- المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم: 08-09 السالف الذكر.

إبرام العقد[1]. كذلك يخضع شكل العقد وفق القانون المدني الجزائري للقانون محل إبرامه طبقا لنص المادة 19 من القانون المدني[2].

كما نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، وبالتالي فالمشرع كرس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وعند انعدام قانون الإرادة فإن هيئة التحكيم تقوم بتطبيق قواعد القانون الملائمة وكذا الأعراف الأكثر اتصالا بالعقد[3].

لكن تطبيق القانون المختار سواء كان جزائريًا أو أجنبياً، يجب أن لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وإن كان هذا القيد أو الاستثناء يؤثر على استقلالية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يقوم المحكم أو القاضي باستبعاد القانون المختار و الواجب التطبيق إذا كان يتعارض مع النظام العام والآداب العامة التي يقوم عليها المجتمع الجزائري وفقا لما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني الجزائري[4].

كذلك ممكن أن تثار حول عملية استبعاد تطبيق القانون الوطني الواجب التطبيق على أساس فكرة الغش نحو القانون والتي أتى بها القضاء الفرنسي في مجال الأحوال الشخصية، ولم تنص عليها التشريعات الوطنية المقارنة حيث يمكن للمحكم أن يستبعد تطبيق القانون الوطني المختار إذا ثبت أن هناك غش نحو تطبيق القانون[5].

كما أن بعض الأحكام الاتفاقية تدل على إمكانية تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ولكن دون التأكيد على موقف واضح ومحدد فالاتفاقيات البترولية الأولى مع الشركات الفرنسية لعام 1963 كانت خاضعة لقانون البترول الصحراوي واتفاقيات ايفيان والمبادئ العامة للقانون.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1965 فكانت خاضعة للأحكام التشريعية والتنظيمية والاتفاقية السارية المفعول وعلى سبيل الاحتياط للمبادئ العامة للقانون خاصة تلك التي تنص على التحكيم الإجباري، كما ان بعض العقود تنص على إمكانيات اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في النزاع أو أعراف التجارة الدولية خاصة في مجال البترول[6].

---

[1]- المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

[3]- المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09.

[4]- المادة 24 من القانون المدني الجزائري، انظر كذلك: أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، ط 11، 2009، ص 166.

[5]- أعرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مرجع سابق ص ص 186-200.

[6]- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص ص، 241-242.

وبخصوص اتفاق التحكيم الجزائري الفرنسي لعام 1983 فينص على أن المحكمين سيطبقون قانون مكان تنفيذ العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في العقد والأعراف التجارية.

أما في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية وبالرجوع إلى قوانين الاستثمار الجزائرية، وخاصة قانون ترقية الاستثمار لعام 2016 فالمادة 24 منه اكتفت بتحديد وسائل تسوية منازعات الاستثمار، دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق أما الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية المبرمة فإنها تتضمن تفاصيل حول مسألة القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع، والتي تِكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي للدولة المضيفة، وهناك بعض الاتفاقيات من تعطي الأولوية لمبادئ القانون الدولي عن القانون الوطني.

ففي الاتفاقيات الثنائية بصفة عامة، نجد ان القانون الاتفاقي يعتبر عقود الاستثمار تصرفات قانونية خاضعة للقانون الداخلي للدولة التي تم الاستثمار على اقليمها، ومعظم الاتفاقيات الثنائية تشير إلى خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي بشكل صريح[1].

ومن قبيل هذه الاتفاقيات الثنائية على سبيل المثال: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والتي تنص في المادة 8 منها الفقرة الرابعة على انه عند حل النزاع: يجب الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد[2]، الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال في مادتها التاسعة الفقرة الرابعة[3]، الاتفاقية الجزائرية الصينية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات في المادة التاسعة الفقرة السابعة[4]، الاتفاقية الجزائرية الأرجنتينية حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات في المادة الثامنة الفقرة الرابعة[5].

كما تجدر الإشارة أن بعض هذه الاتفاقيات الثنائية لم تحدد القانون الواجب التطبيق مثل الاتفاق المبرم مع رومانيا حيث قضت المادة 7 منه الفقرة الثانية (ج) على إمكانية عرض النزاع على محكمة خاصة، في

---

[1]- Bettems Denis, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales, op cit ,p 80.

[2]- المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 13-02-1993، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-01 المؤرخ في: 02-01-1994، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 9-ف4 من الاتفاقية الجزائرية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 055-192 المؤرخ في 28-05-2005، والموقعة بلشبونة في 15 سبتمبر 2004، مرجع سبق ذكره، نص الفقرة 4: "ولتسوية الخلاف يِخؤخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق وأحكام الترتسيب الخاص الذي يمكن أن يكون موقع بخصوص الاستثمار والقانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالخلاف بما في ذلك قواعد تنازع القوانين".

[4]- المرسوم الرئاسي رقم: 02-392 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع ببكين في 20 أكتوبر سنة 1996، مرجع سبق ذكره، نص ف 7 من المادة 9 :"تصدر المحكمة قرارها وفقا لقانون الطرف المتعاقد المعني بالنزاع الذي قبل الاستثمار، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، واحكام هذا الاتفاق وكذا مبادئ القانون الدولي المعترف بها عامة والمقبولة من الطرفين المتعاقدين".

[5]- المرسوم الرئاسي رقم: 01-366 المؤرخ في 13-11-2001، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والأرجنتين حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 69 الصادرة بتاريخ: 18-11-2001.

حالة غياب اتفاق مباشر أو غير مباشر بين الطرفين المتنازعين تشكل طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري. وفي هذا الإطار وعند غياب نص قانوني يمكن للمحكم أن يطبق أي قاعدة قانونية بما في ذلك الأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون[1].

ومادامت الجزائر كذلك قد صادقت على اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول ورعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم الرئاسي رقم:95-346 المؤرخ في 30-10-1995[2].

فإنها تكون ملزمة بالقانون الواجب التطبيق المحدد في المادة 42 من هذه الاتفاقية والتي وكما سبقت الإشارة إليه تؤدي إلى إعمال القواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، أي قانون الإرادة وفي حالة عدم الاتفاق يطبق قانون الدولة المتعاقدة بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي، كما تؤكد على إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف في حالة اتفاق أطراف النزاع على ذلك[3].

---

[1]- المادة 7/ف2 (ج) من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-328 المؤرخ في 28 يونيو 1994 والمتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم:95-346 المؤرخ في 30-10-1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18-03-1965 بواشنطن، مرجع سبق ذكره، نص ف 4 من المادة 8: " تقرر الهيئة التحكيمية على أساس: - أحكام هذا الاتفاق، قانون الطرف المتعاقد طرف في الخلاف بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، - نصوص الاتفاقيات الخاصة التي قد تبرم فيما يخص الاستثمار، - وأيضا مبادئ القانون الدولي في هذا المجال".

[3]- المادة 42 من إ.و.ت.م.إ.لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

خلاصة الباب الأول:

بعد هذا العرض الذي قدمناه في الباب الأول حول ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها، والذي تطرقنا فيه إلى مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر ومنازعاتها، ونظراً لكون موضوع هذه الدراسة البحثية مرتبط وبالاستثمار فقد بينا فيه مفهومه والذي هو مبني حول انتقال رِؤوس الأموال بقصد تحيق فرصا للنمو والتنمية، هذا المفهوم الذي رأيناه كان متباين في الفقه والتشريع الوطني والدولي، ثم قمنا بعد ذلك بتحديد صور الاستثمار وأنواعه وأشكاله وصولاً إلى الاستثمار الأجنبي المباشر كنمط من أنماطه، هذا الأخير الذي يمارس في ظل الدول المضيفة للاستثمارات بموجب عقود مختلفة ومتنوعة وفق مجالات التنمية بمختلف أبعادها.

وقد أطلق الفقه على هذه العقود المرتبطة بالاستثمارات عدة تسميات منها العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية وعقود الدولة للاستثمار وعقود التنمية الاقتصادية...الخ، واختلف الفقه كذلك حول إعطاء تعريف جامع مانع لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر كنوع من أنواع العقود الدولية.

ويلاحظ أنه مهما اختلفت التسميات إلا أن هذه العقود استمدت خصوصيتها من أطرافها غير متجانسة وكذا دوليتها لوجود الدولة أو أحد الأشخاص العامة التابعة لها من جهة، والمستثمر الأجنبي الخاص شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، هذه الأطراف التي أثارت الكثير من الإشكالات القانونية سواء فيما يخص تعدد المعايير التي يتم بناءاً عليها تحديد مدى تبعية الجهاز التابع للدولة، كالمعيار القانوني والمعيار الاقتصادي ومعيار المرفق العام ومعيار الهدف ومعيار الصفة التي يتمتع بها هذا المشروع، وصولاً إلى المعيار المركب الحديث، والذي يستند في تحديده للجهاز التابع للدولة وفق عدة معايير وعوامل وحسب السلطة التقديرية لهيئات التحكيم والقضاء.

أما المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر شخصاً طبيعياً أو معنوياً فقد بينا مختلف الإشكالات والمسائل التي يمكن أن يطرحها والمتعلقة بصفته الأجنبية، حيث ظهرت عدة معايير سواء في الفقه أو التشريع الوطني أو الدولي للتمييز بين المستثمر الشخص الطبيعي الوطني والأجنبي منها معيار الجنسية ومعيار الإقامة، كذلك وفيما يخص المستثمر الشخص المعنوي الوطني والأجنبي نجد الفقه اقترح معايير للتمييز بينها ولتحديد الصفة الأجنبية، ومن هذه المعايير نجد معيار جنسية الشركاء ومعيار مركز الاستغلال ومعيار الرقابة، وأخيراً أشار الفقه كذلك إلى الحلول في حالة انعدام الجنسية أو تعدد الجنسية للمستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو المعنوي، لتحديد الصفة الأجنبية في هذا المستثمر الأجنبي.

كما استعرضنا في هذه الدراسة أهم معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وقلنا أن دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي من دولية العقود الدولية، وتطرقنا إلى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وكذا المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي، مع تطبيقات هذه المعايير في التشريع الوطني والدولي.

وفيما يخص التكييف القانوني لهذه العقودّ، فقد اختلف الفقه بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، بين من يعتبرها عقود إدارية تنتمي للقانون العام وبينما من يعتبرها عقود مدنية تنتمي

للقانون الخاص وهناك من اعتبرها معاهدات واتفاقيات دولية، وصولاً إلى اعتبارها عقود حكومية وكل له مبرراته في ذلك، غير أن طبيعة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في الحقيقة تختلف من عقد لأخر أي حسب نوعية العقد وأطرافه فهو في الحقيقة ذو طبيعة مختلطة يجمع فيها ما بين قواعد القانون العام والقانون الخاص.

كذلك تستمد عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خصوصيتها من إدراج فيها ما يعرف بالشروط الخاصة، والتي شبهها الفقه الذي يكيف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على أساس أنها عقود إدارية دولية بالبنود الخارقة أو الشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن هذه الشروط، شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط المواءمة، والتي تعمل على تحقيق التوازن العقدي، وتعتبر في الوقت نفسه من الآليات الوقائية لدرأ المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، هذه الآليات وجدت لها تطبيقات كثيرة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة أو في إطار التشريعات الوطنية الداخلية أو الدولية خاصة تلك المنظمة للاستثمار أو من جانب القانون الدولي العرفي والإتفاقي.

بيد أن هذه العقود كذلك تستمد خصوصياتها من الحقوق والالتزامات المترتبة، لكونها متعلقة بتحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة من جهة، ونظرا لكون أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة في حد ذاتها لها آثار سلبية وإيجابية كما بينه في هذه الدراسة، لارتباطها بالاقتصاد ومحاولة هذه الاستثمارات تحقيق مقاربة في هذا الإطار من خلال ما يعرف بالتنمية المستدامة، أي الاستثمار في المجالات المختلفة تحقيقا للتنمية للأجيال الحاضرة بما لا يضر بالأجيال المستقبلية.

كذلك هذه الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، إذا تعرضت للانتهاك والخرق، ترتب عنها الكثير من المنازعات والمسؤوليات، سواء كان هذا الخرق أو الانتهاك كان بفعل أحد أطراف العقد، كقيام الدولة المضيفة للاستثمار بإجراءات التأميم أو نزع الملكية أو عدم قيام المستثمر بالتزاماته التعاقدية، أو بسبب خارج عن إرادة الأطراف كما هو الحال في حالة القوة القاهرة والظرف الطارئ، وهذا ما يعرف بأسباب المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

هذه المنازعة التي تترتب عن عقد الاستثمار الأجنبي المباشر اختلف الفقه حول طبيعتها هل هي ذات طبيعة سياسية أو قانونية أو اقتصادية أو دولية، أو مزيجاً بين جميع هذه الصفات، وفي هذا الشأن اختلف وتباين الفقه حول طبيعة هذه المنازعة، وأقر الفقه معايير للتفرقة بين النزاع السياسي والنزاع القانوني، خصوصاً وأن اتفاقية واشنطن تشترط أن تكون المنازعة قانونية لإنعاقد الاختصاص الموضوعي للمركز لنظر المنازعة.

وإذا كان الطابع الاقتصادي للمنازعة كذلك في عقود الاستثمار لا يثير إشكال فإن دولية المنازعة اختلف الفقه بشأنها بين مؤيد ومعارض لهذه الصفة كل منهما حسب حججه وبراهينه، وبعيداً عن هذا الطابع الدولي كذلك للمنازعة، فقد أثار الفقه مسؤولية الدولة المضيفة في إطار المسؤولية الدولية نتيجة لانتهاكها لالتزام تعاقدي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر اتجاه دولة المستثمر، وهل ذلك يرتب مسؤوليتها الدولية في إطار قواعد القانون الدولي العام.

وفي هذا الشأن تباين كذلك الفقه القانوني الدولي بين المقر والرافض لهذه المسؤولية، إلا أن الحل الراجح والتوافقي بين الاتجاه الرافض والمؤيد يرى أنه لبدا من الرجوع إلى طبيعة العمل غير مشروع دولياً والذي قد يشكل أو لا يشكل تصرف غير مشروع دولياً يرتب أو لا يرتب المسؤولية الدولية، خصوصاً وأن هذه الأخيرة أساسها العمل غير مشروع دولياً.

فالدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي عندما تتدخل لحمايته وفق مبادئ المسئولية الدولية فهي تستعمل حقها الخالص في ضرورة احترام القانون الدولي في مواجهة الدولة الأخرى وهي في هذا الإطار تسعى وكما سبقت الإشارة إليه إلى توضيح الالتزامات الواقعة على الدولة المتسببة في الضرر، هذه الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي العرفي والاتفاقي.

كما تعرضنا في هذا الباب الأول من الدراسة إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو القانون الوطني أو الدولي، وأشارنا إلى كل من يسعى إلى تدويل هذه العقود وبين من يريد توطينها كل حسب مصلحته.

فوفق مبدأ سلطان الإرادة في العقود يستطيع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الذي يحكم عقدهم، وفق ما يعرف بقانون الإرادة، هذا الأخير الذي كرسته معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والذي قد يندمج في العقد وفق نظرية اندماج القانون في العقد ويصبح القانون جزء من العقد، مع كذلك إمكانية تثبيته هذا القانون المختار في الزمان، وفق نظرية الثبات التشريعي، مما يتحول العقد إلى عقد طليق بدون قانون، أو يكون لهذا القانون دور احتياطي في حالة وجود نقص في العقد وفق نظرية الكفاية الذاتية للعقد، علماً أن القانون المختار وفق قانون الإرادة قد يكون وكما سبقت الإشارة إليه في إطار التوطين أو التدويل، بمعنى أن أطراف عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة لديهم خيارات في هذا الإطار، فقد يكون القانون المختار هو قانون دولة أحد أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو قانون دولة أخرى محايدة أو القانون الدولي العام أو القانون التجاري الدولي أو مزيجاً من هذه الأنظمة القانونية، مع وجود استثناءات على هذا القانون المختار والتي منها عدم تعارضه مع النظام العام الدولي.

وفي حالة تخلف قانون الإرادة أو سكوت الأطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق، ففي هذا الإطار ظهرت عدة اتجاهات مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق وبنفس الهدف، بين من تسعى إلى توطين عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومن تسعى إلى تدويلها.

حيث رأت هذه الاتجاهات أنه في حالة انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يطبق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار استناداً إلى تكييفها عقوداً إدارية، أو استناداً إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، هذه الأخيرة التي تؤكد على خضوع هذا النوع من العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، على أساس أن معظم هذه العقود هي متعلقة بتحقيق التنمية في الدولة المضيفة للاستثمارات، كعقود الاستثمار في مجال البترول، أو إخضاعها للقانون الوطني كذلك استناداً إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال الاستثمار.

كذلك من بين الحلول التي آتى بها الفقه في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق وهو استعمال بعض النظريات التي آتى بها الفقه للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي أو المحكم كنظرية التركيز التشريعي والتي يعطي فيها المشرع ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرية التركيز الموضوعي والتي يجتهد على أساسها المحكم أو القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز الرابطة العقدية وفق العناصر الموضوعية والظروف المحيطة بالعقد التي تتركز في الدولة المضيفة للاستثمار، أو وفق نظرية الأداء المميز والتي تقضي بتحديد القانون الواجب التطبيق وفق موقع العنصر والأداء الأساسي والمميز في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، والذي هو عادة مكان تنفيذ العقد أي قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر.

البـــاب الثانـي

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين التسوية الداخلية والدولية

الباب الثاني:

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين التسوية الداخلية والدولية

تعتبر مسألة فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أمراً مهماً حيث أن التردد في حلها من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، يخلق بها مناخاً استثمارياً طارداً، ويؤدي إلى هروب الاستثمارات الأجنبية المباشرة منها، مما يخرجها من دائرة التنمية والمنافسة العالمية، مع العلم أن المستثمر الأجنبي لا يضع في اعتباره عندما يريد إقامة مشروعه الاستثماري في دولة ما، المكان الذي يوفر له العائد فقط، بل كذلك الوسائل والآليات التي تضمن له استيفاء حقه، والوفاء بهذه العقود، وبصفة ميسرة وسريعة وفعالة ومحايدة، وغير مكلفة لتسوية منازعات الاستثمار بصفة عامة[1]، وبما يتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذه العقود[2].

ونظراً للتطور الذي يشهده العالم وتأثير العولمة ومحاولة الدول النامية أن تكون في مصاف الدول المتطورة، وتنويع اقتصادها، وتحقيق التنمية، ظهرت العديد من عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وفق أشكال وأنماط مختلفة وفي جميع المجالات، ولهذا فدراسة هذه الآليات أو الوسائل كما أصطلح عليه في بعض البحوث والمؤلفات العلمية، تقتضي التمييز بين نوعين من الآليات: أولاً الآليات الوقائية، وثانياً الآليات التي تعطي حلول بعد المنازعة، فالأولى تقضي بتجنب المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر والتي تعتبر من بين الأسباب التي تؤدي إلى نشوب المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر إذا لم تدرج فيه، وقد سبق الإشارة إليها في الباب الأول، ومنها: شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض، شرط القوة القاهرة، وغيرها من الوسائل التي يمكن أن تجنب النزاع في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر.

أما الثانية فتؤدي إلى فض وحسم المنازعة أو تعمل على تقديم الحلول لحسم ما قد يثور من منازعات بين المستثمر والدولة المستقطبة للاستثمار ومنها: المفاوضات والوساطة والتوفيق والقضاء الوطني والقضاء الدولي والتحكيم التجاري الدولي، وهذه الآخيرة تجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية ومبدأ سسلطان الإرادة، وعلى هذا الأساس فيمكن تقسيم هذه الآليات إلى نوعين: أولاً: الآليات الودية والقضائية وثانياً: آلية التحكيم التجاري الدولي، وهذا ما يطرح إشكالية المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بين الحسم الداخلي غير قضائي والقضائي الوطني والحسم الدولي القضائي والإتفاقي، وفي إطار التحكيم الدولي، وهذا ما نحاول إيضاحه في هذه الدراسة من الباب الأول الموسوم ب: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين التسوية الداخلية (الودية غير القضائية والقضائية الوطنية) والتسوية الدولية (القضائية والإتفاقية والتحكيمية)، من خلال فصلين:

الفصل الأول: الآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.

الفصل الثاني: آلية التحكيم التجاري الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

---

[1]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 141.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 287.

الفصل الأول:

الآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

تشكل الآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ضمانة لضمان حقوق المستثمرين الأجانب، فتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة عامة، قد تكون وفق الآلية المنصوص عليها في العقد، أو تلك المنصوص عليها في التشريع الوطني أو الدولي (الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف).

ومن المعروف أن الدول النامية شرعت قوانين استثمار وطنية، وقد تضمنت هذه القوانين مواد عالجت مسائل الخلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، وذلك بنص على آليات التسوية على سبيل التعداد، ومن خلال هذا التعدد يظهر لنا مبدأ سمو المعاهدات التي أبرمتها أو دخلت فيها الدولة المضيفة للاستثمار على مرجعيات التسوية الأخرى، حيث تباينت التشريعات الوطنية المقارنة كما سيأتي بيانه في موضعه حول ترتيب هذه الآليات وكذا الخيارات المتاحة للأطراف في انتهاج الآلية المناسبة والناجعة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء من حيث التراضي على آلية معينة، أو من حيث إلزامية المرور عبر آليات محددة، قبل الالتجاء إلى آليات أخرى، أو من حيث أولوية آلية على أخرى[1].

وفي مجال الآليات الداخلية بصفة عامة فإن معظم الباحثين يميزون بين نوعين من الآليات: الآليات الودية وهي آليات غير قضائية وآلية القضاء الوطني[2]، مع العلم أن معظم الشروط التعاقدية أو النصوص التشريعية، تجعل من ولوج طرق التسوية الودية أمراً إلزامياً وهو ما يعرف بالوسائل الإلزامية، قبل الالتجاء إلى التسوية القضائية الداخلية عبر القضاء الوطني[3].

لهذا سنسلط الضوء في هذا الفصل الموسوم بالآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي تجد مصدرها سواء في إطار مبدأ سلطان الإرادة أو التشريعات الوطنية أو الدولية، على الآليات غير قضائية- الودية – وقضائية الداخلية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر **(المبحث الأول)**.

ثم نتطرق إلى آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في إطار الاتفاقيات والمنظمات الدولية، وذلك في إطار الآليات الدولية **(المبحث الثاني)**.

---

[1]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2016، ص 147.

[2]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 311.

[3]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 99.

المبحث الأول:

الآليات الودية والقضائية

نتناول بالدراسة في هذا المبحث الآليات الودية أو ما يصطلح عليه بالوسائل البديلة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنها: آلية المفاوضات، وآلية الوساطة، وآلية التوفيق أو المصالحة، مع العلم أن هناك آليات أخرى تتسم بالطابع الودي الاختياري أو الإلزامي مثل: المشاورات ومجلس مراجعات الطلبات وغيرها من الآليات، وعموماً كل هذه الآليات هي غير قضائية، وإن كان هناك تدخل للقضاء فيما يخص بعض الآليات، وتخضع لإرادة الأطراف، والقرارات الصادرة عنها غير ملزمة إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك[1].

غير أن استخدام هذه الآليات في حسم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، قد يعتمد في ممارستها من قبل الأطراف وحدهم دون الغير كما هو الحال في آلية المفاوضات كما سيأتي بيانه في معرض هذه الدراسة، بمعنى أن الأطراف هم اللذين يدرجون هذه الوسائل الودية كبند إجرائي في العقد قبل المرور إلى التسوية القضائية، وقد تتحول هذه الآليات من صفتها الودية إلى القضائية، وقد يكون مباشرة هذه الوسائل والآليات يعتمد على الغير سواء بصفة اختيارية أو بصفة إلزامية، حيث أن أغلب التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف والتي تشكل مصدراً لهذه الآليات، قد أعطت للأطراف حرية استخدام الآليات الودية سواء بالتدخل المباشر تحت إشراف أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أنفسهم أو عن طريق الغير وبصفة اختيارية أو مؤسساتية أي تحت إشراف ومظلة مؤسسات دولية لفض النزاع كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو مركز أو مركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وغيرها من مراكز التحكيم[2].

وأعرض فيما يلي لأهم الآليات الودية والبديلة عن القضاء والأكثر استخداماً لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء كانت حرة أو مؤسساتية بخلاف التحكيم، ودون التعرض لبقية الوسائل والآليات الودية الأخرى لقلة استخدامها، وتتمثل هذه الآليات الودية في: **المفاوضات والتوفيق والوساطة، (المطلب الثاني)**، وقبل الإشارة إلى هذه الآليات ودورها في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سوف نعمل على ابراز **القواعد العامة لهذه الآليات البديلة عن القضاء، (المطلب الأول)**.

المطلب الأول: القواعد العامة للآليات البديلة لفض المنازعات وأنواعها

إن نظام طرق البديلة أدخل في نظام القانوني الجزائري إلى غاية سنة 2008، بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008[3]، فضلاً عن النصوص التنظيمية والقانونية الأخرى التي لها علاقة بالموضوع كالمرسوم التنفيذي رقم: 09-100 المؤرخ في 10-03-

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 314.

[2]- تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012،2013، ص 46.

[3]- قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، الكتاب الخامس منه الذي جاء في الطرق البديلة لحل النزاعات.

2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي[1]، فضلاً عما أبرمته الجزائر من اتفاقيات ثنائية في مجال الحماية والتشجيع والترقية المتبادلتان للاستثمار، والتي اعتمدت فيها الطرق البديلة على غرار التحكيم لفض النزاع المتعلق بالاستثمار، كالمفاوضات والتوفيق، وذلك قبل اللجوء إلى الآليات القضائية الوطنية والدولية[2]، وما جاء كذلك في اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، من هذه الطرق البديلة، والتي تحولت من طرق خاصة إلى طرق مؤسساتية[3].

كذلك نجد معظم التشريعات الوطنية على غرار قانون الاجراءات المدنية والادارية الخاصة والعامة المتعلقة بالاقتصاد وغير الاقتصاد، تناولت الطرق البديلة ومنها على سبيل المثال: القوانين المتعلقة بالاستثمار، كقانون الاستثمار الجزائري 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والذي نص في المادة 24 منه على الاحالة إلى هذه الطرق البديلة بطريقة مباشرة وغير مباشرة، لفض النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر[4].

كذلك ما نص عليه قانون المحروقات الجزائري رقم : رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل و المتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 وبالقانون رقم 13 - 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، وبنص المادة 58 التي أشارت إلى المصالحة [5].

أضف إلى ذلك الإحالة إلى التحكيم في مادة الصفقات العمومية في مجال العقود الإدارية الدولية[6]، كذلك نظام المصالحة في التشريع الأسري[1] والتشريع المتعلق بالعمل[2]...الخ، مما يشير إلى تعدد مصادر

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم: 09-100 المؤرخ في 10-03-2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 16 الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009، ص 03.

ولقد استحدثت الوساطة من بين الطرق البديلة لحل النزاعات بموجب القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 /02/ 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وهي إجراء مدني لتسوية النزاعات بطريقة ودية، تسند للوسيط القضائي بموجب أمر صادر عن القاضي يتضمن موافقة الخصوم و تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة حسب المادة 999 من هذا القانون، وتقوم الوساطة القضائية على تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بغية تقريب وجهات النظر بين الطرفين المتنازعين وتسهيل التواصل بينهما ومساعدتها لإيجاد حل للنزاع، كما أن الوساطة القضائية جائزة في كل المواد باستثناء قضايا الأسرة والقضايا العمالية والتي تمس بالنظام العام، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالوساطة المؤسساتية، ولا الحرة في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

[2]- أنظر أهم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الجماية والتشجيع المتبادلتان مع مختلف دول العالم، هذه الأخيرة تضمن أحكاماً لتسوية النزاع المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، وقد نصت على هذه الطرق البديلة كلية لحل النزاعات قبل اللجوء إلى الطرق الأخرى، الاتفاقيات موجودة ومنشورة على موقع الوكالة الوطنية للاستثمار www.andi.dz.

[3]- إ.و.ت.م.إ لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار وما اعتمدته من آليات بديلة لتسوية النزاعات الاستثمارية خاصة آليتي التوفيق والتحكيم.

[4]- المادة 24 من قانون الاستثمار 16-09، مرجع سبق ذكره.

[5]- قانون المحروقات رقم : 05-07 المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[6]- أنظر المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16-09-2015، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 50، الصادرة بتاريخ: 20-09-2015، " تسوى النزاعات في إطار الأحكام

مصادر هذه الطرق البديلة بين القانون الوطني والدولي بصرف النظر عن إدراجها في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته أو في اتفاق لاحق، هذه الآليات التي لها جذور تاريخية، ولها خصائص تميزها، كما تعددت التسميات والتعاريف المعطاة لها نظرا لما لها من دور في فض المنازعات بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة.

وعلى هذا الأساس سوف نتناول في هذا المطلب:

مفهوم الآليات البديلة لتسوية المنازعة (الفرع الأول)

أنواع الآليات البديلة ودورها في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مفهوم الآليات البديلة لتسوية المنازعة

أولاً: تعريف الطرق البديلة لفض المنازعة وتطورها

تعددت التسميات والتعريفات المعطاة لها ومنها على سبيل المثال لا الحصر القضاء الودي، القضاء الرسمي، القضاء الاتفاقي[3]، لكن التسمية الأكثر استعمالاً وشيوعاً هي التسمية الإنجليزية والمختصرة بالـ **A.D.R** والتي تدل على مختصر **(Alternative Dispute Resolution)** والتي تعني الطرق الملائمة أو المناسبة.

وبالفرنسية تسمى هذه الطرق أو الآليات البديلة ب **M.A.R.C** وهي مختصراً لـ **(Les modes alternatifs de reglement des Conflits)** [4]، وهناك من يسميها بـ **M.A.R.L** مختصراً لـ **(Les modes Alternatifs de Reglement des Litiges)** كما يسميها فريق آخر بـ**R.A.D** مختصراً لـ **(Reglement Amiable des différends)** [5].

وتدور هذه التسميات كلها حول فكرة واحدة وهي البديل أو الخيار **(Alternative)** عن النظام القضائي وذلك كسباً للوقت وتفادي تعقيدات القضاء الكلاسيكي[6].

التشريعية والتنظيمية المعمول بها". كذلك إحالة إلى التحكيم في الصفقات العمومية بموجب قانون الأجراءات المدنية والإدارية بموجب المادتين 1006 منه والمادة 975 منه.

[1]– أنظر المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84–11 المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2]– أنظر القانون رقم: 90–04 المؤرخ في 06–11–1990، والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 06 لعام 1990، كذلك القانون 90–02 المؤرخ في 06–02 والمتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 06 الصادرة بتاريخ 07–02–1990.

[3]– علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 52.

[4] - LATOURNOURIE. P , Les Modes alternatifs de reglement des conflits , i, la reforme du code procédure civile autour du rapport coulon, sous l'égide de la revue dile de France, Dalloz, 1997, p 145, 146.

[5]– سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013، 2014، ص 11.

[6]– ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2016، ص 49.

وقد أعطى الفقه عدة تعريفات لهذه الآليات البديلة عن القضاء والتي كلها كانت متقاربة إلى حدما، وفي هذا الإطار عرفها الأستاذ: **Jarrosson** بأنها: "مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات".

أما الأستاذان: **Marriott** و**Brown** فقد عرفا هذه الآليات بأنها: "مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطرق غير قضائية أو غير تحكيمية"[(1)].

كما عرف المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا هذه الآليات بأنها: "العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم"[(2)].

ومهما اختلفت التعريفات المعطاة لهذه الآليات إلا أنها كانت موجودة منذ القدم، وتناولوها أغلبية الفقهاء باهتمام، ذلك أن التقاليد والعادات التي كانت تحكم الشعوب قبل آلاف السنين، كانت تحث المتنازعين على التصالح والتسوية الودية والتوافق.

وهذه الشعوب القديمة المختلفة الأسيوية والعربية والإفريقية والأوربية، كانت لديها قناعة من أن اللجوء إلى المحاكم ما هو إلا هدر للوقت والمال وإخلال بالروابط الإجتماعية والتجارية[(3)].

وبعد التطور الذي شهده العالم خاصة على مستوى الأعمال وازدياد العلاقات الاقتصادية وتكاثر العقود وتشابكها بشكل كبير، في ظل العولمة، والمنافسة الشديدة في عالة التجارة الدولية، الأمر الذي دفع التجار ورجال الأعمال للبحث عن وسائل أخرى لحل نزاعاتهم أمام القضاء، فتم اللجوء إلى هذه الوسائل التي عرفت قديماً وأصبحت مؤطرة ليس فقط من سلطان الإرادة بل من القانون الوطني والدولي، نظراً لخصوصيتها في تسوية المنازعة[(4)].

ثانياً: تكريس الطرق البديلة في التشريعات الوطنية

تباينت واختلفت التشريعات الوطنية المقارنة العامة والخاصة وتلك التي هي في مجال التجارة والاستثمار في التعامل مع الطرق البديلة لفض المنزاعات، بين من عملت على تكريسها وإلزاميتها في الفض

---

[1] - Brown (H) , Marriot, A.D.R Principles and practice , Swear, Maxwell, ed London, 1993, p9.
« ADR , May he defined as arrange of procedures which serves as (s) for the Resolution of disputes, generallu But Not necessarily involving facilitate such Resolution ».

[2]-Karl. J.Mackie, Ahand book of dispute resotion, ADR in Action, Routledge and Sweet, Maxwell, London and Newark, First Publshed, 1991, p 231.
« Alternative Dispute Resolution ADR means dispute Resolution by processes:(a) which en courage Risputants to Reach their own solution and (b) in which the primary role of the third party natural is to facilitate the disputants to do so ».

[3]– ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سابق، ص ص 54–55.

[4]– مجدي إبراهيم، هل تجيد التفاوض، أهميته، عناصره، استراتجيته، شخصية وخصائص المفاوض الناجح، شركة ماهي للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 91.

في المنازعة وبين من أعطت الحرية في الأخذ بها من عدمها، وبين من جعلت الأولوية لها على غرار الآليات الأخرى في فض المنازعات، وبين من جعلت اللجوء إليها بصفة احتياطية[1].

فالبرجوع إلى التشريعات العربية وعلى سبيل المثال، وبالأخص التجربة التونسية في هذا المجال نجده أقر الصلح والوساطة والتحكيم في المواد المدنية والجزئية[2]، فضلاً عن إقرار المصالحة الحرة في المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وفي حالة عدم الاتفاق تكون مؤسستية وفق نظام المصالحة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، والرجوع إلى المصالحة يكون إلزامي كمرحلة أولى إلا إذا تخلف الأطراف عن ذلك كتابياً[3].

كذلك المشرع المغربي وبموجب قانون المسطرة المدنية المغربي لعام 1974 المعدل والمتمم بقانون 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، نظم فيه اجراءات الطرق البديلة[4]، على غررا المشرع الموريطاني الذي استخدم تعبير الوساطة والتحكيم والمصالحة كوسائل تفض بها النزاعات دون اللجوء إلى البث القضائي، متأثراً بتقاليد الفقه الإسلامي، إذ عمل على تكريس المصالحة القضائية خاصة عندما أصدر القانون 012-2007 والمتضمن تعديل مواد قانون التنظيم القضائي حيث نصت المادة 53 منه:" ... يمكن لرئيس محكمة المقاطعة إقرار الحلول الودية للنزاعات التي تدخل في اختصاصاته والتي يتوصل إليها المصلحون خارج نطاق أي إجراء آخر"[5].

وأغلب التشريعات الوطنية العربية وكما سبقت الإشارة إليه سواء في مجال الاستثمار أو في مجالات أخرى أو في إطار قانون المرفعات نظمت الطرق البديلة، كالتشريع المصري، في القانون رقم: 07 لسنة 2000، الذي يقضي بانشاء لجان التوفيق في المنازعات التي تكون الدولة أو الوزرات طرفا فيها[6]، وحتى قانون الاستثمار المصري لعام 2017، وبموجب المادة 82 منه أقر آلية المفاوضات بصفة جوازية لتسوية أي خلاف يتعلق بالاستثمار بين الدولة المصرية أو أية جهة حكومية والمستثمر، أي تكريس الحلول الودية كطرق بديلة قبل اللجوء إلى القضاء[7].

---

[1]- حميد عبد الوهاب سنان، الوسائل الودية لتسوية منازعات التجارة والاستثمار وفقا للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015، ص 45 ومايليها.

[2]- عامر برورو، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 15-16 جوان 2008، ص 321 وما يليها.

[3]- المادة 23 من قانون الاستثمار التونسي رقم: 71 لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[4]- عبد المجيد غميجة، نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم ، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالربط، ع: 4-2009، ص 121.

[5]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سابق، ص ص 180-181.

[6]- مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 16.

[7]- المادة 82 من قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017 .

وبخصوص المشرع الجزائري فهو الآخر سعى منذ الاستقلال إلى تنظيم هذه الطرق البديلة سواء في التشريعات المتعلقة بقانون المرفعات المدنية والجزئية أو تلك المنظمة لمجالات معينة كقطاع البترول أو في مجال الاستثمار أو العمل، بداية من الأمر 154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والذي نظم في التحكيم بنوعيه الوطني والدولي، ثم المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 24 أفريل 1993، اللذان ألغاهما قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 أفريل 2008، أين أفرد الكتاب الخامس الموسوم ب الطرق البديلة لحل النزاعات وذلك باعتماد الصلح والوساطة والتحكيم كآليات بديلة عن القضاء لتسوية مختلف النزاعات[1].

أما على المستوى الأوربي فنجد النظام الإنجليزي أدخل تعديلاً على القانون المدني، يقضي بعدم اللجوء إلى القضاء البريطاني إلا بعد فشل الطرق البديلة ومنها الوساطة، أو إرجاء الفصل في الدعاوي المرفوعة أمام القضاء وتوقيفها إذا ما أراد أطراف النزاع الذهاب إلى الطرق البديلة، مع وجود مركز للوساطة ببريطانيا لفض مختلف النزاعات والذي أنشأ سنة 1990، كذلك أخذ المشرع الفرنسي بالوساطة القضائية والتوفيق، وباقي دول العالم الغربي[2]، كذلك نجد في الولايات المتحدة الأمريكية قانون الطرق البديلة لسنة 1998، والذي أقر الوساطة والتحكيم[3].

عموماً إن هذه الآليات البديلة الواردة في مختلف القوانين خاصة المتعلقة بالاقتصاد، وبالأخص قانون الاستثمار الجزائري نجد الاحالة إليها يكون وفق مبدأ سلطان الإرادة أو وفق آلية الاتفاقيات الدولية االثنائية والمتعددة الأطراف والتي صادقت وانضمت إليها الجزائر في هذا الإطار، حيث عملت مختلف الاتفاقيات الدولية وحتى المنظمات الدولية على تكريسها.

ثالثاً: تكريس الطرق البديلة في الاتفاقيات والمنظمات الدولية

واكب التوجه المعاصر إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الإقليمية والعالمية، والمنظمة لهذه الطرق البديلة بإختلاف أنواعها خاصة في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، وذلك من أجل تحقيق

---

[1]- الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية 08-09، والموسوم ب: الطرق البديلة لحل النزاعات والذي هو مقسم إلى بابين، الباب الأول بعنوان في الصلح والوساطة، والباب الثاني بعنوان في التحكيم، والجدير بالذكر ان المشرع الجزائري في ظل قانون المحروقات رقم : رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل و المتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 وبالقانون رقم 13 - 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، وبنص المادة 58 أي قبل التعديل الأخير لعام 2013. قد حدد التسوية الودية بالمصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، وفي حالة عدم الوصول إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، وهذه الطريقة للتسوية إجبارية، (أنظر – قانون الاجراءات المدنية الجزائري لسنة 2008 وقانون المحروقات الجزائري لعام 2005، المعدل والمتمم، مرجعان سبق ذكرهما).

[2]- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 24-25.

[3]- الطرق البديلة لتسوية المنازعات في محكام مقاطعات الولايات المتحدة، على الرابط الإلكتروني:

- https://www.fjc.gov/sites/default/files/2014/Alternative-Dispute-Resolution--Arabic--11.19.2012.pdf , date d'entré: 18-04-2018.a 10h:45.

مقاربة وتكامل إقتصادي ثنائي أو جهوي أو عالمي، فعلى المستوى العربي نجد الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار وإئتمان الصادرات لسنة 1974، التي وضعت عدة آليات لفض المنازعة المتعلقة بضمان الاستثمارات وائتمان الصادرات بين الدول العربية وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم ومنها: المفوضات والوساطة والتوفيق كما سيأتي بيانه في موضعه من هذه الدراسة[1]، كذلك اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، والتي اعتمدت التوفيق والتحكيم لفض النزاع[2]، أضف إلى ذلك الاعتداد بنظام التوفيق والتحكيم أيضاً في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 [3].

أما على المستوى العالمي فقد تناولت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والمنشئة للمركز الدولي لفض المنازعة الاستثمارية، هذه الآليات بصفة مؤسساتية وهي آلية التوفيق والتحكيم كما سيأتي بيانه في موضعه من خلال هذه الدراسة كذلك[4]، فضلاً الاعتداد بهذه الآليات خاصة آلية التوفيق والتحكيم من طرف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية **UNICTRAL**[5].

وبخصوص المنظمات الدولية والتي كرست هذه الطرق البديلة سواء في إطار القانون الدولي العام أو في إطار العلاقات الدولية الخاصة على غرار هيئة الأمم المتحدة، نجد المنظمة العالمية للتجارة **OMC**، والتي أقرت نظاماً لتسوية منازعات التجارة بما في ذلك تلك المتعلقة بالاستثمار من خلال آلية التشاور والمساعي الحميدة والتوفيق والوساطة، وانشاء فرق التحكيم والاستئناف[6]، كذلك نجد المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي أقرت الوساطة كآلية لتسوية الخلافات التجارية، اما دول الاتحاد الأوربي فقد تقدمت سنة 2004 بتوجيه اقتراح يتعلق ببعض جوانب الوساطة في المواد المدنية والتجارية[7].

أما بخصوص الاتفاقيات الثنائية، فنفرد أمثلة عن الاتفاقيات الثنائية والتي أبرمتها الجزائر في مجال الحماية والتشجيع المتبادلتان لحماية الاستثمارات، والتي أقرت الآليات البديلة لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي المباشر كحلول ودية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية.

---

[1]– الاتفاقية منشورة على شبكة الانترنيت على الرابط الالكتروني: www.dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement/ تاريخ التصفح: 18-04-2018، الساعة 12:30. (– أنظر الباب التاسع من الاتفاقية المعنون بتسوية المنازعات، المواد من 34-37).

[2]– اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، الاتفاقية منشورة عبر الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية www.leagueofarabstates.net.

[3]– الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980، المعدة في تونس سنة 1982، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:95-306 المؤرخ في 07-10-1995، مرجع سبق ذكره.

[4] – المواد من 28 إلى 35 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5]– ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 82.

[6]– سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 21.

[7]– ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 82.

ومن هذه الاتفاقيات المتعلقة بالتعاون الثنائي الدولي في مجال الاستثمار بين الدولة الجزائرية والدول الأخرى: الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، والاتفاقية الجزائرية الإيطالية، والاتفاقية الجزائرية اللكسمبورغية، والاتفاقية الجزائرية التونسية، والمغربية، ...الخ [1].

وجل هذه الاتفاقيات نصت على التسوية بالتراضي والتي تشمل المفاوضات والتوفيق، فضلاً عن التحكيم التجاري الدولي الحر والمؤسساتي[2]، نظراً للدور الذي تلعبه في فض المنازعة بصفة عامة والمنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر على وجه الخصوص.

رابعاً: مميزات الآليات البديلة

إذا كانت الطرق البديلة لفض المنازعات والتي منها على سبيل المثال: الوساطة والتوفيق والمفاوضات والصلح والخبرة الفنية والمحاكمات المصغرة ومجلس مراجعة المطالبات...الخ، والتي تخضع من حيث الأصل لمبدا الحرية التعاقدية[3]، إلا أنه ثمة خصائص تتمتع بها هذه الطرق البديلة لفض النزاع ولعلى أهمها[4]:

أ- سيطرة الأطراف على الإجراءات، بحيث يتمتع أطراف المنازعة بالسيطرة الكاملة على الاجراءات، ولا يخضعون لأية شكليات، وإذا لم يرضو بما يعرض عليهم من مشروعات للتسوية فإنهم ينسحبون من الإجراءا.

ب- السرعة في حل النزاع، حيث بات فض النزاع بشكل سريع من سمات العصر الحديث، وذلك ما تتوافر عليه إجراءات الطرق البديلة، وذلك بخلاف الوقت الذي يستغرقه التحكيم والقضاء، علماً ان هذه الوسائل البديلة كما سيأتي بيانه لا تستغرق أكثر من ستتة أشهر لفض النزاع.

ج- المرونة، إذ تعمل هذ الآليات على توفير جو ودي بين الطرفين بعيداً عن الرسميات والشكليات التي يفرضها القانون، بصورة مبسطة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلاً لفتح الباب أمام المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لفض النزاع ودياً وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم.

---

[1]- هذه الاتفاقيات الثنائية وكما سبقت الاشارة إليه منشورة على الموقع الإلكتروني: www.andi، أنظر كذلك الملحق الأول من هذه الأطروحة الموسوم ب: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل الاتفاقية الثنائية والمتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر.

[2]- انظر على سبيل المثال المادة 09 من الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المصادق عليها بموجب المرسوم رقم: 91-345 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991، مرجع سبق ذكره.

[3]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 85.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 314، 315.

- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 83 وما بعدها.

د- قلة التكاليف والإقتصاد في النفقات، حيث تقل النفقات التي تستلزمها هذه الآليات كثيراً عن نفقات القضاء والتحكيم، والتي نجدها تتطلب نفقات باهضة لتغطية النفقات الإدارية وأتعاب المحكمين، واللذين يتقاضون أتعاباً خيالية ومرتفعة نتيجة القيام بعملهم في حسم النزاع[1].

هـ- سرية إجراءات الآليات البديلة وتجاوز مبدأ المواجهة، حيث أنه من الثابت أن من مميزات القضاء والتحكيم علنية الجلسات، والتي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي، وهذه الميزة التي يتميز بها القضاء التقليدي تعد من أسباب عزوف الأفراد والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها من اللجوء إلى القضاء، لهذا تبقى أسرار عمل الأطراف بينهم ولا تتيح أية فرصة للغير للإطلاع عليها، خصوصاً في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، كعقود نقل التكنولوجيا وغيرها، كما أن الوسيط أو أي شخص ثالث أو من يحل محله ليس ملزماً بتفعيل مبدأ المواجهة بين طرفي النزاع، فيستوي أن يكون اجتماع الوسيط بالطرفين مباشرة أو بواسطة الهاتف أو الفيديو أو عبر الأقمار الصناعية، أو أية وسيلة أخرى.

وفي الآخير يمكن أن نشير إلى أن العيوب التي تشوب الآليات البديلة بخلاف التحكيم، وهي كونها لا تنتهي بقرار ملزم للأطراف، مما يعني في حالة فشلها العودة إلى نقطة البداية مع خسارة الوقت الذي استنفذته والمال الذي تم إنفاقه عليها.

الفرع الثاني: أنواع الآليات البديلة بخلاف التحكيم

تعتبر هذه الآليات بمثابة الحلول الودية التي يتم اللجوء إليها لفض المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر قبل الولوج إلى القضاء، هذه الآليات التي تجد مصدرها سواء في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته أو في القانون الوطني أو الدولي، وعليه نستعرض لهذه الآليات البديلة بخلاف التحكيم كما يلي:

أولاً: المفاوضات

المفاوضات هي وسيلة من الحلول البديلة، في مرحلة ما قبل الوساطة، وتعد من أعقد العمليات على الإطلاق، وذلك بالرغم من أنها وسيلة مرنة لا تحتاج إلى شكليات لإنهاء الخلاف القائم بل مجرد تعيين المكان والزمان والمواضيع التي تحتاج إلى حوار جدي، وذلك بحسن نية ورضا الأطراف أنفسهم بهدف الوصول إلى حل نقاط الخلاف فيما بينهم[2].

---

[1]- على سبيل المثال في مجال أتعاب المحكمين تبدا الرسوم الإدارية والتحكيمية في غرفة التجارة الدولية (ICC) بباريس، من 2500 دولا أمريكي لكل محكم للقضايا التي تبلغ قيمتها 50.000 دولار أمريكي، حيث تعتمد أتعاب المحكمين على مقدار النزاع وفي بعض الحالات الاستثنائية قد لا تلتزم غرفة التجارة الدولية بالأرقام المنشورة وذلك حسب التعقيد في القضايا موضوع النزاع وبحسب مدة الإجراءات ومقدار الوقت الذي يستهلكه المحكمون، في حين أن تكاليف الوساطة أو الطرف الثالث المكلف بفض النزاع نجدها منخفظة عن تكاليف التحكيم وتبتدأ من 1500 دولار أمريكي، وتزداد هذه التكاليف حسب القصايا موضوع النزاع، ومدى الاجراءات والوقت على أن لا تتعدى 10.000 دولار أمريكي.

(-Voir: Peter Turner, Resolution of international Disputes through Arbitration or ADR ,Lawyers for the New Millennium, The Syrian bar association, Damascus 2003, p 36).

[2]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 65-66.

وعليه ما المقصود بهذه الآلية وما هو دورها في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وماهي أثارها على فض النزاع وتطبيقاتها في مجال فض المنازعة في هذا الإطار.

أ- تعريف المفاوضات كآلية بديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

المفاوضات وسيلة من وسائل التسوية الودية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والعقود الدولية الاقتصادية بصفة عامة، إلا أنه ينبغي التمييز بين المفاوضات كوسيلة للتعاقد الدولي والمفاوضات كآلية لحل النزاع الدولي ذا الطابع الاقتصادي الدولي بعد التعاقد، ولهذا تعرف المفاوضات بأنها: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما اقتصادية قانونية تجارية سياسية ....الخ"[1].

كما أن طبيعة المنازعة الاستثمارية توجب عدم حل النزاع بالآليات الأخرى، إلا بعد إخفاق التسوية أو الحل عن طريق المفاوضات الثنائية بين الطرفين، وتتطلب ممارسة هذه الآلية توافر في المتفاوضين الخبرة في مختلف الجوانب القانونية والمالية والاقتصادية، خاصة بالنسبة للدول النامية، لعدم وجود توازن اقتصادي بين الطرفين، واختلاف المركز القانوني للطرفين فضلاً عن المصالح المتضاربة للطرفين[2].

وتجدر الإشارة أنه ينبغي التمييز بين الصور التي يمكن أن يتخذها التفاوض بصفة عامة سواء كآلية لحل المنازعات أو كآلية لإعادة التوازن العقدي، فقد يرد شرط التفاوض في عقد الاستثمار مهما كانت صورته في العقد أو بصفة مستقلة عن العقد، وعليه فشرط التفاوض في إعادة التوازن العقدي، ليس بشرط جديد في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وقد سبقت الإشارة إليه، في كونه يؤدي إلى تجنب العديد من المنازعات المحتملة، وذلك من خلال إحداث استمرار في العقد وثبات في الالتزامات، نتيجة حدوث ظروف لم تكن وقت إبرام العقد.

أما شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع، فقد تتضمن بعض العقود والاتفاقات ذات التنفيذ المستمر، أي التي يمتد تنفيذها على فترة زمنية طويلة شرطاً يلزم أطرافها بالتفاوض حول موضوعات محددة، ويهدف هذا الشرط، إلى إلزام طرفا العقد بالتفاوض، إذا ما نشأ بينهما نزاع، أثناء تنفيذ العقد، وذلك بغرض التوصل إلى تسوية ودية للنزاع، قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم[3].

كما أن المفاوضات كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، لا تتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية التي تتقيد بها الآليات الأخرى، فيستوي أن تكون في صورة شفوية أو في صورة مكتوبة[4]، وقد يرد شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع بصفة صريحة أو ضمنية، وقد يكون محدد المدة قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى ومن قبيل ذلك ما نصت عليه قواعد الفديك، الخاصة بعقود البناء والتشييد، بأنه لا يشرع في التحكيم قبل محاولة الطرفين تسوية النزاع تسوية ودية، كما أن اللجوء إلى الوسائل

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 62.

[2]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 151-152.

[3]- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار الهومة، الجزائر، 2012، ص ص 377-378.

[4]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 305.

الأخرى لتسوية النزاع قبل استنفاذ آلية المفاوضات المتفق عليها يعد خطأ عقدي يستوجب التعويض، مع الإشارة إلى أن شرط التفاوض من أجل التسوية الودية للنزاع، لا يلزم الطرفين بالتوصل إلى حل للنزاع القائم، لكن يلزمها فقط بالتفاوض، بحسن نية بغرض إيجاد حل للنزاع بالطرق الودية[1].

ب- إجراءات التفاوض وأثاره:

تتجلى أهمية التفاوض كحل ودي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، في أن الكثير منها تعمل منذ الاتفاق الأول على إدراج شرط قي العقد على أنه إذا حصل خلاف بين الطرفين يتم تسويته عن طريق آلية التفاوض خلال مدة زمنية معينة قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى لتسوية النزاع، وفي الإطار الدولي توحي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في القواعد النموذجية التي أقرتها اليونيسترال بشأن الصياغة الأولى لعقود الإنشاءات الصناعية، بعدم النص في عقد الأساس على شرط يمنع اللجوء إلى الوسائل الأخرى للتسوية خلال فترة التفاوض[2].

وتجدر الإشارة أنه غالبا ما تنص عقود الاستثمار والاتفاقات الدولية للاستثمار على عدم جواز الانتقال إلى وسائل تسوية المنازعات الأخرى قبل الاستفادة من هذه الوسائل، وهذا ما نصت عليه المادة (2) من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي جاء فيها أن على الأطراف تسوية منازعاتهم عن طريق المفاوضات ولا يجوز لهم اللجوء إلى التوفيق والتحكيم إلا بعد استنفاذ سبل التسوية عن هذا الطريق و إن المدة اللازمة للوصول إلى حل من خلال المفاوضات هي (6) أشهر من تاريخ طلب أي طرف الدخول في المفاوضات وبعدها يستطيع المتنازعين البحث عن وسائل تسوية المنازعات الأخرى، ويتم التفاوض عادة من خلال إبداء الرغبة بالتفاوض وذلك بإرسال كتاب من قبل أحد الأطراف إلى الطرف الآخر يبين فيه رغبته بالتفاوض ويتعين على الطرف الأخر الرد على ذلك الكتاب يبين فيه وجهة نظره المقترحة للوصول إلى حل يرضي الطرفين المتنازعين، ويشترط في المتفاوضين أن تتوافر فيهما حد أدنى من المساواة في المراكز القانونية وإلا كانت نتيجة المفاوضات سيطرة الطرف القوي على الضعيف[3].

ويبدو لنا أنه بالإمكان اللجوء إلى المفاوضات كآلية لتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وأن هذه الآلية تتطلب توفر الخبرة والممارسة في النواحي القانونية والمالية والاقتصادية في المتفاوضين لكي تعلم متى تقدم التنازلات ومتى لا يجوز لها ذلك وخاصة بالنسبة للدول النامية، بسبب عدم

---

[1]- علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 379-381.

[2]- عمار محمد خضير الجبوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2017، ص ص 180-181.

[3]- محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 91.

التوازن الاقتصادي بين الطرفين المتنازعين، واختلاف المركز القانوني لهما كما سبقت الإشارة إليه فضلاً عن المصالح المتباينة للطرفين[1].

ويلاحظ أن مدة المفاوضات، يتعين إتمامها في (6) أشهر في غالب الأوقات، فإذا توصلا طرفا عقد الاستثمار الأجنبي إلى حل لمسألة النزاع المطروحة، فيتم تحريره في محضر، والذي يكون حجة على الطرفين لتفادي العودة إلى المنازعة في المستقبل، وإذا فشلت آلية المفاوضات يتعين عليهما اللجوء إلى آليات التسوية الأخرى كالتوفيق والوساطة والتحكيم، كما يدخل في تعبير آخر عن المفاوضات، المساعي الحميدة، وهي من الأساليب المساعدة في تسوية المنازعة الدولية مهما كان نوعها، ونظرا للمرونة التي تمتاز بها المفاوضات، فإنها تكون قادرة على أداء دور مزدوج، الأول يكون وقائي يتمثل في منع تطور النزاع، والآخر علاجي يتمثل في تضييق حدة التوتر بين الطرفين، نتيجة لكثرة الخلاف بينهما وتسويته.

وعموما يترتب على الدخول في مرحلة التفاوض التزامات على عاتق كل من الطرفين، والتي تتفرع جميعها من مبدأ حسن النية في المعاملات[2].

ج- الالتزامات الناشئة عن عملية التفاوض:

يترتب على الدخول في المفاوضات بصفة عامة التزامات على كل من الطرفين وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بالاستمرار في التفاوض والالتزام بالإعلام، ويمثل الالتزام بالاستمرار بالتفاوض التزاما بالقيام بعمل وليس التزاما بتحقيق نتيجة فهذا الالتزام لا يعني التزاما بالتوصل إلى اتفاق، ويعد هذا الالتزام نتيجة مترتبة على أن كل طرف يدخل في المفاوضات وهو راغب في حل النزاع وهو ما يعطي الطرف الآخر الثقة والطمأنينة بأن معه جاد في ذلك، ومن الجدير بالذكر أن هذا الالتزام لا يوجب على المنسحب من المفاوضات تقديم مبرر لانسحابه إلا أن القضاء لا يعد الغياب المبرر للانسحاب من التفاوض دليلا على سوء نية المنسحب.

أما الالتزام بالإعلام فهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات[3]، والتي يوجب على كل طرف أن يطلع الطرف الأخر على كافة الظروف التي تحيط بالنزاع وهو ما قررته غرفة التجارة الدولية

---

[1]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص، 151.

[2]- عمار محمد خضير الجبوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص ص 183-184.

[3]- مبدأ حسن النية هو مبدأ تم الإشارة إلية في الكثير من القوانين الوطنية المقارنة في مجال نظرية الالتزام، ليصبح فيما بعد من المبادئ العامة للقانون الدولي، وعرف تطبيقا في مجال العقود الدولية، وكذا العقود التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب، وبصفة التفاوض هو عملية تعاقدية كان لزوماً توافر حسن النية بينت الطرفين، وقد نصت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 على ضرورة تفسير وتنفيذ المعاهدات بحسن نية، كذلك فيما يخص تنفيذ القرارات التحكيمية الدولية فقد نصت المادة 37 من اتفاقية لاهاي الأولى لسنة 1907 للتسوية السلمية للمنازعات الدولية على تنفيذها بحسن نية، كذلك يرى فقهاء القانون الدولي أن لجنة القانون الدولي الخاصة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول رأت في مبدأ حسن النية أصلا يمتد إلى جميع العلاقات الدولية. لمزيد من التفاصيل حول مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية، أنظر: طالب عبد الله فهد العلواني، تنفيذ الإلتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، من ص 47، 58.

بباريس إذ قضت في حكمها الصادر في عام 1981 بأنه: "لا يمكن تمسك المتعاقد بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا الشرط لم يصدر به مرسوم حكومي، ما دام المتفاوض قد نكل عن إعلام الطرف الأخر بهذا الشرط"[1] ،وفضلاً عن هذه الالتزامات الرئيسية التي تتولد عن عقد التفاوض كآلية لفض المنازعات بطريقة ودية هناك التزامات فرعية أخرى قد تختلط بالالتزامات الرئيسية في مجال عقد التفاوض في العقود الدولية بصفة عامة عند إبرام العقد وقبل نشوب النزاع كما هو الحال في الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية، والالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات[2].

وفي هذا الإطار يمكن أن نشير إلى الكثير من الاتفاقيات الدولية والجهوية والثنائية والمتعددة الأطراف، التي أبرمتها أو انضمت إليها الجزائر والتي كرست الحل الودي لحل النزاع الاستثماري بصفة إلزامية أو اختيارية، وبتحديد نوعية الآلية الودية أو دون تحديدها، حيث نصت على أنه في حالة نشوب نزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار ومستثمر تابع لدولة متعاقدة أخرى يتم تسويته بالطرق الودية المعروفة المشاورات أوالمفاوضات أو التوفيق، وقد تضمنت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الحماية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية أسلوب التفاوض والتشاور لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدولة المتعاقدة ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر[3]، كذلك تضمن نفس الاتفاقيات المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير أو تطبيق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين[4].

كذلك الاتفاق المبرم مع إيطاليا وإسبانيا ورومانيا والأردن، والذي نص على أن يسوى الخلاف بتراضي أو الاستشارة أو بالطرق الدبلوماسية بين الطرفين خلال مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفع الطلب الكتابي،

---

[1]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 305.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 110-113.

[3]- نصت المادة 8 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وسويسرا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار والموقع ببيرن في 30-11-2004، على أنه:" 1- تتم تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، قدر الإمكان عن طريق المشاورات بين الأطراف المعنية.

2- إذا لم تأتي المشاورات بحل في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ الإشعار بطلب الشروع فيها، يمكن للمستثمر إحالة النزاع إما على السلطات القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار وإما على التحكيم الدولي، وفي الحلة الآخيرة يمكن للمستثمر الخيار بين:....."(ج.رج.ج.د.ش.ع: 45 الصادرة بتاريخ: 29-07-2005، ص 15)

[4]- أنظر: الاتفاقية المتعلقة بتشجيع الاستثمار بين الجزائر وأمريكا، حيث نصت المادة (6) الفقرة: أ على أنه :" يحل أي خلاف بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية بصدد تفسير هذه الاتفاقية، أو متعلق، حسب رأي إحدى الحكومتين، بمسألة تخص القانون الدولي العام ناجم عن أي مشروع أو نشاط أصدرت له تغطية، يحل، إلى الحد الممكن، عن طريق المفاوضات بين الحكومتين، وإذا لم تتوصل الحكومتان إلى حل اتفاقي للخلاف بانتهاء ثلاثة أشهر من طلب المفاوضات، فإن الخلاف يرفع بمبادرة أي من الحكومتين إلى هيئة التحكيم ... الاتفاقية الجزائرية الأمريكية الرامية إلى تشجيع الاستثمارات بين الدولتين،والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم: 90-319 المؤرخ في 17-10-1990، مرجع سبق ذكره.

وفي حالة فشل التسوية بالتراضي يتم اللجوء إلى الاختيار بين الآليات الأخرى القضائية الداخلية أو آلية التحكيم الخاص أو المؤسسي[1].

كذلك هناك من الاتفاقيات الدولية للاستثمار لا تنص على التفاوض كوسيلة لحل منازعات الاستثمار فحسب بل لبدا من أن يكون اللجوء إليه قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى كالتوفيق والتحكيم، وذلك نصت عليه المادة 2 من الملحق رقم (2) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، وتعد المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسوية خلال مائة وعشرين يوماً من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات، فضلاً عما ورد في المادة (34) من الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار، والتي أشارت إلى آلية المفاوضات كوسيلة لتسوية المنازعة الاستثمارية وذلك خلال ستة أشهر من طلب أي طرف الدخول فيها، وفي حالة فشل في حل خلال هذه المدة اعتبرت المفاوضات قد استنفذت وعنده يمكن اللجوء إلى آلية التوفيق أو التحكيم.

وبالتالي يمكن القول أنه في حالة استخدام آلية المفاوضات لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فإذا توصل الطرفان إلى حل النزاع، فلا حاجة لاستخدام الآليات الأخرى، ويثبت هذا الحل في محرر مكتوب، وذلك درءاً للمنازعة في المستقبل، لكن في حالة فشل المتفاوضون في التوصل لحل النزاع، ففي هذه الحالة يجوز لهم اللجوء إلى الآليات الودية أو القضائية الأخرى[2].

ت- تطبيقات عملية لآلية المفاوضات في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

عملت آلية المفاوضات على تسوية كبرى قضايا منازعات الاستثمار الأجنبي، ونذكر على سبيل المثال: النزاع بين دولة مصر وشركة بوابة الكويت القابضة وهي شركة استثمارية ذات أسهم تمتلك فيها شركة الإسكندرية للأسمدة نسبة 59.82%، حيث نشب نزاع بين الطرفان على إثر إجراء قامت به الدولة المصرية المتمثل في رفع أسعار الغاز الطبيعي والتمييز في تحديد أسعاره بين شركات الأسمدة، وكذا القيام بتحويل مشاريع الاستثمارية للمناطق الحرة إلى مشاريع استثمارية داخلية، مما ترتب عن هذه الإجراءات ضرراً للشركة الكويتية، والتي قامت في سنة 2011 برفع دوى تحكيمية ضد دولة مصر أما المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأكسيد، وذلك للمطالبة بتعويضات مالية عن الأضرار التي أصابتها قدرها 2.2 مليار دولار، غير أن الحكومة المصرية دخلت في مفاوضات مع الشركة الكويتية المستثمرة وأسفرت عن حل النزاع ودياً دون

---

[1]- انظر المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الايطالية والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 91-346 المؤرخ في 05 أكتوبر 1991 والموقعة في الجزائر في 18 مايو 1991، مرجع سبق ذكره، كذلك نفس المادة من الاتفاقية الجزائرية الرومانية والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-328 المؤرخة في 22-10-1994، والموقعة في الجزائر بتاريخ 28-06-1996، مرجع سبق ذكره، وكذلك المادة 11 من الاتفاقية الاسبانية الجزائرية، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-88 المؤرخ في 25-03-1988 والموقعة بمدريد في 23-12-1994، مرجع سبق ذكره، وأيضاً المادة 07 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 97-103 المؤرخ في 05 أبريل 1997، مرجع سبق ذكره.

[2]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 305.

دفع أي تعويضات عن طريق اللجنة الوزارية لفض منازعات عقود الاستثمار والتي قامت بالتفاوض مع الشركة الكويتية، حيث بموجبه قامت الشركة الكويتية بتنازل عن كافة مبالغ التعويضات المطالب بها بموجب الدعوى التحكيمية المرفوعة أمام الأكسيد[1].

ثانياً: الوساطة (Médiation)

إن آلية المفاوضات وكما سبق ذكره، تعتمد على تدخل الأطراف مباشرة لحل النزاع وتفرغ في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كبند إجرائي وإلزامي لحل النزاع عند نشوبه، وقبل المرور إلى الوسائل الودية الأخرى غير أنه قد يتدخل الغير لحل النزاع عن طريق التوفيق أو الوساطة، وهذه الآليات قد لا تلزم أطراف عقد الاستثمار الأجنبي باللجوء إليها ويترك لهم الخيار في إتباعها، كما أن اللجوء إلى آلية التوفيق أو الوساطة قد يكون حراً أي من اختيار الأطراف، أو مؤسساتياً أي تحت مظلة إحدى المؤسسات الدولية الخاصة بفض النزاعات الاستثمارية، وقد حرصت معظم الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف والتشريعات الوطنية المقارنة وكذا الشروط التعاقدية، على هذه الآليات، وجعلت منها أمراً إلزامياً قبل اللجوء إلى الوسائل القضائية، وعليه سوف نتناول بالدراسة آليتي الوساطة والتوفيق، وأهم المسائل المتعلقة بهما، مع الإشارة إلى بعض التطبيقات العملية لآلية التوفيق في تسوية عقود الاستثمار ومسألة إجراءاته وآثاره.

أ- مفهوم الوساطة وأنواعها:

تشكل الوساطة الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة فهي المحرك والسبيل الأول لجهة إيجاد حل توافقي بين المتنازعين وتقع في قلب الوسائل البديلة، وكانت أكثر وسيلة شيوعاً في حسم النزاعات التجارية لا سيما في العقود التجارية الدولية الكبيرة مثل عقود الفيديك **FIDIC** [2].

وقد تطورت الوساطة بشكل سريع كآلية لفض المنازعات منذ منتصف الثمانينات من القرن العشرين في مجال الشركات والقطاع التجاري بحيث تفوقت على التحكيم كخيار للحل في النزاعات حول العقود وفشل تنفيذها وخروقات براءة وانتهاكات العلامات التجارية والنزاعات حول الملكية وغيرها من النزاعات وصولاً إلى

---

[1]- أنظر الموقع الإلكتروني لشركة بوابة الكويت القابضة وكذا الموقع الإلكتروني المسمى الموازي للشركات غير مدرجة عبر الرابط الإلكتروني التالي: http://www.almowazi.com/UnergisteredCompanies.aspx?Companyld=270، تاريخ التصفح: 2017-07/19، الساعة: 14:00، كذلك يمكن أن نشير في هذا الإطار أن التسوية الودية عن طريق التفاوض أو المشاورات ، يمكن أن تكون حتى أما المراكز التحكيمية، حيث تشير احصائيات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CRDI أنه نحو وجود 32 %من مجموع المنازعات المطروحة أمام المركز للتسوية عام 2017 تم تسويتها عبر الطريق الودي وذلك لمختلف الاسباب وحوالي 14% من مجموع المنازعات خلال نفس السنة تم تسويتها في حكم التحكيم بالطريق الودي بناءاً على طلبات أطراف النزاع، وحوالي 4,5 % من مجموع المنازعات كذلك تم تسويتها بالطريق الودي مدمج في حكم التحكيم. (V:Affaires du CIRDI-Revue Statistidues, (Numéro 2017-02, p 29-30.).

[2]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2016، ص، 59.

الوساطة الإلكترونية عبر الانترنيت لتعالج تشكيلة متنوعة من النزاعات الدولية بين الشركات والعقود الدولية بصفة عامة[1].

كما خضعت لعدة تعريفات فقهية في مجال فض المنازعات بصفة عامة، ويتخذ اتفاق الوساطة عدة أنواع وصور وأشكال مثلها مثل الآليات الأخرى كالتوفيق والتحكيم وتتميز بمجموعة من الخصائص تقتضي تمييزها عن الآليات الأخرى للتسوية الودية، فضلاً على أنها لها آثار هامة، وتقتضي عدة إجراءات لممارستها كآلية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كنوع من عقود الدولة للاستثمار.

وتعرف الوساطة بأنها :" وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات يلجأ إليها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف، عن طريق فحص طلبات وإدعاءات الأطراف، ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع"[2].

ويعرفها جانب من الفقه بأنها :" تدخل طرف ثالث لا علاقة له بالنزاع القائم بين الأطراف بشكل ودي للعمل على تسويته، ويشترك الطرف الثالث مباشرة في المفاوضات الدائرة بين الأطراف، ويقترح بنفسه حلاً للنزاع"، كما قد يدخل الوسيط بصورة عفوية أو قد تستدعيه الأطراف المتنازعة للعمل كوسيط[3].

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ – **Fouchard** – :

« La mission du médiateur se limite à tenter de concilier les parties, ou à s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable.

La médiation est consensuelle du début à la fin.

Il accompagne les parties pour trouver une solution commune.

Les propositions ou recommandation qu'il leur présente après l'instruction de l'affaire n'ont aucun caractère obligatoire, elles ne l'acquièrent que si et lorsque les parties les ont acceptées.

Personne indépendante, neutre et impartial. »[4].

وعرف كذلك أحد الفقهاء بأنها: "عملية ودية يقيم فيها الأطراف المتخاصمة عدالتهم بأنفسهم بمساعدة الغير"[5].

وقد عرفت بعض التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية الوساطة، فعلى سبيل المثال عرف التشريع الفرنسي الوساطة الاتفاقية في المادة 1530 على أنها:" كل عملية منظمة، يحاول طرفان أو

---

[1]– كريستوفرومور، عملية الوساطة، استراتيجيات عملية لحل النزاعات، ترجمة فؤاد سروجي، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2007، ص ص 56–62.

[2]- paulsson (J):and other,The Freshfields Guide to the arbitration and ADR, Clauses in international Contracts 2nd ed, The Hague, Kluwer, 1999, p109.

[3]– عمار محمد خضير الجبوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 187.

[4]– فنيش كمال، الطرق البديلة لحل النزاعات– عدد خاص– الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، جوان 2008، مجلة المحكمة العليا عدد خاص، ص ص 272–273.

[5] -H.J.Hougein, et ph. Genin, Guide pratque de l'arbitrage et de la mediation Comerciale, paris, Litec, 2004, No, 230, p 139. « Un processus amiable dans lequel des personnes qui s'opposent se font justice a elles memes avec l'aide d'un tiers ».

أكثر الوصول إلى اتفاق، بعيداً عن كل إجراء قضائي، من أجل الحل الودي لمنازعتهم، وذلك بمساعدة شخص يختارونه والذي يؤدي مهمته بالحياد، والتخصص، والاهتمام"[1].

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 نجده تناول نظام الوساطة دون الإشارة إلى تعريفها ونوعها[2]، مما طرح إشكالية نوع هذه الوساطة هل هي وساطة اتفاقية أم قضائية، أم هي خليط بينهما، وإن كانت تحمل سمات الوساطة القضائية[3]، وهذا بخلاف المشرع المغربي حيث أشار قانون المرافعات المدنية المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2008، والذي خصص فيه المادة رقم: 327 لتعريف الوساطة الاتفاقية وصورها وإن كان قد أخلط بين عقد الوساطة والصلح والتي جاء في إحدى فقراتها أن:" اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح نشأ أو قد ينشأ فيما بعد[4].

وكذلك عرف النظام البريطاني نظام الوساطة من خلال تأسيس المركز الفعال لحل النزاعات، وهو عبارة عن شركة مدنية تعمل على تشجيع الوساطة في القضايا المدنية والتجارية دون قضايا الأسرة، وفي سنة 1999 وبموجب تعديل القانون المدني البريطاني أصبح اللجوء إلى القضاء، لا يتم إلا بعد فشل الحلول الودية وعلى رأسها الوساطة[5].

وبخصوص التشريعات الدولية فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي والذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية اليونيسترال على أنه: "لأغراض هذا

---

[1]- المادة 1530 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وهو منشور على شبكة الانترنيت وفق آخر تعديل على الموقع الإلكتروني: www.légifrance.gouv.fr ، تاريخ التصفح: 18-07-2017، الساعة 15:46،

-Article1530 : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

[2]- لقد نصت المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل من شانه أن يمس النظام العام، كما استحدث المشرع الجزائري طرقاً قانونية بديلة لحل المنازعات القضائية سعيا للحد من القضايا التي باتت تثقل كاهل القضاء، حيث لم يكتفي بأحكام الوساطة في المواد المدنية والتجارية فقط، بل كرسها كذلك في القضايا الجزئية، وذلك من خلال الأمر رقم: 15-02 المؤرخ في 23-07-2015 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزئية لسنة 1966، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 40 المؤرخة في 23 جويلية 2015، إضافة إلى القانون رقم: 15-12 المؤرخ في 15-07-2015، والمتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 39 الصادرة بتاريخ: 19-07-2015. وبذلك أدخل المشرع الجزائري آلية الوساطة الجزئية لحل المنازعات الناشئة عن الجرائم.

[3]- عبد السلام ذيب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الجزء الثاني، جوان 2008، ص 558.

[4] - مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 110-111.

[5]- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 25.

القانون يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص أحرين "الموفق" مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين" وقد تم نقد هذا التعريف من طرف عدة باحثين على أساس أنه سوى بين التوفيق والوساطة.

وفي الإطار الدولي دائماً نجد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أصدر عام 2013 قواعد للوساطة وعرف في ديباجته بأنها: "تلك العملية التي يتولى بموجبها شخص محايد، يعين بواسطة أطراف النزاع أو نيابة عنهم، معاونيهم بشكل فعال ليتوصلوا إلى تسوية النزاع أو الخلاف مع تحكمهم الكامل في قرار التسوية وكذلك بنود اتفاق التسوية"[1].

ب- أنواع الوساطة:

تتخذ الوساطة أنواع عديدة فهناك الوساطة البسيطة وهي التي تقترب من التوفيق أو المصالحة من حيث الجانب التنظيمي وذلك في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين، وهناك الوساطة الاستشارية وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من الخبراء الاستشاريين كالمحامي أو خبير في موضوع النزاع، ثم تدخله كوسيط لتسوية النزاع، وهناك كذلك وساطة التحكيم، وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمة الوسيط.

كما يمكن أن تتخذ الوساطة شكل قضاء صوري وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط وتضم وكلاء عن أطراف النزاع وذلك للوصول إلى تسوية مقبولة من الطرفين، وللوساطة حيز أوسع قبولا لسهولة ومرونة الإجراءات فيها، وتعمل على حسم مختلف أنواع النزاعات خاصة تلك التي تنتج عن العقود الاستثمارية بشكل عام والأجنبية بشكل خاص[2].

والوساطة في عقود الاستثمار ممكن ان تكون في صورة شرط أو مشارطة، او الوساطة بالاحالة، فشرط الوساطة عبارة عن اتفاق بين طرفين قبل قبل وقوع النزاع، يتم إدراجه وكتابته في صلب العقد أو المعاملة بينهما، وينص فيه على أنه إذا نشب نزاع بينهما يتم تسويته عن طريق وسيط يتفق عليه، وبخصوص التشريعات الوطنية التي عرفت شرط الوساطة نجد قانون المسطرة المغربي لسنة 2008، أما مشارطة الوساطة فيكون سابقا على نشوء النزاع أي نزاع طرفيه، كما يكون بعد وقوع النزاع في صورة عقد

[1]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 114،115.

[2]- عمار محمد خضير الجبوري، ضمانات الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 190-191.

وساطة، في حين نجد الوساطة بالاحالة والتي تعتبر الصورة الحديثة لاتفاق الوساطة، و تكون الاحالة إليها ليس من طرف العقد نفسه، بل من طرف عقد نموذجي يتضمن شروط عامة وله علاقة بالعقد الأصلي[1].

وهناك كذلك الوساطة المؤسساتية والوساطة الحرة، فالوساطة المؤسساتية هي منظمة وفق قواعد مراكز الوساطة أما الحرة فهي منظمة وفق مبدا سلطان الإرادة ومن امثلة الوساطة المؤسساتية نجد الوساطة لدى المركز الدولي التسوية الودية للمنازعات التابع لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي ينظم قواعدها وشروطها علماً ان النسخة الأخيرة لهذه القواعد منشورة على الموقع الإلكتروني للغرفة[2].

ثالثاً: التوفيق

يخضع التوفيق لرضا الطرفين، غير أنه يطرح العديد من الإشكاليات، من حيث مفهومه وطبيعته القانونية والاعتداء به كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي سواء في حالة التوفيق الحر أو المؤسساتي الذي يتم أمام الجهات والمراكز الدولية وكذا النص عليه في التشريعات الوطنية المنظمة للاستثمار وبالأخص التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية المختلفة الإقليمية والعالمية، ويهدف التوفيق إلى تقريب وتسهيل الاتصال المباشر بين طرفي النزاع، مما يشجع عملية الحوار بينهما بغية التوصل إلى تسوية، وتتميز هذه الآلية بالمرونة والبساطة في الإجراءات[3].

أ- مفهوم التوفيق:

خضع التوفيق لعدة تعريفات من طرف الفقه من المنظور الاصطلاحي، فعرفه جانب منه بأنه: "طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف أساسه اختيار الغير وهو الموفق وصولاً إلى تسوية النزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر للأطراف المتنازعة دون أن يكون قرار التسوية ملزم لهما"، وعرفه كذلك جانب آخر من الفقه في إطار تكريس نفس المفهوم بأنه: "إحدى الطرق الودية لتسوية المنازعات والتي بمقتضاها يقوم الأطراف باللجوء إلى شخص من الغير يسمى الموفق**(Conciliateur)** والذي يكون محايداً، ويقوم بتسهيل الاتصال بينهم، ويوضح المشاكل التي يثيرها النزاع، ويحدد النقاط محل الخلاف ويقوم في النهاية بالتقريب بين وجهات نظر الأطراف، لكي يتوصلوا بأنفسهم إلى حل يرتضيانه بالنسبة للنزاع"[4].

كما عرف القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي في أحكامه التوفيق بأنه: "أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو

---

[1]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية بالوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 139، وما بعدها.

[2]- قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017، ص 27، منشورة على الموقع الالكتروني للغرفة التالي:www.iccwbo.org تاريخ التصفح: 14-06-2018 على الساعة 14:00.

[3]- هوام علاوة، قروي سميرة، أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لعباس لغرور، خنشلة، المجلد 11، ع: 14، جوان 2016، ص 121.

[4]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص ص 225-226.

أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيها إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعها الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين"[1].

ويشبه إجراء التوفيق الصلح، وفي هذا الإطار عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[2].

ب- أنواع وصور وأشكال اتفاق التوفيق:

يمكن التمييز بين عدة أنواع وصور وأشكال من اتفاق التوفيق وذلك من خلال النقاط الثلاثة الآتية:

1- أنواع التوفيق:

يمكن التمييز بين اتفاق التوفيق الرضائي الخاص، واتفاق التوفيق المؤسسي واتفاق التوفيق القضائي، **فالتوفيق الخاص** هو الذي يحدده وينظمه الأطراف أنفسهم، دون تدخل من هيئة أخرى، مع الإشارة إلى قواعد التوفيق التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي اليونيسترال لعام 1980 بصيغتها المعدلة سنة 1986 و2006 تعد نموذجاً جيداً لقواعد التوفيق الخاص، أما **التوفيق المؤسسي** فإجراءاته وأحكامه تنظم وتدار عن طريق إحدى الهيئات أو المراكز المتخصصة، والتي غالباً ما تكون مؤسسات تحكيمية مثل: مركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[3]، **أما التوفيق القضائي** فهو عكس التوفيق الرضائي الإتفاقي الذي يهيمن عليه مبدأ سلطان الإرادة ويتم خارج ساحات قضاء محاكم الدولة، في حين أن التوفيق القضائي يقوم به القاضي بمبادرة منه أو الموفق الذي يختاره قاضي الموضوع أو يختاره الخصوم ولا يتدخلا هذا الأخير في إجراءاته، وإن كان يجوز لهم المبادرة بطلب إجراء التوفيق من قاضي الموضوع، والذي لا يجوز له طبقاً للتشريعات المنظمة للوساطة القضائية، أن يلزم أطراف النزاع الدخول في مساعي التوفيق لأن ذلك يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يسري على اتفاق أطراف النزاع على تسويته بالتوفيق[4].

2- صور اتفاق التوفيق:

يمكن ان نميز بين التوفيق الشفوي والكتابي **فاتفاق التوفيق الشفوي**، هو الذي يخلق نزاعاً جديداً نظراً لصعوبة إثباته وإنكاره من جانب أحد أو بعض أطراف النزاع، لذلك التوفيق كإحدى الآليات الودية المهمة

---

[1]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 226.

[2]- أحمد بوخلخل، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 54.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 318-319.

[4]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 248.

لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، ونظراً لطبيعته الرضائية فيستلزم أن يكون مكتوباً، وهو ما يعرف **باتفاق التوفيق المكتوب**، وقد أكدت على ذلك لائحة الوساطة والتوفيق لدى الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات لعام 2013، حيث نص البند الرابع من المادة 72 على أنه: "يجب أن يكون الاتفاق على التوفيق أو المصالحة مكتوباً، سواء في محرر رسمي، أو في محرر عرفي أم في محضر تم تحريره لدى هيئة التحكيم أو إحدى المحاكم التي كانت تنظر النزاع"[1].

ونستخلص مما سبق أن التوفيق يجب أن يكون مكتوباً وذلك لتجنب الخلافات وتوفير حماية لأطراف النزاع.

3- أشكال اتفاق التوفيق:

يأخذ اتفاق التوفيق صورتان وهما: شرط التوفيق ومشارطة التوفيق، **فشرط التوفيق** يكون في إطار التوفيق الرضائي حيث أن النزاع لم ينشأ بعد ولا محل له في التوفيق القضائي، بحيث يتفق أطراف عقد الاستثمار الأجنبي على تسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات في المستقبل عن طريق التوفيق سواء بإدراج ذلك في عقد الاستثمار الأجنبي ذاته أو في إطار اتفاق مستقل يعتبر بمثابة ملحق للعقد، أما **مشارطة التوفيق** فتأتي بعد نشوب النزاع بالفعل، ويجب أن تتضمن تلك المشارطة بياناً بموضوع التوفيق على نحو دقيق، أي تحديد المسائل التي سيتناولها التوفيق، وفي هذا الإطار أشار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى مشارطة التوفيق، إذ نص على أن:" يطبق هذا القانون بصرف النظر على الأساس الذي يجري التوفيق بناء عليه، بما في ذلك اتفاق الطرفين سواء تم التوصل إليه قبل نشوء النزاع أو بعده".

ويمكن الإشارة كذلك إلى الصورة الحديثة لإتفاق التوفيق وهي اتفاق التوفيق بالإحالة، والتي تتضمنها العقود النموذجية، وليس الأصلية وذلك بقيام أطراف النزاع الإحالة على هذه العقود المعروفة في علاقاتهم الجارية، والتي تتضمن بند تسوية المنازعة عن طريق التوفيق[2].

ت- التوفيق كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي:

يحرص أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على الاستعانة بالوسائل والآليات الودية لفض النزاع القائم بينهما أو تجنب وقوعه في المستقبل، مع العلم أن هذه الآليات هي متعددة وتشكل بما يعرف بمجموعة الحل التفاوضي ومنها التوفيق، وفي هذا الصدد ومن أجل تحسين العلاقة بين المستثمر الأجنبي وحماية مصالح الطرفين، لجأت الدول النامية والمتقدمة عبر المؤسسات الدولية وكذا التشريعات الوطنية المقارنة، والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف الإقليمية والجهوية إلى تنظيم هذه الآليات، حيث باتت

[1] – مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص ص 254- 257.

[2] – مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، من ص 250، إلى ص 253 .

تشكل مصادر مهمة لها[1]، وهذا ما يطرح إشكالية الاعتداد بالتوفيق كآلية لتسوية المنازعات في إطار العديد من المؤسسات الدولية والتشريعات الوطنية الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية مع الإشارة إلى التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي صادقت عليها الجزائر في إطار توفير الحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وذلك على النحو الآتي:

1- الاعتداد بنظام التوفيق في إطار المؤسسات الدولية ولوائح غرف ومراكز التحكيم:

عملت العديد من المؤسسات الدولية وكذا أنظمة التحكيم الدولية على تبني هذه الوسائل والآليات الودية البديلة وغير قضائية والتي تجسد الحل التفاوضي قبل اللجوء إلى الآليات القضائية، ومنها: ميثاق الأمم المتحدة بموجب المادة 33 من الفصل السادس، وكذا نظام التوفيق في إطار لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، والتي أعدت في سنة 2002 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، كذلك أخذ التوفيق مكاناً بارزاً في العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، على سبيل المثال: لائحة غرفة التجارة الدولية لعام 1998، والتي وضعت نظاماً للتوفيق الاختياري[2]، واتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، حيث وضعت هذه الاتفاقية آليات لحسم المنازعة بطريقة ودية، وذلك من المادة 28 إلى 35 من هذه الاتفاقية[3]، يمكن الإشارة كذلك إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعد للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية والمحاكم المصغرة، ومجلس مراجعة المرافعات، وبدأ العم2ل بها عام 1990 تحت اسم: مركز الوساطة والمصالحة[4].

2- الاعتداد بنظام التوفيق في إطار التشريعات الوطنية:

أجازت الكثير من التشريعات الوطنية الداخلية، سواء في قوانين المرافعات أو في القوانين المنظمة للاستثمار اللجوء إلى الوسائل البديلة وغير قضائية ومنها: التوفيق على غرار المفاوضات والوساطة والصلح لفض النزاعات بصفة عامة والنزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة سواء كان اتفاق التوفيق حر أو مؤسسي ومنها على سبيل المثال: النظام الفدرالي للوساطة والمصالحة لعام 1947،

---

[1]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 58-76.

[2]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 238.

[3]- بالرجوع إلى الباب الثالث والرابع من المواد (28-40) من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار فإننا نجدها تعالج مسألة التوفيق، إضافة إلى التحكيم وكذا شروط تقديم طلب فض المنازعات وفقاً لهذه الآليات والإجراءات المتبعة من قبل الموفق أو المحكم لفض منازعة ما كذلك وفقاً لهذه القواعد، غير أنه تبقى آلية التحكيم كما سيأتي بيانه في ظل الإحصائيات حول عدد القضايا التي عرضت على المركز الدولي، هي الأهم، حيث من مجموع 437 قضية عرضت للتسوية على المركز نجد فقط تسعة (9) قضايا تم تقديم بشأنها طلبات تسوية عن طريق آلية التوفيق وما تبقى كانت من نصيب التحكيم وذلك منذ نشأة المركز إلى غاية تاريخ 07-08-2013، وللمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر: عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من حيث المركز الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 314 وما يليها.

[4]- إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص، 79-80.

كذلك نظم الوساطة والتوفيق في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من المادة 1528 إلى المادة 1541[1]، وكذلك اعترف المشرع المصري بنظام التوفيق لتسوية المنازعات بموجب القانون رقم: 7 لسنة 2000 بشأن لجان التوفيق في فض المنازعات التي تكون والأشخاص الاعتبارية طرفاً فيها، والقانون المصري رقم: 83 لسنة 2002 والمتعلق بالمناطق الاقتصادية[2].

أضف إلى ذلك أن المشرع السعودي وبموجب نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 1 لسنة 1421 هـ الموافق لسنة 2001 م، وكذا اللائحة التنفيذية الخاصة بنظام الاستثمار السعودي الصادر بقرار محافظة الهيئة العامة للاستثمار رقم: 2 بتاريخ: 15 مايو 1421 هـ الموافق لسنة 2001 م، وفي المادة السادسة والعشرين منها نصت على أنه:" يشكل مجلس الإدارة وفقاً للفقرة الثالثة عشرة من النظام لجنة مكونة من رئيس وعضوين تسمى"لجنة تسوية منازعات الاستثمار" للنظر في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي، وشركائه السعوديين المتعلقة باستثمار مرخص له بموجب هذا النظام تعمل على تسوية المنازعة ودياُ، فإن تعذر ذلك يتم حسم النزاع نهائياً عن طريق التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي.....".

ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع السعودي خرج عن الأصل في الاختصاص بالنظر المنازعة المتعلقة بالاستثمار الأجنبي من القضاء السعودي إلى لجنة تسوية منازعات الاستثمار، والتي تقوم بفض نزاعات الاستثمار الأجنبي ودياً من خلال الوساطة والصلح والتوفيق، وإن تعذر عليها تلجأ للتحكيم وفقا لنظام التحكيم السعودي[3].

وفيما يخص المشرع الجزائري، فإذا رجعنا على سبيل المثال إلى قطاع المحروقات، وبالأخص المادة رقم: 58 من القانون رقم: 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، المعدل والمتمم للقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، فقد نصت على أنه: " يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/ أوالنصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق إجراء تسوية ودية وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

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

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

---

[1]- إيناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 79.

[2] - مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 244.

[3]- عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مرجع سبق ذكره، ص ص 109-110.

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

يطبق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات"[1].

وقبل هذا التعديل كان المشرع الجزائر وفي القانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28-04-2005، يستعمل مصطلح المصالحة المسبقة وفقا الشروط المتفق عليها في العقد[2]، لكن بموجب التعديل في سنة 2013 وبموجب القانون رقم: 13-01 وسع من آليات تسوية المنازعة النفطية واستخدم مصطلح التسوية الودية ليوسع من استخدامها، وحتي في تعديل 2006 وبموجب الأمر 06-10 والذي عدل القانون رقم:05-07 المتعلق بالمحروقات كان يؤكد على ضرورة اللجوء إلى المصالحة أولاً وفي حالة فشل هذه الأخيرة يمكن بعدها اللجوء إلى التحكيم[3].

وما يلاحظ على قانون المحروقات 13-01 وبالأخص المادة 58 أن المشرع الجزائري حذف الفقرة الثانية الواردة في القانون رقم: 05-07 لسنة 2005، وفي الفقرة الرابعة من الأمر 06-10 لسنة 2006، والتي نصت على أنه: "أما إذا كانت شركة سونا طراك شركة أسهم، هي المتعاقد الوحيد، فإن النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات".

وبالتالي فالسؤال المطروح هو لماذا حذف المشرع الجزائري هذه الفقرة من التعديل وأسقطها من القانون رقم: 13-07، لذلك تجيب وترى الدكتورة وردة العياشي من جامعة الرياض في مقالها الموسوم ب: التحكيم في عقود النفط دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، أن الاتفاقات والعقود التي تبرمها شركة سونا طراك مع الشركات العالمية متعددة ومنها: الاتفاقات التي تبرمها مع الشركاء الأجانب في إطار عقود البحث و/أو الاستغلال وامتيازات النقل عبر الأنابيب، وذلك بوصفها شركة مساهمة ذات نظام خاص، فهذه العقود لبدا أن نفرق فيها بين عقد الشراكة التي تبرمه شركة سونا طراك مع الشريك الأجنبي، والعقود التي تبرمها الشركة المتمخضة عن عقد الشركة.

فعقد الشراكة التي تبرمه سونا طراك مع الشريك الأجنبي، فإذا لم يكن لهذا الأخير موطن في الجزائر، كان العقد دولياً، ويمكن أن يحال إلى التسوية الودية، طبقاً لنص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، أما فيما يخص العقود التي تبرمها الشركة

---

[1]- المادة رقم: 58 من القانون رقم: 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، المعدل والمتمم للقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 والمتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:11 الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013، ص 16.

[2]- المادة: 58 من القانون:05-07 المؤرخ 28 أبريل 2005، والمتعلق بالمحروقات المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره، ص 19.

[3]- الأمر رقم: 06-10 المؤرخ في 29 يوليو 2006، المعدل والمتمم للقانون رقم:05-10 المؤرخ في 28 أبريل 2005، والمتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 48، الصادرة بتاريخ: 30 يوليو 2006، ص 8.

المتمخضة عن عقد الشركة، والتي يكون مقرها في الجزائر فهي تعتبر عقود داخلية مع الأشخاص المقيمين في الجزائر[1].

فبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ، ففي الفضل الخامس منه والموسوم بالطرق البديلة لحل النزاعات فقد أشار إلى الصلح والوساطة والتحكيم، دون ذكر مصطلح التوفيق، المادة 990 وما يليها[2]، وفي قانون ترقية الاستثمار الجزائري رقم: 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، نلاحظ أن المشرع جعل الأصل استثناء والاستثناء هو الأصل، فنص على اختصاص القضاء الوطني كأصل عام لتسوية كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية سواء بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، واستثناءاً الرجوع للآليات التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية في هذا الإطار، وهي عادة المصالحة والتحكيم، أو وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح فيه للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص[3].

وعلى نقيض من ذلك نجد الأمر رقم: 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى حيث لم يشير فيه إلى من هي الجهة القضائية المختصة، مع الإشارة إلى آليات التسوية الودية الرضائية المصالحة والتحكيم، على غرار قانون ترقية الاستثمار لعام 2016، والذي أشار إلى اختصاص القضاء الجزائري وإلى نظام المصالحة والتحكيم والتي سواء تضمنتها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار أو عقد الاستثمار أو وجود اتفاق يقضي بهذه التسوية[4]، وهذا ما يطرح إشكالية الاعتداد بهذه الآليات الودية ومنها التوفيق في حل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي تثور بين الدولة والمستثمر الأجنبي وذلك في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر سواء الثنائية أو المتعددة الأطراف والمتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار بين الجزائر ودول أخرى[5].

---

[1]- وردة العياشي، التحكيم في عقود النفط، دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، ع: 4، جوان 2013، ص ص 45-47.

[2]- القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 89.

[3]- المادة 24 من القانون رقم: 16-09 المؤرخ في 16 أوت 2016، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 17 من الأمر رقم: 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سبق ذكره، والمادة 24 من قانون ترقية الاستثمار 16-09، مرجع سبق ذكره.

[5]- تجدر الإشارة في هذا الإطار وفي مجال التسوية الودية أن المشرع الجزائري أجاز التسوية الودية عن طريق التحكيم الدولي، بالنسبة للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب أي في مجال العقود الإدارية الدولية، وذلك ما نصت عليه 153 الفقرة الأخيرة من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات النظام العام، وذلك تماشيا مع نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، والتي تمنع من اللجوء إلى التحكيم كطريق كآلية ودية لفض النزاع على الدولة والأشخاص المعنوية العامة، ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، أنظر: المادة

3- الاعتداد بنظام التوفيق في إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر:

تفضل جل الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة مع مختلف دول العالم في أوربا وأمريكا، وأسيا وأفريقيا والدول العربية، وكذا اتفاقات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والشركات المختلطة، الحلول الودية ومنها التوفيق أو المصالحة، والتي تهدف فيها الدولة المضيفة للشركات الأجنبية المستثمرة إلى تحقيق التنمية، ويدفعها ذلك حاجتها الدائمة إلى تطوير اقتصادها، علماً أن العقد المبرم بين طرف أجنبي وطرف وطني، يثير الكثير من المشاكل، حتى قبل إبرامه، وذلك لتخوف الأجنبي من القضاء الوطني وعدم تنفيذ المتعاقد الوطني المضيف للاستثمار لالتزاماته.

الأمر الذي تطرح معه كيفية تسوية المنازعات التي تثور بين هاذين المتعاقدين، وهما إما الشركة الأجنبية المستثمرة أو فرع من فروعها والدولة كطرف ثاني أو إحدى هيئاتها، سواء كان العقد إدارياً أو كان العقد يخضع للقواعد العامة أي القانون المدني، والتي عادة ما تتم تسويتها كذلك بالطرق الودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم للفصل في النزاع[1].

كما أن معظم الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار تفضل الحل الودي الرضائي وتعطي عدة خيارات للمستثمر الأجنبي المتعاقد في المفاضلة بين هذه الحلول الودية، بحيث يكون الموفق مختص بالفصل بين كل نزاع ينشأ بين والمستثمر الأجنبي بشأن تفسير أو تطبيق اتفاقية الاستثمار أو لعدم تنفيذ عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي التابع للدولة التي هي طرف في اتفاقية الدولية للاستثمار المبرمة مع الجزائر.

وفي هذا الإطار نجد سبيل المثال نجد اتفاق الاستثمار المبرم بين دولة الجزائرية والتونسية المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، يقر التسوية الودية الرضائية، حيث نصت المادة 08 الفقرة الأولى منه على أنه: " تتم تسوية كل نزاع ينشأ بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه قدر الإمكان بالطرق الدبلوماسية" ، كما نصت المادة 09 الفقرة الأولى من نفس الاتفاق على أنه: "تتم تسوية كل نزاع متعلق باستثمار ينشأ بين الطرف المتعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان، بالتراضي"[2].

---

135 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مرجع سبق ذكره، ص 37.

[1]- عتو الموسوس، النظام القانوني لفروع الشركات الأجنبية في الجزائر، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2010، ص ص 164-165.

[2]- المادتان: 8 و9 من اتفاق الاستثمار المبرم بين دولة الجزائرية والتونسية المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، الموقع في تونس بتاريخ 16 فبراير 2006، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم:06-404 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، مرجع سبق ذكره.

كذلك ما جاء في المادة 08 الفقرة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، إذ نصت على أنه: "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من طرف المتعاقد الآخر، يسوى وبقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين"[1].

وبخصوص اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والشركات المستثمرة المختلطة، والتي تحوز فيها الجزائر على أغلبية الأسهم، نجد المادة 13 الفقرة الأولى مثلاً من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة عن الدولة الجزائرية وشركة الدولية (سيدار)، وهي شركة ذات أسهم فقد نصت على التسوية الودية الرضائية.

إذ جاء فيها:" يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية كل الخلافات دون استثناء والتي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالاتفاقية الحالة وذلك بروح وموضوعية "كذلك المادة الثالثة من نفس الاتفاقية تعطي للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الحق في الاستفادة من الضمانات والحقوق والامتيازات المعترف بها للمستثمرين الأجانب ومنها: آليات التسوية الودية والمنصوص عليها في اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات الممضاة بين الدولة التي ينتمي إليها المستثمر وبين الدولة الجزائرية[2].

4- الاعتداد بالتوفيق لتسوية الخلافات الناتجة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

يمكن أن نشير إلى عدة أمثلة عملية لعدة قضايا تم تسويتها عن طريق آلية التوفيق سواء الرضائي الحر أو المؤسساتي، ومن ذلك على سبيل المثال **(قضية يوروسيب)**، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن كون الدولة المصرية عن طريق وزارة الموارد المائية قامت بإبرام عقد مع مجموعة من الشركات الأوربية يوروسيب بتاريخ 02 مارس 1998، وذلك بأن تقوم بتصميم وتنفيذ وبناء وتوريد وإنشاء واختبار وصيانة مشروع بإحدى المدن المصرية، طبقاً لسعر محدد في العقد.

ثم بعد ذلك نشأ نزاع خلال فترة تنفيذ العقد، وقد أدرج في بنود العقد وذلك بموجب المادة 67 على أنه في حالة حدوث خلاف بين الطرفين يتم اللجوء إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وقد تم رفع دعوى أمامه من طرف الشركة الأوربية لمراجعة سعر المشروع وتمديد مدته، وقامت الوزارة المصرية برفع دعوى مضادة وطلبت التعويض مع غرامة التأخير.

---

[1]- المادة 08 الفقرة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والموقع عليها بالجزائر بتاريخ 13 فبراير 1994، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-01 المؤرخ في 02 يناير 1994، ج.ر.ج.ج.د.ش،ع:1 الصادرة بتاريخ: 02 جانفي 1994، أنظر كذلك في هذا الإطار المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية للترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 13 من اتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة الدار الدولية: (سيدار)، وقد نصت كذلك معظم الاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية و عدة شركات كالشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة وهي شركة ذات أسهم مسجلة في الكويت، واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبليس وشركة حماواتر ديسلنايشن، وشركة أقواس دو سكيكدة وشركة كهرما، على التسوية الودية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 جانفي2007، ص ص 12-33.

فقام مدير المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بإجراء التوفيق بينهما، وبعدة عدة جولات من الجلسات بين الموفق وطرفي النزاع لمراجعة الحسابات وتصفية الخلافات بينهما، عقد الموفق جلسته الأخيرة مع طرفي النزاع وبعد ذلك تم توقيع اتفاقية التسوية بتاريخ 14 مارس 1999[1].

5: إجراءات التوفيق وآثاره:

يعد اتفاق الطرفين على التوفيق أمراً لازماً لعرض البدء بإجراءاته، حيث يهيمن مبدأ سلطان الإرادة على إجراءات التوفيق، غير أن التوفيق وحسب ما سبق الإشارة إليه يأخذ عدة أنواع وأشكال وصور، لهذا فإجراءات التوفيق تختلف من حيث كون التوفيق حر رضائي أو مؤسساتي ومن حيث كذلك كون التوفيق قضائي، حيث في هذه الحالة الأخيرة، يفترض أن النزاع عرض على القضاء– سواء قضاء محاكم الدولة أو قضاء هيئات التحكيم– ووافق أطرافه، سواء بمبادرة منهم، أو من قاضي الموضوع لتسوية ذلك النزاع بأية وسيلة، مما يقلص مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم إجراءاته من خلال تنظيمها من طرف القانون أمام القضاء[2].

لهذا فإجراءات التوفيق وآثارها تختلف من التوفيق الرضائي عنه في المؤسسي، وإن كانت هناك بعض المبادئ والقواعد المشتركة بين كل من التوفيق الخاص والمؤسسي كما سيأتي بيانه.

أ–إجراءات التوفيق الرضائي:

يراد بالتوفيق الخاص الرضائي، تلك العملية التي يتم تنظيمها وإدارتها بما يحدده الأطراف دون مساعدة أية مؤسسة أو مركز، حيث يسمي أطراف النزاع طرفاً محايداً من اختيارهم لغرض تسوية النزاع من خلال تقريب وجهات النظر بين الأطراف وتكون قراراته غير ملزمة ولا يمكنها تنفيذها جبرا ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك بل تعتبر مجرد توصيات واقتراحات يضعها الأطراف موضع اعتبار جدي لتسوية النزاع، ويمارس الموفق مهامه بالاعتماد على مبادئ الحيدة والعدل والإنصاف في إدارة عملية التوفيق، ويتم إثبات عملية التوفيق في محضر موقع عليه من طرف الطرفين ومن الموفق.

كما أن اتفاق التوفيق شرطا كان أو مشارطة يجب أن يتضمن بصفة عامة، وصفا للنزاع وبيان مطالبات الأفراد واسم الموفق الذي تم اختياره، وعلى الأطراف المتنازعة تزويد الموفق بالبيانات والوثائق التي يمكن أن تساعده في إنجاح مهمته، على أن يلتزم هذا الأخير بتقديم خلال مدة معينة تقريرا ملخصا يبين فيه أوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها والحلول التي وافق عليها أطراف النزاع، وجرت العادة بخصوص الأعباء المتعلقة بلجنة التوفيق اقتسامها مناصفة بين الأطراف المتنازعة[3].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 321–322.

[2]– مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 271.

[3]– محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ، ص ص 101–102.

وبالالي يمكن القول أن التوفيق الرضائي هو توفيق خاص يتم فيه الاتفاق بين أطراف النزاع على الدخول في مساعي من أجل تسوية النزاع وديا خارج نطاق لوائح المراكز أو الغرف المعنية بالتوفيق. عن طريق اختيار موفق أو أكثر، ويحددون مهام الموفق وإجراءات التوفيق كافقة حتى نهايتها، وهو ما يعني أن أطراف النزاع يتمتعون بحرية كاملة في اختيار الموفق[1].

ب- إجراءات التوفيق المؤسسي:

هو الذي يتميز بتنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالباً ما تكون مؤسسات ومراكز تحكيمية، ومن أمثلة التوفيق المؤسسي يمكن أن نشير إلى قواعد التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وأيضاً قواعد التوفيق الخاصة بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

ولبدأ إجراءات التوفيق لبدا من وجود اتفاق بين الطرفين في شكل شرط مدرج في العقد، أو في شكل مشارطة أي أتفاق لاحق تتم الموافقة عليه سواء كان ذلك بصفة صريحة أو ضمنية.

والجدير بالذكر في هذا الإطار أن اللجوء إلى التوفيق المؤسسي قد يكون اختياري أو إلزامي قبل الإلتجاء إلى القضاء، وفي هذا الإطار يمكن أن نشير إلى قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة في مصر رقم: 83 لسنة 2000، والذي اعتبر اللجوء إلى التوفيق أمر إلزامي قبل عرض النزاع على القضاء.

ومن أمثلة المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار والتي تم تسويتها عن طريق التوفيق المؤسسي نذكر قضية يوروسيب بين مجموعة من الشركات الأوربية ووزارة الأشغال العامة والموارد المائية المصرية[2].

بعد فشل الآليات الودية في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء عن طريق المفاوضات كإجراء أولي أو محاولة التوفيق أو الصلح، يمكن اللجوء إلى القضاء الوطني، غير أن مسألة

---

[1]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص ص 273- 274.

[2]- وتتلخص وقائع قضية يوروسيب في: أنه طبقاً للعقد المبرم بين مجموعة من الشركات الأوربي يورسيب ووزارة الأشغال العامة للموارد المائية المصرية بتاريخ 02-03-1989، والذي التزمت فيه يورسيب بأن تقوم بتصميم وتنفيذ وبناء وتوريد وإنشاء واختبار وصيانة مشروع قناطر أسنا الجديدة، وذلك طبقاص لنصوص العقد والسعر المحدد فيه.

وقد نشأ خلال تنفيذ العقد عدد من المنازعات بين الأطراف، فلجأت يورسيب إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وفقاً لنص المادة 67 من شروط العقد، لفض اهذه النزاعات، هذا الأخير قام بإجراء التوفيق بينهما، وبين عدة جولات من الجلسات بين الموفق وطرفي النزاع لمراجعة الحسابات وتصفية الخلافات بين الطرفين، عقد الموفق مع ممثلي الطرفين الجلسة الأخيرة يوم 01-03-1997 وانتهى فيها إلى رأي تم إخطاره إلى طرفي النزاع.

وقد انتهت جهود الصلح بتوصل الطرفين إلى اتفاق لتسوية المنازعات في اجتماع عقد بتاريخ 03-05-1998، تم بمقتضاه استحقاق اليوروسيب مبلغا تعويضيا شاملاً كافة المستحقات والمطالبات المضادة لكلا الطرفين، وبتاريخ 14-03-1999 تم توقيع اتفاق التسوية. (- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص 322-323).

الأولية والمفاضلة في جميع الآليات تخضع لمبدأ سلطان الإرادة في العقود وللتشريعات الوطنية الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية.

رابعاً: دور الآليات البديلة في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

نظراً للطبيعة الخاصة والأهمية البالغة لعقود الاستثمار بالنسبة لطرفي العقد المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، وارتباطها بالتنمية، فقد زاد الاهتمام بهذه الطرق البديلة لحسم المنازعات كطريق لحل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، لما تحققه من مزايا تتناسب وطبيعة هذه العقود، حيث تتميز عقود الاستثمار بآجالها الطويلة عموماً، لذلك يكون من المهم بالنسبة للأطراف الحفاظ على علاقات جيدة في حالة نشوب نزاع بينهم، وذلك من أجل المحافظة على علاقاتهم المستقبلية، ويكون من الضروري في مثل هذه الأحوال حل النزاع بين الأطراف بشكل ودي، وهو ما يمكن أن توفره الآليات البديلة لفض المنازعة.

وتلعب التسوية الودية والرضائية للمنازعات في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر دوراً كبيراً في فضها حتى بعد صدور أحكام التحكيم فيها، ومن ذلك ما تم تسويته بالتراضي في القضايا التي عرضت على المركز الدولي لتوية منازعات الاستثمار **CIRDI** والتي بلغت 5.4% من عدد القضايا التي عرضت على المركز للفصل فيها عن طريق آلية التحكيم وتم تسويتها بالتراضي وذلك خلال السداسي الأخير من عام 2016[1]، ونسبة 5.2% من عدد القضايا المعروضة على المركز خلال السداسي الاول من عام 2017[2]، ونسبة 4.9% خلال السداسي الثاني من عام 2017[3].

وعلى هذا الأساس نجد عدد كبير من منازعات عقود الاستثمار، ولا سيما عقود التعاون الصناعي والأشغال الدولية، بكونها ذات طبيعة فنية معقدة تستلزم عملية فضها التسوية الودية والرضائية حفاظاً على استمرار العلاقة العقدية، إلا أنه مايؤخذ على هذه الوسائل كما سيأتي بيانه في هذه الدراسة هو أن فعاليتها تعتمد بشكل حصري على رضا الأطراف، كون لهم مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات والقرارات التي يصدؤها الموفق أو الوسيط، لذلك غالباً ما يتم الدمج بين هذه الآليات البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص الكثير من العقود وكذا التشريعات الوطنية والدولية على التسوية الودية كخطوة أولى ثم بعدها اللجوء إلى إجراءات التحكيم والمحاكم كخطوة ثانية في حالة فشل الآليات البديلة[4].

المطلب الثاني:

الآليات القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يقصد بالآليات القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر القضاء الوطني الرسمي أي قضاء المحاكم، والقضاء الدولي بخلاف قضاء التحكيم كما سيأتي بيانه في هذه الأطروحة في الفصل الثاني من هذا الباب، حيث يكون لهيئات التحكيم الوطنية سلطة إصدار أحكام ملزمة لأطراف النزاع، ويتم تنفيذها ضد الخاسر، كذلك المقصود هنا بالقضاء الوطني الداخلي، قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، وإن

[1]- CIRDI, Affaires du CIRDI-Statistidues, (Numéro 2017-01).
[2]- CIRDI, Affaires du CIRDI-Statistidues, (Numéro 2017-02).
[3]- CIRDI, Affaires du CIRDI-Statistidues, (Numéro 2018-01).
[4]- بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 324.

كان يجوز للأطراف اللجوء للمحاكم التي يتبع لها المستثمر الأجنبي، وهو شيء نادر الحدوث، لتعلقه بمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات سيادة، الطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، وما يثيره من إشكالات متعلقة بنظرية الحصانة السيادية المطلقة أو المقيدة.

كما أن لجوء أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الإجراءات القضائية الوطنية الداخلية لتسوية منازعتهم، يطرح عدة إشكاليات من حيث مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، وكذا دور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تكريس ذلك والصعوبات التي تثيرها هذه التسوية، خاصة من الناحية العملية، الأمر الذي يطرح مدى فعاليتها في هذا الإطار.

وإذا كان الأصل أنه في حالة حدوث ضرر للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة نتيجة لتصرف قامت به هذه الدولة هو اللجوء إلى المحاكم الداخلية، فإنه يمكن لهذه الأخيرة التخلي عن نظر دعواه استناداً لمبررات السيادة...الخ ، لذلك فإن القانون الدولي وقصد ضمان الحد الأدنى للحماية الإجرائية للمستثمر الأجنبي أقر المسؤولية الدولية للدولة المضيفة بحيث يمكن للمستثمر الأجنبي المباشر مقاضتها دوليا وتمكينه من الحصول على حقه في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية وهو ما يعبر عنه بالقضاء الدولي، لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: آلية القضاء الوطني.

الفرع الثاني: آلية القضاء الدولي.

الفرع الأول: آلية القضاء الوطني

تعد ممارسة سلطة القضاء من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها لذلك تصر معظم قوانين الدول النامية على غرار الجزائر على إخضاع جميع المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كأصل عام[1]، وذلك ما نصت عليه التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بالاستثمار، وحتى عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في حد ذاتها.

وعلى هذا الأساس سوف نتناول مختلف الاشكاليات التي تثيرها هذه الآلية سواء من حيث مدى اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومن حيث تحديد الاختصاص القضائي النوعي والإقليمي بنظرها خصوصاً في ظل الأنظمة القضائية التي تأخذ بإزدواجية القضاء، وذلك كما يلي:

أولاً: مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

الأصل أن يختص القضاء الوطني في الدولة التي يجري فيها الاستثمار بتسوية المنازعات الناجمة عنه تطبيقاً لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها، ما لم يوجد اتفاق بين أطراف عقد الأجنبي المباشر يقضي بخلاف ذلك[2].

---

[1]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 160.

[2]– دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 314.

وهذا ما قررته الكثير من الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار الأجنبي والقرارات الدولية والتشريعات الوطنية وأيضاً عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وأمثلة على ذلك نذكر: الاتفاق الجزائري الإيطالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه بالجزائر في 18-05-1991، وفي المادة 08، الفقرة 02/أ، حيث تقرر هذا المبدأ ونصت على ما يلي:"إذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي تم الاستثمار على إقليمها، أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"[1]، وهو نفس الموقف الذي جاءت به الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا في 13-02-1993 والمصادق عليه في يناير 1994، بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات، حيث جاء في نص المادة08، الفقرة 02 منها أنه:" إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة 06 أشهر من تاريخ رفعه من احد الطرفين في النزاع، فإنه يمكن بطلب من المواطن أو الشركة، أمام الهيئات القضائية المختصة في دولة الطرف المتعاقد المعني بالنزاع، أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[2].

والجدير بالذكر أن اختيار الهيئة القضائية وفق الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، يكون في الإطار الذي رسمته هذه الاتفاقيات لأطراف النزاع، إذ أغلبها تؤكد على اللجوء إلى المحكمة المختصة للبلد المضيف أو إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **CIRDI**، وبالتالي هذا الإختيار الممنوح للمستثمر يجعله يستبعد القضاء الوطني، لكون ان مشروعه الاستثماري ذي أهمية مالية، لذلك فهو لن يقبل على الاستثمار في دولة ما إلا بعد أن يتحقق من أن النزاع الذي قد ينشأ بينه وبين الدولة المضيفة سوف لن يخضع إلى المحاكم الوطنية[3].

وما يسجل على هذه الاتفاقيات الثنائية الجزائرية في ميدان الاستثمار، وعند اشارتها إلى إختصاص المحكمة الوطنية وبصفة تبادلية فقد تباينت في التسميات، فبعض الاتفاقيات تتحدث عن المحكمة الوطنية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع[4]، واخرى تتحدث عن السلطة القضائية المحلية للطرف المتعاقد الآخر المضيف للاستثمار[5]، وهناك من تتحدث عن الهيئة القضائية المختصة للبلد المستقبل للاستثمار

---

[1]- الاتفاقية الجزائرية الإيطالية للترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[2]- عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار الأيام للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2015، ص ص 355-356.

- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[3] - Horchani.F, « Le Reglement des différendes dans la législatio, Tunisienne relative à L'investissement » in R.T.D, 1991, 1,2,pp 157, 158.

[4]- المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره، المادة2/9 من الاتفاقية الجزائرية المالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في باماكو بتريخ 11-07-1996، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98-431 المؤرخ في 27-12-1998،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 97 الصادرة بتاريخ: 27-12-1998.

[5]- المادة 4/7 من الاتفاقية الجزائرية القطرية، مرجع سبق ذكره .

محل الخلاف[1]، كما نجد أخرى تشير إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها[2].

كذلك ما يلاحظ على هذه الاتفاقيات الثنائية أنها تجعل من اللجوء إلى الجهات القضائية بصفة إختيارية كقاعدة عامة غير أن بعض هذه الاتفاقيات تعطي الأولوية للمحكام الوطنية وأخرى تجعل ممارسة هذا الاختيار محدود ووفق شروط[3].

كذلك وفيما يخص الاختيار الممنوح للمستثمر عوضاً عن القضاء والمتمثل في التحكيم سواء المؤسساتي أو الحر، فنجد معظم هذه الاتفاقيات تعطي الأفضلية للتحكيم المؤسساتي التابع للمركز الدولي CRDI دون التحكيم الحر، لكن في ظل التحكيم المؤسساتي لدى المركز تؤكد بعض الاتفاقيات الثنائية على أنه اختيار حصري[4]، بينما في اتفاقيات أخرى نجد اختيار التحكيم المؤسساتي لدى المركز يكون بشكل اختياري من بين مجموعة من الحلول المعروضة على المستثمر عوضاً عن التسوية القضائية[5].

كذلك في هذا الإطار نصت اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق والسودان لسنة 1999 في المادة 11 على أنه: "للمستثمر الحق إلى القضاء المحلي في الدولة المستقبلة في أي حالة من الحالات الآتية:

- عدم الاتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.
- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة.
- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم.
- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة دون وجود سبب معقول.

وتقضي كذلك اتفاقية وتشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق ويوغسلافيا لسنة 2000 بنص الفقرة 19 الفقرة02: "إذا لم يتم تسوية النزاع بالطرق الودية خلال مدة 06 أشهر فإنه يجوز لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى المحاكم المختصة للطرف المتعاقد الذي هو طرف في النزاع..."[6].

كما نصت المادة 09 الفقرة الأولى من الاتفاقية العربية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية من الفصل الثاني الخاص بمعاملة المستثمر العربي على الاختصاص القضاء الوطني في نظر دعوى التعويض ضد القرار غير المشروع والمتعلق بنزع الملكية، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة

---

[1] – المادة 2/7 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، مرجع سبق ذكره .

[2] – المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الايطالية، مرجع سبق ذكره .

[3] – المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية السورية، مرجع سبق ذكره .

[4] – المادة 2/7 من الاتفاقية الجزائرية القطرية، والمادة 2/9 من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبورغية، مرجع سبق ذكره .

[5] – المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، مرجع سبق ذكره، المادة 2/7 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية، المادة 2/8 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، مرجع سبق ذكره.

[6] – دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 314.

على إمكانية لجوء المستثمر الأجنبي العربي إلى القضاء الوطني لطلب أمر اتخاذ إجراءات تحفظية أو إجراءات تنفيذ الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية المختصة[1].

كذلك ما يستنتج من نص المادتان 27 و31 من ذات الاتفاقية في اللجوء إلى القضاء الوطني حيث أشارت المادة 27 على إمكانية لجوء المستثمر الأجنبي العربي إلى القضاء الوطني لحين إنشاء محكمة الاستثمار العربية وذلك في الحالات الآتية:

1- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.

2- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المادة المحددة.

3- عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق[2].

4- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم.

5- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب.

أما المادة 31 فمنعت اللجوء إلى القضاء المزدوج إذ نصت على: "للمستثمر العربي أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى"[3].

وقد نجحت الدول النامية في إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائها الداخلي من خلال إسهامها في صياغة قواعد النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي طالبت فيه بضرورة إعادة تحقيق العدل والإنصاف للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، كما جاء في نص المادة 212 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول لعام 1974، حيث نصت على أنه: "عندما تثير مسالة التعويض خلافاً يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة، وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع طرق سليمة أخرى على أساس المساواة في السيادة، ووفقا للمبدأ الاختيار الحر للوسائل..."[4].

ويتضح من هذه الاتفاقيات الثنائية العربية والأوربية وحتى التي صادقت عليها الجزائر أنها تجعل من القضاء الوطني آلية من الآليات لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة رئيسية،

---

[1]- المادة 09 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 09 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 09 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سبق ذكره.

[4] - عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 358، انظر في هذا الإطار كذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1803، لعام 1962، والقرار رقم: 29/3281 لعام 1974، اللذان يعطيان اختصاص للقضاء الوطني لنظر المنازعة المتعلقة بالاستثمار قبل مباشرتها على المستوى الدولي كشرط إلزامي تطبيقاً لمبدأ سيادة الدول.

وتجيز مع ذلك اللجوء إلى الآليات الأخرى إذا كان هناك اتفاق يقضي بذلك، فضلاً عن شرط إثبات استنفاذ إجراءات التسوية الودية عن طريق آلية المفاوضات أو الوساطة أو التوفيق، أي إجراءات المصالحة الودية بالمفهوم الواسع قبل مباشرة أي إجراء لاحق، سواء تضمنها العقد وفق مبدأ سلطان الإرادة أو نصت على ذلك الاتفاقية الدولية أو اتفاقية الاستثمار، بمعنى أنه بعد فشل الآليات الودية في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، يمكن اللجوء إلى القضاء الوطني.

أما بخصوص عقود الاستثمار الأجنبي فيمكن الإشارة هنا على سبيل المثال: ما ورد في العقد المبرم بين مصر وشركة **AMOCO** في المادة 23 الفقرة 01 على أنه: "يلزم إحالة أي نزاع ينشأ بين الحكومة والأطراف حول تفسير أو تطبيق أو تنفيذ الاتفاقية إلى محاكم جمهورية مصر العربية".

ولقد كرست معظم التشريعات الوطنية العربية المقارنة اختصاص القضاء الوطني بنظر المنازعة المرتبطة بعقد الاستثمار بصفة خاصة ومنازعات الاستثمار بصفة عامة، وذلك على غرار التشريع الجزائري، ومن هذه التشريعات على سبيل المثال، التشريع العراقي[1]، السوري[2]، المصري([3])، الكويتي[4]، وغيرها من تشريعات الأخرى.

كذلك فقد جعل المشرع الجزائري للجهات القضائية الجزائرية الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار، وذلك صراحة في قانون ترقية الاستثمار لعام 2016، حيث نصت المادة 24 من قانون الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والتي وردت في يخص الضمانات الممنوحة للاستثمارات على أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة

---

[1]- نص المشرع العراقي في المادة (27) فقرة 01 من قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006 على أنه في حالة وجود خلافات استثمارية فإنه يتم حلها بإحدى الآليات التالية: 1- القضاء الوطني العراقي متمثلاً في المحاكم المختصة.2-آليات التحكيم الواردة في القانون العراقي أو أي جهات أخرى معترف بها دولياً.3- الاتفاق الخاص مع المستثمر والذي ينص على شرط التحكيم.

[2]- المادة 07 من قانون الاستثمار السوري رقم:(08) لسنة 2007.

[3]- المادة 07 من قانون وحوافز الاستثمار المصري رقم 08 لسنة 1997، الملغى بموجب قانون الاستثمار لعام 2017، وتجدر الإشارة أن المشرع المصري في ظل القانون القديم سوى بين طرق التسوية للمنازعة الاستثمارية وجعل الأمر اختياري للأطراف في المفاضلة بين هذه الآليات، فيستوي اللجوء إلى الحل الودي أو القضاء الوطني بطريقة يتم الاتفاق بها مع المستثمر دون مراعاة للتسلسل للآليات الوارد في بعض التشريعات الوطنية، كالتشريع الأردني الذي يعطي الأولوية للحل الودي وفي حالة فشل الحل الودي يتم اللجوء إلى القضاء الوطني وفق ما نصت عليه المادة 33 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة 1990 والمعدل سنة 2002.

[4]- نصت المادة 16 من القانون رقم:07 لسنة 2001 بشأن تنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر في الكويت على أته: تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أيا كان، تقابلها المادة 26 من قانون الاستثمار الكويتي رقم: 116 لسنة 2013، أنظر علي الجاسم جميل الحوشام، تسوية المنازعات بين الشركة المتعددة الجنسيات والدول المضيفة، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (37)، العدد 03، 2015.

الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"[1].

وبهذا يلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الاستثمار 16-09 يحيل بالدرجة الأولى النزاعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي إلى القضاء الوطني الجزائري، تماشيا مع القواعد العامة للاختصاص القضائي الواردة بنص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، وتمسكاً بمبدأ السيادة الوطنية على إقليمها[2]، هذا فضلاً على تفادي الغموض بشأن الهيئة القضائية المختصة الذي شاب قانون الاستثمار الملغى الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار[3].

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري أقر اختصاص القضاء الوطني الإقليمي بنظر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة أصلية، كضمانة إجرائية ممنوحة للمستثمر الأجنبي، وبني ذلك على ضابطين هما وفق ما جاء في المادة 24 من قانون الاستثمار 16-09 السالفة الذكر هما:

أ- اختصاص القضاء الجزائري المبني على ضابط خطأ المستثمر الأجنبي:

تفرض نظرية القوة الملزمة للعقد، على المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهما العقدية حفاظاً على أمن الاتفاقات والعقود، وعقد الاستثمار الأجنبي المباشر من العقود الملزمة للجانبين والتي تفرض على المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار الوفاء بالتزاماتهما، فإذا أخل المستثمر الأجنبي نتيجة خطأ منه، فوفق المادة 24 من قانون الاستثمار 16-09 السالفة الذكر فإن الاختصاص القضائي يؤول للمحاكم الجزائرية المختصة.

ب- اختصاص القضاء الجزائري المبني على ضابط إجراء اتخذته الدولة ضد المستثمر الأجنبي:

أقرت هذا الضابط المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، وبالتالي يطرح التساؤل التالي ما هو هذا الإجراء الذي يمكن أن تتخذه الدولة الجزائرية ضد المستثمر الأجنبي قي العلاقة العقدية أو الاتفاقية الاستثمارية؟

ونقول عادة ما يتمثل هذا الإجراء في نزع الملكية، وقد نظم المشرع الجزائري إجراءات نزع الملكية وأقر لها تعويض معادل ومناسب، وأن لا تتم إلا في إطار القانون، حيث نصت المادة 22 من الدستور الجزائري

---

[1]- المادة 24 من القانون رقم: 16-09 المؤرخ في 16 أوت 2016، مرجع سبق ذكره، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري كما سبقت الإشارة إليه في ظل الأمر: 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار لم يكن يحدد الجهة القضائية التي تنظر المنازعة وإن كان يقصد القضاء الوطني الجزائري، أنظر المادة 17 من الأمر رقم: 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، الملغى، مرجع سبق ذكره.

[2]- تنص المادة 41 من ق.إ.م.إ.ج،على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضاً تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

وتنص المادة 42 من نفس القانون:" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

[3]- أنظر المادة 17 من قانون تطوير الاستثمار 01-03، مرجع سبق ذكره.

على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف[1]، كذلك ما نصت عليه المادة 677 من القانون المدني الجزائري من أنه: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل "، وأضافت المادة 678 من القانون نفسه أنه "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون"[2].

وهذا ما سار عليه قانون الاستثمار 16-09، حيث نصت المادة 23 منه على أنه:" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف"[3].

كذلك القانون الدولي الاتفاقي الثنائي في ميدان الاستثمار، حيث أن معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر نصت على حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة واقرت تعويض عادل ومنصف عن اجراء نزع الملكية[4].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري سمح باتخاذ إجراء نزع الملكية وفقا للقانون، مع تقديم التعويض العادل والمنصف للطرف المتخذ ضده هذا الإجراء، وبالتالي يستطيع المستثمر الأجنبي الذي يكون عرضة لإجراء نزع ملكيته إذا رأى أن قيمة التعويض الذي حصل عليه أقل من القيمة الحقيقية للأملاك التي أخذت منه،

---

[1]- المادة 22 من الدستور الجزائري لعام 1996 المعدل والمتمم، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 07-12-1996، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادتان: 677 و678 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 23 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[4]- أنظر المادة 06 من الاتفاقية الجزائرية الكويتية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في الكويت في 30-09-2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-370 المؤرخ في 23-10-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 66 الصادرة بتاريخ: 02-11-2003، إذ نصت على أنه:"...لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة على إقليم أحد الطرفين موضوع نزع ملكية أو تأميم أو أي إجراء مماثل إلا لغرض يتعلق بمصلحة وطنية للطرف المتعاقد، وأن يكون قد اتخذ على أساس إجراء عدم التمييز وفقا للاجراءات المعمول بها، وبشرط أن يكون مقابل تعويض فوري وكاف ويتم تحديده وفقاً لمبادئ التقييم المعترف به دولياً بالعملة التي يتم الاستثمار بها أو أية عملة أخرى قابلة للتحويل.

ويحق للمستثمر المتضرر الحق في المراجعة الفورية لقضيته من قبل سلطة قضائية محلية في البلد المضيف للاستثمار أو سلطة مختصة مستقلة أخرى تابعة للطرف المتعاقد..."

أنظر كذلك المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية الدانماركية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ: 25-01-199، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-325 المؤرخ في 30-12-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:02 الصادرة بتاريخ: 07-01-2004.

التوجه إلى القضاء الجزائري المختص للمطالبة بإعادة النظر في قيمة التعويض المستحق، وفقا لضابط الاختصاص الذي أقرته المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري.

وفي هذا الإطار أكد الأستاذ عبد العزيز سرحان بقوله:" إن مبدأ السيادة والاستقلال الوطني يعطي لكل دولة بموجب قانون الشعوب الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها الداخلي، وأن أي تدخل أجنبي قبل استنفاذ وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني غير مقبول على الإطلاق".

وهو نفس الموقف الذي عبر عنه الأستاذ: حامد سلطان الذي يرى بأنه:" من غير العدل أن لا تعطى فرصة للدولة المضيفة للاستثمار المتسببة في الضرر إصلاح ما تسببت فيه من أضرار، وقد ينجح الأجنبي في الحصول على التعويض العاجل دون الحاجة إلى الالتجاء للوسائل الدولية، لأن مبدأ المساواة في السيادة يقتضي إعطاء الدولة المسؤولة عن الضرر حقها في مباشرة اختصاصها المخول لها بموجب مبدأ السيادة الذي يقره لها القانون والقضاء الدوليين[1].

وبالرغم من تحديد الاختصاص الإقليمي من طرف المشرع الجزائري إلا أنه لم يحدد الاختصاص النوعي، مما يستدعي الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالاختصاص الإقليمي والنوعي الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 24 فبراير 2008، وبالأخص نص المادة 32منه[2].

ويطرح الاختصاص القضائي الوطني النوعي لنظر المنازعة الاستثمارية المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مسألة القضاء العادي أم الإداري في الدولة المضيفة للاستثمار لنظر منازعة عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر الذي أحد أطرافها شخص معنوي عام وهو الدولة أو إحدى الهيئات المعنوية العامة التابعة لها؟

وللاجابة على هذه الاشكالية لبدا من الرجوع إلى القواعد العامة خاصة تلك التي جاءت في سياق نظرية القانون الإداري من حيث إعمال المعيار العضوي والمادي في تحديد المنازعة الادارية وأساس تطبيق القانون الإداري.

ثانياً: الإختصاص النوعي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى تشريعات الوطنية للدول لاسيما تلك المنظمة للاختصاص النوعي في قانون المرافعات، وفي مجال قيام الدول النامية بإصلاحات قضائية تتماشى وطموحات المستثمرين الأجانب، فقد أناطت بعضها مهمة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي للقضاء العادي وبعضها لمحاكم أو هيئات أو لجان معينة

[1]- عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 359.

[2]- نص المادة 32 من ق.إ.م.إ.ج، "...تختص الأقطاب المتخصصة البمنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، والافلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي، ومنازعات التامينات.

تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة، والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم..."

مختصة كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[1]، وبعضها الآخر للقضاء الإداري[2]، وهناك من قامت بإنشاء محاكم اقتصادية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر، كما الحال في مصر[3].

وتماشياً مع التطور الدولي العالمي، ولإرضاء المتعاملين الاقتصاديين الدوليين في مجال العلاقات الدولية الاقتصادية الخاصة فقد استحدث المشرع الجزائري ما يعرف بالأقطاب المتخصصة بموجب الفقرتين 02 و05 من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، وذلك على سبيل الحصر في سبع حالات من نشاط التجارة الدولية، والتي يمكن أن يكون في منازعاتها مستثمراً أجنبياً، وإن لم يذكر المشرع الجزائري مصطلح الاستثمارات الأجنبية المباشرة صراحتاً، كما أنه إلى جانب هذه الأقطاب نصت الفقرة السادسة من نفس المادة (32) على انه سوف تحدد جهات فرعية تابعة لهذه الأقطاب تنظر في نوع معين من منازعات التجارة الدولية، والتي تعرف انتشارا واسعا في الاختصاص الإقليمي بالجهة القضائية التابعة للقطب الرئيسي كالنقل البري والجوي، وتتشكل هذه الأقطاب، خلافاً لتشكيلة المحاكم في القضاء العادي من ثلاثة قضاة يتمتعون بالخبرة الفنية والقانونية في الاختصاص، هذه الأقطاب التي لم تجسد إلى يومنا هذا[4].

غير أن المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر كثيرة ومتنوعة ومسألة الإختصاص النوعي بنظرها تكون حسب طبيعة ونوع النزاع، وكذا أطرافه، فإذا كان النزاع في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ناشئاً بين الدولة الممثلة في الوكالة الوطنية للاستثمار والمستثمر الأجنبي فيما يخص الشروط الواجب توافرها للحصول على المزايا أو إذا كان النزاع يتعلق بالجانب الجبائي من العملية الاستثمارية، والذي يربط بين الدولة ممثلة في إدارة الضرائب والمستثمر الأجنبي، أو بين مديرية أملاك الدولة والمستثمر الأجنبي

---

[1]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 160.

[2]- منح المشرع السوداني للمستثمر الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية وذلك وفقاً للنصوص القانونية التي تنظم هذه الممارسة القضائية وذلك أمام القضاء الإداري السوداني، وذلك وفق نص المادة 26 من قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999، كما أقام نظام التظلم الإداري في المنازعة الاستثمارية، ولمزيد من التفاصيل أنظر في هذا الشأن معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط 2015، ص 189 وما بعدها.

[3]- طبقاً للنظام القانوني في مجال القضاء المصري، فإن هناك نوعين من المحاكم تتمتع بسلطة الفصل في منازعات الاستثمار، فهناك دائرة مستقلة للمنازعة والاستثمار بمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة تختص بمنازعات استثمارية معينة خاضعة لمجلس الدولة المصري، وأطلق عليها الفقه المصري المنازعة الاستثمارية الإدارية، وهناك محكمة الاقتصادية تختص كذلك بنظر المنازعة الاستثمارية وتسويتها عبر آلية الصلح، فضلاً عن استحداث آليات جديدة كآلية التظلم أمام الهيئات العامة للاستثمار بموجب القانون رقم: 13 لسنة 2004، المعدل والمتمم للقانون رقم: 08 لسنة 1997، المتضمن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، والملغى بموجب قانون الاستثمار لعام 2017، لتفاصيل أكثر حول الموضوع أنظر: مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2016، ص 145 وما يليها.

[4]- المادة 32 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

فيما يخص الآتاوات التي تدفع عن الاستفادة من العقار الصناعي الموجه للاستثمار فإن القضاء الإداري هو المختص.

أما إذا كان النزاع يتعلق بنشاط الشركات الأجنبية المستثمرة أو في إطار الإستثمار المباشر فإن هذا النوع من النزاعات يخضع للمحاكم العادية.

ثالثا: خضوع النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار إلى المحاكم الإدارية

حدد قانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والمتعلق بترقية الاستثمار مهام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ومنها ترقية الاستثمارات ومتابعتها[1]، وقد أنشأ لدى الوكالة أربعة مراكز لتقديم الخدمات الضرورية لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها وكذا إنجاز المشاريع، ومن بين هذه المراكز: مركز تسيير المزايا، والمكلف بتسيير المزايا والتحفيزات المختلفة الموضوعة لفائدة الاستثمارات باستثناء تلك الموكلة للوكالة[2].

وفي هذا الإطار جعل المشرع الجزائري إجراء طلب الحصول على المزايا، إجراء إختياري بالنسبة للمستثمر الذي يرغب في الاستثمار أو الاستفادة من المزايا الممنوحة من خلال إرفاق ملفه بإستمارة طلب المزايا، بشرط أن يكون مسجل لدى الوكالة الوطنية للاستثمار[3].

وعرف المشرع الجزائري طلب منح المزايا بأنه إجراء شكلي يبدي من خلاله المستثمر عن رغبته في إنجاز نشاط إقتصادي[4]، ويشمل طلب منح المزايا كل من استثمارات الانشاء وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل المتعلقة بالنشاطات والسلع التي ليست محل استثناء من المزايا[5].

- المادة 26 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016 الجزائري، مرجع سبق ذكره

[1]- المادة 3 من المرسوم 17-100 المؤرخ في 05 مارس 2017 معدل ومتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 06-356 المؤرخ في: 09-10-2006، المحدد لصلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 27 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016 الجزائري، مرجع سبق ذكره.

[3]- عملية التسجيل تكون أما الهيئات اللامركزية للوكالة الوطنية للاستثمار ANDI، وتتم حتى قبل الاعداد المسبق للسجل التجاري ورقم التعريف الجبائي، (أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 17-102 المؤرخ في 05 مارس 2017 المحدد لكيفية تسجيل الاستثمارات، وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، السالف الذكر)، مع الاشارة أن عملية تسجيل الاستثمارات تكون دون المرور على الموافقة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار، إذا كان حجم الاستثمارات أقل من خمسة ملايير دينار جزائري(5000.000.000)، أما الاستثمارات التي تساوي أو يفوق مبلغها هذا الحد، وكذا التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني فإن تسجيلها للحصول على المزايا يخضع للموافقة المسبقة للمجلس االوطني للاستثمار CNI مع إبرام اتفاقية مع الوكالة الوطنية للاستثمار، طبقاً لما نصت عليه المواد: 14-17- من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 17-102 المؤرخ في 05 مارس 2017 المحدد لكيفية تسجيل الاستثمارات.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم: 08-98 المؤرخ في 24 مارس 2008، والمتعلق بشكل التصريح المتضمن شكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا، وكيفيات ذلك، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 26-03-2008.

[5]- المادة 05 من قانون ترقية الاستثمر لعام 2016 الجزائري، مرجع سبق ذكره.

كذلك طلب منح المزايا يقدم بعد منح شهادة التسجيل، وذلك بغرض الاستفادة من المزايا الخاصة بمرحلة الإنجاز أو تلك المصاحبة لمرحلة الاستغلال، أو المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الإمتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل، أو المزايا الاستثنائية بالنسبة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني[1].

وبخصوص قرار منح المزايا من حيث الجهة المخولة بإصداره وكذا ميعاد الرد على هذا الطلب وفق قانون الاستثمار الجزائري، فإنه ينبغي التمييز بين مرحلتين:

– مرحلة ما قبل صدور قانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 أي في ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، والمعدل والمتمم، لا سيما بالأمر رقم: 06-08 المؤرخ في 15 جولية 2006[2]، وبالأمر رقم:09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009[3]، هذا الأخير وفيما يخص ميعاد الرد على طلب منح المزايا وبموجب المادة 59 والتي عدلت المادة 07 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى أصبحت الوكالة الوطنية للاستثمار غير مقيدة بميعاد قانوني للرد على طلب منح المزايا[4].

ومرحلة ما بعد صدور قانون 16-09-المؤرخ في 03 أوت 2016، خصوصاً وأن هذا الأخير وفيما يخص تسيير المزايا المرتبطة بالاستثمار جعلها من إختصاص الوكالة الوطنية للاستثمار فيما يخص المشاريع الاستثمارية المصرح بها قبل صدوره وتخضع لقانون الاستثمار القديم المعدل والمتمم[5]، أما المشاريع الأخرى المصرح بها بعد صدور هذا القانون فتخضع لقانون الاستثمار الجديد 16-09 فيما يخص تسيير المزايا المرتبطة بالاستثمار بمختلف أنواعها والتي تكون من مركز تسيير المزايا المتواجد بالشباك الوحيد اللامركزي المختص إقليمياً التابع للوكالة الوطنية للاستثمار[6].

---

[1]– المادة 4 من قانون الاستثمار 16-09، مرجع سبق ذكره.

[2]– الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت والمتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[3]– قانون المالية التكميلي لسنة 2009، مرجع سبق ذكره.

[4]– انظر المادتان: 59 من الأمر رقم: 01-09 المؤرخ في 22 جولية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، والمادة 07 من الأمر 01-03 المؤرخ في 02 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، مرجعان سبق ذكرهما.

[5]– أنظر المادة 3/الفقرة: (و) المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي 17-100 المؤرخ في 05 مارس 2016، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية للاستثمار وتنظيمها وسيرها، أنظر كذلك المادة 42 من ذات المرسوم التنفيذي رقم: 17-100، مرجع سبق ذكره.

[6]– المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-100، والتي تنص على أنه:"يكلف مركز تسيير المزايا باستثناء الحالات المنصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم: 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، المذكور أعلاه، بتسيير المزايا والتحفيزات المختلفة الموضوعة لفائدة الاستثمارات، بموجب التشريع المعمول به".

كذلك نجد المادة 36 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 تنص على بقاء الشباك اللامركزي الوحيد للوكالة فيما يخص تطبيق قانون الاستثمار بصفة انتقالية إلى غاية إنشاء المراكز التي جاء بها قانون الاستثمار رقم: 16-09، وكذا المرسيم التطبيقية له[1].

وبالتالي فإن المسألة في قانون الاستثمار الجزائري لا تثير فقط الجهة المتعلقة بإصدار قرار منح المزايا، لكن كذلك مشكلة الميعاد القانوني لمنح هذه المزايا، سواء قبل صدور قانون 16-09 أو بعده خصوصاً وأن الوكالة الوطنية للاستثمار وفي ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار كانت ملزمة بالمدة المحددة في المادة 07 منه الفقرة الأخيرة وهي شهر واحد أي ثلاثون يوماً للرد على طلب الإستفادة من المزايا، ثم تم تحرير الوكالة من قيد الميعاد بموجب المادة 59 من قانون المالية التكميلي لعام 2009[2].

بيد أنه وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 17-102، يلاحظ أن المشرع الجزائري وفي إطار تحرير الاستثمار جعل الاستفادة من المزايا بصفة آلية والتي يجب أن تدون في شهادة التسجيل مع الإشارة إلى المواد التي أنشأتها بمجرد القيام بتسجيل الاستثمار كآلية استبدلت عن آلية التصريح بالاستثمار التي كانت في ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار[3]، باستثناء تلك التي تخضع للموافقة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار[4]، كذلك وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 17- 100 المؤرخ في 05 مارس 2017، والمحدد لصلاحيات الوكالة الوطنية للاستثمار السالف الذكر، قد ألزم مركز تسيير المزايا المتواجد على مستوى الشباك الوحيد اللامركزي على تأشير على قائمة السلع والخدمات القابلة للاستفادة من المزايا وكذا مستخرج القائمة في أجل لا يتجاوز 48 ساعة[5].

ومن جانب آخر كذلك وفيما يخص عقوبة التجريد، التي فرضها المشرع الجزائري لعدم امتثال المستثمر لنص المادة 5 الواردة في المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، والتي تلزمه بتقديم الكشف السنوي عن تقدم مشروعه فتطبق عليه بمجرد التأكد من ذلك، مع إمكانية الطعن الاختياري في القرار الصادر بالتجريد من المزايا أمام لجنة الطعن أو في حالة إلغاء القرار من العدالة[6].

كذلك الطعن في قرار منح المزايا، فقد نصت المادة 11 من قانون ترقية الاستثمار16-09 السالف الذكر والتي تثير الكثير من الجدل فيما يخص فض النزاع الذي قد ينشأ نتيجة غبن من الإدارة أو الهيئة

---

[1]- المادة 36 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره .

[2]- المادة 59 من قانون المالية التكميلي لعام 2009، مرجع سبق ذكره .

[3]- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-102 المؤرخ في 05 مارس 2017 المحدد لكيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتئج الشهادة المتعلقة بها، مرجع سبق ذكره .

[4]- المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-102 المؤرخ في 05 مارس 2017، مرجع سبق ذكره .

[5]- المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-100 المؤرخ في 17 مارس 2017،- المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-102 المؤرخ في 05 مارس 2017، مرجع سبق ذكره .

[6]- المواد 15، 16، 17 المادتان 13 و14 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، مرجع سبق ذكره.

المكلفة بتنفيذ هذا القانون فيما يخص استفادة المستثمر من المزايا المقررة في قانون الاستثمار، أو في حالة تجريد المستثمر من حقوقه، فالمشرع يؤكد في هذه الحالة اللجوء إلى الطعن الإداري أو إلى الهيئة القضائية المختصة دون تحديدها، كذلك تشكيل وتنظيم وسير لجنة الطعن تركه للتنظيم الذي لم يصدر لحد الآن[1].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اعترف للمستثمر الأجنبي بحق الطعن بنوعيه الإداري والقضائي ضد قررات الوكالة الوطنية للاستثمار، والمجلس الوطني للاستثمار، وكذا المراكز المكلفة بتسيير عملية الاستثمار، والتي أنشأت بموجب قانون الاستثمار الجديد، لا سيما مركز تسيير المزايا، هذا الأخير الذي يرأسه مدير برتبة مفتش رئيس للضرائب ومعين بقرار مشترك بين وزير الاستثمار ووزير المالية، ويخضع من حيث السلطة الرئاسية للمديرية الولائية للضرائب المختصة إقليمياً[2]، بالإضافة إلى النزاع الضريبي والعقاري اللصيق بالاستثمارات الأجنبية المباشرة، خاصة فيما يخص العقار الصناعي الموجه للاستثمار، وما يترتب عنه من امتناع المستثمر الأجنبي من دفع أتاوات

رابعاً: الطعن الإداري والقضائي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري

ويكون في حالة صدور قرار من الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار برفض الاستثمار بصفة صريحة أو عدم إدارج الوكالة الوطنية للاستثمار في شهادة التسجيل للمزايا، أو وجود غبن في منح هذه المزايا أو في حالة إجراء سحب أو تجريد لهذه المزايا كجزاء وعقاب على مخالفة المستثمر الأجنبي لإلتزاماته المفروضة عليه بموجب عقد الاستثمار، وهذا ما يفهم من نص المادة 11 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[3]، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر[4]، كذلك ما ما نصت عليه المادة 14 من ذات المرسوم التنفيذي رقم: 17-104 السالف الذكر والتي تركت مسألة منح المزايا بالنسبة للاستثمارات التي يفوق مبلغها خمسة ملايير دينار جزائري والتي تخضع للموافقة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمر وتركت مسألة تنظيم هذه العملية للتنظيم الذي لم يصدر لحد الساعة[5].

وعليه فالقرارات المتخذة من طرف الوكالة الوطنية للاستثمار ضد المستثمر الأجنبي يمكن التظلم عليها، أمام لجنة الطعن المشكلة حسب التنظيم المزمع صدوره وفق قانون الاستثمار 16-09، كذلك يلاحظ أن المشرع جعل من الطعن أمراً جوازياً من خلال عبارة "يحق..." الواردة في نص المادة 11 من قانون 16-09[6].

---

[1]- المادة 11 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادتان 25 و26 من المرسوم التنفيذي رقم: 17-100 المؤرخ في 05 مارس 2017، مرجع سبق ذكره.

[3]- أنظر المادة 11 من القانون رقم: 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

[4]- أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017، مرجع سبق ذكره.

[5]- أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017، مرجع سبق ذكره.

[6]- المادة 11 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سبق ذكره.

أضف إلى ذلك أنه وفي ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى اعترف المشرع الجزائري بحق الطعن ضد قررات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار أمام السلطة الوصية خلال مدة 15 يوماً في حالة التبليغ الصريح بالرفض ابتدا من تاريخ تبليغ هذه الأخيرة لهذا القرار، كذلك للمستثمر مدة 15 يوماً للطعن في حالة صمت الوكالة وعدم اتخاذها للقرار بمنح المزايا في مدة 15 يوماً، ولو أن هذا الميعاد تم تمديده إلى مدة شهرين بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 السالف الذكر[1].

والمقصود بالجهة الوصية حسب نص المادة 6 من نفس الأمر هي رئيس الحكومة وذلك قبل تعديلها بموجب الأمر 06-08 المؤرخ في 15 جولية 2006، حيث كانت تنص على أنه: "تنشأ لدى رئيس الحكومة وكالة وطنية لتطوير الاستثمار وتدعى في صلب النص وكالة"، ثم اعتبرت بموجب قانون الاستثمار لعام 2016 مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي[2]، كما أنشأ الأمر 06-08 بموجب المادة 07 مكرر منه لجنة الطعن، هذه الأخيرة أحالتنا للتنظيم الخاص بعمل وسير هذه اللجنة، وهو المرسوم التنفيذي رقم: 06-357 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتضمن تشكيل لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها، كما لهذا الطعن الإداري أثر موقف للقرار المطعون فيه، وللجنة الطعن أجل شهر واحد للفصل فيه وله حجية أما الإدارة والهيئة المعنية بالطعن[3].

وعليه نجد المادة 26 من قانون الاستثمار 16-09 أعتبرت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، والمادة 11 السالفة الذكر من نفس القانون 16-09، تركت مسألة الطعن أمام لجنة يفترض تشكيلها وتنظيمها وفق تنظيم خاص سوف يصدر في المستقبل[4]، مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للطعن الإداري الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، خصوصاً وأن قانون 16-09 جعل من الوكالة مؤسسة عمومية ذات طابع لإداري أي تخضع لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية فيما يخص الإختصاص النوعي بنظر المنازعة، وبالتالي تكون قرارات الوكالة بعد التظلم عليها، هذا الآخير الذي يعتبر جوازي وليس وجوبي سواء وفق قانون الاستثمار 16-09 أو وفق المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر أو وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، من اختصاص المحاكم الإدارية، طبقاً لنص المادة 800 من ق.إ.م.إ.ج[5].

---

[1]- المادة 7/ف4 من الأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 26 من قانون ترقية الاستثمار 16-09، مرجع سبق ذكره.

[3]- أنظر المادة 07 مكرر من الأمر 06-08 المعدل والمتمم للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادتان 11 و 26 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016، مرجع سبق ذكره.

[5]- المادة 800 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

كذلك قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 نظم التظلم وجعله جوازي في القرارات الصادرة عن الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والتي يمكن التظلم عليها وبتظلم ولائي أي أمام الجهة المصدرة للقرار برفص المزايا أو وجود غبن وفق إجراءات ومواعيد قانونية أو رفع دعوى عليها بالإلغاء أو التفسير أو فحص المشروعية وحتى دعاوي القضاء الكامل أمام المحاكم الإدارية.

كما أنه وبالرجوع إلى القرارات التي يتخذها الشباك اللامركزي للوكالة الوطنية للاستثمار كقرار التجريد من المزايا وفق الأشكال نفسها التي تم بها التسجيل ووفق نموذج معد وفق الملحق الثالث من المرسوم التنفيذي رقم:17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 والمتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة السالف الذكر، فهذا قرار إداري صادر عن مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، ويخضع للطعن بصفة جوازية وفق إجراءات معينة.

وعليه فالتظلم الإداري ضد قرارات الوكالة سيكون أمام لجنة الطعن المشكلة وفق المرسوم التنفيذي رقم: 06-357 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتضمن تشكيل لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها، السالف الذكر[1].

مع العلم أن التظلم كان يخضع لقانون الإجراءات المدنية الأمر 66-154 المعدل سنة 1990، قبل صدور المرسوم التنفيذي رقم: 06-357، المشكل والمنشئ للجنة الطعن، وقبل صدور قانون الاستثمار الجديد لعام 2016 وقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، هذا الأخير الذي أكد في المادة 11 كما سبقت الإشارة إليه على الطعن أمام لجنة سوف تتشكل وفق التنظيم الذي سوف يصدر، ودون المساس بحق المستثمر في اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة.

كذلك يجب أن ننوه في هذا الشأن أنه وفيما يخص المزايا الاستثنائية بالنسبة للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للإقتصاد الوطني سواء في مرحلة الإنجاز أو مرحلة الإستغلال، والتي منها يخضع لموافقة المجلس الوطني للاستثمار، بما في ذلك إلزامية إبرام اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر الأجنبي والوكالة

---

[1]- نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-357 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتضمن تشكيل لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:64 الصادرة بتاريخ: 11-10-2006، على أنه:" تتشكل لجنة الطعن من الأعضاء الآتي ذكرهم:-الوزير المكلف بالاستثمار أو ممثله رئيسا، - ممثل عن الوزير المكلف بالداخلية والجماعات المحلية، عضواً،- ممثل عن وزير العدل، عضواً، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية، عضوين،- ممثل عن الوزير المعني بالاستثمار موضوع الطعن"، - يمكن للرئيس أن يستعين بخبراء أو أي شخص، يمكنه بحكم كفاءاته الخاصة أن يساعد أعضاء اللجنة"، ج.ر.ج.ج.د.ش، الصادرة بتاريخ: 11-10-2006.

ووفق ذات المرسوم التنفيذي تنظر هذه اللجنة في عريضة الطعن المقدمة والتي تتضمن مجموعة من البيانات كإسم مقدم العريضة، وعنوانه، وصفته، ومذكرة تعرض الوقائع والوسائل مع إرفاقها بكل الوثائق والمستندات الثبوتية، وتتم المصادقة على قرار المداولة المتخذ من طرف لجنة الطعن الخاصة بالاستثمار بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس، -(المادتان 5 و6 من ذات المرسوم رقم: 06-357)- ويبلغ قرار اللجنة إلى الأطراف المعنية وهو ملزم بالنسبة للإدارة أو الهيئة محل الطعن، ويحتفظ المستثمر بحقه في اللجوء إلى القضاء مهما كانت نتيجة الطعن، (المواد 9، 10، 11 من المرسوم 06-357)، مرجع سابق.

الوطنية لتطوير الاستثمار، فبخصوص قرارات المجلس الوطني للاستثمار فيرفع الطعن القضائي ضدها أمام مجلس الدولة المختص في الطعون ضد القرارات الإدارية المركزية نظرا لكون المجلس هيئة إدارية مركزية وذلك ما نصت عليه المادة 901 من ق.إ.م.إ.ج[1].

أما فيما يخص الأسلوب الاتفاقي المعتمد حتى في قوانين الاستثمار السابقة فيما يخص الاتفاقات التي تبرمها الوكالة الوطنية للاستثمار بالنسبة للاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصادد الوطني فهذا يقودنا إلى تحليل أليات تسوية المنازعات في ظل هذا الأسلوب الاتفاقي، والذي يختلف عن الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار، والذي انتهجته الجزائر مع مختلف دول العالم العربية وغير عربية خاصة في الآونة الأخيرة لتشجيع تدفقات الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر وفي مختلف المجالات بهدف تحقيق التنمية[2].

ومن هذه الاتفاقيات على سبيل المثال لا الحصر، وكما سبقت الإشارة إليه: اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار سابقاً في ظل المرسوم التنشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى والتي أصبحت الآن تسمى بالوكالة الوطنية للاستثمار والمجموعة القطرية التي تعهدت باقامة مشاريع سياحية وبناء مركز تجاري بالحامة، حيث نجد من بين بنود الاتفاقية البند الخاص بتسوية النزاعات والذي يكرس الحل الودي عن طريق التوفيق وفي حالة فشله يتم الرجوع إلى الحلول الأخرى وهي: التحكيم المؤسسي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[3].

---

[1]- المادة 900 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره، كذلك تخضع العقوبات المسلطة على الشركة المستثمرة في اطار الاتفاقية المبرمة بينها وبين الوكالة الوطنية للاستثمار، وذلك في حالة عدم احترام الشركة لالتزاماتها ما عدا في حالة القوة القاهرة، إلى تطبيق عقوبات قد تصل إلى سحب جزئي أو كلي للإمتيازات الممنوحة لها وتعرض هذه العقوبات على المجلس الوطني للاستثمار للموافقة عليها وذلك ما نصت عليه على سبيل المثال المادة 10 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين ANDI و شركة الدار الدولية سيدار، (ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 جانفي2007، ص 12.

[2]- وقعت الجزائر عدة اتفاقيات ثنائية بمبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار ممثلة للدولة وعدة شركات أجنبية مختلطة تمتلك فيها الجزائر نسبة 51 % من الأسهم، ففي مطلع سنة 2014 تم ابرام ثلاث اتفاقيات وهي:

1- اتفاقية الاستثماربين الوكالة الوطنية لتنمية الاستثمار وشركة أرسيلور ميتال الجزائر، والتي بموجبها اعادت الشركة هيكلة مجموعة سيدر،حيث اصبحت 51٪ مملوكة من قبل مجموعة سيدر(SIDER) و49٪ من قبل شركة أرسيلور ميتال الجزائر، 2- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية القطرية للحديد والصلب ، والتي بموجبها اصبحت الشركة مملوكة بنسبة 51٪ من الجزء الجزائري و49 ٪ من قبل شركة الحديد والصلب القطرية الدولية ، ستستفيد من هذه الاتفاقية في إطار تنفيذ وتشغيل مشروع مهم نمن مجمع الحديد والصلب يقع في المنطقة الصناعية بلارة ، ببلدية الميلية، ولاية جيجل، 3- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشركة الجزائرية للصناعات النسيجية تايال" Tayal "، والتي بموجبها يمتلك الجزء الجزائري ة 51 ٪ من الشركة و تمتلك شركة انترتاي49 ٪ و تستفيد من الاتفاقية في إطار استكمال القسم الرئيسي من المنسوجات الصناعية الواقعة في المنطقة الصناعية سيدي خطاب، ولاية غليزان، المصدر: وزارة الصناعة والمناجم الجزائرية، والرابط الإلكتروني: http://www.mipi.dz/?03، تاريخ التصفح: 24-04-2018، الساعة 11:20.

[3]- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 79.

كذلك في هذا الإطار بخلاف التسوية الإدارية تطرح عملية تسوية المنازعة المتعلقة باتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة والمستثمر الأجنبي الشركة الأجنبية، حتى ولو كانت الجزائر تحوز فيها أغلبية الأسهم بنسبة 51 % والتي معظمها تشير إلى التسوية الودية ثم في حالة فشلها يتم اللجو إلى القضاء أو التحكيم الحر أو المؤسسي[1]، ووجود في الوقت نفسه اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف ينتمي إليها هؤلاء المستثمرين والتي كذلك تضمنت بنود لتسوية الخلافات، فإذا كان سلطان الإرادة في اتفاقات الاستثمار يتماشى ويتوافق والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال الاستثمار، فهذا لا يثير إشكال.

لكن الإشكال في حالة التناقض بين اتفاقات الاستثمار الثنائية المكيفة على أساس أنها عقود دولية والتي تبرم بين المستثمر الأجنبي من جهة والوكالة الوطنية للاستثمار من جهة أخرى، –ذلك بعد أخذ موافقة المجلس الوطني للاستثمار– والقانون الدولي الاتفاقي الثنائي والمتعدد للأطراف للاستثمار أي تلك الاتفاقيات الثنائية والمتعدة الأطراف التي بين أشخاص القانون الدولي العام، مع العلم أن كذلك أن بعض هذه الاتفاقات الثنائية في مجال الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والمستثمرين قد أشارت كذلك وكما سبقت الإشارة إليه إلى القانون الواجب التطبيق سواء تلك التي أشارت إلى تطبيق القانون الوطني أو الدولي[2].

خامساً: النزاع الضريبي اللصيق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري

إن معظم النزاعات المترتبة عن فرض الضريبة على المستثمر الأجنبي هي نزاعات تتعلق بالوعاء الضريبي، أو بالحساب الضريبي وبالآتاوات الإجبارية التي يدفعوها المستثمرين نتيجة حصولهم على العقار الصناعي الموجه لإقامة أنشطة إستثمارية في إطار عقد الإمتياز[3].

---

[1]– انظر إلى المادة 13 من اتفاقية المبرمة بين شركة الدار الدولية سيدار والوكالة الوطنية للاستثمار والتي تشير في حالة فشل التسوية الودية يحال النزاع إلى القضاء الوطني الجزائري دون سواه، وهذا بخلاف المادة 18 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة Hamma Water Desalination والتي تنص عن التسوية الودية عن طريق المحادثات في ظرف 15 يوما ابتداء من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه، وفي فترة لا تتجاوز شهرين ابتداء من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف، وفي حالة فشل التسوية يفصل فيه عن طريق التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مع مراعة اجراءات التحكيم التي نصت عليها الاتفاقية خاصة فيما يخص الاحالة على غرفة التجارة الدولية بباريس وكذا عقد التحكيم واللغة التي يجرى بها التحكيم.(أنظر: – اتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة الدار الدولية: (سيدار)، والاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وعدة شركات كالشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة وهي شركة ذات أسهم مسجلة في الكويت، واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبليس وشركة حماواتر ديسلنايشن، وشركة أقواس دو سكيكدة وشركة كهرما، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 جانفي2007، من ص 12 إلى ص 33.)

[2]– من اتفاقيات الاستثمار التي اشارت إلى تطبيق القانون الوطني اتفاقية الاستثمار المبرمة بين ANDI و شركة الدار الدولية سيدار، حيث اشارت المادة 12 إلى القانون المطبق حيث نصت على انه"يقر الطرفان بأن الاتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

[3]– بموجب الإصلاحات التي تمت في إطار عدم المضاربة بالعقار الموجه للاستثمار، بموجب الأمر 08–04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والذي ألغى الأمر السابق 06–11 المؤرخ في 30 أوت 2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 49، الصادرة بتاريخ: 03–09–2008، الذي كان يكرس الامتياز مع التنازل عن العقار، حيث أصبح بموجب الأمر رقم: 08–04 السالف الذكر والذي

ففيما يخص النزاعات الضريبية، فالإختصاص المبدئي هو للمحاكم الإدارية، لكن يجب مراعاة الطعون الإدارية الإجبارية في هذا النوع من المنازعات حتى تقبل الدعوى شكلاً أمام القضاء الإداري، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتان 70 و71 من قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم والذي نظم أيضاً مختلف الشروط الشكلية والموضوعية لهذا الطعن الإداري[1]، أما المواعيد التي يقدم فيها هذا الطعن فنرجع إلى النصوص العامة المتمثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وإن كانت النصوص الخاصة قد ألغيت من قانون الضرائب المباشرة وغير مباشرة فيما يخص شكل ومواعيد تقديم والبث في هذا الطعن والتي نقلت إلى قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم[3].

كرس الامتياز دون التنازل عن العقار، أي الدولة تبقى مالكة للوعاء العقاري، مع إلغاء فكرة الامتياز بالمزاد العلني والاكتفاء فقط بالمتياز بالتراضي.

[1]– نصت المادة 70 من قانون الاجراءات الجبائية الجزائري لعام 2018، المعدل والمتمم بموجب قوانين المالية، القانون منشور على الموقع الرسمي للمديرية العامة للضرائب الجزائرية على الرابط الالكتروني:https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/ تاريخ الدخول: 18-07-2017، الساعة: 14:00، على أنه:" تدخل الشكاوي المتعلقة بالضرائب أوالرسوم أوالحقوق أوالغرامات المعدة من قبل مصلحة الضرائب، في إختصاص الطعن النزاعي، عندما يكون الغرض منها الحصول إما على إستدراك الأخطاء المرتكبة في وعاء الضريبة أو في حسابها وإما الاستفادة من حق ناتج عن حكم تشريعي أو تنظيمي".

كذلك نصت المادة 71 على أنه:" يجب أن توجه الشكاوي المتعلقة بالضرائب والرسوم والحقوق والغرامات المذكورة في المادة 70 أعلاه، حسب الحالة، إلى المدير الولائي للضرائب أو رئيس مركز الضرائب أو رئيس المركز الجواري للضرائب التابع له مكان فرض الضريبة،

يسلم وصل بذلك إلى المكلف بالضريبة".

والمقصود بحسب الحالة أي حسب القيمة المالية للجباية أو الضريبة فإذا مثلاً كانت أقل من خمسين مليون دج أو تساويها فيقدم الطعن أمام رئيس مركز الضرائب الذي يمارس النظر في الطعن المقدم أمامه باسم المدير الولائي للضرائب، وإذا كانت القضية المتعلقة بالضريبة يساوي مبلغها أو يقل عن عشرون مليون سنتيم فيتم تقديم الطعن أما رئيس مركز الجواري للضرائب الذي يمارس النظر في الطعن كذلك باسم المدير الولائي للضرائب حسب نص المادة 77 من قانون الاجراءات الجبائية المعدل والمتمم، وإذا كان مبلغ القضية أو الضريبة يتجاوز 150 مليون دج فيتعين حتى ينظر فيه المدير الولائي للضراب أن يلتمس رأياً بالمطابقة من الإدارة المركزية وفق نص المادة 79 من نفس القانون.

[2]– حسب المادتان 829 و830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن ميعاد التظلم أو الطعن الإداري هو أربعة أشهر من تاريخ تبليغ أو نشر القرار المطعون فيه، وعلى الإدارة أن تفصل فيه خلال مدة شهرين إثنين من تاريخ تبليغ التظلم إليها.

[3]– نص قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة لعام 2018، المعدل والمتمم بقوانين المالية على أن المواد 328 إلى 339 والمتعلقة بشكليات المنازعات الضريبية وإجراءات الطعن والملغاة منه بموجب قانون المالية لسنة 2002، تنقل إلى قانون الإجراءات الجبائية، هذا الأخير الذي نظم المواعيد التي يتم الالتزام بها للبث في الطعن المقدم في مجال المنازعة الجبائية وذلك في نص المادة 76/فـ2 والتي تختلف وتتباين حسب الجهة المقدم لها الطعن وحسب نوعية القضايا الجبائية محل النزاع، كذلك في هذا الإطار عملت المادة 2/38 من قانون الإجراءات الجبائية بالإشارة إلى لجان توفيق يمكن اللجوء إليها لتسوية المنازعة الجبائية قبل اللجوء إلى التسوية القضائية. (قانون الضراب المباشرة والرسوم المماثلة لعام 2018 المعدل

وعليه فطبقاً لقانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم وقانون الاستثمار 16-09 يحق للمستثمر الأجنبي أن يطعن في القرار المتعلق بالجباية الصادر عن مدير الضرائب للولاية خلال أربعة أشهر من تاريخ إستلام القرار المتخذ ضده، والتي لها أجل شهرين للبث فيه وفي حالة السكوت فيبقى للمستثمر الأجنبي التوجه أمام اللجان الطعن الأخرى[1]، أو لجنة التوفيق[2]، أو إلى المحكمة الإدارية[3].

وحسب نص المادة 80- ف1 من قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، فإن الشخص المكلف بالضريبة الذي لم يرضى بالقرار الصادر بعد شكواه وطعنه الإداري أمام إدارة الضرائب، له الحق في اللجوء إلى الطعن أمام لجان الطعن المنشئة لهذا الغرض الولائية أو الجهوية أو الوطنية، أو اللجوء إلى القضاء الإداري[4]، غير أن المكلف بالضريبة إذا اختار الطعن القضائي فهذا الأخير له أثر موقف للطعن أمام اللجان[5].

كذلك أن اللجوء إلى القضاء الإداري فيما يخص الدعوى أمام المحاكم الإدارية ضد القرار الصادر عن المدير الولائي للضرائب يكون وفق الإجراءات الخاصة الواردة في قانون الإجراءات الجبائية الواردة في الفصل الخامس من المواد 82 إلى المادة 89[6]، وتصدر المحكام الإدارية أحكاماً قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، وقانون 08-01 المتعلق بمجلس الدولة[7]، وقانون 08-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[8]، أما إجراءات الطعن بالإستئناف أمام مجلس الدولة في

والمتمم بقوانين المالية، ص 85 القانون موجود على شبكة الأنترنيت، عبر الرابط الإلكتروني السالف الذكر: https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/).

[1]- المادة 80/ف1 من قانون الإجراءات الجبائية، مرجع سبق ذكره.

[2]- راجع المادة 38 مكرر2/أ من قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[3]- راجع المواد من 82 إلى 89 من قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 80-ف1 من قانون الإجراءات الجبائية لسنة 2018، المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره، والتي نصت على أنه:" يمكن، حسب الحالة، للمكلف بالضريبة الذي لم يرض بالقرار المتخذ بشأن شكواه، من طرف مدير المؤسسات الكبرى أو المدير الولائي للضرائب أو رئيس مركز الضرائب أو رئيس المركز الجواري للضرائب، اللجوء إلى لجنة الطعن المختصة المنصوص عليا في المواد أدناه، في أجل أربعة (04) أشهر إبتداء من تاريخ استلام قرار الإدارة".

[5]- المادة 80- ف3 من قانون الإجراءات الجبائية لعام 2018، المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره، والتي نصت على أنه:" لا يمكن أن يرفع الطعن إلى اللجنة بعد رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية.

[6]- انظر الفصل الثالث من قانون الإجراءات الجبائية المعدل المعدل والمتمم.

[7]- راجع المادة 10 من القانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، مرجع سبق ذكره.

[8]- القانون العضوي 98-02 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، والمتعلق بالمحاكم الإدارية. مرجع سبق ذكره.

المنازعة الجبائية فقد نظمتها المادتان 90 و91 من قانون الإجراءات الجبائية، وإن كانت المادة 90 قد أحالتنا إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09[1].

وفي مجال المنازعات الجبائية المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع المحروقات، لاسيما المنازعات المتعلقة بالجباية في العقود المبرمة بين شركة سوناطراك والشركات الأجنبية، فالبرجوع إلى هذه العقود وخاصة العقود التأسيسية لهذه الشركات المختلطة، فنجدها نصت على التسوية التحكيمية المؤسساتية أو الحرة، أي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي المؤسسي أو الحر، ومن ذلك ما جاء في المادة 31 من القانون الأساسي للشركة البترولية الجزائرية الإنجليزية **Brown et Root – Condor SPA** من أنه:" كل نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق العقد الحالي يسوى عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد التحكيم التابعة للغرفة الدولية للتجارة"[2].

كذلك العقد المبرم بين شركة سونلغاز الجزائرية وشركة **ABB** السويسرية لعام 1991، والذي نص على التسوية التحكيمية الحرة[3]، ويعد اللجوء إلى التحكيم وطرق الودية في المنازعة الجبائية المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر استثناء من القاعدة العامة في خضوعها للمحاكم الإدارية، خصوصاً وأن قانون المحروقات المعدل والمتمم بالقانون رقم: 13-01 حدد طريقة التسوية الودية وذلك وفق الشروط المتفق عليها في العقد في تسوية كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين المحروقات والمتعاقد وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة 58 من ذات القانون كما سيأتي بيانه، وفي حالة فشل التسوية الودية يمكن اللجوء إلى التحكيم الدولي[4].

---

[1]- نصت المادة 90 من قانون الإجراءات الجبائية، مرجع سبق ذكره، على أنه:" يمكن الطعن في الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية أمام مجلس الدولة عن طريق طريق الاستئناف ضمنا الشروط ووفقا للاجراءات المنصوص عليها بموجب أحكام القانون المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية".

كما نصت المادة 91 من قانون الإجراءات الجبائية، مرجع سبق ذكره، على أنه: يجوز للمدير المكلف بالمؤسسات الكبرى والمدير الولائي للضرائب، كل حسب مجال اختصاصه، الاستئناف ضد القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية في مجال الضرائب المباشرة والرسوم على اختلاف أنواعها والمؤسسة من قبل مصلحة الصرائب.

يسري الأجل المتاح لرفع الاستئناف أمام مجلس الدولة، بالنسبة للإدارة الجبائية، اعتباراً من اليوم الذي يتم فيه تبليغ المصلحة الجبائية المعنية".

[2]- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 269.

[3]- نصت المادة 31/ف2 من عقد الشركة المبرم بين سونلغاز والشركة السويسرية والشركة السويسرية " ABB" سنة 1999، على انه:"النزاعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ العقد تخضع إلى إجراءات الحل الودي المسبق بين المتعاقدين، وفي حالة فشل محاولة التوفيق، تسوى النزاعات والخلافات عن طريق التحكيم بواسطة لجنة التحكيم..."، أنظر:- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص ص، 41، 212.

[4]- انظر المادة 58 من قانون المحروقات المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

ويلاحظ أن المنازعة الجبائية أصبحت بين الحل الودي والحل القضائي الإداري، وبين هذين الحلين يمكن للمستثمر الأجنبي أن يتمسك كذلك بالاتفاقيات الثنائية الجبائية والتي أبرمتها الدولة الجزائرية في مجال الإزواج الضريبي والتهرب الجبائي.

ومن هذه الاتفاقيات المتعلقة بالإزدواج الضريبي والتي تمكن المستثمر الأجنبي بصفته أحد رعايا الدول الطرف في الاتفاقية من ان يرفع احتجاجا لدى السلطات المختصة لدولته أو للدولة المضيفة للإستثمار المقيم عليها، هذه الآخيرة تسعى إلى إيجاد حل ودي مع المستثمر الأجنبي، بمعنى أن الحل الودي يكون بين المستثمر الأجنبي من جهة والسلطة المختصة لدولة الإقامة من جهة أخرى[1]، وبين السلطة المختصة لدولة الإقامة والسلطة المختصة للدولة الأخرى الطرف في المعاهدة والتي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها، وفي حالة فشل حل ودي تعمل الدولة المضيفة للاستثمار على التسوية بالتراضي مع السلطات المختصة للدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، وذلك كله من أجل تفادي إزدواج ضريبي غير مطابق للاتفاقية، وليس خرقاً لقانون داخلي لإحدى الدولتين المتعاقدتين، كشرط لقبول الإحتجاج[2].

---

[1]– حددت معظم الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع مختلف دول العالم لتجنب الإزدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي، مالمقصود بالمقيم سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ومن ذلك على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية المصرية حول تجنب الازدواج الضريبي وتفادي التهرب الجبائي في ميدان الضريبة على الدخل ورأس المال، الموقعة في الجزائر في 17 فبراير 2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03–142 المؤرخ في 25–03–2003 (ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 23 الصادرة بتاريخ: 02 أبريل 2006، ص 06)، كذلك نفس المادة من الاتفاقية الجزائرية الجنوب إفريقية حول تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي في ميدان الضريبة على الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر في 28 أبريل 1998، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000–95 المؤرخ في 04 مايو 2000، (ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 26 لعام 1998 ص12)، وغيرها من التفاقيات الأخرى الأوربية والأسيوية.

والجدير بالذكر في هذا الإطار أنه خلافاً للاتفاقيات الثنائية التي حصرت تقديم الإعتراض على الإزدواج الضريبي من الشخص المقيم بالدولة المتعاقدة أو بالدولتين المتعاقدتين ، فهناك اتفاقيات دولية نموذجية تجعل تقديم الإعتراض من المقيم والوطني ومنها: الاتفاقية النموذجية لمنظمة الأمم المتحدة O.N.U والاتفاقية النموذجية لمنظمة الأمم المتحدة O.C.D.E.

(-OCDE, Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Rapport du comité des affaires fiscales de l'OCDE, paris OCDE, 1977, p 225.

- ONU, Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays dévloppés et pays en dévelopement, Neww-York, Unies, 1980, p 291.

[2]– نصت كذلك معظم الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتنجب الإزدواج الضريبي، على الإجراءات الودية التي يمكن تفادي بها عملية الإزدواج الضريبي ومن ذلك على سبيل المثال ما نصت عليه الاتفاقية الجزائرية الفرنسية قصد تجنب الإزدواج الضريبي وتفادي التهرب والغش الجبائي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبة، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 02–121 المؤرخ في 07 أفريل 2002، والموقعة بالجزائر في 17 أكتوبر 1999،(ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 24 الصادرة بتاريخ: 10 أبريل 2002، ص03)، إذ نصت المادة 26 من هذه الاتفاقية على أنه:"1– عندما يعتبر شخص أن التدابير المتخذة من طرف دولة متعاقدة أو من طرف الدولتين المتعاقدتين، تؤدي أو سوف تؤدي بالنسبة له، إلى فرض ضريبة غير مطابقة لأحكام هذه الاتفاقية، فبإمكانه وبصرف النظر عن طرق الطعن المنصوص عليها في القانون الداخلي لهاتين الدولتين، أن يرفع حالته إلى السلطة المختصة في الدولة المتعاقدة التي يقيم بها، أو إذا كانت حالته تدخلفي إطار الفقرة 1 من المادة 25 من نفس الاتفاقية يمكنه أن يرفعها إلى السلطة المختصة للدولة المتعاقدة التي يحمل جنسيتها.

وبالرغم من ان الإختصاص القضائي الوطني الجزائري النوعي ينعقد للمحكام الإدارية، بخصوص نزاعات المستثمر الأجنبي مع الوكالة الوطنية للاستثمار، ومع الإدارة الجبائية، إلا أن هناك نزاعات أخرى تخضع للقضاء الوطني العادي أي المحاكم العادية، وذلك فيما يخص نشاط الشركات الأجنبية ذات الأسهم في الجزائر، وهو ما سوف نحاول دراسته في البند الموالي.

سادسا: خضوع النزاعات الناشئة عن نشاط الشركات الأجنبية ذات الأسهم في الجزائر للمحاكم العادية

من بين أنماط الاستثمار الأجنبي المباشر كما سبقت الإشارة إليه في الباب الأول من هذه الأطروحة الاستثمار الأجنبي عن طريق الشراكة، هذا الأخير يختلف عن الاستثمار المباشر، فيما يخص الإنفراد بالإنتاج وملكية رأس المال، إذ يكون عن طريق الشركة سواء في إدارة المشروع أو تحمل المخاطر. وقد سجل الاستثمار المشترك وفي جميع المجلات كمظهر من مظاهر التعاون الإقتصادي وتحقيق التنمية، تطوراً في الجزائر منذ مرحلة الاستقلال إلى يومنا هذا، فبعد إقرار قاعدة 49/51 (مساهمة الطرف الوطني الجزائري بنسبة 51% ومشاركة الطرف الأجنبي ب 49% فقط)، غداة الاستقلال خاصة في المجال البترولي[1]، فقد تراجع المشرع الجزائري عن هذه النسبة لتصبح خاضعة لاتفاق الطرفين، وتحرير الاستثمار من أي قيد، ثم عاد من جديد في بداية الألفية وكرس هذه القاعدة بصفة صريحة وذلك بموجب المادة 4

ويجب أن ترفع الحالة خلال 03 سنوات التي تلي أول إخطار بالتدابير التي تؤدي إلى فرض ضريبة غير مطابقة لأحكام الإتفاقية.

2- تسعى السلطة المختصة، إذا ماتبين لها صحة الإعتراض المقدم لديها، ولم تستطع بنفسها ايجاد حل مرض، إلى تسوية الحالة، عن طريق اتفاق ودي مع السلطة المختصة في الدولة المتعاقدة الأخرى، بغية تجنب ضريبة غير مطابقة للاتفاقية، ويطبق الاتفاق مهما كانت الآجال المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولتين المتعاقدتين.

3- تسعى السلطات المختصة للدولتين المتعاقدتين، عن طريق اتفاق ودي، إلى تذليل الصعوبات أو إزالة الشكوك التي قد يؤدي إليها تفسير أو تطبيق الاتفاقية، كما بإمكانها أيضاً، أن تتشاور فيما بينها قصد تفادي الإزدواج الضريبي، في الحالات غير منصوص عليها في الاتفاقية".

4- يمكن للسلطات المختصة في الدولتين المتعاقدتين، الاتصال ببعضها البعض، مباشرة بغية التوصل إلى اتفاق، كما هو وارد في الفقرات السابقة، وإذا كان هذا التبادل للأراء شفوياً، من شأنه أن يمهد لهذا الاتفاق، فإن هذا التبادل للأراء، يمكن أن يتم ضمن لجنة مشكلة من ممثلي السلطات المختصة للدولتين المتعاقدتين".

وهذه المادة هي نفسها الواردة في الاتفاقيات الثنائية الأخرى المتعلقة بتجنب الإزدواج الضريبي كالإتفاقية الجزائرية التركية، والاتفاقية الجزائرية الرومانية، والاتفاقية الجزائرية الإيطالية...الخ.

ويلاحظ على أن الحل الودي لتفادي الازدواج الضريبي المفروض على المستثمر الأجنبي طبقاً لهذه الاتفاقية هو أمر اختياري بالنسبة للمستثمر الأجنبي، ولا يلزم الدولة المضيفة للاستثمار، فضلاً على أن هذا الإجراء الودي ليس مؤطر قانونياً من حيث المدة التي يجب أن يستغرقها، وفي هذا الإطار وقصد مساعدة الدول في مجال التسوية الودية لهذه الآفة المتعلقة بالإزدواج الضريبي، فقد أعد كتاب مفاوضات الاتفاقيات الجبائية بين البلدان النامية والبلدان السائرة في طريق النمو، والذي يقدم جملة من الإقتراحات في هذا المجال.

[1]- أنظر القانون رقم: 13/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء الشركات المختلطة للاقتصاد وسيرها، مرجع سبق ذكره.

مكرر من قانون تطوير الاستثنار 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المعدل والمتمم سنة 2006، والملغى بقانون ترقية الاستثمار لعام 2016، فضلاً عما تضمنه قانون المالية التكميلي لعام 2009، من قيود على الشراكة الأجنبية كإلزام المستثمر الأجنبي بالتمويل المحلي لإنجاز مشروعه الاستثماري، وإشتراط موافقة المجلس الوطني لبعض المشاريع...الخ.

والاستثمار عن طريق الشراكة والذي يكون في عدة مجالات، يمكن أن يأخذ عدة أشكال والتي منها على سبيل المثال لا الحصر: شركة المساهمة في مجال الشركات التجارية، حيث في جميع أنواع الشركات يدرج في قانونها الأساسي بنود لتسوية النزاعات التي يمكن أن تطرأ في المستقبل أو بمناسبة مزاولة الشركة لنشاطها، هذه الشركات التجارية والتي تريد الاستثمار في الجزائر، تخضع لمجموعة من الشروط منها: خضوعها للقانون الجزائري، فضلاً عن عملية القيد في السجل التجاري[1].

وبالرجوع إلى بنود بعض الشركات ذات الاسهم والتي نصت فيما يخص فض النزاعات التي قد تنشأ بين المساهمين فنجد المادة 18 من القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية الفرنسية المختصة في صناعة الأدوية **Rhone- poulenc Saidal SPA** والتي نصت على أنه:" كل نزاع يمكن أن يحدث خلال نشاط الشركة أو إبان تصفيتها سواء بين الشركة أو بين المساهمين أنفسهم في خصوص نشاط الشركة يخضع إلى مجلس مجلس الإدارة الإدارة أو إلى الجمعية العامة لتسويته بصفة ودية، أما في حال عدم تسويته بالتراضي فإنه يعرض على محكمة مقر الشركة"[2].

ونقصد بمحكمة مقر الشركة محكمة مقر المركز الرئيسي للشركة المؤسسة في الجزائر ووفقا القانون الجزائري، والذي يجب أن يتواجد بالجزائر، أما فرع الشركات الأجنبية المسجلة في الخارج والمستثمر في الجزائر بموجب فرع لها، فإن قواعد تأسيس هذا الفرع فبالرغم من عدم وجود نصوص صريحة في هذا المجال، إلا أنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة وبالاخص قانون النقد والقرض فيما يخص شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الإقتصادية، ومادام موطن هذا الفرع موجود في الجزائر فالاختصاص القضائي يكون للمحاكم الجزائرية[3].

كذلك نجد الإختصاص النوعي في هذا الاطار يعود للقضاء التجاري، لكن هل يعود للأقطاب المتخصصة أم القسم التجاري المتواجد على مستوى المحاكم الإبتدائية، بين المستثمر الأجنبي الشريك والدولة المضيفة للاستثمار الشريكة، وهي اشكالية لبدا من الفصل فيها بالاسراع في انشاء وتنصيب الأقطاب المتخصصة، ومع التطور الذي عرفه النظام القانوني الجزائري وفي إطار تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر، فإنه يمكن للطرف الوطني أو الأجنبي بالإتفاق فيما بينهم أن يدرجا في القانون الأساسي للشركة بند

---

[1]- أنظر المادة 09 من قانون ترقية الاستثمار 16-09، مرجع سبق ذكره، والمادتان: 547، و548 من القانون التجاري: الامر رقم: 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره، ص 280.

[2]- المادة 18 من عقد الشركة، حسب : حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 280.

[3]- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 280.

يتيح لهم إستعمال التحكيم التجاري الدولي لفض النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق القانون الأساسي للشركة[1].

وعلى الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الجهة المختصة أصلا بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار، ما لم يكن اتفاق يقضي بغير ذلك، إلا أن مدى قدرة القضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ، تعرضت لعدة انتقادات نتيجة الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي عند لجوءه للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، الأمر الذي طرح معه فعالية القضاء الوطني كآلية داخلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي[(2)].

سابعاً: العوائق التي تواجه المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني

يعتبر اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة بنظر منازعات عقود الاستثمار، قاعدة عامة وأصلية فهو يعكس مبدأ سيادتها على إقليمها بكل ما يوجد فيه أو عليه من أشخاص، لذلك فإن لجوء المستثمر الأجنبي المتضرر من عقد الاستثمار إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة أو لدولته قد يثير عدة صعوبات مصدرها اختلاف المركز القانوني لأطراف عقد الاستثمار، إذ أن أحد الطرفين دولة ذات سيادة، والطرف الآخر فرد أو شركة أجنبية، وهذا الاختلاف يمثل عائق يحول معه تحقيق المساواة الكاملة بين أطراف عقد الاستثمار، خاصة إذا طرح النزاع على المحاكم الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار، والذي ينتج عنه عدم تقديم ضمان كاف لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه[(3)].

كما يصطدم المستثمر الأجنبي المتعاقد بعائق أخر هو مبدأ الحصانة القضائية للدولة المضيفة وهيئاتها، حيث تكون الهيئات القضائية الداخلية ممنوعة من التعرض لتصرفات الدولة، ولو أن مبدأ الحصانة المطلقة للدولة بدأ يتزعزع نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي، إذ

---

[1]– ويمكن الاشارة في هذا الصدد إلى مجموعة من عقود الاستثمار الاجنبي المباشر في ظل الاستثمار المشترك التي تبنته الجزائر غداة الاستقلال، حيث كانت الشركات الاجنبية المستثمرة في الجزائر خاصة في مجال البترول تحيل تسوية النزاع على التحكيم، بالرغم من موقف الجزائر انذاك المعادي لآلية التحكيم وتمسكه بآلية القضاء الوطني، ويمكن الاشارة في هذا الصدد إلى الشركة المختلطة الجزائرية الانجليزيةBROWEN ROOK CONDOR والتي كان قانونها الاساسي في المادة 31 ينص على امكانية اللجوء إلى التحكيم المؤسسي لغرفة التجارة الدولية بباريس، إذا لم يفض النزاع بالتراضي، كذلك، العقد المبرم شركة سوناطراك الجزائرية والشركة الايطالية AGIP والذي نص على التسوية الودية والتحكيمية عبر آليتي التوفيق ثم التحكيم لدىCCI بباريس في المادة 36 منه، وعليه يمكن القول أن نظام التسوية يمكن أن يتضمنه العقد التأسيسي للشركة وفق مبدأ سلطان الإرادة. (للإطلاع على تفاصيل العقود المختلطة في مجال الاستثمار الأجنبي المباشر: أنظر حسن طالبي: تسوية المنازعات في قانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره).

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 328 وما بعدها.

– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 148.

[3]– عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص ص 118–119.

أصبحت الدولة تمارس الكثير من الأعمال: أعمال سيادة وأعمال تجارية مدنية وأخرى إدارية تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة، وأصبحت حصانة دول نسبية[1].

ومن الصعوبات الأخرى هو ما تتميز به منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من التعقيد، لأنها ذات طبيعة فنية وقانونية معقدة، حيث قد لا تتوفر في القاضي الوطني الكفاءة المطلوبة للفصل فيها بالإضافة إلى احتمالية عدم توافر القوانين الداخلية المنظمة للعلاقة الاستثمارية، كما انه من غير المعقول أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار خصماً وحكما في ذات الدعوى[2].

ونتيجة لهذه العوائق يرفض أغلبية المستثمرين الأجانب اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، وهذا الرأي يؤيده جانب من الفقه، بخلاف الجانب الآخر من الفقه الذي يفضل اختصاص القاضي الوطني بتسوية المنازعة الاستثمارية لعدة مبررات كمبدأ سيادة الدولة، وقدرة المحاكم الوطنية على فهم وتفسير وتطبيق قوانينها أكثر من أي جهة قضائية أخرى[3].

ويرى بعض المختصين بقضايا الاستثمار إلى أن إحالة المنازعات الاستثمارية بين المستثمر والدولة المضيفة إلى القضاء الوطني لا يقدم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي ويرجع الأمر إلى طبيعة طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، واللذان يمثلان طرفي النزاع، فبينما أن الدولة المضيفة هي أحد أشخاص القانون الدولي وتتمتع بالسيادة الوطنية، نجد المستثمر الأجنبي يعد احد أشخاص القانون الخاص، كما أن الشركات الاستثمارية الكبرى متعددة الجنسيات لا تفضل القضاء الوطني وتصفه بعدم الحياد والشفافية[4].

وقد دفعت رغبة الدول النامية في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى أراضيها إلى مسايرة تطلعات المستثمرين الأجانب في هذا الاتجاه حتى تخلق مناخاً استثمارياً جاذباً، فعلى الرغم من أن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة يعد الوسيلة التي تتماشى مع مبدأ السيادة، إلا أنه يلزم أن تراعي الدول نفسية المستثمر الأجنبي في هذا المجال لاستقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، وأمام هذه المعادلة وفي سبيل التوفيق بين مبدأ سيادة الدولة ومصلحة المستثمر الأجنبي في وجود آلية فعالة لحسم منازعات عقود الاستثمار، تدخل القانون الدولي في حالة تعذر على المستثمر الأجنبي المضرور استيفاء حقه عبر آليات القضائية الداخلية، كما لو تخلت محاكم الدولة المدعى عليها عن نظر الدعوى استنادا لمبدأ السيادة[5].

الفرع الثاني: آلية القضاء الدولي

تحرص معظم دول العالم على توفير الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية المباشرة من المخاطر، على غرار الحماية الوطنية المقررة في تشريعاتها الداخلية، وذلك من خلال وسائل خاصة بالحماية الموضوعية وأخرى خاصة بالحماية الإجرائية لحل منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث أن

[1]– عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 120.

[2]– رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 320.

[3]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 163.

[4]– معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 215.

[5] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة مرجع سبق ذكره، ص ص، 333، 334.

القانون الدولي العرفي والاتفاقي يكفل قدرا من الحماية لحقوق الأجانب المقيمين في دول لا ينتمون إليها بجنسياتهم، خاصة في ظل انتشار نظام العولمة الاقتصادية، حيث بات من الضروري تدخل الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها في الدولة المضيفة للاستثمار لحمايته بشتى الطرق سواء السياسية أو القضائية أو الدولية، وذلك لعدم وجود نظام عالمي يضمن للفرد المثول أمام جهات القضاء الدولي.

غير أنه كي تمارس الدولة حقها في حماية مواطنيها، لبدا من توافر شرطين: أولهما رابطة التبعية بين المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو الاعتباري وبين الدولة التي تتصدى لحمايته، أما الشرط الثاني وهو استنفاذ المستثمر الأجنبي للوسائل القضائية الداخلية المقررة له بموجب قوانين الدولة المضيفة والمتسببة في الضرر الواقع عليه.

وهذا ما يثير إشكالية البحث في الحماية المقررة للمستثمر الأجنبي وشروط ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومدى فاعلية هذه النظرية في فض منازعاتها.

أولاً: الحماية الموضوعية والإجرائية

اختلف الفقه حول القانون الواجب أن تخضع له عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، إلا أن القاعدة العامة في القانون الدولي هو وجوب خضوعها للقانون الوطني، إلا إذا اتفق أطراف العقد على إخضاعها للقانون الدولي، هذا الأخير بشقيه العرفي والإتفاقي، يكفل قدراً من الحماية للمستثمر الأجنبي، ويرتب المسؤولية العقدية والدولية على الدولة المستقبلة للاستثمارات في حالة مخالفتها لالتزاماتها على غرار الحماية الوطنية التي تعتبر غير كافية حتى يطمئن المستثمر الأجنبي، وتتمثل هذه الحماية الدولية فيما يلي:

أ- الحماية الموضوعية:

نقصد بالحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي العرفي والإتفاقي بصفة عامة للمستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار الأجنبي ومنازعات الاستثمار، بأنها تلك القواعد والقوانين والتشريعات والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، التي جاءت تحمي المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو المعنوي من أي إجراء يتسم بعد المشروعية من قبل الدولة المضيفة للاستثمار[1].

كما أن حرية المشرع في تنظيم مركز الأجانب بصفة عامة في دولته ليست حرية مطلقة، حيث يوجد هناك قيد على هذه الحرية وهو ما اصطلح عل تسميته باسم قيد" الحد الأدنى" في معاملة الأجانب، غير أن تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي أدى إلى تطور مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من صورته التقليدية المتمثلة في توفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود إلى صورة الحديثة والتي تأتي فوق مستوى الحد الأدنى لتمتع الأجانب بالحقوق، ويظهر ذلك من خلال الضمانات القانونية التي توفرها تشريعات الاستثمار الوطنية للمستثمر الأجنبي في معظم البلدان وكذلك الاتفاقيات الدولية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، من خلال النص على عدم جواز مصادرة أو تأميم ملكية المستثمر الأجنبي إلا إذا توافرت شروط معينة كعدم مخالفة التزام تعاقدي سابق وبعد دفع عادل ومناسب للمستثمر الأجنبي وغيرها من

[1] – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 227.

الشروط، فضلاً عن الضمانات الأخرى المتمثلة في حرية المستثمر الأجنبي في تحويل رأس المال وأرباح استثماره إلى بلده الأصلي وغيرها من الضمانات التي نص عليها التشريع الوطني المتعلق بالاستثمار وكذلك الاتفاقيات الثنائية[1].

وتلجأ الدول المتقدمة عادة إلى إبرام هذه الاتفاقيات لإملاء شروط الحماية التي تريد توفيرها، في مواجهة الدول الأخذة في النمو، والتي هي عادة شروط تتعلق بتأميم ونزع الملكية، غير أن اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1970، تحضر على الدول المضيفة لرأس المال أن تقوم بإجراءات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية في مواجهة الاستثمارات العربية الواردة من إحدى الدول الأعضاء في المجالات التي صرحت الدولة المضيفة باستثمار رؤوس الأموال العربية فيها، وذلك يعتبر ضمانة فعالة للمستثمر العربي[2].

ب- الحماية الإجرائية:

والمقصود بها أن المستثمر الأجنبي(شخص طبيعي أو اعتباري) كطرف ثاني في عقد الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، حتى يطمئن ويثق في الدولة المضيفة للاستثمار، لبدا أن تعمل هذه الأخيرة على توفير القواعد الإجرائية الحمائية اللازمة لذلك، خاصة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي للنظر في المنازعة، حيث أن خضوع النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة لمحاكمها الوطنية أمراً لا يطمئن المستثمر الأجنبي لعدة اعتبارات، لذلك فعملية التسوية القضائية الداخلية لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، تثير عدة صعوبات وتطرح الكثير من الإشكالات منها: مبدأ المساواة نتيجة اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع، الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة، وشخص آخر خاص أجنبي طبيعي أو معنوي، مما يصعب تحقيق المساواة معهما، وخوفاً من تحيز القاضي لدولته وقد لا تتوفر في القاضي الوطني للدولة المضيفة للاستثمار للفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر التي تمتاز بالتعقيد، أو قصور القانون الوطني في بعض الدول المضيفة للاستثمار، من بعض القواعد القانونية المنظمة للاستثمارات الأجنبية المباشرة، وزيادة على ذلك ليس من المنطق أن تكون الدولة المضيفة في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حكماً وخصماً في الوقت ذاته[3].

كما أن الحماية الإجرائية لا تشمل فقط الخطوات والإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار، بل أيضاً تلك التي تتخذها الدول التي ينتمي إليها هؤلاء الأشخاص في حالة تعرضهم لأية إجراءات تتخذها الدول المضيفة لهم والتي من شأنها الإضرار بهم وبممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية، مما يستوجب تدخل دول جنسيتهم لحمايتهم واستعادة حقوقهم، وتعويضهم عما لحقهم من ضرر، وذلك بعد استنفاذ كل وسائل

---

[1]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مرجع سبق ذكره، ص ص 50-52.

[2]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، ص ص 88-89.

[3]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص ص 91-92.

التسوية القضائية الداخلية، وفق نظرية الحماية الدبلوماسية وفي هذا الإطار انقسم الفقه الدولي إلى قسمين: قسم يرى من حق الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي أن تتدخل لحمايته، وقسم ثاني يرى أنه ليس لدولة المستثمر الأجنبي الحق في التدخل لدى الدولة المضيفة لحمايته، بمعنى لا يجوز للمستثمر الأجنبي والذي يقيم مشروعاته الاستثمارية في هذه الدول أن يطلب من دولته التدخل لحمايته، ويخضع للقوانين والإجراءات التي تصدرها الدولة المضيفة للاستثمار

فالإتجاه الأول يرى ضرورة تدخل الدولة لحماية رعايها المستثمرين إذا ما تعرضوا هم وممتلكاتهم لأي اعتداء من قبل الدولة المضيفة لاستثماراتهم وفق نظرية الحماية الديبلوماسية المستقرة في العرف الدولي، إلا أن هناك شروط تتطلبها تلك الحماية لكي يتم تفعيلها من قبل دولة جنسية المستثمرين[1].

ثانياً: الحماية الدبلوماسية وشروطها

أ- نظرية الحماية الدبلوماسية:

خضعت الحماية الدبلوماسية بصفة عامة لعدة تعريفات حسب الزاوية التي ينظر منها لهذه الحماية أما في مجال الاستثمارات الأجنبية المباشرة فيمكن تعريفها بأنها:" الإجراء الذي يمكن أن تلجأ إليه دولة المستثمر سعياً منها لتأمين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي وذلك بعد أن يستنفذ طرق إصلاح الضرر في الدولة المسؤولة، وفقاً لقانونها ولم يكن له يد فيما أصابه من ضرر"[2]، كما يمكن تعريفها أيضاً بأتها:" مجموعة الاجراءات السلمية التي تتخذها دولة للدفاع عن رعاياها ومصالحهم عند وقوع ضرر بهم من قبل دولة أخرى، وعلى ذلك فهي وسيلة من وسائل إعمال المسؤولية الدولية"([3]).

ومن المتفق عليه في القانون الدولي أن للدولة الحق في أن تتصدى لحماية مواطنيها بكافة الطرق منها: المطالبات الرسمية بالطرق الدبلوماسية ومنها حق الالتجاء إلى القضاء الدولي، وهذا الحق قاصر فقط على أشخاص القانون الدولي، ولهذا لا يجوز للمستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار الأجنبي من اللجوء إلى المحاكم الدولية إلا إذا كانت هناك اتفاقيات دولية تنص على ذلك، وتتمتع الدولة بسلطة تقديرية في قبول التصدي لمواطنيها من عدمه.

ولا شك أن وجود مثل هذه السلطة التقديرية لا يبعث على اطمئنان الأشخاص اللذين قد تتخلى دولتهم عن حمايتهم في مواجهة الدول الأخرى لأسباب سياسية أو غيرها من الأسباب، مما يجردهم في النهاية من الحماية الإجرائية الضرورية للدفاع عن حقهم، وإذا تقدمت إحدى الدول نيابة عن أحد رعاياها بقضية إلى محكمة دولية، فتعتبر هذه الدولة في نظر المحكمة هي الجهة المطالبة بالتعويض، وبمجرد أن تتدخل الدولة لحماية الفرد المتمتع بجنسيتها تنتهي العلاقة بينه وبين الدولة المسؤولة لتحل محلها علاقة جديدة بين دولة

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص252-254.

[2]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 74.

[3]- وائل أحمد علام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسئولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 42.

الفرد المتضرر والدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع وبذلك يتحول النزاع من المستوى الداخلي إلى المستوى الدولي[1].

وتعد محكمة العدل الدولية أحد الأجهزة التي أوردتها المادة (7/ الفقرة 1) من ميثاق الأمم المتحدة، كأداة قضائية رئيسية للأمم المتحدة وفق نص المادة 92 من الميثاق، وفي هذا الإطار قد حصرت المادة (34/الفقرة 1) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية اختصاص المحكمة في الفصل في المنازعة الناشئة بين الدول فقط، وبالتالي فإن المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر – فرداً كان أم شركة – لا يملك حق المثول مباشرة أمامها، وذلك على أساس أن الفرد لا يتمتع بالشخصية الدولية، ولا يعتبر من المخاطبين بأحكام القانون الدولي، ومعنى ذلك أن المستثمر الأجنبي بصفته فرداً أو شركة لا يسمح له بظهور أمام محكمة العدل الدولية كطرف مباشر في النزاع الناشئ عن عقد الاستثمار الأجنبي وإنما يظهر بطريق غير مباشر، وذلك عن طريق رفع دعوى الحماية الدبلوماسية من طرف الدولة التي ينتمي إليها، وذلك بشروط قصد ترتيب المسؤولية الدولية إزاء العمل غير مشروع المرتكب على المستثمر والذي أحدث ضرراً به[2].

والجدير بالذكر وفي مجال الاختلاف الفقهي حول حق التنازل عن ممارسة هذه الحماية الدبلوماسية من طرف المستثمر في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال ما يعرف بشرط كالفو (**Calvo Clause**)، والذي يعطي الحق للمستثمر الأجنبي حق التنازل في الالتجاء إلى دولته للتصدي لحمايته في مواجهة الدول المتعاقدة فيما لو أصابه ضرر من العملية التعاقدية، فالباحث يرى أن هذا التنازل ليس في صالحه، وقد أثير هذا الشرط في دول أمريكا اللاتينية للحد من تدخل الدول الأوربية في شؤونها حتى أنه سمي باسم وزير خارجية الأرجنتين كارلوس كالفو،[3] وأدخل هذا الشرط حديثاً لأول مرة في الاتفاقية المبرمة بين السعودية والشركة اليابانية سنة 1957. حيث نصت المادة 49/ب منها على أنه: "....من المفهوم أن الشركة تتنازل عن أي حق في الالتجاء إلى المراجعة بالطريق الدبلوماسي بخصوص أي موضوع يتعلق بهذا الامتياز، أو الحقوق المنصوص فيه..."[4].

وبالرغم من هذا الاختلاف الفقهي حول حق ممارسة الحماية الدبلوماسية، سواء كان مقرر للدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي لا يجوز التنازل عنه، أو يجوز ذلك من طرف المستثمر الأجنبي وذلك بإرغام

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 256، أنظر كذلك عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 76–77.

[2]– بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، ص ص 171–172.

[3]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 256، أنظر كذلك عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 76.

[4]– أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، 122.

الدولة باستخدامه أو التنازل عنه، إلا وتبقى الحماية الدبلوماسية أمراً حتمياً لصيانة الحقوق في الدول الأجنبية، والتي لعبت دوراً كبيراً في تطوير قواعد القانون الدولي، غير أن التدخل في الدول بحجة الحماية الدبلوماسية، كثيراً ما تكون له أبعاد غير أبعاد الحماية الدبلوماسية، خصوصاً إذا ما استخدم استخداماً سيئاً، وتقتضي هذه الحماية الدبلوماسية لممارستها شرطين أساسين[1].

ب- شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

لممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية لرعاياها بالخارج لبدا من توافر شرطين، ويتعلق الشرط الأول بالجنسية أي رابطة التبعية، أما الشرط الثاني فيتعلق باستنفاذ طرق التقاضي الداخلية.

1- بالنسبة للشرط الأول (الجنسية):

يتعين حتى تمارس الدولة حقها في الحماية الدبلوماسية أو ترفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية لحماية المستثمر الأجنبي(شخصاً طبيعياً أو معنوياً)، أن يكون هذا الأخير من مواطنيها، وإن كان من أصابه الضرر هو المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي فإن الأمر لا يثير كثيراً من الجل، حيث يكفي أن يتمتع بالجنسية الفعلية للدولة التي تبسط حمايتها الدبلوماسية عليه، وأن يستمر متمتعاً بجنسيتها طوال المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر[2].

ويلاحظ أن شرط الجنسية والذي يثبت رابطة وتبعية المستثمر الأجنبي بالدولة طالبة الحماية، يثير الكثير من المشكلات القانونية، والتي سوف نشير إليها عند دراستنا لأطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فيما يخص المستثمر الأجنبي ومنها: مسألة تعدد الجنسية، بمعنى إذا كان المستثمر الأجنبي(الفرد، أو الشخص المعنوي)، يحمل أكثر من جنسية، مما يطرح إشكالية أي من الدول التي ستباشر المطالبة الدولية لمصلحته، خصوصاً إذا لم توجد اتفاقية دولية بين الدول التي يحمل المتضرر جنسيتها تحدد بوضوح ذلك، مع العلم أن اتفاقية لاهاي لعام 1930 المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية، قد أكدت في المادة الثالثة على :"أن كل شخص يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن اعتباره موطناً لكل دولة من الدول التي حمل جنسيتها"، وفي هذا الإطار أوجد الفقه نظريتين لحل مشكلة تعدد الجنسيات وهما: نظرية تكافؤ السيادات ونظرية الجنسية الفعلية، ومؤدى النظرية الأولى أن جميع السيادات متكافئة، ولبدا من العمل على الترجيح بين السيادات المتراكمة على الشخص استناداً إلى مبدأ احترام سيادة كل دولة، وإزاء النقد الشديد الذي وجه لهذه النظرية والتي ثبت عجزها في تقديم الحلول في مجال حسم التنازع الناشئ عن تعدد الجنسيات، تضافرت جهود القضاء والفقه الدوليين وأوجدت نظرية الجنسية الفعلية، كمعيار واجب الإتباع للترجيح بين الجنسيات المتعددة[3].

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 259-263.

[2]- أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سابق، ص 120.

[3]- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، ص ص 165-167.

وتقوم هذه النظرية على تفضيل الجنسية التي تكون أكثر اتفاقاً مع الواقع الفعلي، من خلال الظروف الموضوعية والشخصية لحياة الشخص المستثمر الأجنبي متعدد الجنسية مثل: محل ميلاده، أو محل إقامته العادية أو موطنه، أو ممارسته للحقوق العامة والسياسية في الدولة، ولمشاعره وانتمائه النفسي، وسلوكه في حياته العائلية والاجتماعية والاقتصادية، بما يفيد ارتباطه واندماجه في شعب الدولة على نحو أكثر وثوقاً وواقعية بالمقارنة بالدول الأخرى التي ينتمي إليها[1].

ورغم تأكيد محكمة العدل الدولية سلامة معيار الجنسية الفعلية في حكمها الشهير الصادر في 16 أبريل 1955 في قضية نوتباوم **Nottebohm**[2]، إلا أنه لم يسلم من الانتقادات الكثيرة التي وجهت له ومنها: أن هذا المعيار قد يؤدي إلى حالات تشبه الشخص عديم الجنسية في حالة عدم السماح بالتصدي لحمايته دبلوماسياً من أي دولة على أساس عدم وجود رابطة فعلية بين إحدى هذه الدول، ويرى الباحث أن هذا كذلك يناقض نص المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تقضي بأنه يجب أن يكون لكل إنسان جنسية دولة ما، وأمام توفير الحماية للشخص العديم الجنسية بصفة عامة، والحماية الدبلوماسية للمستثمر الأجنبي الطبيعي بصفة خاصة، ومحاولة إيجاد الحلول من طرف القانون الدولي في هذا الإطار تم إبرام عدة اتفاقيات دولية لتحسين وضع عديمي الجنسية بصفة عامة منها: اتفاقية لاهاي لسنة 1930 في عهد عصبة الأمم واتفاقيات جنيف المنظمة لحالات اللاجئين المنعقدة عامي 1951-1953 والتي اعتمدت على معيار الموطن والإقامة ومركز الأعمال كمعايير تشير إلى الدولة التي يمكن أن تتدخل لممارسة حمايتها على الشخص العديم الجنسية، وفي حالة وجود من بين جنسيات الدول التي يرتبط بها المستثمر، جنسية الدولة المضيفة للمستثمر فلا يجوز لإحدى هذه الدول أن تتصدى لحمايته دبلوماسياً في مواجهتها وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في الرأي الاستشاري الخاص بالتعويض عن الأضرار المتعلقة بالخدمة في الأمم المتحدة سنة 1994 بقولها:" إن الممارسة العادية للحماية الدبلوماسية هي أن الدولة لا تمارس هذه الحماية لمصلحة مواطنيها ضد دولة تعده مواطناً لها"[3].

وتجدر الإشارة أن فقهاء القانون الدولي الخاص في مجال تنازع الجنسيات أمام القضاء الدولي يميزون بين فرضين الفرض الأول وهو إذا وجدت اتفاقية دولية بين الدول يحمل متعدد الجنسية جنسياتها فإن القضاء

---

[1]- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، 168.

[2]- وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشخص نوتباوم قد ولد في ألمانيا ومكث بها حتى عام 1939، ثم تجنس بجنسية دولة ليشتنشتين Liechtenstin والتي تقع بين النمسا والسويسرا، وتوطن بعد ذلك بجواتيمالا في الفترة الممتدة من 1905-1943، حيث تملك ثروة طائلة بها، ثم تم القبض عليه وتسليمه للسلطات الأمريكية فطالب بالعودة إلى جواتيمالا والتعويض عن أمواله الموجودة بها فرفض طلبه، فتدخلت دولة ليشتنشتين لحمايته دبلوماسياً، ورفعت الدعوى أمام محكمة العدل الدولية، لكن جواتيمالا دفعت بعدم قبول الدعوى لأن نوتباوم لم يكتسب جنسية ليشتنشتين اكتساباً صحيحاً ووفقاً لقانونها، فقضت محكمة العدل الدولية بعدم قبول الدعوى على أساس أن نوتباوم لم يكن مرتبطاً ارتباطاً فعلياً بجنسية هذه الإمارة، لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر، جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2015، ص 130 وما بعدها.

[3]- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، مرجع سبق ذكره، ص ص 171-174.

الدولي يطبق نصوصها، أما الفرض الثاني وهو في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقية، فعلى القضاء الدولي ونقصد محكمة العدل الدولية أن تقوم بترجيح بين الجنسيات المتعددة التي يحملها الشخص الطبيعي استناداً إلى نظرية تكافؤ السيادات بين الدول ونظرية الجنسية الفعلية وإن كان بعض الفقه قد أنكر هذا الحق لصالح القضاء الدولي لعدة اعتبارات[1].

كذلك ما يثير قدراً من الجدل في هذا الإطار، هو ما إذا كنا المستثمر الأجنبي شركة خاصة (شخص معنوي)، حيث أنه من غير المعقول أن تمارس دعوى الحماية الدبلوماسية من جميع الدول حملة أسهم الشركة، لأن ذلك يؤدي إلى تعدد دعاوي الحماية الدبلومايسية بتعدد جنسيات حملة الأسهم مما يؤدي إلى الفوضى في مجال العلاقات بين الدول[2]، وتقوم ممارسة الحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري، أسوة بالشخص الطبيعي على رابطة الجنسية بينه وبين الدولة الحامية، في ظل التمييز القائم بين جنسية الشركة وجنسية المساهمين فيها اللذين ينتمون إلى عدة بلدان، كالشركات المتعددة الجنسيات والتي لها عدة فروع في عدة دول، فبالنسبة لجنسية الشركة فقد تم الأخذ برابطة الجنسية الفعلية من خلال معيار الرقابة ، وتعتبر هذه الرابطة الفعلية، قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وفي هذا الإطار رفضت محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن (**Barcelona Traction Belgium**) تطبيق نظرية الجنسية الفعلية لتحديد جنسية الشركة لأغراض الحماية الدبلوماسية[3].

2 – شرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية:

كما سبق الإشارة إليه أنه لبدا من توافر شرطين لممارسة الحماية الدبلوماسية سواء على المستثمر الأجنبي الشخص الطبيعي أو المعنوي أو حتى على ماله، حيث لا تكفي رابطة التبعية المرتبطة بالجنسية بل

---

[1]– جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، مرجع سابق، ص 127.

[2]– أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره، ص 120.

[3]– تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة، قد تأسست في كندا (تورونتوا) سنة 1911، أين يوجد مقرها الرئيسي، غير أنه كانت لها نشاطات تجارية في إسبانيا، وبعد الحرب العالمية الأولى استحوذ مساهمون بلجيكيون (أشخاص طبيعية واعتبارية) على حوالي 88 من رأس مال الشركة، ونتيجة لإجراءات اتخذتها السلطات الإسبانية أصبحت الشركة مهددة بالإفلاس، الأمر الذي أدى ببلجيكا باعتبارها دولة الجنسية لأغلبية المساهمين لرفع دعوى الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية طلباً للتعويض نيابة عن مواطنيها المساهمين، وقد قدمت دولة اسبانيا اعتراض أمامها على ممارسة بلجيكا لهذه الدعوى، غير أن المحكمة وفي قرارها الصادر في 05 فيفري 1970، رأت أن الحق في الحماية الدبلوماسية فيما يتصل بضرر يلحق بشركة يعود إلى الدولة التي سجلت بموجب قوانينها تلك الشركة وهي دولة كندا وليس دولة جنسية حملة الأسهم، حيث أن هؤلاء المساهمين محميين بموجب المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف، والملاحظ على هذا الحكم أن المحكمة لم تقبل تطبيق مبدأ الصلة الحقيقية الذي أكدته في قضية نوتبوم بين حملة الأسهم اللذين يشكلون الأغلبية والدولة التي تسعى لممارسة الحماية الدبلوماسية، ذلك أن أغلبية المساهمين فيها هم مواطنون بلجيكيون، ومن ثمة فلها صلة أوثق ما تكون بشركة برشلونة وكندا وفي هذا الإطار رأت المحكمة في ميدان الحماية الدبلوماسية أن هناك صلة وثيقة ودائمة بين شركة برشلونة وكندا، لأن مقر الشركة كان في إقليم هذه الدولة، كما أن مكتبها مسجل هناك، لمزيد من التفاصيل حول الموضوع، أنظر: – لحسن زايدي، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006–2007، ص 106 وما بعدها.

لبدا من أن يكون المستثمر الأجنبي قد استنفذ وبدون نجاح كل وسائل إزالة الضرر المقررة في تشريع الدولة المسؤولة[1]، ويعتبر مبدأ استنفاذ الوسائل القضائية كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية من المبادئ التي استقر عليها القانون الدولي العرفي وذلك تطبيقاً لمبدأ آخر وهو مبدأ إقليمية القوانين والجهات القضائية[2].

كما أن الأصل حين حدوث نزاع استثماري، لا يلجأ لقضاء التحكيم أو القضاء الدولي، إلا بعد استنفاذ الطرق القضائية للدولة المضيفة للاستثمار، وذلك حسب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 1803 الصادر بتاريخ 1962/12/14، وهذا التوجه أخذت به أغلبية التشريعات العربية المنظمة للاستثمار، وإن كانت بعض التشريعات تعطي الخيار للمستثمر الأجنبي في حالة حدوث نزاع من اللجوء إلى التحكيم أوالقضاء الدولي[3]، ونقصد بالوسائل القضائية الداخلية كل الوسائل القانونية الداخلية من الطعن الإداري والقضائي والعادي والإستئنافي والنقض ....الخ، تحت طائلة سقوط الحق في الدولة المضيفة للاستثمار[4]،

وعلى الرغم من أهمية شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية إلا بعض الفقه يرى أنه لا يعتبر من المبادئ المطلقة بل هناك عليه قيود واستثناءات تحد منه وتعطي الحق للجوء إلى الحماية الدبلوماسية دون إعمال هذا الشرط ومنها:

إذا كان هناك اتفاق صريح في العقد أو وجود اتفاق دولي يعمل على استبعاد هذا الشرط من اللجوء إلى القضاء الدولي، بمعنى أن الاتفاق يخول حق اللجوء إلى القضاء الدولي أو إلى التحكيم الدولي بصفة مباشرة[5].

إذا كانت الوسائل القضائية الداخلية غير كافية وعادلة، فإنه يجوز لدولة جنسية المستثمرين أن تتصدى لحمايتهم أمام القضاء الدولي مباشرة ودون حاجة لاستنفاذ الوسائل الداخلية، ويقع عبأ إثبات هذه الوسائل على الدولة التي وجه ضدها طلب الحماية[6].

بيد أن مبدأ استنفاذ طرق الطعن القضائية، إذا ما تم التمسك به، من طرف أحد الأطراف فهذا يعني التخلي عن الطعون الدولية، خاصة التحكيم التجاري الدولي، وفي المقابل نجد المادة 26 من إ.و.ت.م.إ لعام

---

[1]– أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره ص 121.

[2] - Ranjeva Raymond et Cadoux Charles, Droit International public,1er édition, 1992, EDICEF, France, p 221.

[3]– عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية المنعقد بالدوحة، قطر، من 24 إلى 25 سبتمبر 2013.

[4]– حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 156.

[5]– تنص الفقرة الرابعة من قرار الجمعية العامة رقم: 1803 (د–17) المؤرخ في 14 ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية على أنه:" ....ويراعى حال نشوء أي نزاع حول مسألة التعويض استنفاذ الطرق القضائية القومية للدولة التي تتخذ تلك التدابير، ويراعى مع ذلك، إذا اتفق على ذلك بين الدول ذات السيادة والأطراف المعنيين الآخرين، تسوية النزاع بطريق التحكيم، أو القضاء الدولي"

[6]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 272–273.

1965 تؤكد على أن اللجوء إلى التحكيم يمنع اللجوء إلى أي طعن آخر[1]، لكن في المقابل نجد نصا المادتان 39 و47 من ذات الاتفاقية تشيرا في حالة إذا لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك وعند لوجئهم لتحكيم CRDI فإمكانهم الإلتماس من المحاكم اتخاذ الإجراءات التحفظية لحفظ حقوقهم[2]، ولو أن أحكام التحكيم الصادرة عن CRDI تشير إلى ضرورة الحصول على توصية منه تمكنهم من اللجوء إلى هذه المحاكم لإتخاذ الاجراءات التحفظية[3]، ومن جهة أخرى نجد كذلك المادة 27 من ذات الاتفاقية تؤكد أنه لا يمكن لأي دولة أن تمنع الحماية الديبلوماسية أو ترفع قضية دولية بخصوص أي نزاع طرح على تحكيم **CRDI** إلا في حالة امتناع الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع، وهذا ما يطرح بالفعل مدى فاعلية نظرية الحماية الدبلوماسية في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر[4].

ثالثاً: مدى فاعلية نظرية الحماية الدبلوماسية في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

إن الحماية المقررة للمستثمر الأجنبي قي عقد الاستثمار بصفة خاصة مهما كان مصدرها سواء العقد أو القانون الوطني الداخلي العادي أو الدستوري، أو القانون الدولي والذي يقر الحماية الدبلوماسية إلى جانب الحماية الموضوعية والإجرائية، يجعل منها شرط ضروري لتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر، غير أن ارتباط الحماية الدبلوماسية بالسلطة التقديرية لدولة الجنسية في ممارستها ضد الدولة المضيفة للاستثمار، وبشرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية في دعوى الحماية الدبلوماسية قد يؤدي إلى إمكانية التخلي من طرف دولة الجنسية عن حماية المستثمر من جهة وإلى طول إجراءات التقاضي من جهة أخرى، الأمر الذي يؤدي بالتالي إلى عدم فعالية هذه الحماية الدبلوماسية كآلية إجرائية لحماية الحقوق الدولية الخاصة بصفة عامة والاستثمارات الأجنبية المباشرة بصفة خاصة[5].

وإزاء قصور القانون الوطني الداخلي والقانون الدولي العرفي عن توفير الحماية الناجعة للمستثمر الأجنبي المباشر كطرف في العقد، تدخل القانون الدولي الإتفاقي إلى جانب عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لتكملة النقص الموجود في القانون الدولي العرفي الاتفاقي، والمتمثل في مختلف الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة، مستخدمتاً عدة وسائل فنية[6]، بطريقة غير مباشرة أو مباشرة.

---

[1]– المادة 26 من إ.و.ت.م.إ. لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2]– المادتان 39 و47 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3]– حسن طالب تسوية منازعات الاستثمار في القانون الجزائري للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[4]– المادة 27 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص ص 9-18.

[6]– ونقصد بالوسائل الفنية تلك المبادئ التي تبنتها الدول وفقاً للمعاهدات الثنائية التي أبرمتها مع مثيلاتها من الدول مثل: مبدأ المساواة بين الوطنيين والأجانب، مبدأ المعاملة بالمثل، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية...الخ.

وذلك بتحديد موضوع الحماية المقصودة، ولترتيب المسؤولية الدولية على الدولة المضيفة عند مخافتها لإلتزامتها التعاقدية التي تشكل انتهاك للقانون الدولي أي تتضمن عمل غير مشروع دولياً، وهذا ما أدى بالقانون الدولي إلى تطوير آلياته في سبيل توفير حماية أكثر ضد المخاطر التجارية أو غير تجارية وتجنب مختلف منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر.

وفي هذا الإطار ظهرت آليات حديثة إلى الوجود من خلال ما يعرف بعقد الضمان الوطني والدولي في إطار التعاون الدولي الاقتصادي الأمريكي والأوربي وبين الدول المتقدمة والنامية، وأفرز ذلك إنشاء وكالات وطنية ودولية وإقليمية لضمان الاستثمار، والتي انضمت إليها مختلف دول العالم مثل الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وغيرها ومن الوكالات[1]، فضلاً عن إبرام اتفاقيات جماعية نظراً للميزة التي تتميز بها عن الاتفاقيات الثنائية، من حيث أنها تسمح بانضمام دول أخرى غير تلك الموقعة عليها والمتضمنة لقواعد تكفل تحقيق نفس الأهداف، بالإضافة إلى مساهمتها في توحيد القواعد المطبقة على العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار، ومن هذه الاتفاقيات كما سيأتي بيانه في موضعه اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[2].

وإذا كان الأصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر يقضي أن تتجه الدول المضيفة للاستثمار إلى تطيق قضائها الوطني من خلال اللجوء إلى محاكمها المختصة التي يلجأ المستثمر الأجنبي كمدع من اجل الحصول على الحماية القضائية لحقه أو مركزه القانوني، غير أن ذلك لا ينطبق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث تتفوق القوة الاقتصادية للشركات الاستثمارية ونفوذها على الدولة المضيفة، والتي تتخوف وتتردد في قبول القضاء الوطني لتسوية منازعاتها لأسباب عديدة كتحيز القضاء الوطني للدولة المضيفة مثلاً، لذلك نجد المستثمر الأجنبي يبحث عن آلية أكثر حيادية واستقلالية تضمن له حماية أكثر لأمواله ولمشروعه الاستثماري والمتمثلة في آلية القضاء الدولي والذي يلعب دوراً بارزاً في تسوية المنازعات الدولية ومنازعات الاستثمار بصفة خاصة[3].

كما أنه بالإضافة إلى محكمة العدل الدولية يمكن للمستثمر الأجنبي أن يستند على الاتفاقيات الدولية في اللجوء إلى القضاء الدولي إلى محاكم تحكيمية أخرى في إطار التحكيم التجاري الدولي كمحكمة التحكيم الدائمة ومحكمة الاستثمار العربية، والتي سوف نشير إليها في معرض حديثنا عن آليات التسوية في ظل الاتفاقيات والمنظمات الدولية.

---

[1]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سابق، ص ص 19–22.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 297.

[3]– محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، مرجع سبق ذكره، ص 108.

المبحث الثاني:

الآليات الدولية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

نقصد بالآليات الدولية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تلك الأليات الواردة في إطار الاتفاقيات والمنظمات الدولية، حيث تعددت الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، كما سبقت الاشارة إليه، سواء بالإشارة إليها في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وفق مبدأ سلطان الإرادة أو التي تضمنتها التشريعات الوطنية أو تلك التي جاءت في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، خاصة المنشئة للمراكز الدولية الخاصة بفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومجلس العربي للاستثمار وغيرها من الهيئات والمراكز الأخرى، على غرار آليات التسوية المتعلقة بتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي الواردة في الاتفاقيات الثنائية والجماعية الإقليمية والعالمية وكذا المنظمات الدولية.

لذا فدراستنا لهذه الآليات سوف تنصب على الآليات الواردة في الاتفاقيات الدولية الثنائية والإقليمية العربية (المطلب الأول) وفي ظل الاتفاقيات العالمية والتكتلات الإقتصادية الإقليمية الغير عربية والمنظمات الدولية كالمنظمة العالمية للتجارة (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

آليات فض منازعات عقود الاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية والإقليمية العربية.

في مجال الاستثمار الأجنبي المباشر وكما سبقت الإشارة إليه، لم تكتفي الدول بسن التشريعات الحديثة بشأنه، بل سعت إلى إبرام مجموعة من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات التي تتم من قبل الدولتان المتعاقدتان ورعاياها، كما انضمت إلى العديد من الاتفاقيات الإقليمية والجماعية المعنية بهذا الشأن خاصة تلك المنشئة للمراكز الدولية، والتي نصت كذلك على عدة آليات لتسوية منازعات الاستثمار وعقوده[1].

وعلى هذا الأساس فما هي هذه الآليات المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية (الفرع الأول) والإقليمية على المستوى العربي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية

يعد فشل المجتمع الدولي في إيجاد آلية موحدة لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سبباً رئيسياً للبحث عن وسائل قانونية أخرى لتحقيق ذلك، حيث كان الاتجاه نحو إبرام الاتفاقيات الثنائية من أهم الوسائل الناجعة لتحقيق التقارب الدولي في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي، والتي أصبحت أكثر استعمالاً على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية.

[1]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 210.

وفي نظام تسوية المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وخصوصا عندما تكون العلاقات القانونية تأخذ طابعا عبر دولي، و ذلك غالبا بوجود دولة نامية كأحد الأطراف وشخص خاص ينتمي لبلد مصنع كطرف ثاني، فإن الآليات الخاصة بتسوية النزاعات في هذا الإطار تتجنب الوقوع في قاعدة سمو القانون الوطني لأحد الأطراف، وذلك بالخضوع لقواعد دولية خاصة محايدة.

ولذا تنص بعض بنود اتفاقيات الدولية الثنائية على التسوية المباشرة للنزاعات المتعلقة بالاستثمارات التي قد تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلة أمام هيئات تحكيم دولية معينة، أو هيئة منشأة لهذا الغرض أو أمام "المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى".

كما قد تحيل بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية بخصوص تفسير أو تطبيق نص ذي صلة بالاتفاقية إلى هيئات تحكيم بين دولة جنسية المستثمر والدولة المضيفة، ويكون لكل منهما الحق في اللجوء إلى هذه الهيئات، وعليه توفر هذه الآليات وسائل انتصاف للأفراد المستثمرين تجاريا في الخارج، مما يجعل استثماراتهم أكثر أمنا، بحيث يمكن لهم اللجوء بموجبها مباشرة إلى هيئات تحكيمية في حالة نشوب أي نزاع مع الدولة المضيفة بشأن هذه الاستثمارات، شريطة أن توافق الدولة المدعى عليها و دولة المواطن المستثمر على هذه الإجراء[1].

وفيما يتعلق باللجوء إلى القضاء الدولي فقد تبين عدم وجود هيئة قضائية متخصصة لفض منازعات الاستثمار وأن اللجوء إلى محكمة العدل الدولية لا يتم بصفة مباشرة بسبب تخصص هذه المحكمة للفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول، وبالتالي عدم ملائمة أسلوب عملها وإجراءاتها لحسم منازعات الاستثمار المرفوعة من الأفراد أو الشركات ضد الدول المستقبلة.

لذلك كان من الضروري اللجوء إلى الاتفاقيات الثنائية والجماعية لتسوية هذه المنازعات، وذلك في ظل ما تقدمه هذه الاتفاقيات من ضمانات قانونية لكل من الطرفين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فما هي هذه الآليات والوسائل المتعلقة بفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي والتي أقرتها الاتفاقيات الدولية الثنائية ؟[2].

---

[1]– عبد المومن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتجية، الاقتصادية والسياسية المركز الديمقراطي العربي، مرجع سبق ذكره.

[2]– كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية، مؤتمر قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وأثرها في التنمية الإقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، أبو ظبي، 25–27 أفريل 2011، ص 1187.

وكما سبقت الإشارة إليه فقد أثار الفقه الدوليين نقاشا حادا وواسعا حول مسألة التفرقة بين العقدContrat ، والاتفاق Accord في إطار القانون الدولي الاقتصادي، ذلك أن البعض من فقه القانون الدولي فقد اتجه متأثرا بالخصائص المميزة لاتفاق الدولة مع الأشخاص الأجنبية لاسيما وأن القانون الدولي أو على الأقل المبادئ العامة للقانون، التي تختار كقانون واجب التطبيق على العلاقة – إلى القول باعتبار هذا النوع من العقود الدولية مثل غيره من الاتفاقيات التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الدولي، وفي هذا الإطار ذهب الفقيه الألماني بوكشتيجل Bokstiegel- وأنصاره، إلى اعتبار عقود الدولة لنقل التكنولوجيا اتفاق مثل باقي الاتفاقيات الدولية وحجتهم في ذلك أن استخدام مصطلح الاتفاقية Convention، إنما يكون للإشارة إلى الاتفاق

أولاً: مفهوم الاتفاقيات الثنائية

يقصد بالاتفاقية الثنائية بأنها اتفاق دولي يعقد بين دولتين كتابة، ويخضع للقانون الدولي سواء في وثيقة واحدة أو أكثر، وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه، وبعبارة أخرى اتفاق مكتوب بين دولتين بقصد ترتيب أثار قانونية معينة وفقاً للقواعد القانون الدولي"[(1)].

كما أن مصطلح المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية وان كانت كل معاهدة اتفاق، وأن الاتفاقية أعم وأشمل من المعاهدة، إلا أنها تعتبر أسمى صورة لتحقيق التبادل التجاري الدولي، والتي قد تكون ثنائية تتم بين دولتين فقط كما سبقت الإشارة إليه أو جماعية أي بين عدة دول كما سيأتي بيانه في موضعه، وتعد الاتفاقية الدولية خاصة الثنائية أعلى صورة لتحقيق إرادة دولتين أو عدة دول في التعاون الاقتصادي أو التجاري أو الاستثماري[(2)].

وتتميز الاتفاقيات الثنائية عن المشروع الثنائي المشترك **(Joint Verdure)** الذي يخضع للقانون الداخلي للدولة المضيفة التي تريد إشراك العنصر الأجنبي ضمن مشاريع محلية، وهو استثمار أجنبي يقوم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني، وتتحدد نسبة المشاركة في رأس المال المشروع في ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة، أما الاتفاقيات الثنائية فتخضع لأحكام القانون الدولي، فهي معاهدة دولية ومشروع دولي يشترك في إنشائه دولتان بقصد ممارسة نشاط اقتصادي ويتفق رفيه الطرفان على الشكل

الدولي الذي يهدف إلى وضع قواعد قانونية بين دولتين تترتب عليه نتائج معينة، وان العمل الدولي قد جرى على استعمال اصطلاحي المعاهدة والاتفاقية كمرادفين ومن ثمة فعقود الدولة الخاصة بنقل التكنولوجيا تنتمي إلى قانون المعاهدات إذا اشتملت على العناصر الآتية:- أن يبرم الاتفاق في صورة اتفاقية دولية.- أن يتولى إبرامها الدول أو إحدى السلطات العامة التي يعطيها النظام القانوني الداخلي السلطة لإبرام الاتفاقيات.- أن ينتج الاتفاق التزاما على عاتق الدولة المتعاقدة بألا تمارس بعض سلطاتها العامة.- النص على قضاء التحكيم الدولي بنظر المنازعات نتيجة إخلال أحد الأطراف بالشروط المتعاقد عليها.- تضمين العقد صراحة أو ضمنيا في استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة من التطبيق على العقد، وما قد ينشأ عنه من منازعات. وقد استند هذا الجانب من الفقه في اعتبار عقد الدولة للاستثمار اتفاقية دولية على قضاء التحكيم وبالأخص حكم Téxaco والذي رأى أن العقد محل النزاع هو عقد مداول Contrat internationalise، ويرتب المسؤولية الدولية على عاتق الحكومة الليبية على أساس العمل الذي قامت به هو عملا غير مشروع.

وعلى نقيض من ذلك رأى جانب آخر من الفقه أن عقود الدولة للاستثمار سواء كانت لنقل التكنولوجيا أو غير ذلك من أغراض التنمية الاقتصادية لا تندرج في إطار الاتفاقيات الدولية، حيث اتجه الفقه والقضاء الدوليين إلى القول: أن تضمين العقد شرطا يقضي بأن القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون هي واجبة التطبيق على العلاقة العقدية لا يحول العقد إلى اتفاقية دولية بالمعنى الذي تقصده اتفاقية فينا لقانون المعاهدات، وهو الرأي الذي أيده الكثير من الفقهاء،لمزيد من التفاصيل أنظر صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 252 وما بعدها، أنظر كذلك عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 254 وما بعدها.

[1]- عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 249.

[2]- أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره، ص 113.

القانوني الذي يأخذه هذا المشروع، فقد يأخذ شركة وطنية ذات نظام دولي تتمتع بموجبه الشركة بجنسية إحدى الدول الطرفي في الاتفاقية على أن تخضع للأحكام الواردة في الاتفاق الدولي[1].

كما تجمع بين الاتفاقيات الثنائية وعقود الاستثمار أموراً وتختلفان في أمور مختلفة، حيث أن الاتفاقية الثنائية تشبه عقد الاستثمار من نواحي عدة أهمها: مبدأ الرضا، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ نسبية الآثار والنتائج، وتختلف عنه من حيث الأساس القانوني الذي هو في الاتفاقية الثنائية العرف أو القواعد العرفية، أما في عقد الاستثمار فهو القانون المدني أو التجاري الذي يعين شروط صحة انعقاد العقود، كذلك تختلف الاتفاقية الدولية عن العقد من حيث مسألة تدخل القاضي الذي يقوم بواجبه بحرية تامة في عقد الاستثمار عندما يعرض عليه عقد من العقود، في حين في الاتفاقية الدولية يجد نفسه في موقف حرج عندما يطلب منه النظر في اتفاقية من الاتفاقيات، هذا بالإضافة إلى مجموعة من الاختلافات الأخرى[2].

وفيما يخص أنماط الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمارات الدولية، فيمكن التمييز بين ثلاثة أنماط وهي:

1- الاتفاقيات الثنائية العامة:

ظهر هذا النمط في الولايات المتحدة الأمريكية والتي تعد الدولة الأولى في تصدير الاستثمار إلى الخارج وهو ما يسمى عموماً ب: اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة حيث يمثل الشكل التقليدي لاتفاقيات الصداقة والتعاون فيما بين الدول المتعاقدة ويتولى تنظيم كافة أوجه التنظيم الاقتصادي بشكل عام بما فيه الجانبين التجاري والمالي دون أن يتناول الاستثمار.

2- الاتفاقيات الثنائية لضمان الاستثمار:

سبقت الإشارة إلى هذا النوع عندما تعرضنا لدعوى الحماية الدبلوماسية، حيث وضعت الولايات المتحدة الأمريكية هذا النوع من الاتفاقيات عرف بالنظام الأمريكي لتأمين الاستثمارات وعملت به معظم الدول النامية لتوفير حماية أكثر للاستثمار الأجنبي.

3- الاتفاقيات الثنائية الخاصة:

وهي المعنية بالدراسة للوقوف على مختلف الآليات المتعلقة بقض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، أي تلك النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين الدولة المضيفة والمستثمر التي تضمنتها الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالحماية والتشجيع للاستثمار، إذ تعتبر هذه الأخيرة ضرورية لتحيق التقارب الدولي الإقليمي

---

[1]- عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص 253.

[2]- عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص ص 261-262.

والعالمي في مجال الاستثمار الأجنبي لصعوبة الوصول إلى قانون موحد للاستثمار الدولي نتيجة تضارب المصالح بين الدول المصنعة والنامية وقصور الاتفاقيات العامة[1].

ومما لاشك فيه أن اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار على المستوى الثنائي قد عملت على تحديد نطاق ومضمون حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، لكن ذلك لا يخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات ومنازعات في تطبيق أحكام تلك الاتفاقية، بمعنى لا يكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية، التي يتم على أساسها معاملة المستثمر الأجنبي كوسيلة لتشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، بل لبدا من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر الأجنبي عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه وبين الدولة المضيفة له، يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية[2].

وفي هذا الإطار لجأت الجزائر وعلى غرار بلدان العالم الأخرى إلى إبرام اتفاقيات ثنائية مع عدة دول لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية كسوريا ومالي وقطر والصين والبحرين ومصر والأردن والإمارات العربية المتحدة وكوريا والأرجنتين وفرنسا وإيطاليا ورومانيا واسبانيا وغيرها من بلدان العالم..[3].

ويلاحظ على هذه الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها بعض الدول بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات، أنها كلها تضمنت مختلف الآليات والوسائل لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر، وبين الدولتين الموقعتين على الاتفاقية، وإن اختلفت فيها طرق فض المنازعات، وتباينت بين من لا تعتني بالتحكيم كآلية من آليات فض المنازعة المتعلقة بالاستثمار إلا كعنصر مكمل بعد فشل الآليات الودية (المفاوضات والتوفيق)، فصلاً عن التسوية القضائية، بينما اتفاقيات أخرى تجعل من آلية التحكيم التجاري الدولي هو الوسيلة الوحيدة لفض النزاع، وهذا ما يطرح الإشارة إلى هذه الوسائل في ظل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر.

ثانياً: فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر

جاءت هذه الاتفاقيات لتعزيز التعاون الثنائي بين الدولة الجزائرية ودول العالم الأخرى في ميدان الاستثمار، فقد أبرمت الدولة الجزائرية في هذا الإطار العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية بهدف ترقية الاستثمارات بينها وبين مختلف دول العالم، وتفاديا للمنازعة في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر فقد نصت هذه الاتفاقيات على عدة آليات ووسائل للتسوية ومن هذه الاتفاقيات على سبيل المثال لا الحصر:

* اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين الجزائر ومالي الموقعة بباماكو في 11 يوليو 1996، فقد نصت المادة 09 على آليات تسوية الخلافات بين أحد المستثمرين وأحد الأطراف المتعاقدة بقولها:

---

[1]– عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، من ص 270 إلى ص 273.

[2]– عبد المؤمن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سبق ذكره، ص335.

[3]– م بودهان، الأسس والأطر الجديدة للاستثمار في الجزائر، ص 84 وما بعدها، وص 212.

1- يسوى كل نزاع متعلق بالاستثمارات، بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف متعاقد الآخر، بقد الإمكان بالتراضي ببين طرفي الخلاف.

2- إذا لم تتم تسوية هذا الخلاف بالتراضي في مدة ستة أشهر من تاريخ رفعه من قبل أحد الطرفين، فإنه يرفع بطلب من المستثمر، إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالخلاف أو إلى التحكيم الدولي. إن اختيار أحد هذين الإجرائين يكون نهائياً.

3- إذا رفع الخلاف أمام التحكيم الدولي، فإنه يمكن لكل من المستثمر والطرف المتعاقد المعنيين بالخلاف الاتفاق على عرض الخلاف على إحدى هاتين الجهتين:

أ- إما إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار، آخذين في الاعتبار عند الاقتضاء، أحكام الاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن العاصمة الفيدرالية في 18 مارس 1965، وكذلك التسهيل الإضافي لإدارة إجراءات التوفيق، التحكيم والتحقيق.

ب- وإما أمام محكمة تحكيم مؤقتة تتشكل في كل حالة على النحو الآتي: يعين كل طرف في الخلاف حكما ويعين الحكمان سويا حكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة يرأس هذه المحكمة. يجب أن يعين الحكمان في مدة شهرين ويعين الرئيس في مدة ثلاثة أشهر ابتداء من التاريخ الذي اشعر فيه المستثمر الطرف المتعاقد المعني، بنيته في اللجوء إلى التحكيم.

في حالة إذا لم تحترم الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف أن يطلب من رئيس معهد التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة.

تحدد المحكمة المؤقتة قواعدها الإجرائية مع الأخذ في الاعتبار نصوص التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الذي يمكن طرفي الخلاف الاتفاق عليه كتابيا وتغييره.

4 – يسوى الخلاف من قبل محكمة التحكيم على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الاستثمار المعني بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين قواعد القانون الدولي بما في ذلك هذا الاتفاق[1].

كذلك أشارت المادة 10 من نفس الاتفاقية على آلية تسوية الخلافات في ميدان الاستثمار ما بين الطرفين المتعاقدين أي ما بين الدولتين، والمتعلقة بتنفيذ وتفسير وتطبيق هذه الاتفاقية وفضلت الطرق الدبلوماسية، وإذا لم يسوى الخلاف خلال مدة ستة أشهر من يوم رفعه من قبل المتعاقدين فإنه يتم تشكيل محكمة خاصة باتفاق الطرفين في مدة شهرين من تاريخ إعلان أحد الأطراف نيته رفع الخلاف إلى التحكيم، وفي حالة عدم تشكيل المحكمة في الآجال المذكورة وعدم وجود أي اتفاق يمكن تطبيقه لحل النزاع، فيقوم أحد الطرفين بدعوة الأمين العام للأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة، وإذا كان الأمين العام من رعايا أحد

[1]- المادة 09 من اتفاق الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرم بين الجزائر ومالي، الموقع عليه في باماكو في 11 يوليو 1996، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98-431 المؤرخ في 27 ديسمبر 1998، ج.ج.ج.د.ش، مرجع سبق ذكره.

الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لأي سبب آخر يطلب من الأمين العام المساعد الأكثر أقدمية والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيينات اللازمة، كما تحدد المحكمة النظام الخاص بها، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، والتي تكون نهائية ونافذة بقوة القانون لكلا الطرفين المتعاقدين، ويتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بإجراءات التحكيم بما في ذلك مرتبات المحكمين، وذلك إذا لم تقرر المحكمة خلاف ذلك نظرا لظروف خاصة[1].

* اتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والأرجنتين والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:01-366 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001، حيث نصت المادة: 08 منها وفي ما يخص تسوية الخلافات بين مستثمر والطرف المتعاقد المضيف على نفس آليات التسوية بداية من التسوية الودية الرضائية ثم إذا لم يسوى النزاع خلال فترة ستة أشهر فيحال النزاع بطلب من المستثمر والذي تم إعطاءه حق الاختيار والمفاضلة بين التسوية القضائية الداخلية أي عبر القضاء الوطني الذي للطرف المتعاقد، أو عبر الآليات الدولية عن طريق التحكيم الدولي المؤسسي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو عن طريق التحكيم الحر وفق قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري[2].

*كذلك إذا رجعنا إلى اتفاق المبرم بين الجزائر والصين والمتعلق بالحماية والتشجيع المتبادلتين للاستثمارات الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر 1996، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:02-392 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002 حيث نجد المادة 08 منه تناولت آليات التسوية بين الأطراف المتعاقدة أي بين الدولتين والمتعلق بتفسير وتطبيق الاتفاقية، حيث أشارت إلى التسوية بالطرق الدبلوماسية بالتشاور خلال في مدة ستة أشهر، وإذا لم يسوى الخلاف خلال هذه المدة، يحال الخلاف بطلب من أحد المتعاقدين إلى محكمة تحكيم خاصة مشكلة باتفاق الطرفين، وفي حالة فشل تشكيلها خلال أربعة أشهر وغي غياب اتفاق آخر لفض النزاع، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين أن يقوم بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بتشكيل المحكمة، وإذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لأي سبب آخر يطلب من عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدمية والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيينات اللازمة[3].

أما المادة 09 من نفس الاتفاقية فتصت على آليات تسوية الخلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، وفضلت الحل الودي عن طريق آلية التفاوض في مدة ستة أشهر، وإذا تعذر فض النزاع المتعلق بالاستثمار عن طريق المفاوضات بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فيمكن

[1]- المادة 10 من اتفاق الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرم بين الجزائر ومالي، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 8 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والأرجنتين والمتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000،مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 8 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين والمتعلق بالحماية والتشجيع المتبادلتين للاستثمارات، مرجع سبق ذكره

لأي طرف في النزاع أن يرفع هذا الأخير إلى الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد القابل للاستثمار بمعنى يسوى النزاع عن طريق آلية القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

غير أنه وفي مجال النزاع المتعلق بمبلغ التعويض حول نوع الملكية فيسوى النزاع عبر آلية المفاوضات في مدة ستة أشهر، وإذا تعذر ذلك فيمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إما للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، أو إلى محكمة تحكيم خاصة بطلب من أي من الطرفين، غير أنه إذا اختار أي من الطرفين اللجوء إلى آلية المفاوضات أو القضاء الوطني فلا يمكن لأي منهما اللجوء إلى آلية التحكيم، وفي حالة اللجوء إلى آلية التحكيم الحر ويتعذر تشكيل المحكمة، يمكن لأي طرف في النزاع دعوة الأمين العام للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات للقيام بالتعيينات اللازمة[1].

أيضاً ما نصت عليه المادتان 9 و10 من الاتفاق والبرتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وألمانيا الموقعين في الجزائر بتاريخ: 11 مارس 1996، والمصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 2000-280 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000، حيث حددت المادة 09 آليات التسوية للخلافات بين الدولتين المتعاقدتين والمتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاق عبر آلية الدبلوماسية، ثم آلية التحكيم، أما المادة 10 والمتعلقة بالخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي شخص طبيعي أو معنوي، والدولة المضيفة للاستثمار، فنصت على الحل الودي بالتراضي بين الطرفين كآلية داخلية خلال مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ إثارة الخلاف، وفي حالة فشل التسوية الداخلية يحال الخلاف إلى آلية التحكيم الحر إذا طلب المواطن المعني أو الشركة المعنية ذلك، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف آلية التحكيم الحر، يعرض الخلاف عبر آلية التحكيم المؤسسي في إطار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى[2].

وبالرجوع كذلك إلى اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مصر واليمن والموقعة بالقاهرة بتاريخ 06 جوان 1996 ، والتي نصت كذلك على طرق تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدولتين المتعاقدتين وكذا المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة المتعاقدة- وبين رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، وهذه الحالة الأخيرة هي التي يجب التركيز عليها، باعتبار أن حل المنازعات بين الدول المتعاقدة له وضع آخر ويتم في أغلب الحالات في إطار القانون الدولي العام، وهو نفس الشيء بالنسبة للاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر مع عدة دول إفريقية وأسيوية، وأمريكية وأوربية وعربية.

وتقضي المادة 09 من الاتفاقية الثنائية المصرية اليمنية على نه: تتم تسوية منازعات الاستثمار التي تنشأ بين الدولة المضيفة- المتعاقدة- وبين المستثمرين من رعايا الدولة المتعاقدة كالتالي:

---

[1]- المادة 9 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين والمتعلق بالحماية والتشجيع المتبادلتين للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادتان 9 و10 من الاتفاق والبرتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وألمانيا الموقعين في الجزائر بتاريخ: 11 مارس 1996، والمصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 2000-280 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000- ج.ج.ج.د.ش.رقم:58 المؤرخة في 08 أكتوبر 2000.

1-إذا نشأ نزاع متعلق باستثمار بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، فإن الطرف المتعاقد والمستثمر سيحاولان أولاً إنهاءه من خلال التشاور والتفاوض.

2-إذا ما تعذر على الطرف المتعاقد وذلك المستثمر الوصول إلى اتفاق خلال ستة أشهر بعد الطلب التحريري لمباحثات التسوية يعرض الخلاف للحل إما عن طريق:

أ-محكمة الطرف المتعاقد المضيف التي لها اختصاص بذلك.

ب-التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وتعتبر قرارات التحكيم نهائية وملزمة بالنسبة لطرفي النزاع ويلتزم كل طرف متعاقد بتنفيذ هذه القرارات وفقاً لتشريعه الوطني[1].

ويلاحظ على الفقرة الثانية من المادة التاسعة من هذه الاتفاقية المشار إليها أعلاه أنها أشارت إلى طرق تسوية النزاع بأسلوب اختياري إما عبر آلية القضاء الوطني للدولة المضيفة أو عبر آلية التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وفي إطار حديثنا عن آلية الاتفاقيات الثنائية وإمكانية الرجوع إليها في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، ففي حالة إذا لم إذا لم يتمكن المستثمر الأجنبي من مواجهة الدولة المضيفة للاستثمار بناءا على عقد الاستثمار المبرم بينهما سواء أبرم هذا العقد قبل الاتفاق أو بعده، نشير إلى أنه أغلب الاتفاقيات الثنائية نصت على سريان أحكامها بأثر رجعي أي قبل وبعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، في حين نجد أن هناك اتفاقيات أخرى حددت سريانها من تاريخ التصديق عليها من قبل الدولتان المتعاقدتان، أي أنها لا تسري بأثر رجعي.

كذلك تجدر الإشارة في إطار حديثنا عن الاتفاقيات الثنائية الجزائرية مع دول العالم في ميدان الاستثمار، ومن خلال قراءاتنا الأولية لهذه الأتفاقيات أن مصطلح " نزاع" الوارد في أكثر من اتفاق ثنائي، لا نجد له تعريفاً محدداً في هذه الإتفاقيات، وإن كان هناك تعريفاً له من حيث أطرافه، دون تحديد نوعه وطبيعته وموضوعه في اتفاقيات ثنائية معينة دون أخرى[2].

ويلاحظ أن تصنيف النزاع حسب أطرافه أو نوعه أو طبيعته أو موضوعه من شأنه أن يعمل على تقييد سلطات الموفق أو المحكم عند فضه للنزاع بحيث يتقيد بالنزاعات التي تحددها بنود الاتفاقية.

وحسب الفقيه **fouchard** أن اعتماد تعريف ضيق للنزاع من قبل أطراف الاتفاقية الثنائية يرجع لعدم قدرتهم على تغطية حالات عدم التنفيذ الكامل للاتفاقيات، كما أنه من المؤكد أن مثل هذا الأسلوب من شأنه ان يدفع أطراف النزاع إلى صحة الاتفاقية نفسها[3].

---

[1]- المادة 09 من الاتفاقية الثنائية المصرية اليمنية والمتعلقة باللتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.

[2]- المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره، أنظر كذلك المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية للترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[3] -Fouchard.ph, La rédaction des conventions d'arbitrage, Colloque international, sur les entreprises Tunisiennes et arbitrage commercial international, tunis, 2-3-4 novembre, 1981, C.E.R.P ; Tunise, p9.

ويلاحظ أن معظم هذه الاتفاقيات تحيل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة الى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تماشيا مع انضمام الجزائر لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، هذه الأخيرة الأخيرة ووفق نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن والخاصة بالاختصاص الموضوعي والشخصي للنظر منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر والمبرمة بين الدول أو الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام ورعايا الدول الأخرى الخواص اشترطت أن تكون المنازعة قانونية[1]، هذا النزاع القانوني الذي نجد له بصماته في بعض بنود الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى[2].

كذلك مصطلح الاستثمار يطرح الكثير من اللبس لعدم اعطائه تعريف جامع مانع كما سبق الاشارة إليه، اذ ان هذه الاتفاقيات الثنائية تعطي تعريفا موسعا للاستثمار[3]، والبعض الآخر تضع شرطا حتى يمكن اعتبار النشاط نشاطاً استثمارياً، ومن ذلك شرط تملك الشركات الأجنبية المستثمرة مقرا إجتماعيا على اقليم الدولة الأخرى المتعاقدة، وفي المقابل أن يكون على نفس الإقليم المركز الرئيسي لمصالحها الإقتصادية، بمعنى أنه لا يمكن تصور استثمار، إلا إذا أنجز هذا الاخير على إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين من طرف الشركة المستثمرة التي يوجد مقرها على إقليم الدولة الأخرى[4].

ثم كذلك ماذا عن العلاقة المباشرة بين النزاع والاستثمار الذي تشترطه اتفاقية واشنطن للنظر النزاع والفصل فيه وفق الآليات المبرمجة في هذا الإطار[5]، كيف يستطيع الموفق أو المحكم أن يميز بين ما هو مباشر وغير مباشر، ولو أن هذه المسّألة اختلف الفقه بشانها، غير أن الفقه الراجح يرى أنه لبدا أن تكون للنزاع علاقة بالاستثمار[6]، وهو ما يتماشى مع الاتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الجزائر في هذا المجال التي أكدت معظمها على هذه العلاقة[7].

وفيما يخص التطبيق العملي لهذه الاتفاقيات الثنائية في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فنجد أن هناك عدة قضايا في مجال الاستثمار عرضت على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي استند فيها المستثمر الأجنبي إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين دولته والدولة المضيفة للاستثمار ومن هذه القضايا على سبيل المثال:

---

[1]– المادة 25 من ا.و. لت. م..إ لعام 1965.

[2]– انظر المادة 7 من الاتفاقية الجزائرية القطرية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

[3]– اغلب الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها الدولة الجزائرية اعطت تعريفاً موسعاً للاستثمار ومن ذلك مانصت عليه المادة 1/ف1 من الاتفاقية الجزائرية الأردنية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 20 المؤرخة في 06 افريل 1997، ص 05، كذلك مانصت عليه المادة/ف1 من الاتفاقية الجزائرية المصرية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ع: 76 المؤرخة في 11 أكتوبر 1998، ص 05.

[4]– أنظر المادة 1/الفقرة 2 ب من الاتفاقية الجزائرية الأردنية، مرجع سابق.

[5]– المادة 25 من ا.و.لت.م.إ لعام 1965.

[6] -Amadio, M, Le Contentieux international de l’investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965, L.G.D.J. Paris, 1967, p 98.

[7]– راجع المادة 07 من الاتفاقية الجزائرية القطرية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سبق ذكره.

قضية شركة الاسمنت اليونانية، والمعروفة باسم شركة اسمنت الشرق الأوسط للشحن والتفريغ- ضد الحكومة المصرية، حيث قامت الشركة اليونانية برفع دعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار استنادا إلى الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الحكومة المصرية والحكومة اليونانية والموقعة في أثينا بتاريخ 16 جويلية 1993 ودخلت حيز التنفيذ في سنة 1995، والتي كانت تجيز للطرفين إحالة النزاع الذي قد ينشأ بينهما على المركز، حيث أن الشركة اليونانية والمتخصصة في استيراد وتوزيع أنواع من الإسمنت أبرمت عقدا مع الحكومة المصرية، ممثلة بالهيئة العامة للاستثمار لمدة 10 سنوات ابتدءا من عام 1983، وذلك في المنطقة الحرة بالسويس، وفي عام 1989 أصدر وزير الإسكان المصري قراراً بحضر استيراد الأنواع التي تصادف أنها محل العقد، مما أدى إلى توقيف نشاط الشركة وتصفية المشروع، ولأن الشركة كانت مثقلة بالديون فقد تم بيع السفينة التي استخدمت في عملية نقل الاسمنت عن طريق المزاد العلني وفي عام 1993 وقعت الحكومة المصرية والحكومة اليونانية اتفاقية ثنائية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات وبدأ سريانها من عام 1990.

وفي عام 1999 رفعت الشركة اليونانية بدعم من حكومتها دعوى ضد الحكومة المصرية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وتقدمت الحكومة المصرية بدفع عدم الاختصاص المركز، كونه تم تصفية المشروع قبل نفاذ الاتفاقية أي قبل عام 1995، مع العلم أن المادة 8 من الاتفاقية كانت تشير على سريانها على الاستثمارات بأثر رجعي، وفي أبريل 2002 حكمت هيئة التحكيم بأن مصر انتهكت التزاماتها في الاتفاقية المصرية اليونانية خاصة فيما يتعلق بالإجراءات التي اتخذتها والتي تصل في آثارها إلى حد نزع ملكية المشروع وحكمت بالتعويض لصالح الشركة اليونانية[1].

وعليه فاتفاقية الاستثمار الثنائية هي اتفاقية تعقد بين دولتين بهدف حماية استثمارات أفراد ومؤسسات كل دولة في أراضي أخرى عن طريق توفير ضمانات وامتيازات واسعة للمستثمر وخاصة فيما يتعلق بوسائل فض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة.

وقد ازداد اعتماد الدول على نموذج الاتفاقيات الدولية الثنائية في الآونة الأخيرة ليصل بذلك عدد الاتفاقيات الثنائية الموقعة حتى نهاية 2016 حوالي 2959 اتفاقية أي بزيادة 33 اتفاقية عن سنة 2015، منها:2321 اتفاقية مفعلة، بينما وصل عدد الاتفاقيات من نوع آخر إلى 364 اتفاقية، ولقد تشابهت هذه الاتفاقيات الثنائية في تغطية وظيفة ضمان حل النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة عبر عدة آليات خاصة آلية التحكيم الدولي[2].

---

[1]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 221-222.

[2]- محمد جابر، استثمار في مواجهة العدالة، المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، الطبعة الأولى 2016، مقال منشور على شبكة الانترنيت على الرابط الآتي:https://eipr.org/publications ، تاريخ الدخول والتصفح: 04-08-2017 على الساعة 11:39.

كذلك ما يمكن تسجيله على الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعلقة بالحماية والتشجيع للاستثمارات المتبادلة بين الدولتان المتعاقدتان، أنها أقرت عدة آليات للتسوية، وهي تتشابه وتتباين مع اتفاقيات ثنائية أخرى سواء من حيث التدرج في استعمال هذه الآليات، أو من حيث أولوية آلية على أخرى أو من حيث الاختيار والمفاضلة، غير أنه إذا فرضنا أن عقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها والمستثمر الأجنبي تضمن بند يحيل فض المنازعة عبر آلية القضاء الوطني دون سواها، مع وجود في وقت نفسه اتفاقية دولية ثنائية بين الدولة المضيفة ودولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي، تعطي الحق في اللجوء إلى آلية التحكيم الدولي مما يطرح إشكالية الإصتدام بين مبدأ سلطان الإرادة والاتفاقية الدولية، بمعنى أن المستثمر بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة تنازل عن حقه في استعمال الآليات التي حددتها الاتفاقية الثنائية لفض النزاع وذلك ضمنياً بموافقته على آلية القضاء الوطني([1]).

وفي هذا الإطار يمكن أن نشير إلى الحكم الذي صدر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية الشركة العمانية **Projects Desert line** ضد دولة اليمن سنة 2005، والذي أكدت فيه محكمة التحكيم السالفة الذكر على اختصاصها بالرغم من أن القضية كانت قد عرضت وحسمت مسبقا أمام التحكيم الداخلي للدولة المضيفة، حيث اعتبرت محكمة التحكيم التابعة للمركز أن المسائل التي فصلت فيها محكمة التحكيم الداخلية التابعة للدولة المضيفة هي مسائل عقدية تختلف عن تلك المعروضة أمامها، والتي تتعلق بالإدعاء بإخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها الواردة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار التي أبرمتها دولة المستثمر الأجنبي أي دولة الأردن مع دولة اليمن، وقد صدر الحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الشركة العمانية كدولة مضيفة للاستثمار لإخلالها بالاتفاقية الثنائية لتشجيه وحماية الاستثمار.

وعليه يلاحظ على هذه القضية أنه بالرغم من أن المستثمر الأجنبي كان قد اتفق مع الدولة المضيفة ضمن عقد الاستثمار الذي أبرمه معها على تسوية النزاع في حالة حدوثه وفق آليات التسوية الداخلية، وكان قد استفاد من حكم تحكيمي داخلي من الدولة المضيفة، إلا أنه مع الاجتهادات التحكيمية الحديثة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أصبح مبدأ استنفاذ طرق التسوية الداخلية غير مطلق، وأصبح دور القضاء الوطني يتراجع في ظل الاتفاقيات الثنائية التي نصت على عدة وسائل للتسوية ومنها آلية التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

بيد أن المشرع الجزائري –وكما سبقت الإشارة إليه– فإنه يستلزم عرض النزاع المتعلق بعقود الاستثمار على القضاء الوطني الجزائري، إلا في حالة وجود الاتفاقيات الثنائية...، وهذه الأخيرة أكدت على مبدأ استنفاذ الآليات الداخلية قبل اللجوء إلى الآليات الدولية([2])، ولو أن هذا المبدأ أصبح نسبي في بعض

[1]– سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص 222.

[2]– نصت الاتفاقية الجزائرية الرومانية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في 28 جوان 1994، على مبدأ استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من خلال ضرورة حل النزاع بصفة ودية خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ عن النزاع، وذلك بموجب الفقرة الأولى من المادة السابعة، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه في حالة فشل التسوية الداخلية،

الاتفاقيات الثنائية الأخرى المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار التي أبرمتها الجزائر كالاتفاقية التي أبرمتها مع الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-345 المؤرخ في 05-10-1991، ج.ر.ج.ج.ع 46، حيث جاء في المادة التاسعة الفقرة الثانية على أنه:" يعطى كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و القطعية على أن يحال كل خلاف لهذا للتحكيم، وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين"[1].

بمعنى في حالة فشل التسوية الودية وفق ما ورد في الفقرة 2 من نفس المادة يحال النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطلب من أحد الطرفين عند تصبح كل دولة عضو في الاتفاقية، وإذا لم يتحقق هذا الشرط فيكون ذلك بناءا على الاتفاق المسبق بالتخلي عن اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين وإحالة الخلاف على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويمكن كذلك أن نشير إلى أن الاتفاقية الإسبانية الجزائرية قد استبعدت مبدأ استنفاذ طرق التسوية القضائية الداخلية عبر آلية القضاء الوطني للانتقال إلى الآليات الدولية، حيث إذا لم يسوى النزاع عبر آليات الودية أي بالتراضي في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ إشعار المستثمر الأجنبي بالنزاع للدولة المضيفة، فيمكن للمستثمر الأجنبي الاختيار عبر عدة وسائل للتسوية في إطار الآليات الدولية، وذلك بالتوجه إما إلى:

- المحكمة التحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية باستكهولم بالسويد (SCC)- - أو
- لتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس. أو
- للمحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.أو
- للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات والمنشأ بالاتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بالاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمعد بواشنطن CRDI وذلك في حالة ما إذا كانت كلا الدولتين الطرف في هذا الاتفاق قد انضمت إلى هذه الاتفاقية[2].

فالخيار للمستثمر إما الاتجاه إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار أو إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات أو عرض النزاع على محكمة خاصة في حالة غياب اتفاق مباشر بين الطرفين المتنازعين، تتشكل طبقا لقواعد لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالقانون التجاري (C.N.U.D.C.I) Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

[1]- المادة 09/ف2 من الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي، مرجع سبق ذكره..

[2]- الاتفاق المبرم بين الجزائر واسبانيا والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات والموقع بمدريد يوم 23 ديسمبر 1994، مرجع سبق ذكره.

- انظر كذلك سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 225.

وعليه يمكن القول أن استبعاد آلية القضاء الوطني كآلية قضائية داخلية من تسوية منازعات الاستثمار في الجزائر، يكون في حالة وجود اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف تكون صادقت عليها الجزائر، أو وجود اتفاق خاص بينها وبين المستثمر الأجنبي الطرف في عقد الاستثمار يقضي بذلك، أو وجود بند في العقد التأسيسي للشركة في حالة الاستثمار المشترك يقضي بذلك صراحة أو ضمنا[1].

الفرع الثاني: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الإقليمية العربية

أفرز العمل الدولي على ظهور العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية الإقليمية التي تهدف لزيادة القدر الكبير للحماية الموضوعية والإجرائية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، فعلى المستوى التعاون الدولي الإقليمي العربي، قامت معظم الدول العربية بالتصديق على العديد من الاتفاقيات الإقليمية العربية استنادا إلى ميثاق جامعة الدول العربية الذي يقضي بتوثيق الروابط الاقتصادية والتعاون وتشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها[2].

ومن هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية تسديد معاملات المدفوعات الجارية وانتقال رؤوس الأموال بين دول الجامعة العربية لسنة 1953، واتفاقية الوحدة الاقتصادية بين الدول العربية لسنة 1962، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمارات ورعايا الدول العربية الأخرى لسنة 1974، وكذلك رغبة من الدول العربية في توفير مناخ لتوفير مناخ ملائم للاستثمار لتحقيق التنمية العربية الشاملة تم

---

[1]- المادة 24 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

[2]- منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المؤتمر السنوي الدولي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والدولية وأثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبو ظبي، 25-27 أفريل 2011، ص 1421.

كذلك يمكن الإشارة في هذا الصدد أن الجهود الإقليمية لحماية الاستثمارات الأجنبية كانت تمثل حلا وسطاً بين الفشل الدولي في التوصل إلى اتفاقية دولية متعددة الأطراف بشأن وضع إطار قانوني شامل لتنظيم معاملة الاستثمارات الأجنبية، وبين المحاولات الثنائية لإبرام اتفاقيات حماية وتشجيع هذه الاستثمارات، وغالباً ما تتم هذه الاتفاقيات الجماعية الإقليمية بين دول تتمتع بقدر كبير من التجانس من حيث الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، من أجل تسهيل حركة رؤوس الأموال فيما بينها من أجل مصلحتها المشتركة في تعزيز تكاملها الاقتصادي، لهذا عقدت الدول العربية بخصوص حماية وتشجيع الاستثمارات بين الأقطار العربية- إلى جانب "اتفاقية الوحدة الاقتصادية لسنة 1957، والتي نصت في مادتها الأولى على ضمان حرية انتقال الأشخاص ورؤوس الأموال وحرية الإقامة والعمل وممارسة النشاط الاقتصادي- ثلاث اتفاقيات في إطار جامعة الدول العربية، وهي اتفاقية تسديد مدفوعات المعاملات الجارية وانتقال رؤوس الأموال بين دول الجامعة العربية لسنة 1953، واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين البلدان العربية لعام 1970 وأخيراً الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980.

كذلك على المستوى الأوربي نجد على سبيل المثال، اتفاقية السوق الأوربية المشتركة لعام 1956، ومنظمة التجارة الحرة الأوروبية لعام 1960، فضلاً عن التكتلات الاقتصادية على المستوى القاري الإفريقي خاصة في مجال الاستثمارات الأجنبية. انظر: أحمد عبد اللاه المراغي، القانون الدولي الاستثماري، مرجع سبق ذكره، ص ص 163-164.

انظر كذلك: عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 225-226.

وضع قواعد قانونية موحدة من خلال إبرام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، فضلا على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار لسنة 1971[1].

وعلى هذا الأساس وإثراء لموضوع بحثنا المتعلق بآليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر، سوف نتناول بعضا من هذه الاتفاقيات لمعرفة طرق تسوية المنازعات التي تضمنتها.

أولاً: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات العربية الصادرة عام 1971

تعود فكرة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1966، حيث صدرت توصية من المؤتمر العربي للتنمية الصناعية مفادها تكليف دولة الكويت بالإعداد لمؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل العرب فكرة وضع اتفاقية لضمان الاستثمارات الخاصة في البلدان العربية إيمانا بأهمية تشجيع هذه الاستثمارات فيها وبالحاجة إليها لتنفيذ التنمية الصناعية في المنطقة العربية، وقد انعقد هذا المؤتمر في مدينة الكويت في شهر مارس 1966 [2].

وفي 28 مايو سنة 1971، وبعد عدة جوالات ومؤتمرات تم التوقيع على الاتفاقية في الكويت[3]، والتي حصلت على موافقة مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بالجامعة العربية في نفس السنة[4].

وتهدف هذه الاتفاقية إلى تأمين المستثمر العربي وتعويضه التعويض المناسب عن الخسائر الناجمة عن المخاطر غير التجارية[5]، وذلك من خلال عقود التأمين التي تجريها المؤسسة مع المستثمرين، والذي يشترط أن يكون من مواطني الدول المتعاقدة، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتباريا، على أن يكون لهذا

---

[1]– منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق، ص 1422.

أنظر كذلك: – عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 106.

[2]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سبق ذكره، ص ص 34–35.

[3]– وقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية من جانب كل من الأردن، السودان، الكويت، سوريا، مصر، ثم توالت التوقيعات عليها حتى أصبح عدد الموقعة عليها الآن 22 دولة عربية، وتم المصادقة عليها من طرف الدول العربية الخمس والتي اكتتبت فيها حوالي 60 % من رأسمال المؤسسة، ودخلت حيز النفاذ اعتبارا من أول أبريل 1974، وهو التاريخ الذي اكتمل فيه التصديق عليها من جانب اثني عشر قطراً عربياً تسهم كلها في 70 % من رأس مال المؤسسة.

كما تقوم المؤسسة بالتغطية والضمان عبر عملية التأمين لكافة الاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير مباشرة بين الأقطار المتعاقدة والأكثر من ذلك يجوز للمؤسسة وفق ضوابط يقررها مجلس إدارة المؤسسة وبناءا على اقتراح المدير العام للمؤسسة تأمين الاستثمارات الأجنبية العائدة لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة في الدول الأعضاء. (أنظر المادة 15 الموسومة بالعمليات الصالحة للتأمين، من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سبق ذكره)

[4]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 227.

[5]– المادة 2 الفقرة الأولى من المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات العربية الصادرة عام 1970، مرجع سبق ذكره.

الأخير مركز نشاط رئيسي في إحدى هذه الدول، وفي كل الأحوال يجب ألا يكون المستثمر من رعايا الدولة المضيفة للاستثمار أو يحمل جنسيتها[1].

وبخصوص نظام تسوية المنازعات في هذا الإطار فالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات والتي تم إنشائها بموجب هذه الاتفاقية، حرصت على توضيح آليات التسوية للمنازعات التي تثور بخصوص عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال التأمين سواء تلك التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمر أو بين المؤسسة والدولة المضيفة، أو بين المؤسسة أو الغير.

أ- تسوية منازعات الاستثمار بين المؤسسة والمستثمر العربي:

حتى يستفيد المستثمر العربي من الضمانات الممنوحة له ضد المخاطر غير التجارية من المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، فلبدا أن يبرم معها عقد تأمين في الأنشطة الصالحة للتأمين والتي حددتها الاتفاقية وقبل إبرام هذا العقد لبدا له من إذن من السلطة المختصة في الدولة الضيفة للاستثمار يطلب فيه التأمين لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها، يوالتي يتعين عليها تقديمه في ظرف 60 يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وإذا لم يقدم خلال هذه المدة سواء بالرفض أو القبول اعتبر قد تم الحصول عليه[2].

وفيما يتعلق بتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسة والاستثمار، فقد أخضعت الاتفاقية ذلك للطريقة التي يحددها عقد التأمين وهو أمر منطقي لأنه نزاع أطرافه المؤسسة والمستثمر العربي وليس هذا الأخير ة والدولة المضيفة للاستثمار[3].

وتنص عقود الضمان المبرمة بين المؤسسة والمستثمرين المؤمن لهم لديها على أنه:" تتم تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرف الضامن والطرف المضمون عن طريق إجراءات التفاوض والتوفيق المشار إليهما في المادتين 2، و3 من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة، فإن لم يؤدي ذلك إلى التوصل إلى حل يقبله الطرفان تتم تسوية المنازعة عن طريق التحكيم طبقاً للإجراءات والأحكام المنصوص عليها في المادة 4 من ملحق تسوية المنازعات سالفة الذكر".

والملاحظ أن عقد التأمين أو الضمان المبرم بين المستثمر الأجنبي العربي والمؤسسة العربية لضمان الاستثمارات في إطار التأمين على الاستثمار الأجنبي المباشر، يحيلنا فيما يخص تسوية النزاع المتعلق بالتأمين إلى ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات والذي يفض وفق المادتين 2، و3 من ملحق التسوية المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة، حيث نصت

---

[1]- المادة 17 الفقرة الأولى من المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات العربية الصادرة عام 1970، مرجع سبق ذكره.

أنظر: عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 227.

[2]- الفقرة السادسة من المادة 14 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لسنة 1970، مرجع سبق ذكره

[3]- المادة 36 من إ. م.ع.ض.إ.إ.ص والموسومة ب: المنازعات حول عقود التأمين، حيث نصت على أنه:" تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمؤمن لهم".

المادة 2 على آلية المفاوضات[1]، والمادة 3 على آلية التوفيق باتفاق الأطراف المستثمر والمؤسسة وذلك في حالة فشل المفاوضات[2]، وأضافت نفس المادة من ملحق التسوية المرفق باتفاقية المؤسسة أنه في حالة فشل التوفيق يتم فض النزاع عن طريق التحكيم وفق المادة الرابعة من نفس الملحق.

ب- تسوية منازعات الاستثمار بين الأطراف المتعاقدة والمنازعات بين المؤسسة والدولة المضيفة للاستثمار:

أشارت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات إلى آليات فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدول المتعاقدة حول تفسير الاتفاقية أو تنفيذها وأسندت هذا الاختصاص إلى مجلس المساهمين للمؤسسة وذلك وفق ما نصت عليه المادة 35 من الاتفاقية من أن: "أية منازعة بين أي من الأطراف المتعاقدة أو الأعضاء من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى، بشأن استثمار مؤمن عليه طبقاً لهذه الاتفاقية أو بشأن أي موضوع آخر، تتم تسويتها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق، وذلك دون إخلال باختصاص مجلس المؤسسة في تفسير نصوص هذه الاتفاقية أو تطبيقها، وبسلطته في تحديد المسائل التي تدخل في هذا الاختصاص"[3]، ويلاحظ على نص المادة 35 السالفة الذكر من إ. م.ع.ض.إ.إ.ص أنها نصت أيضاً على نفس الآليات وفق نفس الترتيب فيما يتعلق بتسوية منازعات الاستثمار المؤمن عليها، والتي تجري بين المؤسسة والدولة المضيفة وهي المفاوضات أو التوفيق أو التحكيم، ولم تترك مجالا للمفاضلة والاختيار فيما بينها وفق حرية الأطراف[4].

ووفقاً للإجراءات المحددة بملحق الاتفاقية وفق المواد 2، 3،4 فإن تسوية المنازعات بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير أو تنفيذ الاتفاقية تبدأ بالترتيب بالمفوضات وإذا فشلت فالتوفيق، وإذا لم يتوصلا إلى حل عن طريق التوفيق فيتم اللجوء إلى التحكيم، ولا يتم اللجوء إلى هذا الأخير إلا بعد استنفاذ آلية التوفيق[5].

ج- تسوية منازعات الاستثمار بين المؤسسة والغير:

بالرجوع إلى نص المادة 37 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، نجدها أقرت آلية القضاء الوطني لتسوية النزاع الذي قد ينشأ بين المؤسسة والغير، مستبعدتا بذلك الآليات الأخرى والتي سبق

---

[1]- تنص المادة 2 من ملحق تسوية المنازعات بـ إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، مرجع سبق ذكره، على أنه:" يسعى الأطراف في أية منازعة.... إلى تسويتها عن طريق المفاوضات، ولا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاذ سبل التسوية عن هذا الطريق. وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من طلب أي طرف الدخول فيها.

[2]- تنص المادة 3 من ملحق تسوية المنازعات ب إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، مرجع سبق ذكره، على أنه:" إذا لم تؤدي المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق، ويكون اللجوء إلى التوفيق بالاتفاق بين الأطراف، فإذا تعذر هذا الاتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم .....طبقا لما هو مبين في المادة 4 من هذا الملحق".

[3]- المادة 35 من إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 35 من إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، مرجع سبق ذكره.

[5]- المواد 2،3،4 من ملحق إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، الخاص بتسوية المنازعات، مرجع سبق ذكره.

الإشارة إليها وعي المفاوضات أو التوفيق أو التحكيم[1]، والراجح أن المنازعات التي تنشأ بين المؤسسات الدولية والغير التي تطرح على القضاء الوطني، تخضع لقاعدة الإسناد المختصة في قانون القاضي، ومع ذلك فيمكن أن تخضع للمبادئ العامة للقانون[2].

ثانياً: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974

قصد خلق المناخ التشريعي الملائم لتدفق المال العربي وكذا الإسهام في التنمية العربية المشتركة وتعزيز التكامل الاقتصادي بين الدول العربية فقد أقر مجلس الوحدة الاقتصادية التابع لجامعة الدول العربية عدة اتفاقيات دولية لتحقيق هذه الغاية، ومنها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974[3].

ولقد تمخضت عن هذه الاتفاقية هيئة إقليمية تدعى المجلس العربي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث أن هذا الأخير يضطلع بتسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشب بين دولة عربية متعاقدة ومستثمر شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية دولة عربية متعاقدة أخرى وذلك عن طريق آليتي التوفيق أو التحكيم[4]،

---

[1]– نصت المادة 37 من إ. م.ع.ض.إ.إ.ص، مرجع سبق ذكره، على أنه:" تخضع المؤسسة في منازعاتها مع الغير للجهات القضائية المختصة في الأقطار المتعاقدة....."

[2]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه، وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سبق ذكره، 457.

[3]– إبراهيم القادري بوتشيش، الشراكات العربية الاقتصادية وانعكاساتها على التنمية المستدامة، مجلة الجامعة المغاربية التابعة لاتحاد المغرب العربي، ع: 7، السنة الرابعة 2009، طرابلس، ليبيا، ص 28.

وبخصوص تاريخ هذه الاتفاقية، "فعندما وقعت أزمة النفط في سنة 1973 وارتفعت أسعاره خطرت للدول العربية المستثمرة فكرة تعريب اتفاقية واشنطن وتم الانتقال من اتفاقية ذات طابع دولي إلى اتفاقية ذات طابع إقليمي، وقد وقع الاتفاق حول فض النزاعات المتعلقة بالاستثمارات في 10-06-1974 من طرف كل من الأردن، السودان، سوريا، العراق، الكويت، مصر، اليمن، وانضمت إليه لاحقا ليبيا ودولة الإمارات العربية وصادق عليه مجلس الوحدة الاقتصادية الجهاز التنفيذي لجامعة الدول العربية في ديسمبر 1974، ودخل حيز التنفيذ في 20 أوت 1976". أنظر: حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص65.

[4]– بخصوص إجراءات إقامة دعوى التوفيق أو التحكيم أمام المجلس من قبل الطرف الذي يريد تسوية النزاع سواء الدولة العربية المضيفة للاستثمار أو المستثمر العربي، تبدأ بتقديم طلب يتضمن كافة المعلومات من حيث أطراف النزاع وموضوعه إلى الأمين العام للمجلس، حيث يقوم هذا الأخير بتسجيله، ويخطر الطرف الآخر بتقديم طلبه لاستنتاج موافقته على عرض النزاع على المجلس، وبعد ذلك تتشكل لجنة التوفيق خلال 40 يوماً من تاريخ تسجيل الطلب و 30 يوماً بالنسبة لهيئة التحكيم تبدأ من تاريخ تسجيل الطلب، ويتم تعيين أعضاء اللجنتين بعدد فردي بموافقة الأطراف، فإن لم يتفقوا على ذلك فيختار كل واحد منهم عضو ويعين الرئيس باتفاقهما معاً، وإن لم يتم تشكيل لجنة التوفيق أو التحكيم خلال المدة المحددة فيقوم الأمين العام للمجلس بتعيين الأعضاء اللذين لم يتم تعيينهم بعد مشاورة الطرفين.

وكما سبقت الإشارة إليه فإن التوفيق لا ينتهي إلى إصدار قرار ملزم للأطراف، بل يقتصر على مجرد تقديم توصيات لأطراف النزاع بغية الوصول لاتفاق بينهم، حيث يثبت هذا الأخير في تقرير يقدم للأمين العام للمجلس، وهذا بعكس التحكيم والذي

ويشترط لاختصاص المجلس موافقة الدولة والمستثمر على تسوية النزاع من خلاله وذلك دون اشتراط شكلا مهينا لهذه الموافقة من طرف الاتفاقية[1].

وتجدر الإشارة أنه فيما يخص أولوية آلية التوفيق كطريق ودي لتسوية المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي العربي وفق نظام هذه الاتفاقية الإقليمية العربية، فقد أوجبت الاتفاقية على الأطراف المتنازعة ابتداءً اللجوء إلى التوفيق، فإن تعذر تسوية النزاع من خلاله يصار إلى التحكيم[2].

وتأثرا واضعي هذه الاتفاقية باتفاقية واشنطن لعام 1965، حيث بالرجوع إلى أحكام كل منهما نجد أن هناك نقاط كثيرة قد تتفق أو تختلف فيها الاتفاقيتان كما يلي:

– تتفق الاتفاقيتان من حيث الهدف من إنشائهما والمتمثل في تشجيع وحماية الاستثمارات التي يقوم بها رعايا الدول المتعاقدة لدى الدول المتعاقدة الأخرى المضيفة للاستثمارات وكذا اختصاص كلا الاتفاقيتين بتسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة.

– تتفق الاتفاقيتان من حيث مجال تطبيقهما على الأشخاص، فتطبق على الأشخاص المطبعيين أو الاعتباريين، حتى وإن كان هناك اختلاف حول الوقت الذي يأخذ به لاعتبار أيا من هؤلاء الأشخاص منتمياً بجنسيته لإحدى هذه الدول، حيث أن الاتفاقية الإقليمية العربية، تشترط قبول عرض النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبي على التوفيق أو التحكيم تمتع المستثمر الأجنبي العربي الطبيعي أو المعنوي بجنسية إحدى الدول المتعاقدة عند تاريخ تسجيل موافقتهما على عرض هذا النزاع على التوفيق أو التحكيم، بينما اتفاقية واشنطن تتفق مع الاتفاقية الإقليمية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، لكن بالنسبة للأشخاص الاعتباريين فتشترط أن يكون متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة عند تاريخ موافقتهما على اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم.

– تتفق الاتفاقيتان حول وسائل فض المنازعات عن طريق التوفيق أو التحكيم، ويختلفان في بعض الوجوه، فالاتفاقية الإقليمية تشترط ضرورة التزام الطرفين بالترتيب في وسائل فض المنازعات، بحيث يبدأ

ينتهي بصدور قرار ملزم وواجب التنفيذ في الدولة مثله مثل الحكم القضائي وذلك يصدر بأغلبية أصوات هيئة التحكيم، وقد أشارت الاتفاقية المذكورة أعلاه في موادها إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وكذا إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي أمام ذات الهيئة. لمزيد من التفاصيل أنظر دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 336.

[1]– دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 334.

[2]– نصت المادة 3 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية المضيفة للاستثمار ورعايا الدول العربية الأخرى على أنه:" يكون حل المنازعات ابتداءً عن طريق التوفيق بين الأطراف المتنازعة وفقاً للأحكام المنظمة لها في ما بعد، ويصار إلى التحكيم وفقا لقواعده المنصوص عليها في هذه الاتفاقية إذا لم يتسن حل النزاع بطريق التوفيق".

بالتوفيق وفي حالة عدم الاتفاق على هذه الآلية جاز اللجوء إلى التحكيم، بينما اتفاقية واشنطن لا تشترط ذلك.

– تسمح اتفاقية واشنطن للدول الموقعة أو المنظمة إلى الاتفاقية الحق في استبعاد المنازعات التي لا ترغب الدول المتعاقدة في عرضها على المركز، بينما الاتفاقية الإقليمية لا تتيح ذلك.

– تتفق الاتفاقيتان في أن اتفاق الطرفين المتنازعين على اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتهما يستلزم استبعادهما لأي وسيلة أخرى، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

– تختلف الاتفاقيتان من حيث مدى أحقية الطرفان المتنازعان في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، حيث نجد اتفاقية واشنطن منحت هذا الحق للأطراف في إطار ما يعرف بقانون الإرادة وألزمت الهيئة التحكيمية للمركز بتطبيقه، بينما الاتفاقية الإقليمية استبعدت مثل هذا الحق وألزمت الأطراف بتسوية المنازعات وفقا للأحكام الواردة بالاتفاقية.

– تتفق الاتفاقيتان من حيث الشروط الواجب توافرهما في الطعن بإعادة النظر أو الطعن بالبطلان في حكم التحكيم[1].

– تنص الاتفاقيتان على أن التحكيم يجب أن يكون مختلطا بمعنى أن يكون شخص تابع للقانون العام من جهة وشخص تابع للقانون الخاص من جهة أخرى ومن ثمة لا يمكن اللجوء بين دولتين أو شخصين.

– يقتضي التحكيم في الاتفاقية العربية أن يكون بين فريقين عربيين، ولم يترك مجالا للنزاعات العربية ومواطني الدول غير العربية[2].

ويلاحظ على هذه الاتفاقية لم تشمل كل الدول العربية، إضافة أننا لم نجد لها تطبيقاً على أرض الواقع.

ثالثاً– الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980

وضعت هذه الاتفاقية من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية وتمت الموافقة عليها في مؤتمر القمة العربي الحادي عشر الذي عقد بمدينة عمان– المملكة الأردنية الهاشمية– خلال الفترة الممتدة من 25 إلى 27 نوفمبر 1980، ووقع عليها في نفس المدينة بتاريخ 27 نوفمبر 2011، مع تحفظ دولة عمان على عبارة فرصة الطعن في مشروعية نزع الملكية من طرف المستثمر العربي ضد الدولة العربية المضيفة للاستثمار وفق البند –أ– من المادة 09 من ذات الاتفاقية ودخلت حيز النفاذ في 09 سبتمبر

[1]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 231–233.

[2]– حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 66–67.

1981[1]، كما صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم:95-306 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995[2].

وعمدت الاتفاقية على توفير ضمانات الاستثمار الموضوعية والإجرائية لاستثمار رؤوس الأموال العربية وذلك لخلق مناخ ملائم لتحريك الموارد الاقتصادية بين الدول العربية ودفع عجلة التنمية بها في إطار التكامل الاقتصادي الإقليمي العربي، حيث نصت الاتفاقية في إطار موضوع بحثنا على آليتي التوفيق والتحكيم أو إمكانية اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية لتسوية منازعات الاستثمار[3].

أ- التوفيق أو التحكيم:

نقول في هذا الإطار فيما يخص إجراءات التوفيق فقد أحالتنا المادة 26 من إ..م.إ.ر.أ.ع إلى ملحق التوفيق والتحكيم من ذات الاتفاقية، وبخصوص إجراءات التوفيق والتي جاءت تتماشى مع طبيعة عقود واتفاقات الاستثمار الأجنبي المباشر التي تمتاز بطول مدتها لارتباطها بمشاريع التنمية في الدولة المضيفة، حيث يعمل الموفق في هذا الإطار على حل النزاع بتقريب وجهات النظر والبحث عن نقاط التوافق والتقاطع، حيث عادة ما يتم اللجوء إلى التوفيق كحل ودي مفضل وذلك لاقتصار النفقات وتفادي الإجراءات القضائية في حسم النزاع والمحافظة على العلاقات الودية للطرفين([4])، وعموما فقد نظمت المادة 1 من ملحق إ.ت.م.إ.ر.أ.ع إجراءات التوفيق كالآتي:

1- في حالة اتفاق المتنازعين على التوفيق يجب أن يتضمن الاتفاق وصفا للنزاع ولمطالبات الأطراف، واسم الموفق الذي اختاراه والأتعاب التي قررها له، ويجوز للمتنازعين أن يطلب من الأمين العام

---

[1]- جامعة الدول العربية، التصديق على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، عبر الرابط الإلكتروني: http://www.leagueofarabstates.net/ar/legalnetwork/Pages/agreements_details.aspx?RID=25 ، تاريخ التصفح: 16-08-2017، الساعة 8:55 صباحاً.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 95-306 بتاريخ 1995/10/07، ج.ر.ح.ج.د.ش رقم 59، الصادرة بتاريخ: 11-10-1995.

[3]- المادة 25 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع لسنة 1980، الاتفاقية منشورة عبر الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية www.leagueofarabstates.net تاريخ التصفح: 16-08-2017، الساعة: 09:50- نصت المادة: 25 على أنه: تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية. وأضافت المادة 26 من نفس الاتفاقية: يكون التوفيق والتحكيم وفقا للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الاتفاقية والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ منها.

وفي هذا الشأن فقد تضمنت الاتفاقية تعريفا محددا للمقصود بالاستثمار العربي الذي يتم في إطار الاتفاقية وذلك لإزالة الغموض حول المقصود بالاستثمار العربي والذي يكون مجالا للمنازعة ويصار إلى فضه وفق الوساءل التي تضمنتها الاتفاقية، فعرفته الفقرة السادسة من المادة1 بأنه: "استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي، أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية".

[4]- منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص 1425.

لجامعة الدول العربية اختيار من يتولى التوفيق بينهما، وتقوم الأمانة العامة للجامعة بتبليغ الموفق نسخة من اتفاق التوفيق ويطلب إليه مباشرة مهمته.

2- تقتصر مهمة الموفق على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويكون له حق إبداء الملاحظات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف، وعلى الأطراف تزويده بالبيانات والوثائق التي تساعده على النهوض بمهمته، وعلى الموفق أن يقدم خلال ثلاثة أشهر من تبليغه بمهمة التوفيق تقريرا إلى المجلس يتضمن تلخيصا لمختلف أوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها وما يكون الأطراف قد قبلوه من حلول ويجب تبليغ الأطراف بهذا التقرير خلال أسبوعين من تقديمه ولكل منهما إبداء الرأي فيه خلال أسبوعين من تاريخ التبليغ.

3- لا يكون لتقرير الموفق أية حجية أمام القضاء فيما لو عرض عليه النزاع[1].

غير أن أطراف النزاع قد يتفقوا على عرض النزاع على التحكيم دون اللجوء إلى التوفيق ولا يوجد ما يمنعهم من ذلك، وعلى هذا الأساس سايرت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المجتمع الدولي وباقي الاتفاقيات الدولية مثل: اتفاقية واشنطن لعام 1965، وأقرت التحكيم كآلية لفض منازعات الاستثمار على ضوء هذه الاتفاقية[2].

وبخصوص إجراءات التحكيم فقد نصت عليها المادة 2 من ملحق إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.، حيث يجوز لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم وفق مبدأ سلطان الإرادة في حالة إذا لم يتفق الطرفان اللجوء إلى التوفيق، أو إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة، أو لم يتفق الأطراف قبول الحلول المقترحة فيه.

وتبدأ إجراءات التحكيم وفق ما ورد في الاتفاقية بإخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف الآخر في المنازعة، ويجب أن يشتمل هذا الإخطار على جميع البيانات اللازمة كطبيعة موضوع النزاع والقرار المطلوب صدوره فيه وكذا اسم المحكم المعين من قبله، كما يجب على الطرف الآخر وخلال 30 يوما من تقديم ذلك الإخطار أن يخطر طال التحكيم باسم المحكم الذي عينه، ويقوم المحكمان خلال 30 يوما من تاريخ تعيين آخرهما بتعيين محكم رئيسا مرجحا عند تساوي الآراء.

وفي حالة إذا لم يعين الطرف الآخر محكما أو لم يتفق الطرفان على تعيين المحكم الرئيس المرجح خلال الآجال المقررة لذلك تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم حكم مرجح، ويكون لكل طرف طلب تعيينهم من الأمين العام لجامع الدول العربية.

وبخصوص تغيير أو استبدال المحكم فلا يجوز ذلك كأصل عام ماعدا في حالة استقالة المحكم الأصلي أو وفاته أو عجزه عن العمل وتصبح للمحكم المستخلف كامل صلاحيات المحكم الأصلي ويعين بنفس الطريقة التي عين بها هذا الأخير.

وتنعقد هيئة التحكيم في زمان ومكان اللذين يحددهما الحكم الرئيس المرجح وتفصل في المسائل التي تدخل في دائرة اختصاصها وتحدد الإجراءات الخاصة بها وتصدر قرارها خلال مدة ستة أشهر من تاريخ

---

[1]- المادة 1 من ملحق إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.

[2]- منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص 1428.

انعقاد أول جلسة قابلة للتمديد بطلب مسبب من الهيئة لمرة واحدة وبتوقيع أغلبية أعضائها، ويكون هذا القرار نهائي وملزم للطرفين وغير قابل للطعن، وإذا لم ينفذ خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره يرفع الأمر إلى محكمة الاستثمار العربي للحكم بما تراه مناسبا لتنفيذه[1].

ب- محكمة الاستثمار العربية:

أنشأت محكمة الاستثمار العربية باعتبارها وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار بموجب المادة 1/28 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع. والتي تختص بالفصل فيما يعرض عليها من منازعات تتعلق بالاستثمار الأجنبي العربي، وهذا في حالة اتفاق الأطراف على اللجوء إلى هذه المحكمة وذلك لحين إنشاء محكمة العدل العربية، كما تطبق المبادئ المشتركة في تشريعات الدول الأعضاء على المنازعة الاستثمارية ثم المبادئ المعترف بها في القانون الدولي[2]، ولقد وضع النظام الأساسي للمحكمة من قبل الهيئة العامة للاستثمار عام 1985، وتم تشكيل المحكمة بموجب قرار المجلس الاقتصادي لعام 1991، ولم تظهر إلى حيز الوجود إلا في عام 1994[3]، وعليه نبحث فيما يلي تشكيل المحكمة واختصاصاتها والإجراءات التي تتبعها والحكم الذي تصدره وآثارها مع الإشارة في كل مناسبة إلى بعض الأحكام الصادرة عنها في مجال عقود الاستثمار العربي.

1- تشكيل محكمة الاستثمار العربية:

تتكون من خمسة قضاة على الأقل أي هدد فردي وعدد من الأعضاء الاحتياطيين ينتمي كل منهم إلى جنسية دولة عربية مختلفة يختارهم المجلس الاقتصادي العربي من بين قائمة من القانونيين العرب تعد خصيصا لهذا الغرض، حيث ترشح كل دولة متعاقدة اثنين منهم ممن تؤهلهم صفاتهم الخلقية والعلمية وخبراتهم المهنية لتولي المناصب القضائية الرفيعة، وتكون مدة عضويتهم ثلاث سنوات قابلة للتجديد[4]، ويسمي المجلس من بين أعضاء المحكمة رئيسا لها، ويعتبر مقر المحكمة هو المقر الدائم لجامعة الدول العربية، على أنه يجوز للمحكمة أن تعقد جلساتها أو أن تقوم بوظائفها في مكان آخر بقرار مسبب[5]، كما تعد المحكمة لائحة للعمل والإجراءات فيها وتشكيل دوائرها على أن لا يقل عدد أعضاء الدائرة عن ثلاثة[6].

---

[1]- المادة 2 من ملحق إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.

[2]- والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2005-2006، ص 89.

- المادة 1/28 من ملحق إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 152.

[4]- المادة 1 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، منشور على الرابط الإلكتروني الآتي: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtSystems.aspx، تاريخ التصفح: 17-08-2017 الساعة: 59: 08 صباحا.

[5]- أنظر المادة 28 الفقرة الثانية والخامسة من إ.ع.م.إ.ر.أ.ع.

[6]- المادة 28/ف3 4، 5، 6، من إ.ع.م.إ.ر.أ.ع.

2-اختصاص محكمة الاستثمار العربية:

وفي مجال اختصاصات المحكمة فقد خولتها الاتفاقية اختصاص قضائي وآخر استشاري، حيث حددت لها نطاق اختصاصها القضائي من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص اللذين يحق لهم اللجوء إليها، إذ يشمل الاختصاص القضائي للمحكمة من حيث الموضوع تسوية المنازعات الناشئة عن أحكام تطبيق هذه الاتفاقية والناتجة عنها وفق ما نصت عليه المادة 25 منها السالفة الذكر والمادة 29، وكذلك الفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها على اعتبار أنها داخلة ضمن ولاية المحكمة، حتى ولو كان هناك اتفاق سابق على عرض هذه المنازعات على التحكيم أو القضاء الدولي[1].

أما مجال اختصاص المحكمة من حيث الأشخاص فقد حددت الاتفاقية واشترطت أن يكون النزاع الاستثماري قائما بين دولتين أو أكثر من دول الأعضاء، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف، أو بين الدولة أو المؤسسات والهيئات العامة التابعة لها والمستثمرين العرب،أو بين الدولة أو المؤسسات والهيئات العامة التابعة لها والجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقاً لهذه الاتفاقية[2]، بمعنى أن المحكمة تملك صلاحية نظر المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسة العربية للاستثمار وبين المستثمرين المؤمنين على استثماراتهم لديها، على أساس أن المادة 22 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع. نصت على قيام المؤسسة العربية بضمان الاستثمار بتأمين الأموال المستثمرة في إطار أحكام هذه الاتفاقية.

فالمستثمر العربي يستطيع اللجوء مباشرة إلى محكمة الاستثمار العربية في المنازعات والخلافات التي تثور بينه وبين الدولة العربية المضيفة للاستثمار، وهذا ما يبعث بالثقة والاطمئنان لدى المستثمر العربي

أنظر كذلك اللائحة الداخلية لمحكمة الاستثمار العربية، منشورة على نفس الرابط الإلكتروني السابق: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtSystems.aspx، تاريخ التصفح: 17-08-2017 الساعة:20: 09 صباحا.

أنظر كذلك علي الجاسم جميل الحوشان، تسوية المنازعات بين الشركة المتعددة الجنسيات والدولة المضيفة، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، اللاذقية، سوريا، المجلد 37، ع: 3، 2015، ص 251، مقال منشور على الرابط الإلكتروني: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiCz_3K_NvVAhUqIpoKHcmgCUIQFgglMAA&url=http%3A%2F%2Fjournal.tishree

أنظر كذلك: منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص ص 1436-1437.

أنظر كذلك المادة 28 الفقرة 5، و6 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.

[1]- المادة 30 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع. والتي وردت ضمن الفصل السادس المتعلق بتسوية المنازعات، هذا وقد أحالتنا المادة 23 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية الخاصة باختصاص المحكمة إلى الفصل الخامس والسادس من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع، كما أعطت هذه المادة اختصاص نظر المنازعات التي يحيلها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع لجامعة الدول العربية إليها وذلك تطبيقا لحكم المادة الثالثة عشرة من اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية.

[2]- المادة 29 من إ.ت.م.إ.ر.أ.ع.

ويشجعه على توظيف أمواله في الدول العربية، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المواد 25 و31 من إ.م.إ.ر.أ.ع، نجد أن المفاضلة بين وسائل التسوية التي تناولتها الاتفاقية يعود للأطراف المتنازعة من جهة و إلى التزامهم بعدم اللجوء إلى وسيلة التالية إلا بعد استنفاذ الوسيلة السابقة على الترتيب الوارد فيها– التوفيق ثم التحكيم وأخيرا محكمة الاستثمار العربية، من جهة ثانية.

كما أجازت الاتفاقية للأطراف المتنازعة التسوية عبر آلية القضاء الوطني للدولة المضيفة وفق نص المادتين 27 و31 منها، حيث أن هذه الأخيرة أعطت حرية للمستثمر العربي في المفاضلة بين اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار أو محكمة الاستثمار العربية، ولا يستطيع رفع دعواه أمام كل منهما في الوقت نفسه، بمعنى إذا رفعها أمام محكمة الاستثمار العربية امتنع عليه رفعها أمام قضاء الدولة المضيفة والعكس صحيح[1]، وتفصل محكمة الاستثمار في تنازع الاختصاص بينها وبين محاكم الدولة الطرف بقرار حاسم[2]، غير أن حرية المستثمر العربي في اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة دون استنفاذ الوسائل الأخرى نجده مقيد بنص المادة 27 من إ.م.إ.ر.أ.ع. والتي نصت على أنه:

" يكون لكل طرف اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع في الحالات الآتيات:

*عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق.

*عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة.

* عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق.

* عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم.

* عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب.

وبالتالي فهناك تناقض وتعارض بين نص المادة 27 والمادة 31 من إ.م.إ.ر.أ.ع. الأولى لا تجيز اللجوء إلى القضاء الوطني إلا بعد استنفاذ الحالات الواردة فيها والثانية تجيز للمستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة دون استنفاذ الحالات التي نصت عليها المادة 27[3].

أما الاختصاص الاستشاري فقد اعتبرت المادة 36 من إ.م.إ.ر.أ.ع محكمة الاستثمار العربية هيئة استشارية، تعمل على تقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية التي تدخل ضمن اختصاصها وذلك بناءا على طلب إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية، ولقد استبعدت المادة 36 إ.م.إ.ر.أ.ع إمكانية طلب الآراء الاستشارية من

[1]– أنظر المادة 25 من إ.م.إ.ر.أ.ع، السالفة الذكر، كذلك نص المادة 31 من نفس الاتفاقية والتي نصت على أنه: للمستثمر العربي أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة على أنه إذا رفع المستثمر العربي أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى.

[2]– المادة 32 من إ.م.إ.ر.أ.ع، مرجع سبق ذكره.

[3]– المادتان 27 و31 من إ.م.إ.ر.أ.ع.

جانب المستثمر العربي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك ما يستنتج ضمنيا منها، كما أن طبيعة القانونية لهذه الآراء الاستشارية غير ملزمة[1].

3- إجراءات صدور الحكم وآثاره:

الجدير بالذكر أن الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لم تحدد كيفية صدور الحكم من قبل المحكمة وإن كان من البديهي صدوره بالأغلبية، وهذا ما يستفاد من خلال تكوين المحكمة من هدد فردي من القضاة[2]، كما يعتبر الحكم محكمة الاستثمار الصادر في الدعوى المرفوعة أمامها ملزماً للدولة العربية المضيفة للاستثمار والمستثمر العربي ونهائياً غير قابل للطعن فيه لكليهما، وتقتصر حجيته على النزاع الذي فصل فيه، كما يجوز طلب تفسيره بناءا على طلب أحد الأطراف[3]، غير أن المادة 35 من إ..م.إ.ر.أ.ع، تجيز الطعن بالتماس إعادة النظر إذا تحققت الشروط التالية:

- إذا تضمن الحكم تجاوزا خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية أو إجراءات التقاضي، وفي هذه الحالة ميعاد الطعن بإعادة النظر هو ستة أشهر تبدأ من تاريخ صدور الحكم[4].
- إذا ظهرت واقعة ذات تأثير حاسم في الدعوى وكان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر، وميعاد الطعن هو خمس سنوات تبدأ من تاريخ تكشف الواقعة الجديدة[5]، وأضافت المادة 49/ج من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية حالة إذا وقع من الخصم غش أو تدليس أو تدليس كان من شأنه التأثير في الحكم، و يجب تقديم طلب التماس إعادة النظر قبل انقضاء خمس سنوات على صدور الحكم[6].

وعلى هذا الأساس إذا توافرت هذه الشروط يقبل التماس إعادة النظر، والذي ليس له آثر موقف لتنفيذ حكم محكمة الاستثمار العربية إلا إذا كان طلب وقف تنفيذ الحكم –سواء من طرف المحكمة من تلقاء نفسها أو من الطرف الذي تقدم بالتماس إعادة النظر– قدم قبل فتح إجراءات إعادة النظر[7].

أما بخصوص تنفيذ الحكم فقد "ساوت الاتفاقية بين الأحكام التي تصدر عن المحكمة والأحكام التي تصدر عن المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، ومن ثمة لا تعتبر أحكام المحكمة بمثابة أحكام أجنبية بل هي أحكام وطنية يسري عليها ما يسري على هذه الأحكام، الأمر الذي لا تحتاج معه إلى أمر بالتنفيذ "[1].

---

[1]– نصت المادة 36 من إ.م.إ.ر.أ.ع، على أنه: للمحكمة أن تفتي برأي استشاري غير ملزم في أية مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصها وبناء على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس.

أنظر كذلك المادة 53 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سبق ذكره.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 156.

[3]– المادة 34 الفقرة الأولى والثانية من إ.م.إ.ر.أ.ع، مرجع سبق ذكره.

[4]– المادة 49/أ، والمادة 50/ف1 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سبق ذكره.

[5]– المادة 49/ب، والمادة 50/ف2 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سبق ذكره.

[6]– المادة 49/ج، والمادة 50/ف2 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سبق ذكره.

[7] – المادة 35 من إ.م.إ.ر.أ.ع، مرجع سبق ذكره .

أما الاختصاص الاستشاري فقد اعتبرت المادة 36 من إ.م.إ.ر.أ.ع محكمة الاستثمار العربية هيئة استشارية، تعمل على تقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية التي تدخل ضمن اختصاصها وذلك بناءا على طلب إحدى الدول الأعضاء في الاتفاقية أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية، ولقد استبعدت المادة 31 إمكانية طلب الآراء الاستشارية من جانب المستثمر العربي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وذلك ما يستنتج ضمنيا منها، كما أن طبيعة القانونية لهذه الآراء الاستشارية غير ملزمة[2].

ولقد أقرت الكثير من بعض قوانين الاستثمار العربية والاتفاقيات الثنائية العربية تسوية منازعات عقود الاستثمار عبر آلية الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، وبالأخص عن طريق محكمة الاستثمار العربية[3].

وتأسيساً على ما تقدم يمكن القول أن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980، والمنشئة لمحكمة الاستثمار العربية تعتبر آلية من الآليات الدولية الإقليمية العربية قد يعول عليها في تسوية منازعة عقود الاستثمار المبرمة بين الدول العربية المضيفة للاستثمار والمستثمرين العرب، وإن كان هناك بعض النقائص عليها، خاصة وأنها لم تحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض أمام محكمة الاستثمار العربية، فضلا على أنها لا تضم كل الدول العربية، مع تحفظ بعض الدول على بعض بنودها، كما أن اختصاص محكمة الاستثمار العربية بنظر المنازعة الاستثمارية بصفة عامة يقتصر فقط على الدول العربية الأعضاء في الاتفاقية وبقبول هذه الأخيرة لاختصاصها بيد لو تم توسيع اختصاصاها لتشمل المستثمرين الأجانب من غير الدول العربية أو المنازعة الدولية بصفة عامة مادام أنه ستتغير إلى محكمة العدل العربية والتي لم يتم إنشائها إلى غاية اليوم، هذا بالإضافة إلى إمكانية تسوية النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الأجنبية العربية عن طريق التوفيق أو التحكيم وفق الملحق الخاص بهذه الاتفاقية، ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا بعد استنفاذ وسيلة التوفيق.

---

[1]– المادة 3/34 من إ.م.إ.ر.أ.ع، مرجع سبق ذكره .

– أنظر كذلك خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 157.

[2]– نصت المادة 31 من إ.م.إ.ر.أ.ع، على أنه: للمحكمة أن تفتي برأي استشاري غير ملزم في أية مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصها وبناء على طلب دولة طرف أو الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس.

أنظر كذلك المادة 53 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سبق ذكره.

[3]– دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره ص 336.

أنظر كذلك الفقرة 2 من المادة 6 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والجزائر، حيث نصت على أنه: إذا لم يتم تسوية النزاع خلال مدة ستة أشهر اعتبارا من تاريخ إثارته كتابيا من قبل أي من طرفي النزاع، تتم إحالته، بناءا على طلب أحد الطرفين إلى: أ–محكمة الاستثمار العربية وذلك وفق أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية.

رابعاً- الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990

جاءت هذه الاتفاقية لتحقيق أهداف الاتحاد في المجال الإقتصادي وذلك لتحقيق التنمية الصناعية والزراعية والتجارية والإجتماعية للدول الأعضاء وإتخاذ ما يلزم اتتخاذه من وسائل لهذه الغاية، خصوصا بإنشاء مشروعات مشتركة و إلى إعداد برامج عامة في هذا الصدد[1].

وبما أن الاستثمار الأجتبي المباشر يساهم في عملية التنمية من خلال إدماج تقنيات حديثة في العمليات الانتاجية والانتقال تدريجيا للاندماج في الاقتصاد العالمي، فقد أصبح التعاون الاقتصادي جنوب جنوب أي بين البلدان النامية ذات التقارب الكبير في بنية نسيجها الاقتصادي يشكل معالم جديدة للاقتصاد الدولي، للوقوف في في وجه المنافسة العالمية ومن ثمة امكانية بعض الشركات الانتاجية والخدماتية التي تنتمي للدول النامية في الظفر بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة في البلدان النامية على غرار الشركات التي تنتمي للدول المتقدمة[2].

ونصت هذه الاتفاقية على ميعاد نفاذها وهو عشر سنوات بالنسبة للحقوق المكتسبة والالتزامات المترتبة في ظلها في حالة حدوث نزاعات بين دول اتحاد المغرب العربي وعند انتهاء العمل بهذه الاتفاقية، وفي حالة وجود عقود في مرحلة التنفيذ اتفق عليها أثناء سريان مفعول هذه الاتفاقية أو وجود مدفوعات تتعلق بتلك العقود وتستحق التسديد وهو عشر سنوات ميدان تدخل الاستثمارات والتي تكون في المجالات التي يحددها القانون الداخلي لكل دولة، بمعنى أنه حتى وإن اتفق الأطراف على إلغاء الاتفاقية فإنها تبقى سارية المفعول فيما يتعلق بالحقوق المكتسبة والالتزامات وهذا ضمان للاستثمار[3].

كما نصت الاتفاقية على امتيازات وضمانات أخرى مادية ووقانونية وقضائية، وهذه الأخيرة هي التي تعنينا في مجال فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين دول اتحاد المغرب العربي، حيث نصت الاتفاقية في الفصل الخامس منها والموسوم بالضمانات القضائية وتسوية النزاعات على حل النزاعات التي تثور بين دولة من دول الاتحاد ومستثمر أحد الأطراف الأخرى وكذا النزاعات التي تنشب بين الأطراف المتعاقدة أو الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية[4].

أ- النزاعات التي تثور بين دولة من دول الاتحاد ومستثمر:

جاءت المادة 19 بمجموعة من الحلول الخاصة لفض النزاعات التي يمكن أن تثور بين طرف متعاقد ومستثمر ينتمي إلى إحدى دول الاتحاد على سبيل الاختيار وتتمثل هذه الحلول فيما يلي:

---

[1]- المادة 3/ف3 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، المصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم: 90-420 مؤرخ في 22-12-1990، الموقعة بالجزائر في 23-07-1990، مرجع سبق ذكره.

[2]- يعقوبي محمد، زيدان محمد، التعاون الاقتصادي جنوب، جنوب، بين معالم تطور اقتصاديات الجنوب واتجاهات تشكل الجغرافيا الجديدة للعلاقات الإقتصادية الدولية، مجلة الباحث الاقتصادي، ع: 05، جوان 2016، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة 20 أوت، سكيكدة، الجزائر، ص ص 17-18.

[3]- المادة 21 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سبق ذكره .

[4]- المادتان 19 و20 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سبق ذكره .

1-عرض النزاع على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي، وهذا يدعو للتساؤل، هو ان دول الاتحاد قبلت أن تمثل أمام هيئة قضائية دولية أنشئت من أجل الفصل في المنازعات التي تثور بين دول الاتحاد لا في المنازعات التي تثور بين دولة من دول الاتحاد ومستثمر، بمعنى كذلك أن مستثمر دول إتحاد المغرب العربي قد اصبح يتمتع بالشخصية القانونية الدولية، عكس ذلك فيمكن اعتبار أن الدولة هي التي تنازلت عن كونها تمثل السلطة العامة وأصبحت دولة تاجرة نزلت إلى مستوى التاجر، ولا يمكن تبرير الإفتراضين، لأن الوضعية التي أنشأتها الاتفاقية فريدة من نوعها: وهو أن الهيئة القضائية، تعتبر هيئة دولية مثل محكمة العدل الدولية، لا تفصل إلا في النزاعات التي تثور بين الدول، كما أن خضوع دول الاتحاد إلى الهيئة القضائية في ميدان الاستثمار يبرر تخليها عن حصاناتها القضائية والتنفيذية، مادمت أحكام الهيئة ملزمة ونهائية.

2-محكمة الاستثمار العربية طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

3- هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة في النزاع مالمركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات[1].

ب- النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة (دول الاتحاد) أو الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية:

يكون تسويتها كحل أول:

1-بالطرق الودية أي الدبلوماسية، كالمفاوضات والوساطة...الخ ، وفي حالة فشلها أوتعذر فض النزاع.

2-يتم عرض النزاع بطلب من أحد الأطراف المتعاقدة: أمام الهيئة القضائية لدول الاتحاد أو

3- هيئة التحكيم: والجدير بالذكر أن التحكيم الذي نصت عليه الاتفاقية هو تحكيم خاص (Arbitrage adhoc) بحيث الأطراف المتعاقدة هي التي تقوم بإجراءاته وفق الاحكام الواردة في الاتفاقية، حيث جاء في هذا الصدد:

*أن كل طرف يعين خلال شهرين عضوا بالهيئة ابتداءا من تاريخ تسليم طلب التحكيم عضوا بالهيئة،

* يعين العضوين خلال ثلاثين يوما من تعيين آخرهم رئيسا لهيئة التحكيم على أن يكون من مواطني إحدى الدول الأطراف طرف في النزاع وهنا يطرح أشكال فيما يخص طبيعة تشكيل هيئة التحكيم، حيث لاعتبارات التي يقتضيها اللجوء إلى التحكيم والمتمثلة في الحياد والتي يفرض على أن لا يكون رئيس الهيئة من مواطني إحدى الدول الأطراف في النزاع.

* وإذا لم تتم التعيينات اللازمة يمكن أي طرف دعوة رئيس الهيئة القضائية لدول الاتحاد القيام بذلك.

* فإذا كان رئيس الهيئة مواطن إحدى الأطراف المتعاقدة طرفا في النزاع أو تعذر عليه القيام بذلك، يدعى عضو الهيئة القضائية لدول الاتحادالذي يليه مباشرة في الرتبة والذي لا يحمل جنسية أحد الأطراف في الخلاف للقيام بالتعيينات اللازمة.

---

[1]- المادة 19 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سبق ذكره .

- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 1999، ص 88.

وتتخذ هيئة التحكيم قرارتها بأغلبية الأصوات ويكون للرئيس صوت مرجح عند تساوي الأصوات، كما يكون قرار هيئة التحكيم نهائياً وملزماً للأطراف، مع الاشارة أن الاتفاقية لم تتناول إشكالية عرقلة تنفيذ الحكم التحكيمي وصيغة الأمر بالتنفيذ[1].

المطلب الثاني: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في الاتفاقيات العالمية والتكتلات الإقتصادية والمنظمات الدولية

تناولت الكثير من الاتفاقيات الجماعية على مستوى الدولي مسألة فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة تلك المنشئة للمراكز والوكالات والغرف والمنظمات الدولية، وذلك بعدة عدة محاولات وبعد فشل المجتمع الدولي في إنشاء وسيلة قضائية دولية للفصل في المنازعة الاستثمارية بين الدولة ومواطني الدولة الأخرى، ومن هذه المحاولات نذكر على سبيل المثال: اتفاقية شاوكروز **schawcross** لعام 1959، ومشروع اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية **OECD** لسنة 1957، واللتان أقرتا نظام تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى عبر آلية التحكيم، لكتهما فشلتا لعدم موافقة الدول عليهما بسبب أن معظم الدول النامية والمستوردة لرأس المال الأجنبي والتي ترتبط ببعض المواثيق الدولية كانت لا تريد أن تضع على عاتقها التزامات معينة فيما يتعلق بمعاملة الاستثمارات الأجنبية الخاصة في أقاليمها حيث كانت تفضل تنظيم علاقتها مع المستثمرين الأجانب عن طريق الاتفاقات الدولية الثنائية أو القوانين الداخلية التي تتضمن من القواعد ما يتلائم وظروفها المختلفة[2].

لذلك بدأ المجتمع الدولي يبحث عن اتفاقيات جماعية دولية تتضمن تسوية المنازعة الاستثمارية بين الدولة والمستثمر الأجنبي من خلال إقامة توازن بين بنود هذه الاتفاقيات وبين ما التزمت به الدول في المواثيق الدولية، وهو ما سعى إليه المجتمع الدولي عبر الاتفاقيات الجماعية والمنظمات الدولية، خاصة المتخصصة منها: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، واتفاقية **(Trims)** في إطار المنظمة العالمية للتجارة[3]، واتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير، والذي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كآلية يمكن الإحالة إليها صراحة أو ضمناً لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء

---

[1]– المادة 20 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سبق ذكره .

– عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، مرجع سابق، ص89.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص ص 301–317.

– أنظر كذلك: بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 180.

[3]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، من ص 318–321.

عن طريق العقد ذاته وفق مبدأ سلطان الإرادة أو بواسطة التشريعات الوطنية الداخلية أو عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف ذاتها كما سيأتي بيانه في موضعه[1].

وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا المطلب من الدراسة إلى فرعين

الفرع الأول: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل الاتفاقيات العالمية.

الفرع الثاني: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل التكتلات الاقتصادية الغير عربية والمنظمات الدولية.

الفرع الأول: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل الاتفاقيات العالمية

أولاً: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات لعام 1965 والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تم اقتراح هذه الاتفاقية عام 1961 من طرف الجمعية العامة للبنك الدولي وفي 18 مارس 1965 أعد البنك الدولي للإنشاء والتعمير هذه الاتفاقية[2]، وذلك بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة في

---

[1]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 318–321.

[2]– يعد البنك الدولي للإنشاء والتعمير إحدى المنظمات الدولية المتخصصة، حيث نصت المادة 57 من ميثاق الأمم المتحدة على إمكانية إنشاء منظمات حكومية دولية متخصصة تعمل على تحقيق التعاون الدولي في مجال متخصص من المجالات الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية، حيث توجد 14 وكالة متخصصة إلى جانب صندوق النقد الدولي و البنك الدولي للإنشاء والتعمير، وقد تم إنشاء هذا الأخير بموجب معاهدة بريتون وودز بولاية نيوهامبشاير الأمريكية عام 1944، وذلك بهدف المساعدة في إعادة بناء اقتصاديات الدول الأوربية المتضررة من الحرب العالمية الثانية، ويتكون البنك الدولي للإنشاء والتعمير من خمس مؤسسات مترابطة سميت بمجموعة البنك الدولي، تملكها جميعا الدول الأعضاء التي تحظى بقوة صنع القرارات النهائية، وهذه المجموعة هي: 1– البنك الدولي للإنشاء والتعمير: ويهدف إلى تخفيف حدة الفقر في البلدان المتوسطة الدخل والبلدان الفقيرة المؤهلة للقروض الإنمائية عن طريق تعزيز التنمية المستدامة وتسهيل القروض والضمانات والخدمات غير الإقراضية التي تشمل الخدمات التحليلية والاستشارية.

2– المؤسسة الدولية للتنمية التي تأسست عام1960: تعمل على مساعدة الدول الأشد فقرا في العالم عن طريق عمليات التمويل الميسر وبدون فوائد، على أساس أن هذه الدول لا تملك القدرة على الاقتراض بشروط السوق المعمول بها.

3– مؤسسة التمويل الدولية التي تأسست عام 1956: تعمل هذه المؤسسة مع شركات الأعمال التجارية في الدول الراغبة في النمو دون طلب ضمانات من الحكومة، وتقدم المؤسسة قروضا طويلة الأجل وخدمات للهيكل المالي ولإدارة المخاطر وخدمات استشارية للدول المتعاملة معها، كما تسعى المؤسسة إلى مد العون إلى المشروعات التجارية في البلدان والمناطق ذات القرض المحدود، وتعمل على توفير التمويل اللازم في الأسواق التي يعتبرها المستثمرون التجاريون ذات مخاطر في غياب وجود المؤسسة، وذلك بتمويلها.

4– الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تأسست عام 1977: تساعد هذه الوكالة على تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية، وذلك عن طريق تقديم ضمانات للمستثمرين ضد المخاطر غير تجارية مثل التأميم، الاستيلاء، المصادرة، نزع الملكية، عدم قابلية تحويل العملة المحلية، والحروب والاضطرابات الأهلية، ومخاطر خرق عقود الاستثمار، كما تعمل الوكالة على تقديم الدعم الفني والاستشاري للدول لمساعداتها على جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، فضلا عن نشر الوكالة للمعلومات الخاصة بفرص الاستثمار في الدول الراغبة في النمو ليضطلع عليها رجال الأعمال الباحثين عن الاستثمار.

الدول النامية بغية تنميتها اقتصادياً وتزويدها بالخبرات، وتوفير الطمأنينة لدى المستثمرين الأجانب والذين هو في الغالب المالكين لرأس المال ومن الدول المتقدمة وذلك من خلال حماية استثماراتهم من الإجراءات التي قد تتخذها حكومات الدول النامية.

وقد دخلت هذه الاتفاقية حيز النفاذ في 14 أكتوبر 1966 بعدما وقعت عليها حوالي 65 دولة وصادقت عليها 63 دولة، حيث نشأ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار – **The ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes** الذي يعتبر صرحاً دولياً لفض منازعات عقود الاستثمار وذلك بطريقتي التوفيق والتحكيم[1]، خاصة في ظل عدم وجود هيئة قضائية متخصصة في هذا المجال[2]، ويبلغ عدد الدول الأعضاء الموقعة والمتعاقدة عليها إلى غاية أوت 2017، حوالي 161 دولة[3].

كما صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995[4]، واعتمدت الكثير من القوانين الوطنية المقارنة والاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، بإحالة على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كما قد ينص عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر كذلك على إحالة ما قد يثور من منازعات في المستقبل على المركز.

ويتمثل الغرض من إنشاء هذه الاتفاقية في النهوض بالتنمية الاقتصادية في مختلف دول العالم، من خلال توفير مناخ استثماري ملائم، حيث يعد إنشاء نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار عنصراً هاماً لتحسين هذا المناخ، كما أن فض المنازعات أمام المركز يتم بطريقتين هما وكما سبقت الإشارة إليهما: التوفيق والتحكيم، لذلك سوف ندرس اختصاص المركز وشروط انعقاده، وما يثيره من إشكالات خاصة فيما

5- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي تأسس عام 1966 بموجب اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى: حيث هذه الاتفاقية هي المعنية بالدراسة والتي صادقت عليها الجزائر وتعتبر آلية من الآليات الدولية في مجال تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي شخص طبيعي أو معنوي، وما أقرته من وسائل للتسوية مثل التوفيق والتحكيم كما سيأتي بيانه في هذا البحث.

أنظر: طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره من ص ص، 320، 321.

[1]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 122.

أنظر كذلك- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 444.

[2] - Hans Van Houtte, the law of international Trade , Sweet -Maxwelle, 1995, London, p248.

[3] - https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx, Date Historique de navigation: le 22-08-2017. A :14 :54.

[4]- المرسوم الرئاسي رقم: 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، والمتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سبق ذكره، ص 24.

يخص عدم إعطاء تعريف محدد للاستثمار من قبل اتفاقية واشنطن المحدد لاختصاصها الموضوعي بنظر المنازعة الاستثمارية وفق نص المادة 25 منها، وكيفية إقامة الدعوى أمامه، وإجراءات التوفيق والتحكيم فيه.

أ- اختصاص المركز وشروط انعقاده:

تضمنت اتفاقية واشنطن لعام 1965 نصوصا صريحة باختصاص المركز لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة الطرف في الاتفاقية وبين رعايا من دولة أخرى متعاقدة، وذلك بتوافر مجموعة من الشروط حتى ينعقد هذا الاختصاص وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 25/ف1 من إ.و لعام 1965، وهذه الشروط هي:

1-أن يكون النزاع ذا طبيعة قانونية ناشئا مباشرة عن استثمار، وبذلك استبعاد المنازعات السياسية الناشئة عن اختلاف مصالح الدول، بمعنى هناك رابطة بين النزاع وموضوع عقد الاستثمار، فعلى سبيل المثال إذا تعهد مستثمر بموجب عقد استثمار بينه وبين الدولة المضيفة بالوصول بالإنتاج إلى مستوى معين في تاريخ محدد وحدث خلاف بين الدولة المضيفة وذلك المستثمر حول ما إذا كان الإنتاج قد وصل إلى المستوى المتفق عليه في التاريخ المحدد من عدمه، فهذا النزاع مضمونه قانوني كون أن الفصل فيه له تأثير على حقوق والتزامات الأطراف ويبرر إنهاء عقد الاستثمار من عدمه أو توقيع الجزاءات المتفق عليها في عقد الاستثمار.

وعلى هذا الأساس لبدا أن يكون النزاع ناشئا مباشرة عن استثمار حتى يتسنى لمحاكم المركز الدولي النظر في النزاع والفصل فيه، ولو أن هذا الشرط مرتبط بتعريف الاستثمار الذي هو مختلف ومتباين في التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية بين موسع ومضيق له، مع العلم أن اتفاقية واشنطن لم تعطي تعريف محدد للاستثمار تاركتا ذلك لمبدأ سلطان الإرادة ودوره في تحديد المنازعات التي يرغب أطراف عقد الاستثمار رفعها أمام المركز وكذا لتوسيع اختصاص المركز ليشمل المنازعات التي تدخل في نطاق تنفيذ عقد الاستثمار وما يرتبط به كعقود الاستيراد والتصدير والقروض والضمانات وعقود المقولات وعقود نقل التكنولوجيا، كما أن الفقه انقسم بين مؤيد ومعارض فيما يخص وضع تعريف محدد جامع ومانع للاستثمار وذلك نتيجة التباين وعدم التجانس بين الدول المتقدمة والنامية[1].

[1]- وقد سجلت الأعمال التحضيرية للاتفاقية صراعا إيديولوجيا بين الدول الساعية للنمو والتي حبذت وضع تعريف محدد للاستثمار الذي يخضع له اختصاص الموضوعي للمركز، والدول المتقدمة التي فضلت وضع تعريف موسع للاستثمار لتحديد الاختصاص الموضوعي للمركز ليشمل أي نشاط اقتصادي على أراضي الدولة المضيفة، لمدة غير محددة أو لمدة محددة لا تقل عن خمس سنوات، ونتيجة لهذا الصراع خرج نص المادة 25 من إ.و خالياً من كل تعريف تاركاً الأمر بيد المحكمين ليقرروا ما إذا كان النزاع يدخل في اختصاصهم وفقا لقواعد الأكسيد، وبالرجوع إلى هذه الأحكام نجدها أنها جاءت متضاربة في مسألة تحديد وتعريف الاستثمار الذي يخضع النزاع للتحكيم وفقا لنظام الأوكسيد، وذلك تبعاً لاختلاف الاتجاهات الفكرية في تعريف الاستثمار، فبينما قضت هيئات تحكيم باختصاص المركز بنظر منازعات معينة نظراً لتعلقها بالاستثمار، اتجهت أخرى إلى الحكم بعدم اختصاص المركز بالفصل في منازعات من ذات النوع، مما نتج عنه حالة من عدم الثقة حول تطبيق أحكام ونصوص اتفاقية واشنطن على المنازعة المعروضة أمام الأكسيد، وظهر اتجاهين فقهيين:

اتجاه رضائي محض، وهو الذي يقوم على فكرة مؤداها أن تعريف الاستثمار مسألة متروكة لمحض إرادة طرفي عقد الاستثمار الأجنبي، فما تقرره الدولة المضيفة للاستثمار بإرادتها من تعريف لمصطلح الاستثمار هو الذي ينبغي التعويل عليه عند تفسير هذا المصطلح الوارد بالمادة 25 من إ.و، ويستوي أن يرد هذا التعريف في شكل خطاب موجه إلى البنك الدولي بمعرفة طرفي عقد الاستثمار أو في العقد المبرم بينهما أو في اتفاق تحكيم بينهما ضمنوه هذا التعريف أو في الاتفاقية المتعلقة بالحماية المتبادلة للاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر أو في تشريع داخلي صادر من الدولة المضيفة للاستثمار.

ومن تطبيقات هذا الاتجاه حكم محكمة التحكيم الصادر عن الأكسيد في قضية شركة cemex المكسيكية ضد الحكومة الفنزويلية، حيث قامت هذه الأخيرة بتأميم الشركة المكسيكية، ورفعت هذه الأخيرة دعوى ضد حكومة فنزويلا أمام هيئة تحكيم الأكسيد، فدفعت دولة فنزويلا بعدم اختصاص المركز بنظر الأكسيد لنظر الدعوى، استناداً إلى أنها لم توافق صراحة أو ضمناً على اللجوء إلى التحكيم بخصوص الدعاوي الناشئة عن تأميم الاستثمارات الأجنبية سواء في العقد المبرم بينها وبين المستثمر المكسيكي أو في الاتفاقيات المبرمة مع دولة المستثمر، غير أن هيئة التحكيم لدى مركز الأكسيد رفضت هذا الدفع وأقرت اختصاصها بنظر الدعوى على أساس المادة 22 من قانون تشجيع الاستثمار الفنزويلي اللذي يسمح باللجوء إلى التحكيم في جميع الخلافات التي تنشب بين الحكومة والمستثمرين الأجانب، مقررة بذلك أن هذا النص كافي لتدليل على موافقة فنزويلا على اعتبار مثل هذه المنازعة منازعة تتعلق بالاستثمار.

ومبررات هذا الاتجاه الرضائي في عدم تعريف الاستثمار في معاهدة واشنطن كثيرة نذكر منها إتاحة أكبر قدر ممكن من المرونة للدولة المضيفة في تبني التعريف الأنسب لمصطلح الاستثمار بما يتماشى وظروفها الاقتصادية المتغيرة، كما أن تحديد هذا المصطلح في اتفاقية واشنطن من شأنه أن يعرقل المصالح الاقتصادية لطرفي عقد الاستثمار.

والجدير بالذكر أن هذا الاتجاه كان محل انتقادات كثيرة كونه مبني على إرادة الأطراف في تحديد مفهوم الاستثمار سواء في عقد الاستثمار أو في الاتفاقيات الحمائية المتبادلة، وهذه الأخيرة كثيراً ما تحتوي على مفاهيم فضفاضة لمصطلح الاستثمار يتسع معها نطاق الاختصاص الموضوعي لمركز الأكسيد، وبالتالي قد ينبسط على منازعات لا تتعلق بالاستثمار الأجنبي كالمنازعات الضريبية مثلا فيما يخص الضرائب المفروضة على المستثمرين، وبالتالي يخرج عن الهدف من وراء إنشائه، ويؤدي كذلك إلى انحصار اختصاص القضاء الوطني لحساب قضاء التحكيم أمام المركز.

وعلى نقيض من هذا الاتجاه، الموسع للاستثمار الذي يشمل كل ما هو مملوك للمستثمر ظهر الاتجاه الرضائي المقيد الحديث الذي يشترط في النشاط الممارس داخل الدولة المضيفة شروطاً معينة لإضفاء عليه صفة الاستثمار ومن ثم ينعقد الاختصاص الموضوعي للمركز، وتعد قضية Salini من أهم القضايا التي أسست لهذا الاتجاه، حيث صدر حكم مركز الأكسيد المعروف بحكم ساليني، والذي وضع عدة معايير موضوعية لتصنيف النشاط الاقتصادي على أنه استثمار في ظل اتفاقية واشنطن وصدر هذا الحكم فاصلا في دعوى رفعت من قبل شركة مقاولات إيطالية تسمى– Saline Constructtori – ضد الحكومة المغربية بخصوص النفقات المستحقة للشركة عند تنفيذ عقد استثمار يتضمن إنشاء طريق سريع بين مدينتي الخميسات ومكناس، فدفعت الحكومة المغربية بعدم اختصاص المركز على أساس أن الدعوى غير متعلقة باستثمار وأن الخلاف متعلق بعقد مقاولة الذي تم توقيعه بين الطرفين وهو عقد لتقديم خدمات في حين تمسكت شركة ساليني بكون المنازعة متعلقة باستثمار وفقا لنصوص إ.و لعام 1965.(Salini Construttori S.PA and Italstrade S.P.A.v.Kingdom of moroco,ICSID CaseNo.ARB/00/4)، تفاصيل قضية ساليني على الربط الإلكتروني: - https://www.italaw.com/cases/958 ، تاريخ التصفح: 20-08-2017، الساعى 23:00.

وحسماً لهذا الخلاف اشترطت هيئة التحكيم ضرورة توفر أربعة عناصر في النشاط الاقتصادي محل المنازعة لكي يصبح استثماراً ومن ثمة ينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للمركز وتتمثل هذه العناصر في: أ- لبدا أن يساهم هذا

وبما أن المركز في الأصل يختص في النظر في كافة منازعات الاستثمار إلا أن الدولة المضيفة للاستثمار تستطيع إخراج واستبعاد بعض المنازعات من اختصاص المركز، وقد قامت كل من دولة السعودية باستبعاد منازعات البترول من تطاق اختصاص المركز وجاميكا وغانا فيما يتعلق بمنازعات المعادن والموارد الطبيعية[1].

2- أن يكون كل من الدولة المتعاقدة ودولة المستثمر الأجنبي طرفين في اتفاقية واشنطن، بمعنى أن تكون العضوية متوفرة لحظة قيام الأطراف بالموافقة على تقديم النزاع للتوفيق أو للتحكيم لدى المركز، وفي هذا الشأن نجد أن أطراف المنازعة في عقد الاستثمار هما: الدولة المضيفة للاستثمار أو الهيئات العامة التابعة لها أي الطرف الحكومي والمستثمر الأجنبي شخصاً طبيعيا أو معنويا، غير أن الطرف الأول يثير الكثير من الإشكالات القانونية فيما يخص الهيئات التابعة له ومدى إلزامية تعيينها للمركز، فقد يستفاد من نص ف1 من نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن أنه يجب تعيين الهيئة أو الوكالة التي سوف تكون طرف

النشاط في تقديم إسهامات نقدية أو عينية، ب- ديمومة النشاط لمدة معينة من سنتين إلى خمس سنوات على الأقل، ج- تحمل المستثمر القائم على المشروع للمخاطرة، د- مساهمة النشاط في تنمية اقتصاد الدولة المضيفة للاستثمار.

و انتهت هيئة التحكيم إلى أن كل هذه العناصر قد توفرت في هذا العقد واعتبرت الخلاف الدائر بين شركة ساليني والحكومة المغربية نزاعاً متعلقا باستثمار يدخل في نطاق اختصاص مركز الأكسيد.

كذلك تعرض هذا الاتجاه للنقد بما فيها حكم ساليني، من طرف الفقه واعتبروا أن مسألة ترك سلطة تقديرية لهيئة التحكيم في اعتبار النشاط الممارس في الدولة المضيفة يدخل ضمن النشاط المساهم في تنمية اقتصادية للحكم عليه بأنه استثمار، غير جائز، مما أدى إلى تخلي عن بعض هذه العناصر وإضافة عناصر أخرى، كشرط المشروعية واعتبار ممارسة العش والتدليس من طرف المستثمر للحصول على تسهيلات ومزايا مشروعة لدى الدولة المضيفة للاستثمار، سببا كافيا لاعتبار هذا النشاط نشاطاً غير استثمارياً وغير مشمول بنصوص إ.و لعام 1965، وذلك من طرف أحكام التحكيم في عدة قضايا منها: قضية الكونغو الديمقراطية، قضية الإنقاذ الماليزية، قضية شركة **Fakes** ضد جمهورية تركيا، وغيرها من القضايا الأخرى، لتبقى مسألة تقييم الاجتهاد القضائي التحكيمي الصادر عن هيئات التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مسألة صعبة.

لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر:

- Yehyia Badr, The *concept* of *investment* in Article 25 of the Washington Convention 1965, International Review of Law 2014.2, sur le site web: http://www.academia.edu/5891032.

- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص 364-365.

أنظر كذلك:- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 123.

- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 329.

[1]- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 450.

أنظر كذلك جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 47.

في النزاع المعروض على المركز، وان تكون الموافقة مصادق عليها من الدولة المتعاقدة التابعة لها، إلا إذا قامت هذه الدولة بإخطار المركز بأن مثل هذا التصديق غير مطلوب وفق ف1 وف2 من المادة 25 من إ.و.

وبخصوص الطرف الثاني في النزاع المتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر الذي هو المستثمر الأجنبي فهو يشمل الفرد أي الشخص الطبيعي أو المعنوي، لذلك سارت اتفاقية واشنطن في هذا الاتجاه فأشارت إلى وجوب أن يكون أحد أطراف النزاع "مواطنا" لدولة متعاقدة أخرى، وتعبير "المواطن" هنا يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية[1]، حيث أن تطور قواعد القانون الدولي والتي كانت تحول دون قيام الفرد بمقاضاة إحدى الدول مباشرة أمام المحاكم الدولية، إلا وفق نظام الحماية الدبلوماسية عن طريق نيابة دولته عنه، سمح بمقاضاة الدول مباشر أمام المحاكم الدولية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية[2].

ولذلك يتضح أن الاختصاص الشخصي للمركز، لكي يكون صحيحاً فلبدا أن يقوم على عنصرين هما الدولة المضيفة والتي يجب أن تكون عضو في اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، أو أحد الكيانات التابعة لها، والعنصر الثاني هو المواطن شخص طبيعي أو معنوي، وكلا العنصران يتوافران في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، باعتبارها عقودا تتعلق بالتنمية الاقتصادية، القائمة على منح تراخيص من قبل الدولة خاصة النامية أو هيئاتها العامة المتخصصة، والتي تتعاقد مع أشخاص أجنبية خاصة طبيعية أو معنوية، تملك الخبرة والإمكانيات المادية والتكنولوجية، والتي تفتقر إليها هذه الدول، كالشركات الكبرى المتعددة الجنسيات، هذا وقد سبق التطرق إلى الإشكالات التي تثيرها هذه الأطراف في معرض حديثنا عن أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في الباب الأول من هذه الأطروحة.

3- أن يوافق طرفي المنازعة صراحة على اختصاص المركز، ويمكن أن تكون هذه الموافقة مكتوبة في عقد الاستثمار الأجنبي نفسه، أو في مستند تحريري، قبل حدوث النزاع أم بعده، وتعد هذه الموافقة من الشروط الأساسية لكي ينعقد الاختصاص للمركز بنظر المنازعة الاستثمارية[3]، حيث أن المركز ليس أداة

---

[1]- ف2/أ وب من المادة 25 من إ.و لعام 1965، حيث نصت على ما يلي: " ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، ما يلي:

أ/ كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم. وأيضاً في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة 3/28 أو المادة 36، مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

ب/ كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى، بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.".

[2]- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص ص 32-38.

[3]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 123.

جبرية لتسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول الأعضاء والمستثمرين، ولا يمكن إعمال أحكام الاتفاقية إلا بموافقة أطراف النزاع، وان التصديق الدولة على اتفاقية المركز لا تعني إلزامها اللجوء إليه فلكل دولة الحرية في تقرير موافقتها أو عدم موافقتها على إخضاع منازعاتها لاختصاص المركز، وكذلك المستثمر يتمتع بنفس الحرية، وإذا عبر عن موافقتهم باختصاص المركز فلا يمكن لأي طرف منهم التراجع عن اختصاصه، ولا يجوز تقديم الطلب أمام مركز آخر، كما أن الدولة التي يتبعها المستثمر تحرم من تقديم أي حماية دبلوماسية للمستثمر[1].

والجدير بالذكر أن إ.و لم تحدد أي شكل خاص لتلك الموافقة، فقد ينص عقد الاستثمار المبرم بين الدولة والمستثمر على إحالة ما قد ينشأ من منازعات في المستقبل على المركز، وقد تتضمن الاتفاقية الدولية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي موافقة الدولة على اللجوء إلى المركز لفض الخلافات التي قد تثور بينها وبين رعايا الطرف الآخر في الاتفاقية، وقد يقرر قانون الاستثمار في الدولة موافقتها على اختصاص المركز بنظر المنازعات متى وافق المستثمر على ذلك كتابة[2].

غير أنه وباستقراء الكثير من أحكام التحكيم فيما يخص تراضي طرفي عقد الاستثمار على التسوية عبر الأكسيد، فنجد المركز يقر باختصاصه ليس وفقاً للاتفاق الخاص وإنما على أساس وجود تراضي ضمني بين الدولة التي أعلنت في قوانينها الوطنية أو بمقتضى اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف إرادتها المفتوحة في اللجوء إلى المركز، ونجد تجسيداً لهذا الاتجاه في حكم المركز باختصاصه بنظر قضية شركة الأوسط الدولية للأسمنت اليونانية ضد الحكومة المصرية، والتي سبق الإشارة إليها في معرض حديثنا عن آليات الاتفاقيات الثنائية ودورها في تسوية منازعات عقود الاستثمار، حيث أقر المركز باختصاصه بنظر النزاع استنادا الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الموقعة بين اليونان ومصر عام 1993[3].

وعليه فرضا الأطراف على إخضاع منازعتهم المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي على المركز الدولي يمكن أن يتخذ ثلاث صور وهي:1- أن يرد التعبير عن الإرادة في العقد ذاته المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ويكون من خلال إدراج اتفاق التحكيم من خلال العقد الأصلي للاستثمار علة شكل شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم عبر المركز، مع العلم أن هذا الأخير وضع شروط نموذجية يمكن الاستعانة بها من قبل الأطراف للتعبير عن رغبتهم باختصاص هذا المركز، كذلك اثبت الاجتهاد القضائي التحكيمي للمركز، أن موافقة أطراف النزاع على المركز الدولي يمكن أن تأتي من أي وثيقة مستقلة عن العقد ذاته.

---

[1]- محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 139-140.

أنظر كذلك المواد 25/ف 3 وف4 و المادة 26 والمادة 27 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965.

[2]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مركز دراسات الوحدة العربية، مرجع سبق ذكره، ص 329.

[3]- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص ص 251-252.

2-أن يستخلص الرضا من خلال نصوص تشريعات الدولة الطرف في المنازعة، فقد تضمنت تشريعات الدول المضيفة للاستثمار نصوصا صريحة على قبولها باختصاص المركز الدولي وذلك كعرض للمستثمرين الأجانب، هذا الأخير وجب أن يقترن بقبول من المستثمر الأجنبي، لكي تكتمل صورة الرضا أي تطابق الإيجاب مع القبول، وقد أثبت الاجتهاد القضائي هذه المعادلة في الكثير من المناسبات والقضايا، كقبول المركز لعدة دعاوي رفعت من قبل المستثمر الأجنبي على الدولة المضيفة عند نشوب منازعة بينهما، على أساس التشريعات الاستثمارية لتلك الدولة، كما فعلت شركة **Tradex Hellas S.A** اليونانية ضد ألبانيا، حيث أسس المركز رضا الأطراف على قبول اختصاص المركز من خلال الفقرة 07 من قانون الاستثمار الألباني، وفي تشريعات أخرى قد تكون الدولة نصت على قبولها لاختصاص المركز مباشرة كآلية لتسوية منازعات الاستثمار وذلك بعد فشل طرق التسوية الودية، كقانون الاستثمار الأردني لسنة 1995، المعدل سنة 2003، إذ نصت المادة 33 منه:" تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر لرأس مال أجنبي والمؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاع من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد على ستة أشهر فلأي منهما اللجوء إلى القضاء أو إحالة النزاع على المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار"[(1)].

أو تعطي الدولة لطرفي عقد الاستثمار في إمكانية اللجوء إلى اختصاص المركز من بين عدة خيارات لوسائل وآليات أخرى، وهذا ما كان يتبعه المشرع المصري في قانون رقم: 43 لسنة 1974 الملغى[(2)]، وفي المادة 07 من قانون رقم:07 الخاص بضمانات وحوافز الاستثمار المصري[(3)]، والملغى هو أيضاً بموجب قانون الاستثمار رقم: 72 لسنة 2017[(4)].

---

[1]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، مرجع سبق ذكره، ص 337.

[2]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، مرجع سبق ذكره، ص 339.

[3]- حيث نصت المادة 7 على آليات تسوية منازعات الاستثمار بطرق التي يتم الاتفاق عليها بين طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، أو عبر الآليات التي تنص عليها الاتفاقيات المبرمة بين مصر ودولة المستثمر، أو في إطار الاتفاقيات الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات والتي تنشب بين الدولة وأحد رعاياها وبين رعايا الدول الأخرى وذلك وفقاً للشروط والأوضاع وفي الأحوال التي تسري في تلك الاتفاقيات، والتي انضمت إليها مصر في سنة 1971، ويجوز الاتفاق على تسوية المنازعات بطريق التحكيم...، أنظر في هذا الشأن: معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، مرجع سبق ذكره، ص ص 233، 234.

[4]- قانون الاستثمار المصري رقم: 72، ج.ر.ع: 21 الصادرة بتاريخ: 31مايو سنة 2017، على الرابط الإلكتروني: https://drive.google.com/file/d/0B4YJKA6AJyQnajIyTEptLWdXdjQ/view، تاريخ التصفح: 23-08-2017، الساعة:13:00، حيث نصت المادة رقم: 82 منه على آليات تسوية منازعات الاستثمار دون الإخلال بحق التقاضي، والتي فضلت التسوية الودية، عن طريق آلية المفاوضات، أو التظلم أمام اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار، التي تنشأ بين الدولة أو إحدى هيئاتها والمستثمرين وفق نص المادة 85، كما جاءت المادة 88 بحكم آخر وهو إنشاء لجنة وزارية بشأن تسوية منازعات عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها، حيث تجري هذه اللجنة تسوية لمعالجة اختلال عقود الاستثمار وضمان التوازن العقدي، من حيث الآجال أو المدد أو المهل المنصوص عليها فيها،

كما قد تكون الإحالة إلى المركز عن طريق التشريع لكن بطريق غير مباشر عبر الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي أبرمتها الدولة المضيفة للاستثمار، كما هو الحال بالنسبة لقانون الاستثمار الجزائري بموجب المادة 24 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[1].

3- أن يستخلص الرضا من خلال اتفاقيات الاستثمار الثنائية أو المتعددة الأطراف، حيث بالرجوع إلى مختلف اتفاقيات الاستثمار الثنائية، نجدها تضمنت بنود لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي عبر عدة آليات منها: اختصاص المركز الدولي، وذلك بتوافق إرادة الدولتين، لكن الإحالة إليه، ليست في جميع اتفاقات الاستثمار الثنائية هي إحالة مباشرة وبصفة صريحة كالاتفاقية الثنائية المبرمة بين بريطانيا وسيريلانكا المبرمة في 13-02-1980، والتي كان المركز قد أقر باختصاصه بناءاً عليها وذلك في قضية شركة **AAPL** البريطانية ضد دولة سيريلانكا[2]، بل قد تكون الإحالة كذلك من خلال تسلسل إجراءات معينة تشترط نصوص الاتفاقية إتباعها، كالترتيب في آليات فض المنازعة، بالطرق الودية غير قضائية خلال فترة زمنية معينة عادة ما تكون 06 أشهر، ثم بعد ذلك يمكن للأطراف بالاتفاق على تقديم النزاع للمركز، وسميت هذه الصيغة في فض منازعات الاستثمار بالنموذج الألماني للاتفاقيات الثنائية[3].

وعليه فقبول المستثمر الأجنبي باختصاص المركز، تطبيقا للاتفاقيات الثنائية المبرمة مع دولته، هي مسألة اختيارية بالنسبة له، وبمجرد رفع الدعوى أمامه يعد قبولا منه باختصاصه، لكن حتى يحصل

وإعادة جدولة المستحقات المالية أو التصحيح الإجراءات السابقة على إبرام هذه العقود، وفي الأخير أشارت المادة 90 من نفس القانون، على إمكانية تسوية منازعات الاستثمار وفق مبدأ سلطان الإرادة أو وفقا للتحكيم في إطار القانون الداخلي أو فق التحكيم الحر أو المؤسسي أو التحكيم في إطار مركز التحكيم والوساطة المصري المتواجد بالقاهرة. (أنظر كذلك في هذا الإطار اللائحة التنفيذية لهذا القانون).

[1]- المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار لعام 2016.

[2]- **وتتلخص وقائع قضية شركة(AAPL):** في أن شركة البريطانية (AAPL)، أبرمت عقد استثمار مع دولة سيريلنكا، وذلك لإنجاز مشروع شبه زراعي متعلق بتربية المائيات (الروبيان- الجمبري)، إلا أن هذا المشروع تضرر بفعل مواجهات مسلحة بين المعارضة والقوات السيريلانكية، حيث قامت قوات المعارضة المتمردة، باتخاذ موقع المشروع مكان وملجأ لهم، وعلى إثر المواجهات بين الطرفين حدث حريق في المشروع بتاريخ: 28-01-1987، فتقدمت الشركة بدعوى أمام الأكسيد لمطالبة الحكومة السيريلانكية بالتعويض، وأقر المركز باختصاصه بناءا على المادة (8) من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين سيريلانكا وبريطانيا سنة 1980 ، والتي أعطت صيغة صريحة على اختصاص المركز، والتي كانت بمثابة عرض وإيجاب للمستثمر الذي التقى قبوله وموافقته على اختصاص المركز، تفاصيل القضية و الحكم الصادر في 1990/06/21 أكثر على الرابط الإلكتروني:https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf تاريخ التصفح: 23-08-2017، الساعة: 19:52 .

[3]- المادة 10 من الاتفاق والبرتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وألمانيا الموقعين في الجزائر بتاريخ: 11 مارس 1996، والمصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 2000-280 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000- ج.ج.ج.د.ش.رقم:58 المؤرخة في 08 أكتوبر 2000، مرجع سبق ذكره.

المستثمر على ضمانة أكثر وتفادياً لقد ما يحصل في المستقبل من إمكانية إلغاء هذه الاتفاقيات الثنائية في المستقبل، فعليه تضمين عقد الاستثمار الأجنبي المباشر بشرط اختصاص المركز.

وتأسيساً على ما تقدم نقول إذا توافرت هذه الشروط والمحددة لمضمون هذا الاختصاص سواء من الناحية الموضوعية أو الشخصية أو الرضائية، ودور هذه الأخيرة في الخضوع لأحكام الاتفاقية والاستفادة منها، انعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفق نص المادة 25/ف1 والتي نصت على ما يلي:" يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده"[1].

ب- آلية التوفيق والتحكيم وإجراءاتهما أمام المركز الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر:

نظمت اتفاقية واشنطن لعام 1965 وسائل تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي وهما: التوفيق والتحكيم، وذلك وفق الباب الثالث والرابع من المواد (28 إلى 40)[2]، حيث تبدأ إجراءات التوفيق أو التحكيم بتقديم وتوجيه طلب كتابي من طرف طرفي النزاع- الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر، إلى السكرتير العام للمركز، ويجب أن يشمل الطلب على كافة المعلومات الخاصة بموضوع النزاع وشخصية الأطراف وكذا موافقتهما على التوفيق أو التحكيم تطبيقا للقواعد التي تقررها هذه الاتفاقية.

ويقوم السكرتير العام بدوره بتسجيل هذا الطلب وإرسال نسخة منه إلى المدعى عليه، ما لم يثبت من الطلب أن المعلومات التي يتضمنها تلقي بالنزاع خارج دائرة اختصاص المركز، في إطار ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، كما يتعين عليه إخطار طرفي النزاع بقبولهما أو رفضهما تسجيل الطلب[3].

ويتم وفق قواعد إ.و تشكيل لجان التوفيق وهيئات التحكيم بعدد فردي وباتفاق الأطراف، وإذا لم يتم هذا التوافق في عدد الموفقين أو المحكمين، فطريقة تعيينهم تكون من خلال تشكيل لجنة توفيقية أو هيئة تحكيمية من ثلاثة أعضاء يختار كل طرف من طرفي النزاع واحدا منهم، ويتم تعيين الثالث من قبل هذين العضوين كرئيس لهذه اللجنة أو الهيئة[4]، وذلك في مدة أقصاها (90) يوماً بالنسبة إلى تشكيل لجنة التوفيق[1]، وفي

---

[1]- المادة 25 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2]- بلغ عدد القضايا المعروضة على المركز والمتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي إلى غاية 07-08-2013، حوالي 437 قضية منها: 09 قضايا فقط أحيلت على التوفيق والباقي على التحكيم، وكانت النسبة المئوية إلى غاية 2012، بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار في مجال الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن تقدر ب 25%، وعقود الطاقة الأخرى 12%، وعقود الثورة الزراعية والصيد والغابات والسياحة 09%، لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، مرجع سبق ذكره، ص ص 307-314.

[3] - المادتان: 28 و36 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

- المادة 29/ف1، 2 من إ.و

مدة أقصاها (10) أيام بالنسبة لهيئة التحكيم[2]، وذلك من تاريخ إرسال الإخطار من قبل السكرتير العام إلى المدعي عليه بتسجيل طلب التوفيق أو التحكيم ضده، أو أي مدة يتفق عليها الطرفان، وبمرور أي من المدتين فإذا لم تتشكل لجنة التوفيق أو هيئة التحكيم، فإنه ينبغي على رئيس المجلس الإداري، والمكون من ممثلين عن الدول المتعاقدة، والذي يعتبر رئيساً للبنك الدولي للإنشاء والتعمير[3] بتعيين الموفق أو الموفقين أو المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بناء على طلب من أي من طرفي المنازعة بعد استشارة الأطراف قدر المستطاع[4].

ولا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم الرئيس طبقاً لهذه المادة من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي يكون أحد مواطنيها طرف في النزاع أي التي يتبعها المستثمر[5]، وفي جميع الأحوال يجب أن لا يكون أغلبية أعضاء هيئة التحكيم من جنسية أحد طرفي المنازعة (الدولة المضيفة أو دولة المستثمر)، إلا إذا كانت هيئة التحكيم تتمثل بمحكم فرد، أو تم اختيار الهيئة بإنفاق الأطراف في المنازعة[6].

وتكون للجان التوفيق وهيئات التحكيم إذا ما تشكلت حق النظر في اختصاصها، بمعنى هل هي مختصة بنظر النزاع أم لا وفق مبدأ الاختصاص بالاختصاص وفق النصوص المتعلقة بالاختصاص أو الاعتراضات التي تبديها الأطراف[7]، وتجرى إجراءات التوفيق وفقا قواعد القسم الثالث من الاتفاقية إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك[8]، كما أن البث في طلب التنحي أو الاعتراض على شخص (موفق أو المحكم) داخل اللجنة أو الهيئة المقدم من طرفي النزاع يبث فيه باقي أعضاء لجنة التوفيق أو أعضاء هيئة التحكيم أو من خلال رئيس المجلس الإداري حسب الأحوال كما لو كان المطلوب تنحيتهم هم أغلبية المحكمين أو إذا كان عدد المحكمين واحداً[9].

وفيما يتعلق بالتوفيق فإذا ما حققت اللجنة في سعيها إلى وصول اتفاق بين الطرفين رفق الشروط التسوية التي قبلها الطرفان أو تقدما بها، من خلال جهودها في تقريب وجهات النظر بينهم، وقبلوا أطراف النزاع بالحلول المطروحة، فإنها تقوم بوضع تقرير تبين فيه المسائل المتنازع بشأنها وما توصلت إليه

---

[4] ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[1] – المادة 30 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 38 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 4 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادتان: 30، 38، من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5] – المادة 38 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[6] – المادة 39 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[7] – المادة 32 من إ.و ت.م.إ. لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[8] – المادة 33 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[9] – المادتان 57، و58 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

الأطراف، أما إذا أخفقت اللجنة في بلوغ تسوية للنزاع، فإنها تنهي الإجراءات، وتقوم أيضاً بإعداد تقرير توضح فيه أسباب فشل الوصول إلى الاتفاق[1].

ولا تكون للمستندات أو وجهات النظر أو الاعترافات أو أي عروض للتسوية التي قدمها أحد الأطراف أمام لجان التوفيق حجة على هذا الطرف أمام هيئات التحكيم، أو حتى المحاكم العادية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[2].

وباعتبار أن التوفيق من الآليات الودية لتسوية المنازعات، يقوم على مجرد تقديم توصيات لأطراف النزاع بغية بلوغ الاتفاق بينهم، بخلاف التحكيم الذي ينتهي بصدور قرار يتضمن قواعد محددة ملزمة للأطراف قابلة للتنفيذ على إقليم كل دولة متعاقدة، مثله مثل الحكم القضائي النهائي[3].

والجدير بالذكر أنه بعد تحريك الدعوى التحكيمية بموجب تقديم الطلب وتعيين المحكمين لتشكيل هيئة المحكمة[4]، يتعين على هذه الأخيرة التقيد بالإجراءات المتفق عليها، لأن العقد شريعة المتعاقدين، أي تطبق القواعد القانونية المتفق عليها بين أطراف النزاع، ذلك أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم تمكننا من معرفة ما هي القواعد التي ستسير وفقها إجراءات المحاكمة التحكيمية، كغياب الخصوم وحضورهم، ومهل إنجاز التحكيم، وغيرها، وفي حالة لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون معين فإن قواعد إ.و هي الواجبة التطبيق وفقاً لنص المادة 44 منها، وبعد أن يتم حل جميع المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات الدعوى التحكيمية، يبقى أمام هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لحله، وفي هذا الشأن نصت المادة 42 من إ.و لعام 1965 على أنه:1-" تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي.

2- لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً لا يصفي النزاع على أساس سكوت القانون أو غموضه.

---

[1] – المادة 34 من إ.وت.م.إ، لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 35 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3]– عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID ، مرجع سبق ذكره، ص 324.

– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 129.

[4]– يعين المحكمون من قوائم المحكمين التي شكلها المركز، ويتم إعداد القائمة وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره، على الشكل التالي: 1- تقوم كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص يمكن أن يكونوا من مواطنيها، أو من غير مواطنيها.

2- يمكن لرئيس مجلس الإدارة، أي المدير العام للبنك الدولي أن يقوم بتعيين عشرة أشخاص مختلفي الجنسية في القائمة.

هذا واشترطت المادة 14 من نفس الاتفاقية، أن الأشخاص اللذين يعينون في القوائم يجب أن يكونوا من ذوي الأخلاق العالية والمسلم بمقدرتهم في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال، ويمكن الاعتماد على استقلالهم في الرأي ويراعى أيضاً ضمان تمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم.

3- لا تمنع أحكام الفقرتين 1، و2 المحكمة من الفصل في النزاع بما هو أصلح ودون التقيد بأحكام القانون إذا اتفق الطرفان على غير ذلك".

وبالتالي تضعنا هذه المادة أمام ثلاثة فروض أساسية فيما يتعلق بالقانون المطبق على موضوع النزاع، فقي الفرض الأول نطبق القانون الذي أختاره طرفا النزاع أي قانون الإرادة، أما الفرض الثاني أي عندما لا يتفق الطرفان على اختيار قانون ليحكم النزاع بينها، عندها نطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في النزاع، مع ما يتضمنه من قواعد تنازع القوانين وما ينطبق من قواعد القانون الدولي ، والفرض الثالث القانون الأصلح للمنازعة أو الأكثر ملائمة في التطبيق على النزاع من وجهة نظر هيئة التحكيم[1].

وكما سبق ذكره، فإن الدعوى التحكيمية تنتهي بصدور حكم ملزم نهائي بالنسبة لطرفيه (الدولة المضيفة والمستثمر)، وذلك بأغلبية أعضاء محكمة التحكيم ومكتوب وموقع ومسبب[2]،غير قابل للطعن بالاستئناف، إلا من خلال ثلاث طرق:1- طلب تفسير الحكم، بموجب طلب كتابي موجه إلى السكرتير العام أمام نفس محكمة التحكيم، وهذا الطلب المتعلق بالتفسير يمكن أن يكون له آثر موقف إذا قدرت هيئة التحكيم أن الظروف تتطلب ذلك[3].

2- طلب إعادة النظر في الحكم من قبل أحد الأطراف، موجها لذات المحكمة إذ أمكن، وإلا تألفت محكمة تحكيم جديدة خلال 90 يوماً من يوم اكتشاف طالب إعادة النظر واقعة من شأنها أن تؤثر تأثيرا حاسما في الحكم، وكان هذا الطرف وهيئة التحكيم يجهلان هذه الواقعة، دون أن يكون هذا الجهل راجعاً لتقصير هذا الطرف، وفي جميع الأحوال يسقط حق المطالبة بإعادة النظر خلال ثلاث سنوات من صدور الحكم[4].

3- طلب إبطال الحكم: ويكون كذلك ذلك بموجب طلب كتابي موجه إلى السكرتير العام للمركز، وتؤسس دعوى البطلان على أحد الأوجه التي ذكرتها المادة 52 من الاتفاقية[5]، ويقدم خلال 120 يوماً من تاريخ صدور الحكم، وفي حالة الأساس المتعلق بالتأثير غير مشروع على أحد أعضاء المحكمة والتي يبنى عليها الطعن بالبطلان فنفس الميعاد يحسب من يوم اكتشاف ذلك التأثير، وفي جميع الأحوال خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم[6].

---

[1]- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 132.

[2]- المادة 48 من إ.و. ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 50 من إ.و ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

- المادة 51 من إ.و ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5]- نصت المادة 52/ف1 من إ.و ت.م.إ لعام 1965،، مرجع سبق ذكره، على الأوجه التي يبنى عليها الطعن بالبطلان في احكم الصادر عن هيئة التحكيم وهي: - إذا كانت المحكمة غير مكونة تكوينا سليماً، - سلطاتها بشكل ظاهر، إذا كان هناك تأثير غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة- إذا كان هناك تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات- إذا كان الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

[6]- المادة 52/ف2 من إ.و لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

وفي حالة قبول طلب إبطال الحكم استنادا إلى الأسباب السابقة يتم تشكيل لجنة من قبل رئيس المجلس الإداري للمركز الدولي من أعضاء لا ينتمون إلى جنسية الأطراف، أو إلى جنسية أعضاء هيئة التحكيم اللذين أصدروا هذا الحكم، ويصبح لهذه اللجنة الحق في إبطال الحكم كلياً أو جزئياً[1].

ثانياً: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA) :

ظهرت فكرة إنشاء جهاز دولي لضمان الاستثمارات في الخمسينيات، وجرت مناقشة هذه الفكرة في البنك الدولي للإنشاء والتعمير في عدة مناسبات خلال الفترة الممتدة من 1962 إلى عام 1982، دون اتخاذ أي قرار في هذا الشأن، كما تم إحياء الفكرة من جديد في خطاب رئيس البنك الدولي كلاوسن في الاجتماع السنوي لمجلس البنك الدولي عام 1982، وبعد عدة جولات ودراسات تفصيلية أجراها المختصون في البنك ومناقشات غير رسمية مع المديريين التنفذيين للبنك، انتهى العمل بوضع مشروع اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الذي تم إقراره في أكتوبر 1985 [2].

ولقد تم إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار بموجب اتفاقية سيول في: 11 أكتوبر 1985، والتي تم إقرارها سنة 1987، ودخلت حيز النفاذ في سنة 1988[3]، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995[4].

وعلى غرار المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول العربية، فقد ساهمت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كمنظمة دولية حكومية متخصصة تعمل تحت إشراف البنك الدولي، وعملت على تطوير وإرساء قواعد القانون الدولي للاستثمارات، من خلال تغطية وضمان المخاطر غير تجارية التي قد تتعرض لها هذه الاستثمارات بمناسبة المساهمة في عملية التنمية، خاصة خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدولة المصيفة والمستثمر، فضلا عن مخاطر الأخرى السابقة الإشارة إليها بمناسبة حديثنا عن اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كخطر نزع الملكية والقيود الواردة على التحويلات المالية والحروب والاضطرابات الأهلية[5].

وهذا ما يطرح إشكالية الازدواجية في الضمان من طرف مؤسسات الضمان الدولية والإقليمية، الأمر الذي يتحتم معه التنسيق بين هذه الهيئات الناشطة في هذا المجال وإزالة كل المعوقات التي من الممكن أن تعيق عملية تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة[6].

---

[1]- المادة 53/ف3 من إ.و ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2]- أنظر عمر هشام صدقة، عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، ص 126.

[3] -HORATIA MUIR WATT and DIEGO P FERNANDEZ ARROYO, Private International Law and Global Governance , Oxford University press, London, edition published 2014, p 159.

[4]- ج.ج.ج.د.ش.ع: 66 الصادرة بتاريخ: 06-11-1995، مرجع سبق ذكره، ص 3.

[5]- المادة:11/ف: أ من من إ.إ.و.د.ض.إ ، مرجع سبق ذكره.

[6]- سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص ص151 -175.

ولقد سمحت الاتفاقية بتغطية مخاطر غير تجارية أخرى خلافاً للمخاطر الأربعة المذكورة أعلاه، وذلك بناءا على طلب مشترك من المستثمر والدولة التي ترغب في الاستثمار، بشرط موافقة مجلس إدارة الوكالة بأغلبية خاصة[1].

ويلاحظ أن اتفاقية الوكالة، لم تضع تعريفاً محددا للاستثمار الأجنبي المباشر الصالح للضمان، وتركت تحديده لمجلس إدارة الوكالة، فهذا الأخير هو الذي يوافق عليه، والذي يشترط فيه مساهمته في تنمية الدولة المضيفة، كذلك يشترط موافقة الدولة المضيفة المسبقة على ضمان الاستثمار من طرف الوكالة، والتي تحدد نوع المخاطر التي يمكن تغطيتها وفق نص المادة 11 من الاتفاقية[2]، وهذا عكس ما ورد في اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، التي منحت المستثمر العربي الحق في اختيار المخاطر التي يرغب في تغطيتها كلها أو بعضها وفقا للظروف السائدة في الدولة المضيفة للاستثمار، وحتى الوكالة لا تقوم بضمان ائتمان الصادرات إلا وفق ما هو منصوص عليه في المادة 12/ف: ب، من إ.إ.و.د.ض.إ، أي تلك الصادرات التي تساهم في استثمار معين فقط[3].

كما تختص الوكالة أيضا بتقديم خدمات فنية واستشارية كإجراء البحوث ونشر المعلومات حول فرص وظروف الاستثمار وتقديم المعلومات الفنية لأجهزة ترويج الاستثمار وتقديم للحكومات نصائح حول الاستفسارات التي توجه إليها بخصوص آليات تشجيع الاستثمار، وللوكالة أيضاً أن تدخل في معاهدات مع الدول الأعضاء فيها، عندما تحل محل المستثمرين اللذين تعوضهم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء التعرض للمخاطر غير تجارية طبقاً لعقود الضمان المبرمة وفقا للاتفاقية[4].

وبخصوص حل النزاعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر توفر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار مظلة ردع ضد الإجراءات الحكومية التي يمكن أن تعطل الاستثمارات المؤمن عليها وتساعد على حل النزاعات المحتملة بما يرضي جميع الأطراف – وتعزيز ثقة المستثمرين في سلامة استثماراتهم من أجل منع حالة المطالبات المحتملة من التصعيد، فقد ينشأ نزاع عندما يدعي المستثمر أن الحكومة قد خرقت التزاماتها التعاقدية أو صادرت استثماراته أو قامت بإجراءات من شأنها المساس بمركزه.

وعلى العكس من ذلك كذلك، يمكن أن تقدم الحكومة المضيفة للاستثمارات نزاعا تدعي فيه أن المستثمر قد خالف التزاماته التعاقدية، ففي هذه الحالة تستخدم الوكالة الدولية لضمان الاستثمار "مساعيها الحميدة" لفحص مجالات المسؤولية والمسؤولية المحتملة، ومساعدة الطرفين على التوصل إلى اتفاق من شأنه تسوية النزاع بما يرضي الطرفين، وفي حالة فشل التسوية يتم فض النزاع عبر آلية الوكالة الدولية

---

[1]– المادة:11/ف: ب، من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

– المادتان: 15، و16 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[2]– المادتان: 15، و16 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[3]– هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سبق ذكره، ص 138.

[4]– عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 132.

لضمان الاستثمار في إطار الاتفاقية المنشئة لها والملحق التابع لها، ويعرض النزاع عليها في إطار عقد ضمان الاستثمار المؤمن عليه والمبرم بين المستثمر والوكالة الدولية لضمان الاستثمار[1].

أ- أنواع المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي في إطار إ.إ.و.د.ض.إ:

نصت أحكام **إ.إ.و.د.ض.إ**، والملحق الثاني التابع لها على دور الوكالة في تسوية منازعات الاستثمار، بحيث أن هناك عدة وسائل لتسوية، تختلف باختلاف أنواع المنازعات التي من الممكن أن تنشأ بين الأطراف.

1- المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية أو تطبيقها:

وهي التي تثور بين دولة عضو وبين الوكالة أو بين أعضاء الوكالة، فتحال لتسويتها على مجلس إدارة الوكالة[2]لاتخاذ قرار بشأنها[3]، ويجوز لأي عضو من أعضاء الوكالة أن يطلب إحالة النزاع إلى مجلس المحافظين في أي حالة من الحالات التي يصدر فيها مجلس الإدارة قرارا يتعلق بالنزاع حول تفسير الاتفاقية أو تطبيقها[4]، وتعتبر قرارات مجلس المحافظين نهائية.

ويجوز للوكالة أن تتصرف على أساس القرار الصادر من مجلس الإدارة إلى حين صدور قرار مجلس المحافظين[5].

2-المنازعات المتعلقة بعقود الضمان وإعادة التأمين:

أي المنازعات التي تنشأ في ظل عقد الضمان بين الوكالة والطرف الآخر المتعاقد في العقد، الدولة المضيفة للاستثمار أو المستثمر الأجنبي، - فبما أن عملية الضمان تنشا عنها علاقتين مختلفتين: الأولى هي علاقة المستثمر المضمون بالمؤسسة والتي يحكمها العقد القائم بينهما لتأمين عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، أما الثانية فهي علاقة المؤسسة بالدولة المضيفة، والتي تحكمها الاتفاقية[6].

فهذه النزاعات تفض عن طريق التحكيم وفق للقواعد والإجراءات المتفق عليها في عقد الضمان أو إعادة التامين[7].

---

[1] -https://www.miga.org/investment-guarantees/dispute-resolution/, date visite:26-08-2017à 1627.:

[2]- مجلس الإدارة هو أحد الأجهزة التي تمثل هيكلها الإداري، إضافة مجلس المحافظين، ورئيس الوكالة وهيئة الموظفين، ويتم انتخاب أعضائه والذي لا يقل عددهم عن 12 عضوا طبقاً لقواعد الاتفاقية، ويكون مسئولا عن عمليات الوكالة، أما مجلس المحافظين واللذين يتمتع بجميع السلطات المخولة مع وجود بعض الاستثناءات. لمريد من التفاصيل راجع المادتان: 31، 41، من من إ.إ.و.د.ض.إ.، ، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 56/ف: أ من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 56/ف: أ من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[5]- المادة 56/ف: ب من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[6]- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، مرجع سبق ذكره، ص 141.

[7]- المادة: 58 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

وبالرجوع إلى المادة 17 من إ.إ.و.د.ض.إ، فتشترط على المستفيد للحصول على التعويض في حالة وقوع أي خطر من المخاطر المغطاة، اللجوء أولاً إلى الآليات الداخلية الإدارية المتاحة في ظل قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، قبل قيام الوكالة بدفع التعويض.

ويجوز أن تتطلب عقود الضمان انقضاء فترات زمنية محددة بين تاريخ وقوع المخاطر التي تستند إليها المطالبات وبين دفع التعويض المطلوب، وعليه فإذا نشأ نزاع بين الوكالة والمستثمر المستفيد من قرار دفع التعويض فيفض عن طريق التحكيم طبقا للقواعد الواردة في عقد التأمين[1].

كما قد تحيلنا في هذا الإطار عقود الضمان النموذجية التي تضعها الوكالة إلى التحكيم المؤسسي وفقا لقواعد التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع تعديل بسيط لها فيما يخص تعيين المحكمين[2].

وتجدر الإشارة أن إ.إ.و.د.ض.إ، لم تستوجب إتباع إجراءات معينة بخصوص التحكيم بين الوكالة والمستفيدين من الضمان، إلا أنه من الممكن أن تشير عقود الضمان إلى قواعد معترف بها دوليا للتحكيم الدولي كقواعد الأكسيد أو اليونيسترال أو غرفة التجارة الدولية[3]، وعليه تختلف أليات فض المنازعات المتعلقة بعقود الضمان وإعادة التأمين المثارة بين الوكالة والطرف المتعاقد في العقد سواء الدولة أو المستثمر الأجنبي عن تلك التي تثار بين الوكالة والدولة عندما تحل محل المستثمر كما سيأتي بيانه في البند الموالي.

3- المنازعات التي تثور بين الوكالة بصفتها خلفاً للمستثمر أي المنازعات المتعلقة بحلول الوكالة محل المستثمر المستفيد وعضو من أعضاء إ.إ.و.د.ض.إ[4]:

يتم فضها إما طبقا للإجراءات المنصوص عليها في الملحق الثاني ل إ.إ.و.د.ض.إ، الخاص بتسوية المنازعات بين العضو والوكالة، أو طبقاً للإجراءات البديلة التي تم إقرارها في الاتفاق المبرم بين الوكالة والعضو المعني، شريطة اتخاذ المرفق (2) ل إ.إ.و.د.ض.إ والذي نص على عدة آليات للتسوية وهي:

---

[1]- المادة: 17 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة: 17 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[3]- عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير تجارية، دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 28.

[4]- بمعنى أن الوكالة تحل محل المستثمر الذي تعوضه فيما لو كان له حقوق قبل الدولة المضيفة للاستثمار، دون أن تكون لها حقوق إضافية، وينص عقد الضمان على أحكام وشروط هذا الحلول(المادة 18 منإ.إ.و.د.ض.إ)، إلا أنه وطبقا لنص المادة 57/ف: ب، من إ.إ.و.د.ض.إ، فإنه إذا نشب نزاع فيتم اللجوء إلى الطرق الودية لتسويته عن طريق المفاوضات، وفي حالة فشلها يتم اللجوء إلى الاتفاق، ثم التحكيم، أو حل النزاع وفق الوسائل البديلة لتسوية النزاع، أي الطرق الداخلية لتسوية النزاعات في ظل قوانين الدولة المضيفة، غير أن هذا الأخير مرهون بقيدين هما: اتخاذ الملحق الثاني كأساس لهذا الاتفاق، وموافقة مجلس الإدارة للوكالة.

المفاوضات والتوفيق والتحكيم وإجراءاتها، كأساس لهذا الاتفاق ولبدا من موافقة مجلس الإدارة للوكالة بالأغلبية الخاصة[1] كذلك على هذا الاتفاق قبل القيام بأي عملية في إقليم العضو المعني[2].

وعليه فيمكن القول أن المنازعات التي تثور بين الوكالة بصفتها خلفاً للمستثمر وعضو من الأعضاء أي الدولة المضيفة، مما يدل على أن النزاع هنا هو نزاع بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام(الوكالة والدولة المضيفة للاستثمار)، فنصت الاتفاقية على تسويته وفق طريقتين:

أ- حل المنازعات وفقا للإجراءات المتفق عليها في الملحق رقم (02):

حيث يستلزم الملحق الثاني التسوية الودية عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم، وإذا فشلت المفاوضات في تسوية النزاع بين الطرفين خلال 120 يوماً أي أربعة أشهر من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات[3]، ولم تمدد إلى فترة أخرى معقولة إذا تبين للوكالة أن هذا التمديد سوف يؤدي أو يسهل للوصول إلى تسوية بين الطرفين[4]، فيجوز لأي منهما إحالة النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اللجوء إلى إجراءات التوفيق[5]، ويجب أن يشتمل اتفاق التوفيق على تحديد موضوع المنازعات وكذا ادعاءات الأطراف واسم الموفق أو الوسيط الذي اتفق الأطراف على تعيينه، وإذا فشل طرفا النزاع في الاتفاق على اختيار الشخص الموفق يجوز لهما تقديم طلب مشترك إلى الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار(**ICSID**) أو لرئيس محكمة العدل الدولية لتعيين الموفق، وتنتهي إجراءات التوفيق إذا لم يتم تعيين الموفق خلال مدة (90) يوماً من تاريخ اللجوء إلى التوفيق.

ويقوم الموفق في تسوية النزاع ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك بالاستعانة بإجراءات التوفيق المنصوص عليها في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[6]، ويجب عليه كذلك أن يقدم إلى طرفي النزاع تقريرا عن نتائج مهمته يتضمن تحديدا للمسائل المختلف عليها ومقترحاته بشأن تسويتها في مدة لا تتجاوز 180 يوما من تاريخ تعيينه[7].

ويعتبر هذا التقرير الذي يقدمه الموفق غير ملزم لطرفيه، باعتباره مجرد توصيات واقتراحات، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[8]، ولا يجوز لهما اللجوء أثناء إجراءات التوفيق إلى التحكيم، إلا إذا لم يقدم الموفق تقريره خلال 180 يوما من تاريخ تعيينه، أو طرفا النزاع عن قبول نتائج التوفيق أو إبداء رأيهم

---

[1]- تعني الأغلبية الخاصة وفق الفقرة: د من المادة 3 من إ.إ.و.د.ض.إ، موافقة ما لا يقل عن ثلثي مجموع الأصوات، على أن تمثل ما لا يقل عن 55 % من الأسهم المكتتب فيها في رأس مال الشركة.

[2]- المادة 57/ف: ب من إ.إ.و.د.ض.إ، والملحق الثاني الخاص بها، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 2 من الملحق رقم: 2 من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[4]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 143.

[5]- المادة: 3/ف: أ من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[6]- المادة: 3/ف: ج من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[7]- المادة: 3/ف: هـ من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[8]- المادة: 3/ف: د من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

وتبادل وجهات النظر بينهما أو فشلهما في تسوية جميع المسائل الواردة بالتقرير خلال مدة 60 يوماً من تلقي تقرير الموفق[1].

وتبدأ إجراءات التحكيم وفق ما نصت عليه المادة 4 من الملحق (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، وذلك بإخطار يوجهه المدعي إلى المدعى عليه، متضمنا جميع البيانات المتعلقة بطبيعة المنازعة واسم المحكم المعين من قبل المدعي، وفي المقابل كذلك على المدعى عليه إخطار المدعي خلال 30 يوما من تاريخ إخطاره باسم المحكم الذي عينه، ويقوم الطرفان خلال 30 يوما من تاريخ تعيين المحكم الثاني بتعيين حكما مرجحا يكون رئيس هيئة التحكيم[2].

وإذا لم تتشكل هيئة التحكيم خلال 60 يوما من تاريخ الإخطار بطلب التحكيم، يتم تعيين المحكم الذي لم يعينه الطرف المعني أو رئيس المحكمة الذي لم يتم اختياره بقرار من أمين عام المركز الدولي بناء على طلب مشترك من الطرفين، وإذا لم يتقدم الطرفان بطلب مشترك أو لم يقوم الأمين العام بالتعيين خلال 30 يوما من تاريخ الطلب يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية إجراء تعيين بقرار منه[3].

كذلك تفصل هيئة المحكمة في اختصاصها، وإذا قدم اعتراض حول اختصاصها بنظر النزاع، ورأت المحكمة جدية هذا الاعتراض، فيرفع هذا الاعتراض إلى مجلس الإدارة أو مجلس المحافظين أو الهيئة المدعى باختصاصها، وتوقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور قرار في هذا الشأن، ويكون هذا القرار ملزما لهيئة التحكيم[4].

أما عن القانون الواجب التطبيق فهيئة محكمة تلتزم بتطبيق بنود إ.إ.و.د.ض.إ، والاتفاقيات التي أبرمها أطراف النزاع والمتصلة بالموضوع[5]، وقوانين الوكالة ولوائحها، وأحكام القانون الدولي الصالحة للتطبيق والقوانين الوطنية لأطراف النزاع فضلا عن بنود عقد الاستثمار واجبة التطبيق عن النزاع إن وجدت[6]، ويكون القرار الصادر بأغلبية الأصوات عن هيئة التحكيم في النزاع ملزما ونهائيا، غير قابل للطعن بالبطلان أو الاستئناف أو إعادة النظر فيه[7]، لكن يجوز طلب تفسيره[8].

ويلاحظ أن إجراءات التحكيم الخاصة بمنازعات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عند تحل المستثمر مع الدولة المضيفة العضو، تتشابه مع الإجراءات المعمول بها في المركز الدولي لتسوية منازعات

---

[1]- المادة: 3/ف: ز من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة: 4/ف: أ من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة: 4/ف: و من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة: 4/ف: د من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[5]- المادة 57/ب من الملحق (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[6]- المادة: 4/ف: ز من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[7]- المادة: 4/ف: ج من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[8]- المادة: 4/ف: ط من الملحق رقم: (2) من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

الاستثمار، لان معظمها مأخوذة من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لعام 1965 السالفة الذكر، وذلك إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات أخرى[1].

ب- حل المنازعات وفقا الإجراءات التي ينص عليها الاتفاق المبرم بين الوكالة والدولة المضيفة:

حيث سمحت إ.و.د.ض.إ، في حالة ما إذا رآى أي طرف أن الإجراءات المنصوص عليها في الملحق رقم: (2) غير مناسبة له، بأن يتفق مع الطرف الآخر على وسائل أخرى بديلة، لكن هذا الاتفاق يكون بشرطين وهما:

- موافقة مجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة على ذلك الاتفاق المبرم بين الوكالة والدولة المضيفة، وذلك قبل قيام الوكالة بأي عملية تأمين فيها.
- اتخاذ الملحق رقم: (2) كأساس لهذا الاتفاق خلال مفاوضاتها على الآلية البديلة.

4- المنازعات التي تثور بين الوكالة ودولة عضو أو دولة زالت عنها صفة العضوية: فتتم تسويتها طبقاً للملحق الثاني من الاتفاقية[2].

ثالثا: اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982

صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، الموقعة بمونتيقوباي (جاميكا) يوم 10 ديسمبر 1982 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-53 المؤرخ في 22 يناير 1996[3]، هذه الاتفاقية أقرت أقرت مبدأ هام هو أن موارد قاع البحار العميقة، تشكل التراث المشترك للإنسانية، كما خصت نظام البحار بنظامين قانونين، نظام يحكم المناطق البحرية التابعة للدول الساحلية في إطار ما يعرف بنظرية البحر المغلق، ونظام خاص بالمناطق البحرية الدولية، والذي عرف بنظرية البحر الحر، ودخلت حيز التنفيذ في سنة 1994، وذلك بعدما كان هناك خلاف حول الجزء الحادي عشر منها إلا بعد تعديله بموجب ما سمي بالاتفاق التنفيذي[4].

---

[1] - عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 144.

[2] - المادة 57/ف، أ، و/ب من إ.إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

3- المرسوم الرئاسي رقم:96-53 المؤرخ في 22 يناير 1996، والمتضمن المصادقة على اتفاقية قانون البحار لعام 1982، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 06 الصادرة بتاريخ: 24 يناير 1996، ص 13.

4- هذه السلطة أو المنظمة هي التي أنشأت جهاز تابع لها للقيام بنشاطات الاستثمار في المنطقة الدولية وفي ميدان اختصاصاته باسم المصلحة العامة للمجتمع الدولي، أنظر:- لعماري عصاد، الأحكام التوفيقية لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015، ص 375.

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة أن الدول المتقدمة رفضت الالتزام باتفاقية قانون البحار لعام 1982، ولجأت إلى إصدار تشريعات انفرادية للمطالبة بتعديل الجزء الحادي عشر من الاتفاقية بما يخدم مصالحها، ومن هذه التعديلات نجد تلك التي تتعلق بالشروط المالية للعقود والنقل الإلزامي للتكنولوجيا، حيث بموجب التعديل للجزء الحادي عشر بموجب الاتفاق التنفيذي لم يصبح نقل التكنولوجيا إلزاميا وإنما أصبح يخضع لآليات جديدة، وأصبحت الدول المتقدمة ترفض التحويل الكامل للتكنولوجيا للدول النامية، وهذا ما يظهر من خلال استبدال نقل التكنولوجيا بتشجيع التعاون العلمي والتقني بين الدول، والذي هو في

وبخصوص منازعات الاستثمار الأجنبي لقيعان البحار، والتي تقتضي منا تحديد مفهوم هذا الاستثمار الذي هو استثمار دولي، بحيث ينعقد بين السلطة الدولية[1] لقاع البحر المفوضة من طرف المجتمع الدولي و إحدى المستثمرين لاستثمار الثروات الغير الحية التي تحتويها قيعان البحار الدولية، وهي خارجة عن سيطرة سيادة الدول والأشخاص المعنوية والطبيعية الخاصة، وتعد تراث مشترك للإنسانية، والمستثمر هنا يكون إما إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية، أو من أشخاص القانون الخاص بشرط أن تزكيه إحدى الدول لأطراف وأن يكون خاضعا لإحداها، وتتولى السلطة الدولية لقيعان البحار بتنظيم هذا النوع من الاستثمار وتشرف على تنفيذه بموجب أنظمة تصدرها لهذا الغرض[2].

كما يمكن الإشارة في هذا الإطار أن عملية الاستثمار الدولي لهذه المناطق البحرية الدولية تحكمها مجموعة من المبادئ إضافة إلى مبدأ التراث المشترك للإنسانية منها: مبدأ تخصيص استثمار قيعان البحار الدولية لأغراض سلمية، ومبدأ عدم جواز التملك أو إدعاء السيادة على أي جزء من قيعان البحار الدولية، ومبدأ مراعاة مصالح واحتياجات الدول النامية[3].

إن فكرة إيجاد آليات خاصة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة تلك التي تبرمها الشركات المتعددة الجنسيات لاستغلال قيعان وباطن البحار في منطقة أعالي البحار، أو ما

صالح الدول المتقدمة، وضد المكتسبات التي حققتها الدول النامية. انظر في هذا الشأن:- ولد بوخطين عبد القادر، الدول النامية والنظام القانوني لاستكشاف واستغلال التراث المشترك للإنسانية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2004/2003، ص 156.

1- أنظر المادة 156 من الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، والخاصة بإنشاء السلطة الدولية لقاع البحار، الاتفاقية منشورة على الرابط الالكتروني: http://www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/text.jsp?file_id=199227 تاريخ الدخول: 12-10-2017 الساعة 10:08.

2- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، مبادئ الاستثمار الدولي لقيعان البحار الدولية، مجلة كلية القانون، تصدر كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق ص 07، مقال منشور عبر الرابط الإلكتروني http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109158 ،رابط العراقية للمجلات الأكاديمية، تاريخ التصفح: 12-10-2017، الساعة 12:39 صباحاً.

والسلطة هي منظمة دولية مستقلة أنشئت بموجب اتفاقية قانون البحار والاتفاق التنفيذي المتعلق الجزء الحادي عشر منها، وظيفتها تنظيم ومراقبة الأنشطة في المنطقة الدولية، لأغراض منها على الأخص إدارة موارد هذه المنطقة، والمقصود بالمنطقة الدولية هنا:" قاع البحار والمحيطات وباطن أرضها خارج حدود الولاية الوطنية، هذه الأخيرة وجب تحديدها حتى يتم تعيين المنطقة الدولية بدقة."، هذا وقد بلغ أعضاء السلطة الدولية في 20 أبريل 2016، 167 عضوا، أي 166 دولة بالإضافة الاتحاد الأوربي، وفي نفس التاريخ كان هناك 147 طرفا في الاتفاق التنفيذي لعام 1994، ولمزيد من التفاصيل حول السلطة الدولية أنظر: تقرير الأمين العام للسلطة الدولية لقاع البحار بموجب الفقرة الرابعة من 166 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 المقدم إلى جمعية السلطة العامة خلال الدورة الثانية والعشرون سنة 2016، التقرير على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني: www.isa.org.jm ، تاريخ الدخول: 22-10-2017، الساعة 09:54.

3- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، مبادئ الاستثمار الدولي لقيعان البحار الدولية، مجلة كلية القانون، تصدر كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، مرجع سابق ص ص 3-4.

يعرف بالتراث المشترك للإنسانية وثروات المنطقة الدولية، اختلفت حولها الآراء الدولية في عدة مؤتمرات وذلك حول الجهة التي ينبغي إسناد لها الاختصاص بنظرها، حيث رأت بعض الدول أنه يجب إعطاء الاختصاص بنظر هذه نوع من المنازعات لغرفة خاصة تتبع محكمة العدل الدولية، ورأي آخر رأي أنه لبدا من إنشاء محكمة دولية خاصة لتسوية منازعات استغلال التراث المشترك للإنسانية[1]، ورأي آخر أكد على ضرورة إنشاء غرفة قضائية خاصة تتبع المحكمة الدولية لقانون البحار تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات الاستثمار الأجنبي المباشر لباطن وقيعان البحار الدولية[2]، وهو الرأي الأخير الذي تبنته اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 في صيغتها النهائية[3]، وهذا ما يطرح إشكالية معرفة هذه الآليات والوسائل التي تبنتها اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 وبالأخص الجزء الحادي عشر منها وذلك لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في منطقة البحار الدولي، إضافة إلى غرفة منازعات فيعان البحار.

وفيما يخص آليات تسوية منازعات استثمار قيعان البحار فقد أقرت المواد من 186 إلى 191 من الفرع الخامس من الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار عدة وسائل وآليات لتسوية منازعات الاستثمار لقيعان البحار الدولية، فإضافة إلى اللجوء إلى غرفة منازعات قيعان البحار، فإنه يمكن اللجوء إلى آلية التحكيم التجاري الدولي أو وسائل التسوية السلمية الأخرى وأعطت الاتفاقية لأطراف المنازعة حق اختيار أي من هذه الوسائل[4]، والتي سوف نقوم بعرضها بشيء من التفصيل.

1- غرفة منازعات قاع البحار الدولية: تتبع غرفة منازعات قاع البحار الدولية كغرفة دائمة، المحكمة الدولية لقانون البحار، وذلك بعد رفض الدول المتقدمة من إسنادها للمحكمة الدولية واقتراح إخضاعها للسلطة الدولية، لكن في الأخير تم إخضاعها للمحكمة الدولية لقانون البحار، وهو الاقتراح الذي تقدمت به الدول النامية، وتختص هذه الغرفة في المنازعات التي تنشأ ضمن حدود قيعان البحار الدولية، بما فيها منازعات الاستثمار المباشر في المنطقة الدولية، مع العلم أن هذه الغرفة لها صلاحية إنشاء غرف أخرى متخصصة تتبعها للنظر في نزاع معين يتعلق بقيعان البحار وينتهي وجودها بانتهاء هذا النزاع[5].

1- إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي الجديد للبحار ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983، ص 474.

2- ابراهيم محمد العناني، قانون البحار، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص ص 416-417.

3- صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000، ص 587.

لمزيد من التفاصيل: أنظر طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، مرجع سبق ذكره.

4- المواد من 186 إلى 191 من الفرع الخامس من الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

5- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، مرجع سابق، ص 354.

وعليه ففض منازعات استثمار قيعان البحار الدولية يتم إما عن طريق آلية غرفة منازعات قيعان البحار والتي تتبع المحكمة الدولية لقانون البحار إداريا بناءا على اتفاق أطراف النزاع، أو عن طريق غرفة مخصصة تتشكل في غرفة منازعات قيعان البحار وتتبعها إداريا ويكون ذلك بناءا على طلب احد طرفي النزاع[1].

وتتشكل غرفة منازعات قيعان البحار من 11 عضواً من بين الأعضاء المنتخبين للمحكمة الدولية لقانون البحار، يمارسون أعمالهم لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة[2]، وتتألف الغرف المخصصة من ثلاثة أعضاء يتم اختيارهم من قبل الأطراف من بين أعضاء غرفة منازعات قيعان البحار الأحد عشر حسب ف1 من م 36 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية لقانون البحار.

وبخصوص اختصاص الغرفة المخصصة فقد حددته المادتان 187 و188 من اتفاقية قانون البحار وهو البث في المنازعات المعروضة من قبل الدول فقط بشأن الأنشطة المتعلقة بالمنطقة الدولية حصراً.

كما أن غرفة منازعات قيعان البحار لها طبيعة قانونية خاصة من حيث الكيانات التي يحق لها التقاضي أمامها أو ما يعرف بالاختصاص القضائي الشخصي لغرفة منازعات قيعان البحار، بحيث سمحت لأشخاص القانون العام أي الدول والمنظمات الدولية وكذلك أشخاص القانون الخاص بالتقاضي أمامها وهذا ما يعد تطورا في قواعد القانون الدولي، وذلك بشروط أوردتها المادتان 187و 153 من اتفاقية قانون البحار وهي:-

أن يكون المستثمر (شخص قانون عام أو خاص) طرفاً في عقد الاستثمار المتعلق باكتشاف أو استغلال قاع البحر.

أ- أن يكون هذا المستثمر من جنسية إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية أو من الأشخاص الخاضعين للسيطرة الفعلية لها أو لرعاياها.

ب- أن تقوم الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها او الخاضع لسيطرتها أو لسيطرة إحدى رعاياها الفعلية بتزكيته.

كما استثنى المرفق التاسع من مرفقات اتفاقية قانون البحار لعام 1982 السلطة الدولية التي لها حق التقاضي أمام غرفة منازعات قيعان البحار حتى ولو لم تكن مستوفية لهذه الشروط[3].

- المادتان 187 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، و14 من المرفق السادس من مرفقات اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

1- المادتان 188 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، و36/ف1 من الفرع الرابع من المرفق السادس من مرفقات اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982.

-أنظر كذلك - R.Ranjeva, le reglement des differends relatfs au nouveau droit de la mer, in Traite du nouveau droit de la mer, paris Economica/Brylant, 1985, p p 1105-1167.

2- المادة 35 من المرفق السادس من مرفقات اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

3- صوفيا شراد، أحكام إختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع: 09، 2013، ص 167.

أما الاختصاص الموضوعي لغرفة منازعات قاع البحار فقد حددته المادة 187 من اتفاقية قانون البحار والذي يكون في أنواع عديدة من المنازعات المتعلقة بالأنشطة في المنطقة الدولية ومنها نشاطات الاستثمار الأجنبي المباشر كالآتي:"

1-المنازعات بين الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق الجزء الحادي عشر والمرفقات الملحقة به، أي المنازعات ذات الصلة بالأحكام التي تضع النظام القانوني للمنطقة.

2-المنازعات التي تنشأ بين الدولة الطرف والسلطة الدولية بشأن:

أ-أعمال أو امتناعات للسلطة أو دولة طرف يدعي أنها انتهاكات لهذا الجزء أو للمرفقات المتصلة به، أو لقواعد السلطة و إجراءاتها و أنظمتها المعتمدة وفقا لها.

1- أو أعمال للسلطة يدعي أنها تجاوز لولايتها أو إساءة لاستعمال السلطات.

3- المنازعات بين أطراف في عقد ما، سواء كانت دولا أطرافا، أو كانت السلطة أو المؤسسة، أو مؤسسات حكومية أو أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين المشار إليه في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة 2 من المادة 153 بشأن ما يلي:

أ- تفسير أو تطبيق عقد ذي صلة بالموضوع أو خطة عمل

ب- أو أعمال أو إمتناعات لطرف في العقد تتعلق بالأنشطة في المنطقة وموجهة نحو الطرف الآخر أو تؤثر في مصالحه المشروعة.

4- المنازعات بين السلطة الدولية ومستثمر متعاقد محتمل تكون زكته دولة، كما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة 2 من المادة 153، وأوفى على النحو الواجب بالشروط المشار إليها في الفقرة 06 من المادة 4 والفقرة 2 من المادة 13 من المرفق الثالث بشأن رفض التعاقد أو بشان مسألة قانونية تنشأ خلال التفاوض على العقد .

5-المنازعات بين السلطة ودولة وطرف او مؤسسة حكومية أو شخص طبيعي أو اعتباري تزكيه دولة طرف كما هو منصوص عليه في الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة 2 من المادة 153، ويدعي فيها أن المسألة تقع على السلطة كما هو منصوص عليه في المادة 22 من المرفق الثالث.

6-أي نزاع ينص صراحة في هذه الاتفاقية على ولاية الغرفة بشأنه[1].

وتجدر الإشارة كذلك أن المادة 191 من اتفاقية قانون البحار أعطت اختصاص استشاري لغرفة منازعات قاع البحار على أن يقتصر حق طلب الآراء الاستشارية على الجمعية العامة ومجلس المنظمة الدولية فقط

1 - صوفيا شراد، أحكام اختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار، مرجع سابق، ص 168.

أنظر كذلك المادة 187 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

دون سواها ويكون ذلك في المسائل القانونية التي تنشأ داخل أنشطة الغرفة[1]، وتصدر هذه الآراء الاستشارية بصورة مستعجلة[2].

وفي مجال تنازع الاختصاص بنظر منازعات قاع البحار بين محكمة العدل الدولية استنادا للولاية الإلزامية للمحكمة طبقا لنص المادة 286 من اتفاقية قانون البحار والمادة 36 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وغرفة منازعات قاع البحار التي لها الولاية على هذا النوع من المنازعات فإننا نجد أن اتفاقية قانون البحار قد أغفلت حل تنازع الاختصاص، وإن كان من شروط النزاع المعروض على محكمة العدل الدولية أن يكون أطراف النزاع من الدول فقط، وإلا كان الاختصاص لغرفة منازعات قيعان البحار في حالة وجود طرف من غير من الدول، ولا مجال لتنازع الاختصاص، ذلك ان محكمة العدل الدولية لا تنظر إلا في المنازعات التي يكون أطرافها من الدول[3].

وبخصوص القانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة على غرفة منازعات قاع البحار، فهذه الأخيرة عليها مراعاة قواعد القانون الدولي ذات الصلة بالموضوع وقواعد السلطة الدولية وأنظمتها المعتمدة للاتفاقية ومراعاة الأحكام الواردة في العقود المتعلقة بالأنشطة الاستثمارية لثروات المنطقة الدولية[4]، ويمكن لكل دولة راعية لالتزامات المستثمر لقاع البحار والمزكية له وكل دولة لها مصلحة قد تتأثر بالحكم الذي يفصل في الدعوى أن تتقدم بطلب التدخل أمام غرفة منازعات قاع البحار أو الغرفة المخصصة في غرفة منازعات البحار.

كما تصدر غرفة منازعات قيعان البحار حكمها والذي يعتبر كأنه صادر عن المحكمة الدولية لقانون البحار بأغلبية أعضاء الغرفة الحاضرين وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس مع تسببيه، ويكون ملزما ونهائيا وقطعيا وغير قابل للاستئناف أمام أي محكمة أخرى[5].

2-التحكيم التجاري الملزم:

نصت المادة 188 من الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 على آلية التحكيم التجاري الملزم لفض المنازعات المتعلقة بتطبيق وتفسير عقود استثمار قيعان البحار الدولية وخطط العمل المصادق عليها من قبل السلطة الدولية لقاع البحار[6]، والمقصود هنا بالإلزامية هو أنه يوجد اتفاق تحكيم مسبق يفرض على أطراف عقد الاستثمار الدولي بتسوية منازعاتهم عبر آلية التحكيم وليس أنه مفروض

1- نصت المادة 159 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على أنه:" تتألف الجمعية من جميع أعضاء السلطة الدولية ....الخ"

2- المادة 191 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

3- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، مرجع سبق ذكره، ص ص 359-360.

4- المادة 293 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

5- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، ، مرجع سبق ذكره، ص ص 369- 374.

6- المادة 188 ف1 من الجزء الحادي عشر من اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

عليهم[1]، كما أن المنازعات المتعلقة بالتعهدات المتصلة بنقل التكنولوجيا في إطار استغلال قيعان البحار تخضع لآلية التحكيم التجاري الدولي وذلك في حالة انتهاك إحدى فئات تلك التعهدات من قبل المستثمر بصورة يشكل فيها خرقا للشروط التجارية المتفق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة[2].

ولمحكمة التحكيم في هذا الإطار أن تأمر بوقف وإنهاء العقد أو فرض عقوبات مالية على الأطراف المتعاقدة[3]، ويجوز لها أيضا أن تفصل في النزاع بين السلطة الدولية لقاع البحار والمتعاقد بشأن تفسير أو تطبيق الشروط المالية الواردة في العقد[4]، وذلك بناءاً على طلب أحد أطراف النزاع ما لم يتفقا على اللجوء إلى طريقة تسوية أخرى[5].

وبخصوص قواعد وإجراءات التحكيم فيتم تحديدها في عقد الاستثمار الدولي المبرم بين الأطراف سواء كان هؤلاء من الدول أو من الأشخاص المشار إليهم في المادة 153 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، وفي حالة عدم اتفاق أطراف عقد الاستثمار الدولي على إجراءات وقواعد التحكيم ضمن العقد المبرم بينهما فإن التحكيم يجرى وفق ما تمليه عليهم قواعد السلطة الدولية لقاع البحار وأنظمتها وإجراءاتها مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الأطراف، ويمكن كذلك في هذا الإطار الاستعانة بقواعد التحكيم المعتمدة من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1976 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري المعتمد عام 1985[6].

وتتشكل محكمة التحكيم من خمسة محكمين ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، حيث يعين الطرف الذي يقيم الدعوى عضواً واحداً، ويعين الطرف الأخر في النزاع عضواً واحداً في غضون 30 يوما من تاريخ استلام الإخطار بتشكيل محكمة التحكيم، ويعين الأعضاء الآخرون باتفاق الطرفين من بينهم رئيس محكمة التحكيم، ويختار هؤلاء الأعضاء من بين قائمة المحكمين التي يضعها ويحتفظ بها الأمين العام للأمم المتحدة والمشهود لهم بالخبرة في الشؤون البحرية، والإنصاف والكفاءة والنزاهة[7].

وبخصوص قرارات هيئة التحكيم فتصدر بأغلبية أصوات أعضائها، ولا يشكل غياب أقل من نصف أعضائها أو امتناعهم عن التصويت مانعا يحول دون وصول المحكمة إلى قرار، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس[8].

1- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، ، مرجع سبق ذكره، ص 377.

2- المادة 5 ف1 من المرفق الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

3- المادة 18 من المرفق الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

4- المادة 15 ف 3 من المرفق الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

5- المادة 188 ف1 من الجزء الحادي عشر من اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

6- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، ، مرجع سبق ذكره، ص 377.

7- المادتان 2 و3 من المرفق السابع من مرفقات اتفاقية فينا لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

8- المادة 08 من المرفق السابع من مرفقات اتفاقية فينا لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

والجدير بالذكر أن المرفق السابع من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار تناولت كل القواعد والإجراءات الخاصة بالتحكيم بداية من بدأ هذه الإجراءات وكيفية تشكيل محكمة التحكيم وعملها والتزامات أطراف الخصومة التحكمية وصولاً إلى حكم التحكيم، هذا الأخير يشترط فيه أن يكون مسببا ويحتوي على جميع البيانات، كما يصدر نهائي وقطعي وملزم وغير قابل للاستئناف ما لم تكن الأطراف قد اتفق مسبقاً على إمكانية إجراء استئناف فيه، أما فيما يخص المنازعات التي تتعلق بتفسير نصوص اتفاقية قانون البحار لعام 1982، فيجب على محكمة التحكيم التجاري الملزم بعدم الفصل في تفسير وتطبيق نص من نصوص الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار وإحالة ذلك على غرفة منازعات قاع البحار للفصل في ذلك ، حيث على محكمة التحكيم التجاري الملزم إرجاء الفصل والنظر في النزاع والدعوى المرفوعة أمامها إذا كانت هناك مسائل من اختصاص غرفة منازعات قاع البحار وذلك حتى لا يكون هناك تناقض بينهما[1].

3- الوسائل الأخرى لتسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار:

نصت اتفاقية الأمم المتحدة قانون البحار لعام 1982 في جزئها الخامس عشر والمرفقات المتعلقة به، خاصة المرفق الخامس والثامن، على عدة آليات لتسوية المنازعات الخاصة بقانون البحار بصفة عامة، والتي تثار نتيجة تطبيق أو تفسير أي نص من نصوص الاتفاقية بما فيها تلك الواردة في الجزء الحادي عشر، حيث جاء المرفق الخامس في آلية التوفيق والمرفق الثامن في آلية التحكيم الخاص السالف ذكرهما، وعلى هذا الأساس فهناك طرق وردت في الجزء الحادي عشر السالفة ذكر، وطرق عامة وردت في الجزء الخامس عشر من الاتفاقية، حيث يمكن للأطراف اللجوء إليها لتسوية منازعات البحار الدولية، هذه الأخيرة تتعدد طرق استثمارها، وتتعدد الأطراف من غير الدول التي لها الحق في استثمارها[2].

ولقد نصت المادة 285 من الاتفاقية على انطباق الفرع الأول من الجزء الخامس عشر من الاتفاقية على تسوية المنازعات المحالة بالفرع الخامس وهي منازعات فيعان البحار من الجزء الحادي عشر من نفس الاتفاقية كذلك، وإن كان أحد النزاع كيان وليس بدولة طرف انطبق هذا الفرع مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال[3].

وفي نفس السياق أعطت المادة 280 من ا.أ.م..ق.ب لعام 1982 الحق في تسوية المنازعات بما فيها منازعات الاستثمار لقيعان البحار بأية وسيلة سلمية يختارها الأطراف[4]، ماعدا في حالتين يكون فيهما اللجوء إلى الطرق العامة الواردة في الجزء الخامس عشر إلزامياً وهما حالتان يستنتجا من نص المادة 279 من الاتفاقية، الأولى إذا رفضت أطراف النزاع صراحة اللجوء إلى الطرق الخاصة لتسوية منازعات استثمار

1- المادة 188 من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

2- الجزء الحادي عشر والجزء الخامس عشر والمرفق الخامس والثامن منه من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

3- المادة 285 من إ.أ.م.ق.ب لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

انظر: لعماري عصاد، الأحكام التوفيقية لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره، ص 193.

4- المادة 280 من ا.أ.م..ق.ب لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

قيعان البحار الواردة في الجزء الحادي عشر من الاتفاقية والسالفة الذكر والثانية إذا لم يتم التوصل إلى فض النزاع عبر الوسائل الخاصة الواردة في الجزء الحادي عشر، فيتم اللجوء إلى الوسائل التي أحالتنا إليها المادة 279 المبينة في المادة 33 ف1 من ميثاق الأمم المتحدة والتي نصت على:" يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم والأمن الدوليين للخطر، أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدأ بطريق المفاوضة والتحقيق والوساطة والتوفيق والتحكيم والتسوية القضائية، وأن يلجأوا إلى الوكالات والتنظيمات أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها"[1]، ويشمل الطريق القضائي، القضاء الدولي ممثلا في محكمة العدل الدولية والمحكمة الدولية لقانون البحار ومحكمة التحكيم العام، وفي هذا الإطار يمكن لأطراف النزاع اللجوء إلى غرفة منازعات قيعان البحار التي تتبع المحكمة الدولية لقانون البحار بالرغم من اختيار أحد أطراف النزاع لطريق من طرق العامة الأخرى[2]، غير أن مسألة تنازع الاختصاص يمكن أن تطرح في هذا الشأن والتي أغفلت اتفاقية قانون البحار معالجتها كما سبقت الإشارة إليه.

ومن بين الوسائل الأخرى لتسوية منازعات نشاطات الاستثمار في قاع البحار نجد آلية التوفيق بوصفه من الوسائل الودية والدبلوماسية التي حضت باهتمام خاص من طرف الدول المشاركة في وضع اتفاقية قانون البحار، وبالأخص في مجال تسوية منازعات التكنولوجيا المتعلقة باستثمار موارد البحار الدولية، ولقد نصت المادة 284 من إ.أ.م.ق.ب على أنه: "لأي دولة طرف تكون طرف في نزاع يتعلق بتفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها أن يدعوا الطرف الآخر أو الأطراف الأخرى إلى إخضاع النزاع للتوفيق وفقا للإجراء المنصوص عليه في الفرع الأول من المرفق الخامس أو وفقاً لأي إجراء من إجراءات التوفيق الأخرى "[3].

ولهذا يعتبر التوفيق آلية لتسوية منازعات استثمار قاع البحار وفق أحكام الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار، حيث في حالة حصول بين السلطة الدولية كطرف في عقد الاستثمار الدولي والمستثمرين المتعاقدين كطرف ثاني في العقد حتى ولو كانوا من الخواص بشرط تزكيتهم من طرف إحدى الدول الأعضاء، وذلك بشأن حقوقهما والتزاماتهما التي تضمنها اتفاقية قانون البحار، وكذا العقود المبرمة بينهما فيحال النزاع وبموافقة الأطراف إلى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة، وذلك بغية تحديد الجهة التي تضطلع بعملية التوفيق[4]، مع العلم أن إجراءات التوفيق نص عليها المرفق الخامس من مرفقات اتفاقية قانون البحار لعام 1982، كما أن قرار التوفيق هنا غير ملزم ويعتبر بمثابة توصيات قد تؤثر في موافق أطراف النزاع وهذا بخلاف التحكيم[5].

1- لعماري عصاد، الأحكام التوفيقية لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره، ص 194.

2- المادة 287 من إ.أ.م.ق.ب لعام 1982، مرجع سبق ذكره.

3- لعماري عصاد، الأحكام التوفيقية لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، مرجع سبق ذكره، ص 193.

- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، وسائل تسوية منازعات الاستثمار الدولي لقيعان البحار، ، مرجع سبق ذكره، ص 389.

4

5- أنظر المواد 7، 11، 12 من المرفق الخامس من مرفقات إ.أ.م.ق.ب لعام 1982.

الفرع الثاني: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الإقليمية على مستوى التكتلات الاقتصادية والمنظمات الدولية

في هذا الإطار يوجد العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تحيل أطرافها إلى التسوية عبر المركز، فنذكر على سبيل المثال بعض الاتفاقيات في إطار ما يعرف بالتكتلات الاقتصادية الإقليمية والعالمية، والتي جاءت لتحقيق التكامل الاقتصادي الإقليمي والعالمي في سياق النظام الاقتصادي الجديد ونظام العولمة وذلك كله لتحقيق التنمية، خاصة الاقتصادية، ومن هذه التكتلات الاقتصادية الكبرى والتي ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية سواء في آسيا أو أوربا أو إفريقيا أو على مستوى الدول النامية[1]، نذكر على سبيل المثال منها:

أولاً: اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة NAFTA اختصارا لي (North American Free Trade Agreement) بالإنجليزية و بالفرنسية (L'ALENA) اختصارا لي (l'Accord de libre-échange nord américain)

أبرمت هذه الاتفاقية في ديسمبر 1992، وأصبحت سارية المفعول مطلع سنة 1994، وضم هذا التكتل الذي باقي مفتوحا أمام باقي الدول الأمريكية الشمالية والجنوبية، كل من الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك، والذي كان يهدف إلى إنشاء منطقة تجارة حرة بين هذه الدول المؤسسة لتحقيق تقارب اقتصادي إقليمي، تكون له القدرة على منافسة التكتلات الاقتصادية الأخرى الصاعدة على المستوى العالمي، وبالخصوص الاتحاد الأوربي[2].

وقد أشارت المادة 1122، الواردة في الفصل الحادي عشر من اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة إلى الموافقة على التحكيم عبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[3]، حيث تناولت اتفاقية نافتا القواعد الإجرائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية، والتي تمثلت في اللجوء إلى تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء والمستثمرين الأجانب، إلى قواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري للأمم، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو عبر القواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي[4]، كما ترتبط لجنة الأمم

---

[1]– فوزية خدا كرم، التكتلات الاقتصادية وانعكاساتها على الدول النامية، مجلة العلوم السياسية، ع: 43، 2011، جامعة بغداد، العراق من ص 171، إلى ص 181، المقال موجود على الموقع الإلكتروني للعراقية للمجلات الأكاديمية العلمية للتحميل: http://www.iasj.net/iasj ، تاريخ التصفح: 24-08-2017، الساعة: 08:03.

[2]– وكيبيديا الموسوعة الحرة، نافتا، على الرابط الإلكتروني:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%86%D8%A7%D9%81%D8%AA%D8%A7 ، تاريخ التصفح: 24-08-2017، الساعة:11:15.

[3] -Voir l'article 1122 de la Convention- L'ALENA- est publié en anglais sur le lien électronique suivant: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017 à 12:25.

[4] - Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration

« 1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under:

(a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention;

المتحدة للقانون التجاري اليونيسترال بمحكمة التحكيم الدائمة وهذه الأخيرة يجوز لأطراف النزاع رفع النزاع أمامها[1]، وألزمت كذلك الاتفاقية أطراف النزاع بمحاولة التوصل إلى اتفاق من خلال الوسائل الودية كالمفاوضات والتشاور، وكذا الموافقة الكتابية المسبقة على التحكيم والامتثال لقواعد **L'ALENA**، مع التخلي المستثمر غن إحالة النزاع أمام محكمة الدولة[2].

ثانياً: اتفاق التجارة الحرة (DR-CAFTA): Trade Agreements / Free Trade Agreements / CAFTA-DR (Dominican Republic-Central America FTA)، وبالفرنسية TLC: Traité de Libre Commerce .

تم التوقيع على هذه الاتفاقية في 05 أوت 2004، بين بلدان أمريكا الوسطى و الجمهورية الدومينيكية، ودخلت حيز النفاذ في 2006، وفي جمهورية الدومينيك في 2007، وكوستاريكا في 2009، وانضمت إليها دول أخرى، كسلفادور في ديسمبر 2004، وهندوراس وغواتي مالا ونيكاراغوا في مارس 2005[3].

ونصت المادة 10/ف 03/16 من الفصل عشرين من هذه الاتفاقية على إمكانية اختصاص المركز بنظر المنازعة بين الدولة والمستثمر وأعطت لهذا الأخير الخيار في اللجوء إلى التحكيم وفق قواعد المركز الدولي إذا ما كانت أطراف المنازعة منظمة إلى اتفاقية واشنطن، وفي حالة وجود أحد الأطراف فقط المنظمة، فيتم اللجوء إلى قواعد التسهيلات الإضافية لذات المركز.

حيث جاء القسم "باء" من الاتفاقية الموسوم بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول، بعدة آليات ووسائل لتسوية منازعات الاستثمار بين أطراف دول اتفاقية **CAFTA**، ومنها آلية التشاور والتفاوض، والتوفيق والوساطة، والتي يترتب عليها إجراءات غير ملزمة للطرفين أي تسوية ودية[4]، وهذه الأخيرة، إذا تبين للطرف المنازع، أنها غير مجدية لفض النزاع، فيلجأ الطرف المتنازع إلى التحكيم، وذلك في حالات

(b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention;
or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules.

2. The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent modified by this Section.l » L'Accord de libre-échange nord-américain, (ALENA) est publié en anglais sur le lien électronique suivant: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017 à 12:25.

[1] - DE NANTEUIL, Droit International de l'Investissement, A. Pedone, Paris, 2014, p p. 215 à 220.

[2]- Voir les articles 1121et 1122 et 1123 de la Convention- L'ALENA, 1122.et Pour plus d'informations sur ce sujet, voir la section IV, Investissements, services et questions connexes de l'Accord de libre-échange nord-américain, articles 1101 à 1138, p p265 à 285.

[3]- Elizabeth Walsh, CHRONIQUE ,Les enjeux du Traité de libre-échange avec l'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR), Centre d'études interaméricaines 14 octobre 2005,article sur le lien électronique suivant: http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_20_ewcaftaoctobre2005.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017à .16:21

- Organisation de coopération et de développement économiques ,perspectives d'investissement international, OCDE, 2006 , p276.

[4] -*Article 10.15of CAFTA*

« Consultation And Negotiation

In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third-party procedures such as conciliation and mediation », The agreement is available on the website: http://www.sice.oas.org/TPCStudies/USCAFTACh_e/Matrix10.htm, . History of the website: 24-08-2017- 19: 38.

محددة وهي خرق المدعى أو المدعى عليه لالتزام متعلق بالتصريح بالاستثمار أو ذهابه، خرق اتفاق الاستثمار، أو المستثمر أو شركة تكبدت خسارة أو ضرر بسبب هذا الخرق والناشئة عنه[1].

وبخصوص إجراءات التحكيم، فيقدم طلب التحكيم وفق إجراءات هذا القسم، ويقوم صاحب الطلب بتبليغ المدعى عليه كتابياً، بطلب التحكيم، الذي يجب أن يحتوي على جميع البيانات اللازمة، بما فيها طلبات المدعي الخاصة بالنزاع[2].

ويقدم هذا طلب بعد مرور ستة أشهر من يوم نشوب الأحداث التي أدت إلى المطالبة وفق اتفاق تسوية منازعات الاستثمار وقواعد إجراءات تسوية المنازعات الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بإجراءات التحكيم، شريطة أن يكون المدعى عيه والمدعي طرف في اتفاقية واشنطن، أو يقدم طب التحكيم وفق قواعد اليونيسترال للتحكيم[3].

ثالثاً: اتفاقية ميثاق الطاقة (ECT): Energy Charter Treaty

تعود جذورها إلى اتفاقية ميثاق الطاقة الأوربي في ديسمبر 1991، حيث وضعت في لاهاي 46 دولة، إضافة إلى الدول الأوربية، وثيقة ميثاق الطاقة الأوربي، هذه الأخيرة تم توقيعها في 17 ديسمبر

1- *Article 10.16/ paragraph 1 of Cafta:*
« Submission Of A Claim To Arbitration
1. In the event that a disputing party considers that an investment dispute cannot be settled by consultation and negotiation:
(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim
(i) that the respondent has breached
(A) an obligation under Section A,
(B) an investment authorization, or
(C) an investment agreement;
and
(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach; and
(b) the claimant, on behalf of an enterprise of the respondent that is a juridical person that the claimant owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim
(i) that the respondent has breached
(A) an obligation under Section A,
(B) an investment authorization, or
(C) an investment agreement;
and
(ii) that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach. »

2 - *Article 10.16/ paragraph 2 of Cafta:*
2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent"). The notice shall specify:
(a) the name and address of the claimant and, where a claim is submitted on behalf of an enterprise, the name, address, and place of incorporation of the enterprise;
(b) for each claim, the provision of this Agreement, investment authorization, or investment agreement alleged to have been breached and any other relevant provisions;
(c) the legal and factual basis for each claim; and
(d) the relief sought and the approximate amount of damages claimed

3- *Article 10.16/ paragraph 3of Cafta:*
-« Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1:
(a) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedures for Arbitration Proceedings, provided that both the respondent and the Party of the claimant are parties to the ICSID Convention;
(b) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the respondent or the Party of the claimant is a party to the ICSID Convention; or
(c) under the UNCITRAL Arbitration Rules. »

1991، ثم بدأ تطوير هذه المعاهدة، إلى أن أصبت عالمية ومتعددة الأطراف، وتم توقيع عليها في لشبونة عام 1994، ودخلت حيز النفاذ في 1998، إضافة إلى عدة إصدار عدة برتوكولات منها: برتوكول ميثاق الطاقة والجوانب البيئية في نفس السنة، وتوجد أكثر من 51 دولة موقعة عليها، إضافة إلى بعض البلدان بصفتها عضو مراقب.

والهدف من الاتفاقية هو وضع إطار متعدد الأطراف للتعاون عبر الحدود في صناعة الطاقة، يغطي جميع جوانب أنشطة الطاقة التجارية بما في ذلك التجارة والنقل الطاقوي العابر للحدود والاستثمار وكفاءة الطاقة، بما في ذلك تنظيم إجراءات تسوية المنازعات الاستثمارية، تحقيقا للتنمية المستدامة[1].

وقد تضمن الجزء الخامس من الاتفاقية، الموسوم بحل النزاعات على آليات لحلها، وفق لأنواعها، فالمنازعات بين الأطراف المتعاقدة أي بين الدول والمتعلقة بتفسير المعاهدة وتطبيقها، فيتم فضها عن طريق الآليات الدبلوماسية[2]، وفي حالة فشلها يحال النزاع إلى التحكيم الحر ad hoc، وفق الإجراءات المحددة في نص الاتفاقية وبالأخص المادة 27/ف3[3].

أما النزاعات بين الدولة المضيفة للاستثمار المتعاقدة أي عضو في الاتفاقية والمستثمر المنتمي إلى دولة أخرى في الاتفاقية، فتسوى عن طريق الآلية الودية **Réglés à L'amiable** في ظرف 03 أشهر ابتداء من التاريخ الذي طلبت فيه التسوية المتفق عليها، وإذا لم يسوى النزاع ودياً يعطى الخيار للطرف المنازع الخيار بين تسوية عبر القضاء الوطني، أو وفق لأي إجراء من إجراءات تسوية المنازعات، وبموافقة الطرفين، أو اللجوء إلى التحكيم أو التوفيق، حيث تحال المنازعات بين المستثمرين والدول المضيفة وبالموفقة الكتابية لطرفي النزاع إما إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في حال كون الأطراف منضمين إلى هذه الاتفاقية، أو قواعد التسهيلات الإضافية إلى المركز، إذا لم يكن أحد أطراف المنازعة من الموقعين على اتفاقية واشنطن، أو إلى التحكيم الحر وفق قواعد **(UNCITRAL)**، أو تقديم طلب التحكيم بموجب قواعد غرفة تحكيم ستوكهولم التجارية **(The Arbitration Istitute of The Stockholm -Chombre of Comerce)**[4]، غير انه يمكن للأطراف وكما سبقت الإشارة إليه التخلي عن حل النزاع الاستثماري دولياً

---

[1] - https://en.wikipedia.org/wiki/Energy_Charter_Treaty, History of the website: 25-08-2017-10: 50.

[2] - Article 27/p1 de la Convention de 1994 sur la Charte de l'énergie:
« REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE PARTIES CONTRACTANTE
1. Les parties contractantes s'efforcent de régler lesdifférends relatifs à l'application ou l'interprétation du présent traité par la voie diplomatique. ».
-L'accord est disponible sur le site anglais: www.ena.lt/pdffai/Treaty.pdf , et en français sur le site:www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-fr.pdf

[33] - Article 27/p3 de la Convention de 1994 sur la Charte de l'énergie:
«Lorsqu'un différend n'a pas été réglé conformément au paragraphe 1 dans un délai raisonnable, chaque partie au différend peut, à moins que le présent traité n'en dispose autrement ou que les parties contractantes en aient convenu autrement par écrit, et sauf s'il s'agit de l'application ou de l'interprétation de l'article 6 ou de l'article 19 ou, pour les parties contractantes énumérées à l'annexe IA, de la dernière phrase de l'article 10 paragraphe 1, soumettre le différend à un tribunal d'arbitrage ad hoc en vertu du présent article, moyennant notification écrite adressée à l'autre partie au différend »

[4]- Article 26 de la Convention de 1994 sur la Charte de l'énergie:
« REGLEMENT DES DIFFERENDS ENTRE UN INVESTISSEUR ET UNE PARTIE CONTRACTANTE
1. Les différends qui opposent une partie contractante et un investisseur d'une autre partie contractante au sujet d'un investissement réalisé par ce dernier dans la zone de la première et qui portent sur un manquement allégué à une

obligation de la première partie contractante au titre de la partie III sont, dans la mesure du possible, réglés à l'amiable.2. Si un différend de ce type n'a pu être réglé conformément aux dispositions du paragraphe 1 dans un délai de trois mois à compter du moment où l'une des parties au différend a sollicité un règlement à l'amiable, l'investisseur partie au différend peut choisir de le soumettre, en vue de son règlement :
a) aux juridictions judiciaires ou administratives de la partie contractante qui est partie au différend, ou
b) conformément à toute procédure de règlement des différends applicable préalablement convenue ; ou
c) conformément aux paragraphes suivants du présent article.
3. a) Sous réserve des seuls points b) et c), chaque partie contractante donne son consentement inconditionnel à la soumission de tout différend à une procédure d'arbitrage ou de conciliation internationale, conformément aux dispositions du présent article.
b) i) Les parties contractantes énumérées à l'annexe ID ne donnent pas ce consentement inconditionnel si l'investisseur a, au préalable, soumis ce différend selon les procédures prévues au paragraphe 2) points a) ou b).
ii) Pour des raisons de transparence, chaque partie contractante qui est indiquée à l'annexe ID communique par écrit ses politiques, pratiques et conditions en la matière au Secrétariat au plus tard à la date de dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation conformément à l'article 39, ou au dépôt de son instrument d'adhésion conformément à l'article 41.
c) Les parties contractantes énumérées à l'annexe IA ne donnent pas ce consentement inconditionnel pour les différends survenant au sujet de la disposition contenue dans la dernière phrase de l'article 10 paragraphe 1.
4. Si un investisseur choisit de soumettre le différend en vue de son règlement conformément au paragraphe 2 point c), il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant :
a) i) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte pour signature à Washington le 18 mars 1965, ci-après dénommée "convention CIRDI", si la partie contractante de l'investisseur et la partie contractante partie au différend sont toutes deux parties à la convention CIRDI ; ou
ii) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention visée au point a), sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétariat du Centre, ci-après dénommé "règlement du mécanisme supplémentaire", si la partie Contractante de l'investisseur ou la partie contractante partie au différend, mais non les deux, est partie à la convention CIRDI ;
b) un arbitre unique ou à un tribunal d'arbitrage ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ; ou
c) une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.
5. a) Le consentement prévu au paragraphe 3, ainsi que le consentement écrit de l'investisseur donné en application du paragraphe 4, sont considérés comme satisfaisant aux exigences suivantes :
i) l'existence d'un consentement écrit des parties à un différend aux fins du chapitre II de la convention CIRDI et du règlement du mécanisme supplémentaire ;

ii) l'existence d'un accord par écrit aux fins de l'article II de la convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958, ci-après dénommée "convention de
New York" ; et
iii) l'existence d'un accord par écrit des parties à un contrat aux fins de l'article 1er du règlement d'arbitrage de la CNUDCI.
b) Tout arbitrage effectué en vertu du présent article se déroule à la demande de l'une des parties au différend dans un Etat qui est partie à la convention de New York. Les réclamations soumises à l'arbitrage conformément aux présentes dispositions sont considérées comme découlant d'une relation ou d'une transaction commerciale aux fins de l'article I de ladite convention.
6. Un tribunal constitué selon les dispositions du paragraphe 4 statue sur les questions litigieuses conformément au présent traité et aux règles et principes applicables de droit international.
7. Un investisseur, autre qu'une personne physique, qui a la nationalité d'une partie contractante partie au différend à la date du consentement écrit visé au paragraphe 4 et qui, avant qu'un différend ne survienne entre lui et cette partie contractante, était contrôlé par les investisseurs d'une autre partie contractante est traité, aux fins de l'article 25 paragraphe 2 point b) de la convention CIRDI, comme un "ressortissant d'une autre partie contractante" et, aux fins de l'article 1er paragraphe 6 du règlement du mécanisme supplémentaire, comme un "ressortissant d'un autre Etat".
8. Les sentences arbitrales, qui peuvent inclure l'attribution d'intérêts, sont définitives et obligatoires pour les parties au différend. Les sentences arbitrales concernant une mesure prise par une administration politique ou une autorité sous-nationale de la partie contractante en litige prévoient que la partie contractante peut payer un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée. Chaque partie contractante exécute ces sentences sans retard et prend des mesures en vue de leur exécution effective dans sa zone. »

في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، وتطبيق إجراءات تسوية أكثر مواتاة، من خلال إدراجهم في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر (الحكومي)، لبند تسوية الذي سيكون وفق مبدأ سلطان الإرادة، وذلك ما قصدته المادة 26/ف3/ج، حتى تجيز للأطراف المتعاقدة بعدم قبول التحكيم الدولي، بمقتضى هذه المعاهدة، واللجوء إلى إجراءات التسوية المتفق عليها[1].

وعموماً يمكن القول أن هناك الكثير من الاتفاقيات متعددة الأطراف التي نصت على اختصاص المركز لتسوية منازعاتها المتعلقة بالاستثمار، كبروتوكول سنة 1994 المتعلق باتفاقية السوق المشتركة لدول أمريكا الجنوبية (**Mercosur**)، اختصاراً للجملة الاسبانية **Mercado Común del Sur** (**السوق المشتركة لبلدان المخروط الجنوبي**)، والتي أبرمت في 26 مارس 1991، وضمت كل من دولة الأرجنتين والبرازيل ولأورغواي والبارغواي[2]، هذه الأخيرة دخلت في إتحاد فيما بينها في بداية 1995، بهدف إنشاء منطقة حرة للتجارة فيما بينها[3]، حيث نصت المادة 09/ف4 من برتوكول 1994 المتعلق ب **Mercosur**، على اختصاص المركز بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأعضاء في الاتفاقية أو التسوية عبر التحكيم الحر وفق قواعد اليونيسترال[4].

والجدير بالذكر كذلك في هذا الإطار المتعلق بالإحالة إلى اختصاص المركز الدولي، وبالرجوع إلى هيئات التحكيم، وقصد توسيع اختصاصها بنظر المنازعة الاستثمارية بين المستثمرين الأجانب والدول، فنجدها تربط اختصاصها من خلال ما يعرف بشرط الدولة الأولى بالرعاية، وشرط المظلة، ومعناه إذا أبرمت دولة ما اتفاقية استثمار ثنائية أو متعددة الأطراف، تشير إلى اختصاص المركز، وكانت اتفاقية سابقة عليها مع دولة أخرى في مجال الاستثمار حتى وإن كانت لا تشير إلى اختصاص المركز صراحة أو ضمناً، فإنه وفقا لشرط الدولة الأولى بالرعاية تستفيد من اختصاص المركز، أما فيما يتعلق بشرط المظلة والذي تتضمنه الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية المباشرة، فإذا تم تطبيقه فإن أي خرق لعقد الاستثمار، يعد خرقاً للاتفاقية، وبالتالي إذا أعطى عقد الاستثمار اختصاص المركز وفق مبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فهل هذا خرقا للاتفاقية، أم لا خاصة إذا كانت الاتفاقية لا تنص على اختصاص المركز مما ينتج عنه إشكالية التناقض بين مبدأ سلطان الإرادة والاتفاقيات الدولية في فض

---

[1] – مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، نيويورك وجونيف، 2004، ص 32، مرجع سبق ذكره.

[2] - Jeswald,.W.Salacuse,The Law of Investment Treaties, Second Edition ,2015, UniversitéOxford,p 111.

[3]- Augusto Durán Martínez "L'Uruguay dans le cadre du MERCOSUR." Revue générale de droit,2017 , p70, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1996 271 (1996): 69–81. DOI : 10.7202/1035841ar, sur le lieu électronique suivant: https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/, visite le: 25-08-2017 à: 20:28.

[4]- RECUEIL DES COURS COLLECTED COURSES OF THE HAGUE, Academy of international law, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, The ague/Boston/London.- « Article 09 specifies that in case the investor chooses international arbitration the dispute my be submited to ICSID- when each contracting stateof the protocol has becom member of additional facility-or to an ad hok arbitral tribunal constitued according to the unictral rules. »

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وبالنسبة للاجتهاد القضائي التحكيمي في هذه المسألة فقد تباينت أحكام التحكيم بين موسع ومضيق لهذه المسألة، لتبقى مسألة جديرة بالدراسة في اعتقادي[1].

رابعاً: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقية ترمس في ظل منظمة التجارة العالمية (OMC)

ظهرت م.ع.ت إلى حيز الوجود في 01 جانفي 1995، حيث تعود جذورها إلى مؤتمر برتون وودز **(Broton woods)** سنة 1944 بالو.م.أ، والذي نجح في إنشاء كل من صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي للانتشاء والتعمير، تحت غطاء البنك الدولي، للإشراف على النظام الاقتصادي العالمي وفي الوقت نفسه حاولت مجموعة من الدول إنشاء هيئة مكملة للهيئتين السابقتين، وذلك لتنظيم شؤون التجارة الدولية، ومعالجة ضعف نمو التجارة العالمية بعد الحرب العالمية الثانية، واستمرت المفاوضات إلى حين انعقاد المؤتمر الدولي للتجارة والتوظف في لندن عام 1946، واستمرت المفاوضات مرورا بجنيف 1947، واختتمت في هافانا مارس 1948، أين تم التوقيع على ميثاق هافانا « **Havana Charter** »، والذي كان يهدف إلى إنشاء اتفاقية ومنظمة للتجارة الدولية، إلا أن هذا الاتفاق فشل، بسبب معارضة الو.م.أ لهذا المشروع بحجة أن تنظيم أوضاع التجارة الدولية يتعارض مع مصالحها، ولكن المفاوضات استمرت إلى غاية 1947، والتي توجت في أكتوبر من نفس السنة وبتوقيع 23 دولة عن ميلاد الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة « GATT »، اختصارا للإنجليزية « **General Agreement on Tariffs and Trade** » ، ودخلت حيز النفاذ في 01 جانفي 1948.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل استمرت جولات الجات، وتم تحت غطائها عقد ثماني جولات من المفاوضات التجارية بين الأطراف المتعاقد، وكانت آخرها جولة أورغواي بمراكش في أبريل 1994، والتي نتج عنها ميلاد منظمة التجارة العالمية لتحل محل الجات بدءا من أول يناير 1995، ليكتمل بذلك النظام الاقتصادي الجديد في شكله المؤسسي: صندوق النقد الدولي، البنك الدولي للإنشاء والتعمير، منظمة العالمية للتجارة[2]، وقد اشتملت اتفاقية الجات لعام 1994، على اتفاقية إنشاء المنظمة التجارية وملاحقها الأربعة، وقد تضمن الملحق الأول ثلاث موضوعات هي:

أ- الاتفاقيات المتعددة الأطراف بشأن التجارة في السلع، وتشمل عدة اتفاقيات من بينها: اتفاق بشأن إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة « **TRIMS** »، وهذا الذي يهمنا في موضوع دراستنا للوقوف آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل اتفاقية ترمس في ظل المنظمة العالمية للتجارة.

ب- الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات.

---

[1]- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، مرجع سبق ذكره، ص ص 360-363.

[2]- بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، دار النعمان للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، من ص ص 10-12، أنظر كذلك:- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 92.

ج- الاتفاقية حول الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية.

- الملحق الثاني: يتضمن مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية النزاعات « **DSB** »- **Dispute Settetment Body.**

الملحق الثالث: يتضمن آلية مراجعة السياسة التجارية

الملحق الرابع: ويتضمن الاتفاقيات عديدة الأطراف ولا تشمل سوى الدول الموقعة عليها، وتشمل: اتفاق التجارة في الطائرات المدنية، اتفاق على المشتريات الحكومية، الاتفاق على منتجات الألبان، الاتفاق على لحوم الأبقار [1].

وعليه، وتأسيسا على ما تقدم سوف نوضح ما المقصود بإجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة، وعلاقة ذلك بالاستثمارات الأجنبية المباشرة، أولا، وثانيا تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل اتفاقية ترمس.

أ: مفهوم تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة:

تناولت جولة الأورغواي كما سبقت الإشارة إليه مسألة الاستثمارات الأجنبية المباشرة من خلال ما سمي باتفاقية إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة، وذلك لوجود علاقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الخارجية، وجاء هذا الاتفاق من منطق الاعتقاد بأن هناك إجراءات استثمارية وشروط معينة تضعها البلدان المضيفة على الاستثمارات الأجنبية التي ترغب العمل في نطاق إقليمها، والتي تؤدي إلى آثار تقييدية ومشوهة للتجارة العالمية، وهو ما ينعكس على حرية التجارة العالمية، فمثل هذه الإجراءات مناقضة لمبادئ الجات، وتعرقل حركة الاستثمارات عبر الحدود، وقد كان هذا اقتراح الدول المتقدمة، وذلك رغبة منها في إزالة العراقيل والمعوقات أمام انسياب الاستثمار الأجنبي المباشر، ودخول الشركات الأجنبية إلى الأسواق المحلية، إلا أن الدول النامية تحفظت على هذا الموضوع على أساس أنه ينقص من سيادتها ويضر بمصالحها الاقتصادية، ويخدم مصالح الدول المتقدمة على حساب الدول النامية وذلك لوجود الشركات المتعددة الجنسيات بالدول المتقدمة[2].

وعموما يمكن القول أنه يقصد بإجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة: تلك اللوائح والقوانين والقواعد والإجراءات التي تنظم التعامل مع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، كمبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الإلغاء العام للقيود الكمية والتي طالبت الدول المتقدمة الدول النامية بإلغائها وإلحاقها باتفاقية الجات.

وبالتالي فإجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة المحظورة طبقاً لاتفاقية تدابير الاستثمار، هي تلك الإجراءات التي لا تتفق مع الالتزام بمبدأ معاملة الاستثمارات الأجنبية بنفس معاملة الاستثمارات الوطنية،أو

---

[1]- بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، مرجع سابق، ص ص 28-30.

[2]- وليد حفاف، الاستثمار الأجنبي المباشر والمنظمة العالمية للتجارة، تحليل وتقييم اتفاقية إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية، مجلة رؤى اقتصادية، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، ع: 11، ديسمبر 2016، ص 24، المجلة موجودة على الموقع الإلكتروني: www.asjp.dz .

أنظر كذلك: عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره ص 159.

مع الالتزام بمبدأ حظر القيود الكمية على الواردات والصادرات، وقد جاء الملحق الخاص باتفاقية ترمس بقائمة توضيحية للتدابير الاستثمارية والتي تعتبر مقيدة لحرية التجارة، وتتلخص في :

1- مبدأ المعاملة الوطنية:

ونصت عليه المادة 2 من اتفاقية ترمس، بحيث منعت الاتفاقية على الدول الأعضاء القيام بتطبيق إجراءات استثمارية متصلة بالتجارة والتي تتعارض مع الالتزام بالمعاملة الوطنية ، حيث اعتبر اشتراط الدولة المضيفة للاستثمار العضو في المنظمة على المشروع الأجنبي شراء واستخدام منتجات محلية بمقادير أو نسب معينة للمكون المحلي في منتجات المشروع يعد إخلالا بمبدأ المعاملة الوطنية المنصوص عليه في المادة (3) من اتفاقية الجات 1994، وهو ما يعبر عنه بشرط المكون المحلي.

كذلك وفيما يخص تقييد استيراد المشروع الاستثماري الأجنبي أو استخدامه لمنتجات مستوردة من الخارج بكمية معينة وفق نسبة معينة تعادل حجم أو قيمة ما يصدره المشروع من منتجات محلية، يعد تقييدا لنفس المبدأ وهو ما يعبر عنه بشرط التوازن التجاري.

2- حظر القيود الكمية:

يحظر الاتفاق كذلك على دول الأعضاء القيام بتطبيق الإجراءات الاستثمارية المرتبطة بالتجارة، إذا كانت تتعارض مع الالتزام بحظر القيود الكمية المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة 11 من اتفاقية الجات لعام 1994، بمعني أن أحكام الاتفاق تضع حداً لسلطات الدول الأعضاء في التوسع في هذه الإجراءات من خلال إلزام الدول الأعضاء بعدم تقييد المستثمر الأجنبي ومشروعه في الدولة المضيفة، وهذه القيود الكمية تشمل:

- تقييد استيراد المشروع الأجنبي لمنتجات تستخدم في إنتاجه المحلي أو ترتبط بهذا الإنتاج عن طريق تقييد حصوله على النقد الأجنبي بمبلغ يتناسب مع قيمة النقد الأجنبي الذي تتدفق عليه في البلد المضيف ويطلق على هذا الإجراء شرط " شرط توازن العملات الأجنبية" والذي يؤدي إلى التقييد الكمي للواردات.

- تقييد قيام المشروع الأجنبي بالتصدير أو البيع من أجل التصدير، سواء كان ذلك محددا بمنتجات معينة بعينها، أو بحجم معين، أو بقيمة الإنتاج المحلي للمشروع، ويترتب على هذا الإجراء التزام المشروع ببيع نسبة معينة من إنتاجه أو حد أدنى منه في السوق المحلي للدولة المضيفة للاستثمار، ويطلق على هذا التدبير شرط حدود التصدير والذي يؤدي إلى التقييد الكمي للصادرات[1].

ولقد حددت اتفاقية ترمس بضرورة التزام الدول الأعضاء بإخطار مجلس التجارة في السلع والذي يحدد المهام والمسؤوليات للجنة الاستثمار المتصلة بالتجارة الدولية في غضون (90) يوما بأية إجراءات تجارية

---

[1]- Amirta Narlikar , The word Trade Organization, A very Short Introduction, Oxford University Press , published, 2005, .124 ص ،2008 ترجمة: عبد الإله الملاح، العبيكان، مطابع المملكة العربية السعودية،

أنظر كذلك: - بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، مرجع سبق ذكره، ص ص 72-73.

- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 171-173.

متعلقة بالاستثمار تكون غير متوافقة مع الاتفاقية، ووجوب إلغاء هذه الإجراءات في فترة أقصاها سنتين بالنسبة للدول المتقدمة وخمس سنوات بالنسبة للدول النامية وسبع سنوات للدول أقل نموا، على أن يبدأ سريانها من 01 جانفي 1995[1].

أي دولة تتخذ تدابير معينة لاحتواء عقد استثمار أجنبي كاشتراط توظيف حد أدنى من عمال الوطنيين على المستثمر الأجنبي تحقيقاً للمصلحة العامة، فهذه الاشتراطات قد تكون منصوص عليها بصفة صريحة أو ضمنية في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، وإذا كان هذا البلد عضو في المنظمة العالمية للتجارة، وجب عليه مراعاة ذلك بحيث لبدا أن تكون هذه الاشتراطات المنصوص عليها في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر متناسقة مع ما ألتزمت به الدولة في إطار المنظمة العالمية للتجارة، لذلك فالدولة المضيفة للاستثمار تفرض شروط في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر تتماشى والتزاماتها الدولية[2].

والجدير بالذكر أن المادة 7 من اتفاق إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة نصت على إنشاء لجنة الاستثمار المتصلة بالتجارة الدولية وذلك من أجل تطبيق الضمانات الموضوعية والإجرائية التي نصت عليهم اتفاقية ترمس، حيث تكون عضويتها مفتوحة لكل الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية هدفها مراقبة سير وتنفيذ الاتفاقية، والقيام بالمسؤوليات والمهام التي يعهد إليها أو يحددها مجلس التجارة في السلع ، وكذا تقديم المساعدة والإشراف على مشاورات الأعضاء الخاصة بإجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة، كما تقوم اللجنة بإعداد تقرير سنوي ترفعه لمجلس التجارة في السلع متضمنا ملاحظتها حول الأمور الخاصة بتنفيذ الاتفاق[3].

ب- تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل اتفاقية ترمس:

إن القيود التي تفرضها الدول المضيفة على الجوانب التجارية المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، تؤدي إلى نشوب منازعات بين الدول الأعضاء في المنظمة لذلك وفي إطار الحفاظ على حرية التجارة الخارجية العالمية جاء الملحق الثاني والذي سبقت الإشارة إليه من اتفاقية منظمة العالمية للتجارة في مذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم النزاعات، وتنظر منظمة العالمية للتجارة في منازعات الاستثمار المتصلة بالتجارة، من خلال جهاز تسوية المنازعات التجارية بين الدول الأعضاء، والذي أنشأ بموجب الاتفاقية السالفة الذكر التي تمخضت عن جولة أورغواي، وهو جهاز مستقل، ويتمتع بسلطة إنشاء فرق التحكيم وإعداد تقارير جهاز الاستئناف، ومراقبة تنفيذ القرارات والتوصيات، وإخطار المجالس واللجان المختصة بتطور المنازعات[4].

---

[1]- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 170.

[2]- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، نيويورك وجونيف، 2004، مرجع سبق ذكره.

[3]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره ، ص 167.

[4]- بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، مرجع سبق ذكره، ص 113.

ولم يكن نظام تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية إلا محصلة تطور كبير بدءاً من اتفاقية الجات لعام 1947، ثم الجات لعام 1994، وصولا إلى المنظمة العالمية للتجارة، هذه الأخيرة استحدثت آلية لتسوية المنازعات في إطارها وتلافت الكثير من العيوب التي كانت تعتري النظام السابق لتسوية منازعات الاستثمار المتصلة بالتجارة، وتتميز هذه الآلية بالسرعة في التطبيق وعدم الوصول إلى طريق مسدود[1].

وقد نصت المادة 7 من اتفاقية ترمس على أنه:" تنطبق أحكام المادتين 22 و23 من اتفاقية الجات لعام 1994، كما أوضحها وطبقها التفاهم حول تسوية المنازعات..."[2].

كما تم وضع نظام لتسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة تحت مسمى جديد عرف بمذكرة التفاهم بشأن القواعد والإجراءات المتعلقة بتسوية المنازعات (D.S.U) اختصارا لي **Understanding on Rules and Procedure Covering The Settlement of Disputes**[3]، حيث أنشئ جهاز تسوية المنازعات (D.S.B) اختصارا لي **Dispute Settelement Body** وذلك بموجب الملحق رقم (2) من اتفاقية منظمة العالمية للتجارة كنظام مؤسسي لتسوية المنازعات التي تثور بصدد تطبيق اتفاقيات التجارة متعددة الأطراف ومنها منازعات الاستثمار المتصلة بالتجارة الدولية[4].

وينطوي نظام تسوية المنازعات الذي أوردته وثيقة التفاهم على تعديل جوهري يختلف عن ذلك الذي كانت تأخذ به اتفاقية الجات لعام 1994، فهو نظام لا يعتمد على الآليات الاختيارية أو الدبلوماسية فقط لتسوية المنازعات مثل ما ورد في المادتين 22 و23 من اتفاقية الجات لعام 1994 ولا على الآليات الإلزامية القضائية فقط، فهو في الحقيقة نظام شبه قضائي وسطي يجمع بين الآليات الدبلوماسية والآليات القضائية[5]، ويعمل جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية وفقا للآليات والمراحل المختلفة التي تمر بها المنازعة وصولا إلى تسويتها وهي تباعاً:

1- مرحلة المشاورات:

وهي المرحلة الأولى لتسوية النزاع التجاري الدولي بصفة عامة والنزاع الناتج عن إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة بصفة خاصة، حيث لا يمكن عرض النزاع على جهاز تسوية المنازعات إلا بعد فشل تسويته عن طريق آلية المشاورات الثنائية[6].

---

[1]- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص ص 47-50.

[2]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 94.

[3]- ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره، ص 127.

[4]- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص 51.

[5]- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق ص 54.

[6]-عادل عبد العزيز علي السن، تسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة بين النظرية والتطبيق، المؤتمر العربي الرابع مستقبل مفاوضات تحرير التجارة في ظل منظمة التجارة العالمية " الفرص والتحديات أمام الدول العربية " بالتعاون مع

ونصت المادة 4 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية النزاعات على أحكام التشاور، حيث يتعين على العضو الذي يقدم إليه الطلب بالتشاور أن يرد عليه خلال (10) أيام من تسلمه، وأن يدخل بحسن نية في عملية التشاور مع العضو مقدم الطلب خلال مدة (30) يوماً بعد تاريخ تسلم الطلب، وفي حالة عدم التزام العضو بالدخول في هذه المشاورات بهدف التوصل إلى تسوية مرضية خلال المدة الزمنية المحددة، فيكون من حق العضو مقدم الطلب أن يلجأ إلى طلب إنشاء فرق التحكيم في غضون 60 يوماً التالية لتسلم طلب التشاور، وعلى العضو الطالب للمشاورات أن يخطر المجلس واللجان ذات الصلة بالمشاورات وبالنتائج المتوصل إليها وفي الحالات الاستعجالية تقلص هذه المدة إلى (20) يوماً بعد تسلم الطلب بالنسبة للسلع السريعة التلف، وعلى أطراف النزاع وفريق التحكيم وجهاز الاستئناف بذل أقصى حد ممكن من جهد بغية تعجيل الإجراءات، وتكون المفاوضات سرية ويجب عدم الإخلال بحقوق أي عضو في أية إجراءات لاحقة[1].

2- المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة:

من بين الآليات الواجب إتباعها لتسوية منازعات الاستثمار المتصلة بالتجارة وفقا لنظام مذكرة التفاهم المتعلقة بقواعد وإجراءات وتسوية المنازعات، نجد الآليات الدبلوماسية الاختيارية والمتمثلة في المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة بخلاف المشاورات فهي إلزامية[2]، وهذا يتماشى مع المبادئ العامة الموجودة في المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة السالف الإشارة إليها آنفاً[3].

وقد حددت المادة 5 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات هذه الوسائل إذ نصت على ما يلي:"

ف 1: المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة إجراءات تتخذ نوعاً إذا وافق على ذلك طرفا النزاع.

ف 2: وتكون إجراءات المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة سرية وبخاصة المواقف التي يتخذها طرفا النزاع خلال هذه الإجراءات، وينبغي ألا تخل بحقوق أي من الطرفين في أية سبل تقاضي أخرى وفق هذه الإجراءات.

وزارة الصناعة والتجارة اليمنية، والمنظمة العربية للتنمية الإدارية ودولة مصر والإمارات – الجمهورية اليمنية – 15-18 فبراير 2009.

[1]- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص ص 55-56.

- ازاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره، ص 129.

- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 95.

- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص 113.

- المادة 4 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار منظمة العالمية للتجارة لعام 1994.

[2]- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 172.

[3]- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 62.

ف 3: يجوز لأي طرف في نزاع أن يطلب المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في أي وقت، ويجوز بدأها في وقت وإنهاؤها في أي وقت، وعند انتهاء إجراءات المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة، يجوز للطرف الشاكي أن ينتقل إلى طلب إنشاء فرق التحكيم.

ف 4: عند الشروع المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في غضون 60 يوماً بعد تاريخ تسلم طلب عقد المشاورات، ينبغي للطرف الشاكي أن يتيح فترة 60 يوماً بعد تاريخ تسلم طلب عقد المشاورات قبل أن يطلب إنشاء فريق تحكيم، ويجوز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق خلال فترة 60 يوماً إذا اعتبر طرفا النزاع معاً أن المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة قد أخفقت في تسوية النزاع"[1].

وباستقراء نصوص وإحكام هذه المادة يلاحظ أن هذه الطرق الودية ليس لها ميعاد محدد للبدا فيها ومباشرتها أو الانتهاء منها، لكن بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من هذه المادة (4)، يلاحظ كذلك أن هذه الطرق لها نفس ميعاد المشاورات الثنائية أي 60 يوما من تاريخ تقديم الطلب من الدولة المتضررة إلى جهاز تسوية المنازعات، وقد تستمر المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة لحل النزاع والتي يقوم بها المدير العام للمنظمة العالمية للتجارة[2] – وإن كان هذا الأمر تعرض للنقد من طرف الفقه حول طبيعة القائم بالتوفيق والذي يستوجب أن يكون لجنة من الخبراء وليس شخص الفرد– حتى ولو فشلت المشاورات الثنائية[3].

3– تشكيل فريق الخبراء:

إذا أخفقت الوسائل الاختيارية المتمثلة في المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة وكذا الإلزامية كالمشاورات خلال 60 يوماً في فض النزاع بين الأطراف، فإنه يمكن تشكيل فريق الخبراء –ما لم يكن هناك توافق بتشكيله– في ظرف 45 يوماً من تقديم الشكوى أمام جهاز تسوية المنازعات حيث يقوم فريق الخبراء بالتقييم الموضوعي للقضية، ويصدر قراره فيها، هذا الأخير يكون قابلا للطعن أمام هيئة الاستئناف[4].

ويتشكل فريق الخبراء من ثلاثة إلى خمسة أشخاص حسب اتفاق أطراف النزاع، يتم اقتراحهم من قبل أمانة منظمة التجارة العالمية، ويصدر توصياته في القضية التي يجب أن تقدم إلى جهاز تسوية المنازعات في مدة ستة أشهر، هذا الأخير الذي له كذلك صلاحية تشكيل فرق التحكيم[5].

4– فرق التحكيم:

إذا فشلت المشاورات أو الطرق الدبلوماسية في حل النزاع، يمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى الوسائل الأخرى شبه قضائية، والمقصود هنا آلية التحكيم التي يرتضيها الأطراف[6]، وفقاً لاتفاقية منظمة التجارة

---

[1]– المادة 5/ف 1، 2، 3، 4، من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة.

[2] - Article 5 paragraphe 7: « Le directeur général poura, dans le cadre de ses fonctions offires fonction offir ses bons offices, sa concibiation ou sa mediation envue d'aider les membres a régler leur differen »

[3]– صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، مرجع سبق ذكره، ص ص 62-66.

[4]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 103.

[5]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره ص 104.

[6]– المادة 25 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

العالمية، والتي رسمت مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية النزاعات قواعدها وإجراءاتها[1]، ويقوم جهاز تسوية المنازعات بهذه العملية، وفق ثلاث مراحل هي:

أ- تكوين فرق التحكيم لحسم المنازعات:

وفي هذا الشأن نصت المادة 06 من مذكرة التفاهم على أنه يجوز أن يطلب الطرف المشتكي (المدعي) تشكيل فريق التحكيم لحسم المنازعة، ويقدم الطلب بتكوين فريق التحكيم مكتوبا أمام جهاز تسوية المنازعات، هذا الأخير قد يقرر عدم تشكيله بتوافق الآراء[2].

ويجب أن يشتمل الطلب المقدم بإنشاء فريق التحكيم جميع البيانات المتعلقة بموضوع النزاع ويبين ما إذا كانت قد عقدت مشاورات، وأن يقدم ملخصاً مختصراً للأساس القانوني للشكوى كافيا لعرض المشكلة بوضوح[3].

ويكون لفريق التحكيم الاختصاصات التالية ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك في غضون 20 يوماً من تشكيله أن يفحص الاتفاق المشمول الذي يستشهد به طرفا النزاع والموضوع المقدم إلى جهاز تسوية المنازعات، بهدف الوصول إلى نتائج تساعده في تقديم التوصيات واقتراح الأحكام المنصوص عليها في ذلك الاتفاق، وفضلاً على هذه الاختصاصات الواردة على سبيل الحصر وفق المادة 7 من مذكرة التفاهم والمتمثلة في فحص النزاع والمساعدة في تقديم الاقتراحات للجهاز الخاص بتسوية المنازعات، هناك اختصاصات يتولى تحديدها مدير جهاز تسوية المنازعات بتفويض من الجهاز نفسه وبالتشاور مع الدول الأطراف في هذا الشأن، وبموافقة طرفا النزاع، وإذا الاتفاق على اختصاصات غير الاختصاصات المعتادة جاز لأي عضو أن يثير أية نقاط بشأنها في هذا الصدد للفت نظر رئيس جهاز تسوية المنازعات في أمور من الممكن يكون قد أغفلها عند تحديده لاختصاصات الفريق الخاص[4].

وتتكون الفرق الخاصة أو فرق التحكيم من أفراد حكوميين أو غير حكوميين مؤهلين وذوي خبرة[5]، يكون عددهم ثلاثة ما لم يتفق طرفا النزاع خلال عشرة أيام من إنشاء فريق التحكيم أن يكون خمسة أشخاص مع إعلام الفريق بسرعة[6].

ب- إجراءات فرق التحكيم لحسم المنازعات:

نصت المادة 12 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية على الإجراءات التي يجب أن تتبعها الفرق الخاصة أو فرق التحكيم، وهي الإجراءات الواردة في الملحق 3 من هذا التفاهم ما لم يقرر الفريق خلاف ذلك بعد التشاور مع طرفي النزاع، وأهم الضوابط التي أوردتها هذه

---

[1]- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص172.

[2]- المادة 6/ف: 1 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 6/ف: 2 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 7/ف: 2 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[5]- المادة 8/ف 1، 2 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[6]- المادة 8/ف 5 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

المادة (12) بشأن إجراءات فرق التحكيم هي: أن يفصل فريق التحكيم بقرار نهائي في المنازعة خلال ستة أشهر من تاريخ الاتفاق على تشكيله وعلى اختصاصاته.

وتكون مداولات الفرق سرية، وعليها وضع التقارير دون حضور أطراف النزاع في ضوء المعلومات والبيانات المقدمة، على أن تدرج الآراء التي يعبر عنها مختلف أعضاء الهيئات في تقرير الفرق دون ذكر أسماء[1].

وفي الحالة الإستعجالية المتعلقة بالسلع السريعة التلف تكون هذه المدة ثلاثة أشهر، ولا يجوز أن تتجاوز الفترة ما بين إنشاء فريق التحكيم وإصدار القرار النهائي تسعة أشهر، على أن يبلغ فريق التحكيم جهاز تسوية المنازعات بأسباب هذا التأخير في إصدار القرار النهائي في المنازعة[2].

ج- اعتماد تقارير الفرق:

ينظر جهاز تسوية المنازعات في اعتماد التقارير بعد مرور عشرون يوماً بعد تعميمها على والأعضاء وذلك لتوفير الوقت الكافي للأعضاء لدراسة التقارير، ويقدم الأعضاء اللذين لديهم اعتراضات على تقرير فريق ما أسبابا مكتوبة تشرح اعتراضاتهم ليجرى تعميمها قبل ما لا يقل عن عشرة أيام من اجتماع الجهاز الذي سينظر خلاله في التقرير.

ولأطراف النزاع الحق في المشاركة الكاملة في دراسة تقرير الفريق، وتسجل وجهات نظارها بالكامل.

ويعتمد الجهاز تقرير الفريق في أحد اجتماعاته خلال ستين يوماً بعد تاريخ تعميم التقرير على الأعضاء، ما لم يخطر أحد الأطراف الجهاز بقراره بتقديم استئناف أو يقرر الفريق بتوافق الآراء عدم اعتماد التقرير.

وإذا أخطر أحد الأطراف الجهاز بقراره بالاستئناف، فإن الجهاز لا ينظر في اعتماد تقرير الفريق إلا بعد استكمال الاستئناف، ولا تخل إجراءات الاعتماد بحق الأعضاء في التعبير عن آرائها بشأن تقرير الفريق[3].

د- مرحلة الاستئناف:

يوجد على مستوى جهاز المنازعات جهاز دائم للاستئناف، ومن مهامه النظر في القضايا المستأنف فيها من الفرق، ويتكون الجهاز من سبعة أعضاء يخصص ثلاثة منهم لكل قضية من القضايا، ويعمل أعضاء جهاز الاستئناف بالتناوب.

ويتكون جهاز الاستئناف من أشخاص مشهود لهم بالمكانة الرفيعة، وبالخبرة الراسخة في مجال القانون والتجارة الدولية، وموضوع الاتفاقات المشمولة عموماً، ويجب ألا يكونوا تابعين لأي حكومة من الحكومات[1].

---

[1]- المادة 14 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 12 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

- الملحق رقم: 03 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 16 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

و – مرحلة تنفيذ التوصيات والقرارات:

يراقب جهاز تسوية المنازعات تنفيذ التوصيات والقرارات التي تتوصل إليها الفرق الخاصة أو فرق التحكيم أو جهاز الاستئناف[2]، وإذا أخفق العضو المشتكي منه في الامتثال للتوصيات والقرارات خلال مدة زمنية معينة، فيجب على هذا العضو الدخول في مفاوضات مع العضو الشاكي بهدف التوصل إلى تعويض مقبول للطرفين، وإذا لم يتم الاتفاق على تعويض مرضي خلال 20 يوماً بعد انقضاء الفترة الزمنية المعقولة جاز للطرف الشاكي أن يرفع أمره إلى جهاز تسوية المنازعات يطلب فيه تعليق الحقوق بالنسبة للطرف المشتكي منه وذلك بموجب الاتفاقات[3].

واخيراً يمكن الاستنتاج أن إجراءات تسوية المنازعات في ظل اتفاقية ترمس المنبثقة عن المنظمة العالمية للتجارة تكون وفق ما ورد في مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات، وتتم عبر عدة آليات منها: الآليات الدبلوماسية الإلزامية كالمشاورات والاختيارية كالاستعانة بالوساطة والمساعي الودية والتوفيق، وفي حالة فشل الوسائل الدبلوماسية الإلزامية يتم اللجوء إلى الوسائل الشبه قضائية والمتمثلة في عرض النزاع المتعلق بالاستثمار على الفرق الخاصة أو فرق التحكيم، هذه الأخيرة تكون قراراتها قابلة للاستئناف أمام جهاز الاستئناف الموجود على مستوى جهاز تسوية المنازعات، هذا الأخير كذلك يعمل على إقرار التوصيات والقرارات التي يتوصل إليها الفريق الخاص أو جهاز الاستئناف، قصد تنفيذها.

كما أجازت المادة 25 من مذكرة التفاهم آلية أخرى بديلة عن الآليات الأخرى هن عرفت بآلية التحكيم السريع في إطار المنظمة العالمية للتجارة وذلك بالتراضي بين أطراف النزاع ومع إخطار جهاز تسوية المنازعات باتفاق التحكيم وبالأحكام الصادرة في إطاره[4].

---

[1]– المادة 17 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[2]– المادة 21 من مذكرة التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 22 من اتفاقية التفاهم، مرجع سبق ذكره.

[4]– أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مرجع سبق ذكره، ص 130.

الفصل الثاني:

آلية التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي وما تقرره أغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار إلى اعتماد آلية نظام التحكيم الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، نظراً لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه[1].

وقد تعددت التعريفات المختلفة للتحكيم بصفة عامة سواء الفقهية أو القضائية أو التشريعية[2]، واهتمت به الدول كافة، ونصت عليه في أنظمتها الداخلية، على غرار المجتمع الدولي، حيث ابرمت عدة اتفاقيات خاصة بالتحكيم، وبوجه خاص الاتفاقيات الخاصة بمنازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة، خاصة تلك المنشئة لمراكز التحكيم الدولية[3].

والجدير بالذكر أن التحكيم يلعب دوراً أساسيا في حل النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وذلك في حالة نقض أحد الأطراف (الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة أو المستثمر الأجنبي الخاص شخص معنوي أو طبيعي) لالتزاماته التعاقدية، أو في حالة وجود خلافات حول تطبيق أحكام عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا الاتفاقيات الدولية خاصة تلك المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية.

وبخصوص الجزائر وفي إطار سياستها الاقتصادية التي كانت تنتهجها وكذا الانتقال من الاقتصاد الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر، والعمل على جذب رؤوس الأموال الأجنبية، فنجد في هذا الإطار أن قانون ترقية الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 وبموجب المادة 24 منه قد أعطى ضماناً قضائياً للمستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لتسوية المنازعات المتعلقة به عن طريق التحكيم الدولي، هذا الأخير الذي عرف تطورا في الجزائر، منذ أول قانون للاستثمارات سنة 1963 إلى غاية آخر قانون سنة 2016.

وقد زاد الإهتمام بهذه الآلية في ظل مناخ العولمة الإقتصادية والسهولة التي صاحبت حركة انتقال الاموال بين الدول، خاصة من دول العالم المتقدم إلى دول العالم النامي[4]، وأصبح التحكيم الوسيلة المقبولة التي تلجأ إليها أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لما له في ذلك من مبررات وخصائص وضمانة لحقوق الأطراف في العقد ومبادئ تضمن فعاليته[5].

---

[1]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 338.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 346.

[3]- عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مرجع سبق ذكره، ص 116.

[4]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، مرجع سبق ذكره، ص 52.

[5]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 163.

ولهذا سوف نتناول في هذا الفصل: ماهية التحكيم التجاري الدولي **(المبحث الأول)**، ثم إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر **(المبحث الثاني)**.

المبحث الاول:

ماهية التحكيم التجاري الدولي

أدت الظروف المحيطة بالاليات الداخلية لفض المنازعات خاصة في الدول المضيفة للاستثمارات، وضعف ثقة المستثمرين الأجانب واستحالة ظهور الفرد بصفته الشخصية أمام المحاكم القضائية الدولية التي لا يقف أمامها إلا الدول، إضافة إلى إستحالة مثول الدولة في نزاع مع أحد المستثمرين الأجانب على أرضها أمام قضاء دولة أجنبية لما يمثله ذلك من مساس لحصانتها القضائية، إلى اقتناع المستثمر الأجنبي بأن التحكيم الدولي هو الوسيلة الوحيدة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة لاستثماراته، لما تتصفه به هذه الآلية من مزايا، ونظرا لأهمية التحكيم التجاري الدولي في فض منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، فإن الأمر يوجب علينا إلقاء الضوء على الكثير من المسائل والأفكار التي تتعلق بنظام التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من حيث مفهومه ومبررات اللجوء إليه في هذا النوع من المنازعات **(المطلب الأول)**، وكذا المبادئ اللازمة التي تضمن فعاليته في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والقانون الواجب التطبيق عليه **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

لقد تعددت التعاريفات التي عرف بها الفقهاء والباحثون والقانون الوضعي التحكيم، وذهبوا في ذلك إلى مفاهيم تكاد تكون متقاربة من حيث اعتباره وسيلة استثنائية يلجأ إليها المتعاقدان لحل خصوماتهم وذلك باللجوء إلى اشخاص يختارونهم بعيداً عن المحاكم[1].

كما تباينت الأراء الفقهية بشأن طبيعته القانونية، ذلك أن عملية التحكيم تبدأ اعتبار من تاريخ الاتفاق عليه وتنتهي بصدور الحكم وطلب تنفيذه وعليه فالتحكيم نظام اتفاقي في نشاته وقضائي في وظيفته، والذي يتخذ عدة صور وأنواع[2]، **(الفرع الأول: تعريف التحكيم الدولي وطبيعته القانونية صوره وأنواعه)**.

ويفضل عادة أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مثل عقود امتياز البترول وعقود الاشغال العامة وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها، الالتجاء إلى التحكيم الدولي لفض منازعاتهم لعدة مبررات وأسباب تتماشى وطبيعة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر[3]، حيث تختلف هذه الآلية عن الآليات البديلة الأخرى لتسوية

---

[1]– ايناس هاشم رشيد، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، ع: 1، 2015، ص 273.

[2]– ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سابق، ص ص 26–32.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، 350.

وتجدر الاشارة في هذا الإطار أنه لم تكون هناك تفرقة بين التحكيم الداخلي والدولي قديما شأن ذلك شأن عدم التفرقة بين العقود الوطنية والأجنبية، لكن بفعل تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتشابك العلاقات الدولية، وما اصبح يعانيه القضاء العادي في مجال المنازعة الدولية الاقتصادية من بطئ وتعقيدات في فضها، أدى ذلك كله إلى اللجوء إلى التحكيم خاصة في

المنازعات بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، كالخبرة والصلح والوكالة والتوفيق وحتى القضاء[1]،**(الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتمييزه عن غيره من الطرق البديلة لتسوية النزاعات)**

الفرع الأول: تعريف التحكيم الدولي، طبيعته القانونية، صوره وأنواعه

نستعرض في هذا الفرع مختلف التعريفات المعطاة للتحكيم بصفة عامة، للوقوف على طبيعته القانونية، مع عرض مختلف الصور التي يمكن أن يتخذها وكذا وأنواعه، على النحو الآتي:

أولاً: تعريف التحكيم الدولي

لا يوجد تعريف جامع مانع للتحكيم الدولي[2]، فقد تعددت التعريفات المختلفة المعطاة للتحكيم بصفة عامة وذلك بتعدد أنواعه وصوره والمجالات التي يمكن أن يستخدم فيها كآلية لتسوية المنازعة ومنها المنازعة الإقتصادية بصفة عامة والمنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، وكذا المصادر التي يمكن أن يستنبط منها أحكامه، سواء من طرف الفقه العربي أو الفقه الغربي أو من طرف التشريع الوطني والدولي والقضاء، وحتى الاسلام، وعلى هذا الأساس سوف نتناول تعريف التحكيم من جميع هذه الزوايا مع الإشارة إلى تطوره عبر العصور التاريخية وبالأخص في مجال الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

فالتحكيم في اللغة: كلمة" التحكيم" هي المصدر من الفعل حكم ويحكم ويقال أحكمه فاستحكمه أي صار محكما، والحكم بفتحتين الحاكم، وحكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه في ذلك.

فالتحكيم مصدر حكم – بتشديد الكاف مع الفتح– يقال حكمت فلانا في مالي تحكيماً، إذاً فوضت إليه الحكم فيه فاحتكم علي في ذلك، وأستحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه.

العلاقات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها أجنبياً سواء شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ولضمان حقوق هذا الطرف من عدم خضوع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وخوفا من الانحياز إلى جانبها، فقد برز التحكيم الدولي في مجال فض منازعات العقود الدولية إلى جانب التحكيم الداخلي وذلك لتفادي مسألة الإختصاص القضائي والتشريعي في حل منازعات ومشاكل هذا العقد نظرا لطبيعته المعقدة. أنظر: عمر الفلاح العطين، ريزان حمود، اتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، ع: 08، جوان 2015، ص ص 10–11.

– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 165.

[1]– أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الكتب والوقائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2014، ص 42.

[2]– جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع: 11 جوان 2017، ص 603.

– انظر كذلك:– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 449.

ويقول ابن منظور في لسان العرب: الحكم: مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي قضي، وحكم له وحكم عليه، والحكم والحكيم هما بمعنى الحاكم، وهو القاضي، والحكيم تطلق على من يحسن دقائق الصناعات ويتقنها، والحاكم منفذ الحكم والجمع حكام، وحكموه بينهم: أمروه أن يحكم ويقال: حكمنا فلاناً فيما بيننا اي أجزنا حكمه بيننا[1].

وفي معجم:" الصحاح "يرد التعريف القانوني لكلمة "**Arbitrage**" الفرنسية والتي تعني التحكيم على الشكل التالي:"هو الفصل في نزاع قائم بين دولتين أو أكثر بقرار ملزم يصدر من أشخاص أو هيئة اتفق أطراف النزاع على تعيينهم أو تعيينها لاداء هذه المهمة"[2].

وعلى الصعيد الفقهي العربي، فيعرفه ابرهيم شحاته بأنه: " إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب الأطراف في النزاع"[3]، وتعرفه الدكتوراه حفيظة السيد حداد بأنه:" ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعة الناشئة بينهما أو المحتمل نشوءها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعة تتعلق بمصالح التجارة الدولية"[4]، ومن الفقه العربي كذلك من اعتبر التحكيم بأنه:" الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم المحكمين دون اللجوء إلى القضاء"[5]، ويعرف كذلك الفقه الغربي التحكيم، حيث يرى الدكتور أنطوان قسيس أن التحكيم هو: "الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو أشخاص معينين يفصلون فيها بدلا من أن يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة"[6]، ومن الفقه الغربي كذلك من يعرف التحكيم بأنه:" آلية لتسوية المنازعات في العقود وغيرها من التصرفات القانونية، لا سيما مع وجود العنصر الأجنبي في العلاقة، كما عرفه البعض بأنه"عبارة عن اعطاء سلطة للمحكمين مستمدة من اتفاق الأطراف للفصل في النزاع بين أطراف في علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية"[7].

---

[1]– أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 23.

[2]– كمال عبد العزيز ناجي، دور المنظمات الدولية في تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، سلسلة اطروحات دكتوراه (68)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 1، 2007، ص 48.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 346.

[4]– حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات حلبي الحقوقية، ط 1، 2004، ص 117.

أنظر كذلك:– شعران فاطمة، اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بتيسمسيلت، ع: 2، 2016، ص 11.

[5] – هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سبق ذكره، ص 46.

[6]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 346.

[7]– هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سبق ذكره، ص47، كما عرفه الاستاذ: Philippe Fouchard بأنه:" اتفاق الأطراف على عرض منازعتهم لللفصل فيها على هيئة خاصة هم اللذين يختارونها" انظر في ذلك: Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de l’arbitrage Comercial international, Litec , 1996, no, 7 ,p11.

وعلى الصعيد القضائي: فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه:"طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالاصول الاساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"

وأيضاً عرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه:"طريق استثنائي لفض المنازعات، ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة ان لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم"[(1)].

وعرفت محكمة استئناف باريس التحكيم بأنه: "طريق إرادي لفض النزاع بين إدعاءات الخصوم المتعارضة"[(2)].

كما خضع التحكيم للتعريف على صعيد التشريعات الوطنية والدولية، فعلى المستوى الوطني فقد تصدى قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994 لتحديد المقصود بالتحكيم على أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم التجاري الدولي الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة ولو كان أحدهما أو كلاهما من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك"[(3)].

أما المشرع الفرنسي فقام بتعديل أحكام بتعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم رقم : 354 لعام 1980 المتعلق بالتحكيم الداخلي ، والمرسوم رقم: 500 لعام 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي ، وأخيراً المرسوم رقم : 2011/48 المؤرخ في 2011/01/13 بشأن إصلاح التحكيم[(4)]، وقام بتخصيص التحكيم الدولي بأحكام خاصة إلى جانب الأحكام العامة للتحكيم، مبرزاً التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي[(5)]، مع العلم أن قبل هذا ذهب قانون التحكيم الفرنسي رقم: 04 لسنة 1993 إلى أن التحكيم هو إتفاق

---

[1]– ابراهيم اسماعيل ابراهيم الربيعي، ماهر محسن عبود الخيكاني، التحكيم ضمانة اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة)، جامعة بابل، العراق، ورقة بحثية على الموقع الالكتروني:www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/publication_view.aspx?fid=7&pubid=3، تاريخ التصفح: 08–22–2018، الساعة:19–11، ص 5.

[2]- أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 30.

[3]– عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، طبقاً للقانون رقم: 27 لسنة 1994، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1995، ص ص 23–24، – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 347.

[4]– المرسوم رقم : 48/2011 المؤرخ في 2011/01/13 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية www.justice.gouv.fr ، أنظر كذلك: مجلة التحكيم العربية، بيروت، لبنان، سنة 2010 ، العدد 7 ، ص 745..

[5] - Mohand Issaad , la nouvelle loi algérienne sur l’arbitrage internationale , Revue , arbitrage , Comité francaise ,Paris,France,No: 3 , 2008 ,p 3 .

إتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية"[1].

ولقد تأثرت الجزائر بالتشريع الفرنسي ، حيث نظمت التحكيم التجاري الدولي بأحكام خاصة إلى جانب الأحكام العامة للتحكيم الداخلي، و هذا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، حيث شكل الفصل السادس المعنون ب : **في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي** ، تطوراً نوعياً في مجال التحكيم الدولي في التشريع الجزائري مسايراً التشريعات المقارنة الوطنية و الدولية[2].

وعلى المستوى الدولي نصت المادة 7/ف1 على أن من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال على ان "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

وعلى المستوى الدولي فقد عرف نظام التحكيم سواء في إطار القانون الدولي العام أو في إطار العلاقات الإقتصادية الدولية تطوراً ملحوظاً هاماً بإعتباره من الوسائل السلمية لتسوية المنازعات الدولية المختلفة[3].

---

[1]– أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 31.

[2]– عرف المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93 الي نصت على أنه:" يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن احد الطرفين على الاقل في الخارج" هذا المرسوم الذي الغي بموجب القانون 08–09 لتوسيع مفهوم التحكيم التجاري الدولي ودوليته ليشمل المنازعة الإقتصادية الدولية وذلك بموجب القانون 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1039 منه على انه:" يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية"، كما عرف المشرع الجزائري اتفاق التحكيم في المادة 1011 من ق.إ.م.إ.ج بأنه:"الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم" أنظر: المرسوم التشريعي رقم: 93–09 المؤرخ في 1994/04/25 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية امر 154/66 الملغى، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 27 المؤرخة في 1993/04/27، والقانون رقم: 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 21 المؤرخة في 2008/04/22، مرجع سبق ذكره.

[3]– ظهر مصطلح التحكيم التجاري الدولي لاول مرة في اتفاقية جنيف لعام 1961، وتطور بعد الحرب العالمية الأولى بعد الآثار التي خلفتها هذه الأخيرة، كفقدان الثقة في ميدان التجارة الدولية وتخوف أصحاب المشروعات الخاصة من الانطلاق في أنشطة إقتصادية جديدة، الامر الذي أدى بالمجتمع الدولي لإقتراح إنشاء غرفة للتجارة الدولية في مؤتمر فرساي للسلام الذي وضع ميثاق عصبة الأمم المتحدة وانشئ المحكمة الدائمة للعدل الدولي، وهو ماتم فعلا، حيث تم تأسيس هذه العرفة بباريس على أن ينشأ داخلها مركزاً للتحكيم يعمل على حل المنازعات في ميدان التجارة الدولية والمعاملات الدولية الخصة، وظل الاهتمام بهذا الموضوع من طرف الغرفة، لغاية صدور برتكول جونيف لعام 1923 تحت رعاية عصبة الأمم بشأن شروط ومشارطات التحكيم في المعاملات الدولية الخاصة، غير أن هذا البرتوكول وجه مشكلة تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية، حيث لم ينص على إلزام الدول المتعاقدة بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في المنازعة، الأمر الذي أدى بالغرفة إلى التدخل من جديد لسد هذا النقص، وهو ماتم من خلال برتوكول جنيف لعام 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وتحت رعاية

ولهذا فالتحكيم الدولي المقصود هنا هو التحكيم التجاري الدولي في إطار العلاقات الدولية الإقتصادية الخاصة وبالاخص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين دولة ذات سيادة او أحد الأشخاص العامة التابعة لها والمستثمر الأجنبي الخاص شخصاً طبيعيا كان او معنويا، وليس المقصود، التحكيم بين أشخاص المجتمع الدولي من دول ومنظمات والذي يتم في في إطار القانون الدولي العام[1].

ومما تقدم من تعريفات مختلفة للتحكيم، نستنتج أن التحكيم هو عبارة عن اتفاق يشبه العقد المبرم بين الطرفين، وينتهي بصدور حكم يشبه الحكم القضائي الذي يصدر في المنازعة القضائية، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث في الطبيعة القانونية للتحكيم.

ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم

إن التحكيم بصفة عامة يتكون من عمليتين، الأولى هي اتفاق يبرمه طرفا النزاع، أي أن نظام التحكيم عموماً يقوم على مبدأ الرضائية، ويستوجب اللجوء إليه اتفاق الطرفين المتنازعين على ذلك، وإلا تعذر عرض النزاع على محكمة التحكيم، والعملية الثانية هي الحكم الصادر عن هيئة التحكيم والذي يتمتع بحجية الامر المقضي فيه شانه شان الحكم القضائي، ومن هنا تعددت النظريات التي تبحث في طبيعة التحكيم كالنظرية العقدية والنظرية القضائية والنظرية المختلطة[2].

أ-النظرية العقدية: ترى هذه النظرية التي آتى بها جانب من الفقه أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية حيث أنه يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة كما أن مصدر سلطة هيئة التحكيم هو إرادة الخصوم ورضائهم عن التحكيم وما يصدر عنه من احكام، وبالتالي فجوهر النظرية العقدية هو العقد أو الاتفاق الذي ينشأ عنه هذا

عصبة الأمم، والذي انضمت إليه مختلف الدول، غير أنه وبفعل التطورات التي عرفها العالم بفعل الحرب العالمية الثانية، وعدم إنضمام القوى العالمية لكلا الاتفاقيتين، تم إعداد لإتفاقية أخرى وبمشاركة عرفة التجارة الدولية لباريس والتي تبنها المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة، عرفت بإتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي اعتبرت بمثابة الاتفاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث مهدت الطريق لظهور اتفاقيات أخرى على المستوى الإقليمي والدولي، مثل اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لعام 1965، وصولاً إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته اجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونيسترال في 1985/06/21، والذي استمدت منه مختلف التشريعات الوطنية المقارنة قواعد التحكيم. (- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص ص 458-459).

[1]- كمال عبد العزيز ناجي، دور المنظمات الدولية في تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، مرجع سبق ذكره ص 49.

[2]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 330-331.

- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص 451.

- بن صغير عبد المؤمن، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة-واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية على الموقع: www.majalah.new.ma ص 154.

النظام والذي يسمى بإتفاق التحكيم[1]، غير أن هذه النظرية تعرضت للنقد في كون أنها أبرزت دور الإرادة في الاتفاق على التحكيم واهملت دور المحكم الذي يشبه دور القاضي[2]، ومن هنا النظرية القضائية.

ب-النظرية القضائية: تقوم هذه النظرية على أساس مستمد من اصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم والتي هي ذاتها الوظيفة التي يقوم بها القضاء، بحيث المحكم يقوم بنظر النزاع المعروض أمامه على المراحل نفسها التي تتم أمام القضاء، كما يستجمع التحكيم كل عناصر العمل القضائي من اداعاء ومنازعة، كما أن حكم المحكم يتشابه مع حكم القضاء من حيث الشكل والمضمون والآثار، وطرق الطعن فيه[3]، وعلى هذا الأساس نجد التحكيم له طبيعة قضائية على غرار الطبيعة الرضائية.

جـ-النظرية المختلطة: تجمع هذه النظرية بين الصفتان اللتان يتميز بهما نظام التحكيم، التعاقدية والقضائية، فالأولى يدخل فيها كل ما يتعلق بالإرادة ودورها في انشائه وترتيب آثاره، والثانية فتبتدئ من اللحظة التي تبتدأ فيها إجراءات التحكيم وصولا إلى حكم المحكم، لذلك فالتحكيم في الحقيقة ذو طبيعة مختلطة عقدية وقضائية فهو في أوله اتفاق ووسطه إجراء وفي آخره حكم[4].

د- النظرية المستقلة: يرى أنصار هذه النظرية أن اتفاق التحكيم هو ذو طبيعة خاصة ومستقلة عن أحكام القضاء وعن مختلف العقود على أساس العقد لا يمثل جوهر التحكيم بدليل أنه غير موجود في التحكيم الإجباري، كما أن المحكمين لا يتم تعيينهم دائماً وفق مبدأ سلطان الإرادة فأحيانا يتم تعيينهم بواسطة المنظمات ومراكز التحكيم الدائمة التي تلجأ إليها أطراف النزاع من جهة ولا يمكن وصفه بالطبيعة القضائية، لإختلافه عن القضاء في طبيعته وبنيانه الداخلي وإجراءاته، والقول أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة يعد هروبا من تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم فلا يمكن اعتبار التحكيم تحكمه القواعد المنظمة للعقود والقواعد المنظمة للقضاء في وقت واحد، لهذا فالتحكيم ذو طبيعة مستقلة وخاصة[5].

---

[1]- هناك اتفاق عام فيما يخص الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها في اتفاق التحكيم، وهو ينبغي أن يتوفر في اتفاق التحكيم، ما يجب أن يتوفر في أي عقد من اركان وشروط، من إيجاب وقبول وأهلية ومحل وسبب وفقاً للقواعد العامة في العقود، وأن يكون مكتوبا، ويكون كذلك بعدة طرق منها الاتفاق التقليدي الأكثر شيوعا في الحياة العملية، وفيه يوقع الطرفان على الإتفاق بصورة مستقلة، أو يوقعان على العقد موضوع العلاقة الأصلية، المتضمن شرط التحكيم لحل النزاعات التي قد تثور بين المتعاقدين (- أنظر عمر سعد الله ، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سبق ذكره ص 274).

[2]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص 451.

[3]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 331.

- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره ص 352.

[4]- رواء يونس محمود، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 332.

- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 354.

[5]- عقبة خصراوي، قوانين التحكيم في الدول العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2014، ص 28.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يشير بصفة صريحة للطبيعة القضائية للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدرية خاصة في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدول، لكن بالرجوع إلى نص المادة 458 من نفس القانون فيستفاد أنه أخذ بطبيعة القضائية من خلال عبارة " تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع..."[1].

كذلك تباين الفقه والتشريع المقارن والقضاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم ويظهر ذلك من خلال موقف التشريع والقضاء المصري مثلاً، حيث اعتبر قانون المرفعات المصري قبل تعديله وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 التحكيم ذو طبيعة عقدية، في حين اعتبر القضاء المصري التحكيم ذو طبيعة قضائية، كذلك نفس التباين والاختلاف والتذبذب في موقف المشرع والقضاء الفرنسي، حيث أن قانون الإجراءات المدنية لعام 2011 الفرنسي وبموجب المادة 1477 يرى أن اتفاق التحكيم عقد تحكمه القواعد المدني، وأكد هذا الرأي القضاء الفرنسي سواء كان حكم التحكيم صدر في فرنسا أو خارجها، ولا يصبح حكما قضائيا، حتى ولوتدخل القضاء لإصباغ عليه القوة التنفيذية، غير ان موقف القضاء الفرنسي تغير بعد ذلك وأصدر حكماً مغايراً من طرف محكمة النقض الفرنسية يعتبر فيه التحكيم ذو طبيعة قضائية، وتقول هذه الأخيرة: "ان اطراف الخصومة بإلتجائهم إلى التحكيم إنما يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير (المحكم) سلطة قضائية، فالتحكيم يعد قضاءا اساسيا يكون للمحكمين فيه سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها الخصوم عليهم[2].

ونخلص مما سبق عدم وضوح الرؤية حول الطبيعة القانونية للتحكيم وصعوبة وضع معيار واحد يمكن على أساسه تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بالرغم من اعتباره ذو طابع خاص وله ذاتية مستقلة والذي تتعدد صوره.

ثالثاً: صور اتفاق التحكيم وشروطه في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يتخذ اتفاق التحكيم **La Convention Arbitrale** في عقود الاستثمار الأجنبي ثلاث صور هي: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وشرط التحكيم بالإحالة، فقد ذهب جانب من الفقه – في إطار تعريف شرط التحكيم**Clause Compormissoir**– إلى أنه: "اتفاق وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور مستقبلاً بين المتعاقدين"[3]، وعرفه آخر بانه: اتفاق بين طرفين على ما قد ينشأ بينهم من نزاع بشان علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم"، ويرد شرط التحكيم

[1]– عقبة خصراوي، قوانين التحكيم في الدول العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مرجع سابق، ص 29.

[2]– فارس محمد عمران، موسوعة الفارس، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط 2، 2015، ص ص 30–45.

[3]– عبد الوهاب عجيري، شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، الجزائر، 2013–2014.

في ذات العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقداً مدنياً أو تجارياً او إداريا، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو حول تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم[1].

وقد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم إجراءات التحكيم من حيث تشكيل المحكمة واختيار هيئة التحكيم وتحديد موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد الجلسات، والمواعيد وكيفية إصدار القرار التحكيمي، كما قد يرد شرط التحكيم عاما يشمل كل النزاعات المتعلقة بالتفسير أو تنفيذ العقد أوخاصا إذا كانت الاحالة إلى التحكيم على بعض المسائل أو موضوعات دون غيرها.

وقد نص المشرع الجزائري على شرط التحكيم في نص المادة 1007 من 08-09 المتضمن ق.إ.م.إ.ج، على غرار التشريعات الأخرى إذ نصت على أنه:" شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"[2].

ومن تطبيقات شرط التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر كعقود البترول نذكر العقد المبرم بين الحكومة العربية السعودية وشركة ستاندرد اويل، على أنه إذا نشأ نزاع بين الحكومة والشركة في تفسير العقد أو تنفيذه أو فيما له علاقة به، أو في حقوق أحد الطرفين او أحد التزاماته، وعجز الطرفان عن تسويتها ودياً، فإن الخلاف يطرح على التحكيم...،[3]، كذلك ما نصت عليه اتفاقية البترول المعقودة سنة 1932 بين الحكومة العراقية وشركة استثمار النفط البريطانية المحدودة على أنه إذا نشأ في خلال هذا الاتفاق أو تنفيذه أو تفسير شيئ منه أو تنفيذه أو فيما له علاقة به أو في حقوق أحد الطرفين أو إلتزاماته فعجزا عن الاتفاق على تسوية ذلك بطريقة أخرى، يحال النزاع إلى التحكيم...[4]،

أما مشارطة التحكيم **Compormis** والتي تسمى بوثيقة التحكيم الخاصة، فقد عرفها جانب من الفقه انها ذلك الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائم بالفعل، عرض هذا النزاع على محكم او محكمين يختاره هؤلاء الأطراف لحسم النزاع[5]، بمعنى أن مشارطة التحكيم هي اتفاق مستقل عن العقد، والذي يبرم بعد نشوب النزاع، وبمفهوم آخر أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في الصورة الأولى يكون بالنسبة

---

[1]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 347.

[2]- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 15.

[3]- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، نموذج العقد النفطي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2008، ص 263.

[4]- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، نموذج العقد النفطي، مرجع سابق، ص 264.

[5]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص 353.

للمنازعات التي ستنشأ عن العقد مستقبلاً، أما في الصورة الثانية فالاتفاق ينصب على النزاع الذي نشأ عن العقد[1].

وتجدر الاشارة أن معظم التشريعات الوطنية بما فيها التشريعات الوطنية الخاصة بالاستثمارات، أوتلك الخاصة بنظام التحكيم كتشريع مستقل، او ضمن قانون المرافعات، وكذا الاتفاقيات الدولية خاصة المتعلقة بالتنمية الاقتصادية تجيز الاتفاق (اتفاق التحكيم) طبقاً للصورتين الآنفتي الذكر فضلاً على نص عقود الاستثمار الاجنبي المباشر المختلفة، كعقود الامتياز للبترول ومختلف العقود الدولية مثل: عقود التوريد، والانشاءات الصناعية والمقاولات، والنقل، والعقود الخاصة بالاستثمارات....الخ على شرط التحكيم[2].

وقد أشار المشرع الجزائري إلى مشارطة التحكيم بموجب المادة 1040 /ف1 اذ نصت على أنه:" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلة"[3].

ومن التشريعات التي اعدت بشرط التحكيم كذلك نجد نظام التحكيم السعودي، القانون الكويتي، وقانون التحكيم المصري، والقانون الجزائري، ونظام التحكيم السعودي، والقانون الفرنسي،....الخ

وقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال في الفقرة الأولى من المادة 7 كما سبقت الاشارة إليه، وتحت عنوان تعريف اتفاق التحكيم وشكلة على صورتي التحكيم شرطاً كان أو مشارطة على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشات أو قد تنشا بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"[4].

أما شرط التحكيم بالإحالة وهي الصورة المعاصرة لاتفاق التحكيم ونقصد به إشارة المتعاقدين في عقد من العقود أو في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى (عقد سابق بينهما أو عقد نموذجي) تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد وذلك لتكملة النقص أو سد الثغرات التي تعتري عقدهم الأصلي، وفي هذه الحالة ينسحب أثر هذا البند أو الشرط الذي يتضمنه العقد السابق أو العقد التموذجي والذي يقضي بتسوية المنازعات التي تنشأ عنه بواسطة التحكيم إلى العقد الاصلي ويلتزم الاطراف به، وقد حكم القضاء الفرنسي بصحة شرط التحكيم بالاحالة في عقد المقاولة من الباطن إلى العقد الاصلي المبرم بين المقاول الرئيسي

---

[1]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط، 2006، ص 109.

[2]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 422.

– بن صغير عبد المؤمن، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة–واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مرجع سبق ذكره، ص 155.

[3]– المادة 1040/ف1 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08–09، مرجع سبق ذكره.

[4]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 110.

والمقاول من الباطن.، كذلك نجد تطبيق لذلك في بعض العقود الدولية كعقود الفديك وعقود نقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية والتي تضمنت شرط التحكيم بالاحالة[1]، كما نص القانون التموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة7 على شرط التحكيم بالإحالة فضلا عن التشريعات المتعلقة بالتحكيم كقانون التحكيم الأردني لعام 2001 في المادة 10/ف (ب) وقانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994[2].

اما عن الشروط الشكلية والموضوعية لإتفاق التحكيم، فإنه يلزم لنفاذه توافر أركان وشروط من رضاء صحيح غير مشيب باي عيب من عيوب الرضا ومحل وسبب مشروعان، فضلاً عن الأهلية في الإيجاب والقبول، ذلك أن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مثل: عقود البترول أو عقود نقل التكنولوجيا وغيرها من العقود التي تتم بين الدولة كشخص معنوي عام والمؤسسة التابعة لها و المستثمر الأجنبي طبيعي أو معتوي كالشركة الأجتبية الخاصة المستثمرة، فيجب أن كلاهما أن تتوافر فيهما الأهلية، حيث ان عدم توافر الأهلية في الأطراف أو نقصها يؤدي إلى اعتبار شرط التحكيم باطلاً أو قابلا للأبطال ومن ثمة بطلان اتفاقية التحكيم[3].

---

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2012، ص ص 55–56.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 216–217.

[3]– وفي مجال الاهلية فقد أقرت معظم الاتفاقيات الدولية خضوع أهلية التحكيم في العلاقات القانونية للقانون الشخصي سواء كان قانون الموطن أو قانون الجنسية، وبخصوص اهلية الشخص المعنوي كالشركات البترولية المستثمرة، والتي غالبا ما تأخذ شكل شركات مساهمة فإن إبرام اتفافية التحكيم تكون من من يمثلها قانونا كرئيس مجلس الإدارة أو محامي مفوض كتابياً عن الشركة، وفي حالة إفلاس هذه الآخيرة فإن اتفاق التحكيم يصح إبرامه من أمين التفليسة المعين من قبل محكمة الإفلاس، وغذا وجدت الشركة في فترة تصفية فيبرم اتفاق التحكيم من المصفي المختار من الاطراف او المعين من قبل المحكمة.

وبخصوص موقف الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات العربية والأجنبية والفقه القانوني من أهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم، فتجد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالإعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لم تميز بين اهلية شخص المعنوي الخاص والعام وتركت الحرية لكل دولة في تقرير اهلية اشهاخاصها العامة في اللجوء إلى التحكيم، وذلك بعكس الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي التي ضيقت من اهلية الاشخاص المعنوية العامة وسمحت للدول الأعصاء بتقييدها، وأقرت لها الجوء إلى التحكيم في المعاملات التجارية بشرط أن يكون لها محل إقامة في دولة متعاقدة أو مختلفة، في حين ان اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، فقد سمحت للأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة المتعاقدة بالدخول طرفا في اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتوقيع على الاتفاقية يعطي الأشخاص المعنوية العامة التابعة للدولة المضيفة للاستثمار الاتفاق على شرط التحكيم، ولم تتضمن الاتفاقية أي التزام على الدول للاعتراف باهليتها، وأهلية أشخاصها الاعتبارية العامة بالاتفاق على التحكيم، حيث نصت المادة 25 على ان:" رضاء الهيئة العامة أو المؤسسة العامة التابعة لدولة متعاقدة يجب التصديق عليه من هذه الدولة ما لم تخطر هذه الدولة المركز بأن هذه الموافقة ليست ضرورية وذلك ما نصت عليه المادة 25 من االفاقية تسوية اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965.

وقداختلفت التشريعات الوطنية المقارنة بخصوص اهلية الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم الدولي مع العلم وكما سبقت الاشارة إليه أن المشرع سمح للأشخاص المعنوية من اللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقتها الاقتصادية

الدولية وفي إطار الصفقات العمومية ولا يجوز لها ذلك في غير هذه المسائل(أنظر المادة 1006 من ق .إ.م.إ،ج مرجع سبق ذكره)، اما المشرع السعودي وحسب المادة 03 من نظام التحكيم فإنه منع الأشخاص المعنوية من اللجوء إلى التحكيم إلا بعد موافقة مجلس الوزراء. أما الفقه فقد أيد حق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية في إبرام اتفاق التحكيم على أساس أنها تقوم بإدارة مشروعات اقتصادية ضخمة، كما ايدى القضاء ذلك خاصة القضاء الفرنسي في العديد من المناسبات.

كما نجد أن مجمع القانون الدولي ب "أمستردام" سنة 1957 حدد في المادة 4 منه أنه: "يسري على أهلية التحكيم القانون الذي تعينه قواعد الإسناد النافذ في الدولة التي يوجد بها مقر التحكيم"، كما أنه بموجب اتفاقية جونيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 أصبح لأشخاص القانون العام الحق في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، وفي الجزائر تم تقنين تسوية المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية لأول مرة في التشريع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993، والمعدل لقانون الإجراءات المدنية الأمر 154/66، والملغى بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25-02-2008، هذا الأخير الذي وسع من تسوية المنازعة التجارية الدولية عن طريق التحكيم لتشمل المنازعة الإقتصادية الدولية ككل بما فيها منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر، وبالرجوع إلى قانون المحروقات الجزائري رقم:13-01، فنجد المادة 58 منه قد نظمت كيفية تسوية المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر في ميدان المحروقات بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات والمتعاقدين وشركة سونطراك، وقد ميز هذا النص بين طريقتين للتسوية:

1- طريقة التسوية الودية وذلك وفق الشروط المتفق عليها في العقد في تسوية كل خلاف بين الوكالة والمتعاقد وذلك حسب ف الأولى من قانون 13-01، لكن السؤال المطروح ما المقصود بالطرق الودية، حيث بالرجوع إلى الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية 08-09، والموسوم ب: الطرق البديلة لحل النزاعات والذي هو مقسم إلى بابين، الباب الأول بعنوان في الصلح والوساطة، والباب الثاني بعنوان في التحكيم، والجدير بالذكر ان المشرع الجزائري في ظل قانون المحروقات رقم : رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل و المتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 و بالقانون رقم 13 - 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، وبنص المادة 58 أي قبل التعديل الأخير لعام 2013. قد حدد التسوية الودية بالمصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد، وفي حالة الوصول إلى حل يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد، وهذه الطريقة للتسوية إجبارية، قبل أي إجراء آخر، حيث تتكفل بالمصالحة هيئة يتفق على تشكيلها أطراف عقد البحث أو الاستغلال وتتخذ في العادة شكل لجنة متساوية الأعضاء، وأراء هذه اللجنة غير ملزمة يتم تنفيذها بموافقة جميع الأطراف، وعليه فعدم تحديد مصطلح التسوية الودية إما بالمصالحة أو التحكيم التجاري الدولي في ظل قانون المحروقات 13-01 وبنص المادة 58، قد يفسر تطبيق هذه الآخيرة باللجوء إلى الوساطة والتي كان يستبعدها القانون 07-05، لذا من الجيد إعادة صياغة نص المادة 58 بضبط المقصود بالتسوية الودية.

2- التسوية عن طريق التحكيم: وذلك في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى حل عن طريق المصالحة المسبقة، فيمكن عندئذ للأطراف الأكتر استعجالا"عرض النزاع على هيئة التحكيم، هذه الأخيرة تخضع للقواعد العامة للتحكيم التجاري الدولي، كما اخضع المشرع الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية "سوناطراك" شركة ذات اسهم كقاعدة عامة إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، ووفق نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، المواد من 1039 إلى 1065، أما في نص المادة 58 من قانون 07-05 إذا كانت سوناطراك هي المتعاقد الوحيد يسوى النزاع بتحكيم من الوزير المكلف بالمحروقات، أما في قانون 13-01 فإن تسوية النزاع عن طريق التحكيم التجاري الدولي فإنه يخص السونطراك والأشخاص المكونين للعقد. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر: السعيد خويلدي، سمية صخري، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وآثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع: 15 جوان 2016، ص ص 329-336.

وفي هذا الإطار نصت المادة 1/5/أ من اتفاقية نيويورك لعام 1985 على أنه يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم الأجنبي إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في الدولة المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ، الدليل على أن اطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الاهلية، وهو ما سلكه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والتشريعات الوطنيةالمختلفة[1].

وفيما يخص أهلية الشخص الإعتباري فيعبر عن إراداته ممثله القانوني، واهلية الشخص الطبيعي الأجنبي أي المستثمر الأجنبي الخاص الشخص الطبيعي فهي تخضع للقانون الشخصي وعادة هو قانون الجنسية أي قانون الدولة التي ينتمي إليها، أما الشخص المعنوي كالشركات الأجنبية المستثمرة فيرجع بالنسبة لأهليتها إلى قانون الدولة التي يوجد بها مركزها الرئيسي باعتباره قانون الدولة التي تنتمي إليها جنسيتها، وفيما يخص أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة بإعتبارها طرف ثاني في عقد الاستثمار الأجتبي المباشر فقد اعترفت لها اغلب التشريعات بحقها في اللجوء إلى التحكيم في علاقتها الإقتصادية الدولية، وذلك بعدما كانت يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم على غرار المشرع الفرنسي والجزائري، باستثناء بعض التشريعات التي تضع قيودا على أشخاص القانون العام فيما يخص اللجوء إلى التحكيم كنظام التحكيم المصري لعام 1994، والذي يشترط موافقة الوزير المختص ويمنع التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ونظام التحكيم السعودي الذي يستلزم موافقة مجلس الوزراء لصحة التحكيم[(2)].

كما ان موضوع المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر والذي يطرح على التحكيم يجب أن يكون من المسائل التي يجوز تسويتها عن طريقه، فمثلا موضوع التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي الدولي الخاص المبرم بين الشركة الأجنبية المستثمرة الخاصة والدولة المضيفة للاستثمار فيجب أن يكون موضوع اتفاق التحكيم هو حل النزاعات المتعلقة بنقل تلك المعرفة واستغلالها[(3)]، كما ان بعض التشريعات من وضعت قيودا فيما يخص المسائل التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم على غرار التشريع المصري

---

[1]– نص المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08–09، وبموجب المادة 1006/ف1، "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، أما في مجال التحكيم الدولي فقد نصت المادة 1040/ف3 على أنه:"تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً" كما نص قانون الإجراءات المدنية الإماراتي بموجب المادة 203/ف4، على انه: " ..لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع" ويتضح أن المراد بالأهلية هنا كشرط صحة لاتفاق التحكيم أهلية الأداء أي اهلية إبرام التصرفات القانونية والتي هي محددة في التشريع الجزائري ب 19 سنة.

[2]– مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، مرجع سبق ذكره، ص ص 327–334.

[3]– غاني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية لإتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق، ع: 17/2015، ص 41، متاحة أيضا" على الموقع الإلكتروني العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية، https://www.iasj.net/iasj?func=article&aId=109158 ، تاريخ الدخول: 07–11–2017، الساعة: 08:50.

كما سبقت الاشارة إليه وكذلك المشرع الجزائري الذي منع التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية (حالة الأشخاص واهليتهم)، وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً[1].

والجدير بالذكر كذلك في هذا الإطار أن الكثير من الشركات الأجنبية تقوم بإدراج شرط التحكيم لحل منازعاتها مع الدولة المضيفة للاستثمار وبعد الابرام وعند التنفيذ تقوم الدولة أو المستثمر الأجنبي بدفع بعدم صحة هذا الشرط إما أن قوانينها لا تجيزه أو بسبب تمتعها بالحصانة القضائية، ولو ان هذه الاخيرة لا يجوز التمسك بها اما هيئة التحكيم في حالة إدراج شرط التحكيم إذ أن قبول الدولة المضيفة للاستثمار لشرط التحكيم يفيد ضمناً تنازلها عن حصانتها القضائية[2].

أما سبب التحكيم فإتفاق التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف، والتي تستبعد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب يعتبر دائماً مشروع، ولا نتصور عدم مشروعيته إلا إذا أن المقصود بالتحكيم هو التهرب من القانون الواجب التطبيق لو طرح النزاع على القضاء نظراً لما يفرضه هذا القانون من قيود وإلتزامات يراد التحلل منها[3].

وفيما يخص الشروط الشكلية المتعلقة باتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر فيجب أن يكون مكتوباً، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان وإجراءات التحكيم وعادة ما يكون هذا الاتفاق لاحقاً على نشوب النزاع[4].

وهذا ما أكدته أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم، فاتفاقية واشنطن لعام 1965 بخصوص تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فقد نصت المادة 25/ف1 منها على أنه:"يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين مواطن من دولة أخرى متعاقدة، وبشرط أن يوافق طرفي النزاع كتابة على تقديمها للمركز"[5]، كذلك ما ارتبط شرط الكتابة في اتفاقية التحكيم بما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 2006 بموجب المادة 7/ف2[6].

ونص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"يثبت شرط التحكيم، تحن طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"

---

[1]- المادة 1006/ف2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، مرجع سبق ذكره، :" لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

[2]- غاني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية لإتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 41.

[3]- صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، جمهورية مصر العربية، ط 1، 2018، ص ص 62-63.

[4]- بن صغير عبد المِؤمن، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة-واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مرجع سبق ذكره، ص 154.

[5]- المادة 25 من ا.و.ت.م.إ لعام 1965.

[6] - AnAsia-Pacific perspective,Simon Greenberg, Crestopher kree, G.Rmesh Weeramantry, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , CAMBRIDGE, University press ,London,first published 2011, page 147.

وأكدت على ذلك أكثر الفقرة الثانية من المادة 1040 من نفس القانون فيما يخص اتفاقية التحكيم التجاري الدولي على أنه:" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، ان تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"[1].

وبإستقراء مواقف الدول من النص على شرط الكتابة نجد أنها اختلفت وتباينت، فمجوعة من الدول نصت على ضرورة إخضاع اتفاقية التحكيم للكتابة وجعلته من شروط صحة اتفاق التحكيم ورتبت على ذلك البطلان، بخلاف بعض التشريعات الانجلوساكسونية فترى أن ليس هناك مبرر من إخضاع اتفاق التحكيم

[1]– ويلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالملول الواسع للكتابة، مسايراً بذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بنسخدته المعدلة سنة 2006، حيث جاء في مدلول المادة 7/ف3 منه على أن اتفاق التحكيم يكون مكتوبا، إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل أي حتى ولو أبرم اتفاق التحكيم شفوياً طالما أن مضمون هذا الاتفاق كان مسجلاً، حيث كان الغرض من استخدام الطابع الموسع للكتابة كشرط صحة وإثبات في وقت نفسه وذلك تماشياً مع التطور الذي يعرفه ميدان الاقتصاد العالمي الرقمي والذي يقتضي استخدام اتفاق التحكيم في ميدان التجارة الإلكترونية، المستوحاة من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونيسترال لعام 1996، واتفاقيات الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005، وهذه الصيغة الجديدة وإن كانت لا تشترط توقيع الطرفين في اتفاقية التحكيم إلا أنها تقتضي أن يكون مضمون اتفاق التحكيم من إيجاب وقبول مسجلاً، كما أن الفقرة الرابعة من المادة 7 من القانون التموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 2006، اشارت إلى المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والذي يعتبر حجة في مجال التحكيم كالتعامل عبر شبكة الانترنيت بواسطة الرسائل الإلكترونية أو المغناطسية أوالبصرية أو التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ الورقي وغيرها من الوسائل المشابهة، كذلك يمكن الإشارة في هذا الشأن إلى أن المشرع المصري الذي اشترط الكتابة لصحة عقد التحكيم حيث نصت المادة 12 من قانون التحكيم المصري على أنه:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من الاتصال المكتوبة (أنظر:– فهد بن بجاد بن ملافح العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقا لنظام التحكيم السعودي لعام 1433 هـ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ط 1، 2015، ص 130)، بيد أن المشرع الفرنسي فقد قام بتحرير اتفاق التحكيم الدولي من شرط الكتابة ولم يعتد به لا شرط صحة ولا شرط إثبات، بمعنى أنه يمكن إبرام هذا الاتفاق شفاهة مع امكانية اثباته بكافة الوسائل القانونية وهو ما ورد في نص المادة 1507 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لعام 2011، وحذا حذوه المشرع البلجيكي في تعديل قانون التحكيم في عام 2013 حيث لم يعد يتطلب الكتابة كشرط لاثبات اتفاق التحكيم الدولي، أما المشرع المغربي وفي قانون المسطرة المدنية المغربي وبعد تعديله في 2008، فقد جعل من الكتابة شرط لصحة اتفاقية التحكيم مع اقراره لمبدأ حرية الاثبات،وعليه فهذا التباين انعكس على تباين الاتفاقيات الدولية وتباين الفقه الدولي، مع العلم أن التباين ليس فقط كون اتفاق التحكيم شرط صحة أم اثبات بل حتى من حيث التمييز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم وعملية كتابتهما وكذا اعتبارهما شرط صحة أم اثبات. (لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر:– تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016–2017، ص ص 126–135).

لشكل معين وأخضعته للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية، واكتفت بتدخل القاضي للتحقق من إنصراف إرادة الأطراف من اللجوء إلى التحكيم[1].

وبخصوص فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق التحكيم، فنجد أغلب التشريعات الوطنية المقارنة المتعلقة بالاستثمار، قد تضمنت نصوصاً محددة تجعل من التحكيم من بين الآليات الفعالة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بصفة عامة وعقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، وذلك تماشيا مع انضمام أغلب الدول خاصة النامية على غرار الجزائر إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمارات وتسوية منازعاتها العالمية والثنائية الإقليمية وشبه إقليمية والتي اغلبها تحيلنا إلى التحكيم لتسوية المنازعة الاستثمارية، وإن تباينت من حيث اولويته في فض المنازعة دون باقي الأليات الأخرى القضائية او غير قضائية.

وبخصوص تطور نظام التحكيم في مجال الاستثمارات الاجنبية المباشرة، فقد عرف العالم القديم قبل الاسلام نظام التحكيم كوسيلة بديلة لفض مختلف المنازعات المدنية والتجارية[2].

ونظرا لما يحققه التحكيم من مزايا للمتقاضين، فقد اولاه الفقه القانوني وكذا التشريعات القانونية والاتفاقيات الدولية اهتماما كبيرا في الآونة الأخيرة، فمن الدول من خصص للتحكيم قوانين مستقلة ومنها من

---

[1]– محمد شعبان امام سيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2014، ص 93.

[2]– كان التحكيم معروفا في الحضارات القديمة، فقد عرفه البابليون والاشوريين والسومريون، ودل على ذلك الحجر السومري الذي عثر عليه والذي نقشت عليه معاهدة باللغة السومرية أبرمت بين مدينتين سومريتين هما مدينتي "لجش" ومدينة "اشا" بشأن احترام خندق الحدود وتضمنت شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشا بينهما بشان الحدود، وعرف عند قدماء المصريين حيث كان للافراد الحق في اللجوء إلى التحكيم لفض منازعتهم، وكان اتفاق التحكيم هو الذي يحدد اعضاء هيئة التحكيم التي تتولى التحكيم ويحدد الاجراءات المتبعة أمام تلك الهيئة، كما عرف عند الاغريق (اليونان)، اللذين طبقوا التحكيم في مجال العلاقات الداخلية المدنية منها والتجارية، وكان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية، وقد قنن **salon**" التحكيم وادخله بالتشريع اليوناني (558–640 قبل الميلاد)، أما الرومان فقد أنشأ الملك في روما وظيفة خاصة تتولى الفصل في المسائل المدنية يتولاها حاكم يسمى "بريتور" الذي كان يسمع إدعاءات الخصوم ويسجلها ثم يرفع النزاع برمته إلى الحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعاتهم، كما تضمنت الألواح الإثني عشرة في روما مبدأ تحكيم العائلة والعشيرة (450–558 قبل الميلاد)، وبخصوص العرب فهم أيضا عرفوا التحكيم قبل مجيئ الاسلام، وكانو يحكمون الكهنة والعرافين، والإحتكام إلى النار إعتقاداً منهم أن الظالم تأكله النار، وأن البريئ لا تمسه بسوء، وكان التحكيم إختيارياً وغير ملزم للخصوم، لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد به، .انظر في هذا الشأن:– بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، "التحكيم نموذجا"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجاج لخضر باتنة، 2010–2011، ص 01، أنظر كذلك: أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 38، و محمود السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، ط 1، 2007. ص ص 16–18.

-Georgios I.Zekos, International Comercial and Marine arbitration,Routledge-Gavendish, Abinggom, 2008,p p 9,1.

خصص له بابا مستقلا، كما اهتمت الدول على اتفاقيات دولية ذات الصلة، لما للتحكيم من تأثير على جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة[1].

وعليه فالاشكالية المطروحة مالمقصود بالتحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر؟ وماهي نوعية التحكيم الفاصل في هذا النوع من المنازعات؟

فلقد ساهم الأخذ بنظام التحكيم كآلية لفض المنازعات بين الدول المضيفة والمستثمر الاجنبي الخاص، دون تدخل جنسية دولته، في تطور قواعد القانون الدولي للاستثمارات وفي وسائل حسم منازعاتها مما ساعد على تشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودليل على ذلك ما تضمنته الاتفاقات البترولية في العديد من الدول العربية وعلى غرار الجزائر في الأخذ بنظام التحكيم كآلية لتسوية خلافات الدولة المضيفة مع شركات البترول المستثمرة[2].

رابعاً: أنواع التحكيم

توصل الفقه إلى تقسيم التحكيم بالنظر إلى النظام القانوني الذي ينتمي إليه، إلى تحكيم دولي عام وتحكيم دولي خاص وتحكيم داخلي (وطني)، فإذا كان التحكيم يفصل في منازعة قائمة بين دولتين فاكثر تتمتع بالسيادة، فيكون التحكيم دولي عام، ويخضع في هذه الحالة إلى قواعد القانون الدولي العام، أما التحكيم الدولي الخاص، فيكون عندما تنشأ علاقة قانونية بين الافراد، لكنها ذات طابع دولي، كأن يكون الاطراف من جنسيات مختلفة أو مقمين في دولة مختلفة أو أن العقد أبرم او ينفذ في دولة أجنبية أو أن المحكم الذي سيفصل في الخصومة اجنبي، في حين ان التحكيم الوطني يكون إذا كان موضوع التحكيم وإجراءاته مرتبطة بالدولة ذاتها[3]، لذلك يبقى السؤال مطروح كيف يمكن تسمية التحكيم بين الدولة المصيفة للاستثمار صاحبة السيادة والمستثمر الأجنبي الخاص الطبيعي أو المعنوي الذي يفتقد إلى هذه السيادة، من الجانب السياسي، ويملك السيادة الإقتصادية، هل هو تحكيم دولي عام بالنظر إلى أحد اطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، الذي هو عادة الدولة المصيفة للاستثمار أم تحكيم دولي خاص بالنظر إلى الطرف الثاني في العقد وهو المستثمر الأجنبي الخاص الطبيعي أو المعنوي، ففي كلتى الحالتين هو تحكيم دولي لتوافر العنصر الاجنبي، كما سيأتي بيانه في موضعه لكن من نوع خاص، أي تحكيم في إطار علاقات دولية اقتصادية خاصة، وبالاخص أن جل منازعات عقود الاستثمارات الاجنبية المباشرة تشترط فيها الانفاقيات الدولية وكذا القوانين المتعلقة بالإستثمار أن تكون منازعة قانونية ومنعلقة بالاستثمار كشرط لإحالتها على التحكيم.

---

[1]– أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 39-40.

[2]– بن صغير عبد المؤمن، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة–واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية على الموقع: www.majalah.new.ma ص 155.

[3]– وردة بلقاسم العياشي، التحكيم في عقود النفط، دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، ع: 04، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر، ص 40.

كما اختلف الفقه كذلك حول جدوى التفرقة بين مختلف أنواع التحكيم، هذه الآخيرة (التفرقة) التي تقتضيها اعتبارات كثيرة منها: اختلاف التشريعات الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية الإقليمية حول تنظيمها للتحكيم، وعليه فالتحكيم يتخذ عدة انواع حسب الزوايا التي ينظر إليه منها، فمن حيث إلزاميته ينقسم إلى تحكيم اختياري وإجباري، ومن حيث تنظيمه او الجهة التي تتولى الفصل في النزاع إلى تحكيم حر ومؤسسي ومن حيث مدى تقيد المحكم بقواعد القانون الساري في بلد التحكيم إلى تحكيم طليق وتحكيم بالقانون، ومن حيث مكانه ومعيار دوليته إلى تحكيم وطني ودولي وأجنبي[1]، فضلاً عن وجود انواع أخرى للتحكيم بصرف النظر عن دوليته.

ومن هذه الأنواع:التحكيم شبه دولي[2] والتحكيم القضائي الإقليمي[3]، والتحكيم الإلكتروني[4]،...الخ.

---

[1]– رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2011، ص 293.

– حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 17.

– بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 357.

– بسمان نواف فتحي حسني الراشيدي، النظام القانوني للاستثمارات النفطية، مرجع سبق ذكره، ص 196.

[2]– إن الطبيعة الدولية للتحكيم، تجعله يشبه التحكيم الدولي الذي يقع بين الدول، ولا سيما في الحالة التي يتم فيها تعيين المحكمين من قبل جهة دولية كمحكمة العدل الدولية، أو فيما يخص الاتفاق على أن يكون القانون الدولي العام أو أحد مصادره هو القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أن هذا مردود عليه بعدم حدوثه، ذلك أن التحكيم الدولي ينعقد لتسوية الخلافات بين الدول بصفتها أشخاص القانون الدولي العام وهو ما لا يمكن وصفه بالمحاكم الدولية فيما يخص التحكيم الذي يعمل على تسوية الخلافات بين الدول أو شخص تابع لها وبين شخص معنوي أو أجنبي، وتلك التي تقع بين الدول المضيفة للاستثمار كالدول المنتجة للنفط في عقود الاستثمار النفطي وشركات النفط الأجنبية، فالدولة التي ينتمي إليها هذا المستثمر الأجنبي لاتعد طرفا في النزاع، ومن ثمة فالتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر هو ذو طبيعة خاصة، حيث يأخذ من خصائص التحكيم التقليديين الوطني والدولي دون أن يخضع لقواعد أياً منهما بالكامل، حتى القضاء يمكن أن يتدخل في الرقابة على أحكام التحكيم والذي يمكن أن يكون غير القضاء الوطني للدولة المضيفة وهذا يتناقض مع مبدأ سيادة الدولة (– أنظر:– عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2016، ص ص 141–142).

[3]– ظهرت فكرة التحكيم القضائي الإقليمي، بمناسبة اقتراح انشاء هيئة قصائية دولية اقليمية متخصصة في إطار منظمة الأقطار العربية للنفط (الأوبك) –وذلك في المؤتمر الخامس الذي عقد في الرياض في ديسمبر 1963– تعنى بتسوية المنازعات النفطية التي تنشأ بين أعضاء المنظمة في مجال النشاط البترولي، والمنازعات التي تنشأ بين أي عضو وبين شركة بترول تابعة لعضو آخر، كما حددت اتفاقيات الأوبك اختصاصات هذه الهيئة القضائية المتخصصة في مجال المنازعة البترولية بين أقطار الدول العربية،(– أنظر:– عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص 154).

[4]– لا يختلف التحكيم الالكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي فكلاهما من الوسائل البديلة عن القضاء لفض المنازعة، ظهر نتيجة انتشار العقود الالكترونية في المعاملات الدولية، وتعرض لعدة تعريفات من طرف الفقه منها: "أنه ذلك التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون حاجة للتواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في

أ-**التحكيم الإختياري والتحكيم الإلزامي:** إن التحكيم الحر هو الذي تتجه فيه إرادة طرفي النزاع حرة مختارة إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، حيث يختارون المحكمين، وكذلك القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته، ويكون ذلك بإقرار من المشرع الذي يكرس هذه الإرادة، ويوجد التحكيم الإختياري متى كان للأطراف حرية اللجوء إليه إذا كنا بصدد نزاع يعطي المفاضلة في حله بين القضاء والتحكيم، إلا أن طرفي النزاع يختارون اللجوء إلى التحكيم بإرادتهم الحرة، أما التحكيم الإلزامي فهو الذي يفرض على أطراف النزاع اللجوء إليه، ولا يكون لإرادة الأطراف أي تدخل، والذي توضع له قواعد لتنظيم أحكامه من طرف المشرع، حتى وإن ترك للاطراف حرية اختيار المحكمين وتعيين إجراءات التحكيم، ويتصف هذا النوع من التحكيم ويطبق بشكل واسع في الأنظمة القانونية للدول الإشتراكية[1].

ب-**التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:** التحكيم الحر أو الخاص أو الذاتي **(Ad Hoc Arbitration)**، ويسمى تحكيم الحالات الخاصة بحيث يتولى الأفراد صياغته بمناسبة نزاعهم خارج اطار أية مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم[2]، وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد اليونيسترال للتحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري[3]، بحيث يكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والقواعد والإجراءات التي تطبق بشأن النزاع[4]، كما انه بحالة الخصوم دون غيرهم، ويتميز بأنه أسلوب مثالي وأكثر مرونة وسرعة وقليل التكاليف ويحقق سرية أكبر من التحكيم المؤسسي ويراعي مصلحة الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بعكس التحكيم المؤسسي[5]، أما التحكيم المؤسسي أو النظامي **(Arbitrage Institutional)** فهو نوع من أنواع التحكيم الذي تتولاه هيئة من الهيئات الدائمة أو المتخصصة[6]، وذلك بما تملكه من امكانات علمية وفنية ومادية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم ولقد انشئت العديد من تلك الجهات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية[7].

والتحكيم المؤسسي يتناسب مع مصلحة الأطراف في إنهاء النزاع وذلك حتى لا يعرقل أحدهما العملية التحكيمية، وبالرغم من اجابياته إلا أن الفقه أوضح بعض سلبياته كإنعدام مظاهر الرضائية وحرية الإرادة، وعدم شعور الدولة المضيفة بالإرتياح من القرار التحكمي الصادر من المؤسسة التحكيمية بسبب نظر

مكان معين"، لمزيد من التفاصيل حول التحكيم الإلكتروني أنظر:- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1 2014.

[1]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 294.

[2]- بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 357.

[3]- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 27.

[4]- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص18.

[5]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 34.

[6]- عبد الله ناصر أبو جما العجمي، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، مرجع سبق ذكره، ص 151.

[7]- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط، 2010، ص 52.

المحكمين إلى المستثمر الأجنبي بأنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وتعاطفهم معه مثل: قرار تحكيم أرامكوا وتكساسو، والجدير بالذكر ان مراكز التحكيم تنتشر في دول العالم كغرفة التجارة الدولية بباريس والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد حاولت الدول النامية دخول هذا الميدان للدفاع عن مصالحها فأنشئ مثلاً مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز تحكيم كولالمبور في ماليزيا وغير من المراكز[1].

وعلى صعيد منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خاصة تلك المتعلقة بالغاز والبترول يفضل الأطراف اللجوء إلى التحكيم المؤسسي بديلا عن التحكيم الحر[2]، نظرا لحساسية هذا النوع من المنازعات كالمعلومات التي يتم تداولها وضخامة المطالبات المالية التي تصل إلى ملايين والمليارات الدولارات في بعض العقود، بالاضافة إلى ضرورة توافر محكمين ذوي كفاءة تؤهلهم إلى تسوية هذا النزاع[3].

ت- التحكيم بالقانون والتحكيم الطليق: التحكيم بالقانون وهو الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل في النزاع بقواعد القانون الساري في دولة التحكيم أي أن المحكم مقيد بالقانون واطلق على هذا النوع من التحكيم التحكيم بالقضاء على اساس ان المحكم له فقط سلطة القضاء من حيث الالتزام بتطبيق القانون الموضوعي، أما التحكيم الطليق فهو عكس التحكيم بالقانون فالمحكم يكون معفيا من اتباع القانون كالترخيص للمحكم من طرفي عقد الاستثمار الاجنبي المباشر عند ابرامهم لاتفاقية التحكيم بتطبيق قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بقواعد قانون معين، حتى وإن كان هذا أمر غير مرغوب فيه من حيث المحافظة على استمرار العلاقة العقدية وسرعة تنفيذها[4] ، كما يشبه التحكيم بالقانون نوع آخر من التحكيم وهو التحكيم البسيط، أما التحكيم التحكيم الطليق يشبه التحكيم مع التفويض بالصلح حيث يخول طرفي المنازعة هيئة التحكيم سلطة الفصل

---

[1]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 34.

[2]- أنظر في هذا الصدد المادة 31 من القانون الأساسي للشركة المختلطة الجزائرية "براون وروت ليميتاد والمبرمة بين الشريك الوطني والمتمثل في شركتي سوناطراك ونافتاك من جهة والطرف الأجنبي المتمثل في شركة الانجليزية من جهة أخرى، والتي كان موضوعها القيام بإنجاز خدمات هندسية وعمليات التركيب في مجالات البترول والغاز، وكذا الهندسة المدنية، حيث نصت على أن:"النزاعات الناشئة بين المساهمين من المجموعة"أ" والمساهمين من المجموعة "ب" اللذين لم يتمكنوا من ايجاد حل لها بالتراضي، يمكن أن يتم تسويتها بصفة نهائية طبقاً للائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية"

V:- Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, PUPublisud, Alger, 1985, p. 201 et s.

كذلك نصت المادة 36 من عقد البحث والاستغلال البترولي المبرم بين شركة سوناطراك والشركة الإيطالية **AJIP** على أنه:"في حال فشل إجراء التوفيق فإن النزاعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد الحالي يمكن تسويتها بصفة نهائية طبقاً للائحة الغرفة الدولية للتجارة السارية المفعول من طرف ثلاثة محكمين وفقاً لهذه اللائحة".

(- أنظر كذلك: حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص ص 178-190).

[3]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، مرجع سبق ذكره، ص 63.

[4]- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 19.

في موضوع النزاع على ضوء قواعد العدل والانضاف، وقد أخذ المشرع المصري بكلا النوعين من التحكيم في قانون التجكيم لعام 1994، فضلاً عن المشرع الجزائري[1].

ث- التحكيم الوطني والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي: يكون التحكيم وطنياً إذا اتصلت جميع عناصره الموضوعية والذاتية بدولة معينة دون غيرها (موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، المكان الذي يجري فيه التحكيم)[2]، بمعنى أن التحكيم يجري طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم ويعين له محكمين وطنيين يصدرون حكمهم وفقا لاجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، ولا يثير التحكيم الوطني أية صعوبة مادام جميع عناصره تخضع للقانون الوطني ولا ينفذ خارج اقليم الدولة[3]، بعكس التحكيم الدولي والذي ينتمي بعناصره المختلفة لأكثر من دولة، ويثير صعوبات كتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع وتحديد مكان التحكيم وأسماء وجنسيات المحكمين، وهذا لا وجود له في التحكيم الوطني، أما التحكيم الاجنبي[4] فهو الذي ينتمي فيه التحكيم لأحد أو بعض عناصره في دولة واحدة كأن يكون حكم التحكيم صدر في دولة معينة ينتميا إليها طرفي النزاع ويراد تنفيذه في دولة أخرى، حيث لا يعتبر كل تحكيم أجنبي تحكيما دوليا، ذلك أن التحكيم الدولي قد يكون كذلك مع جريانه في الداخل وخضوعه للقانون الوطني إلا أنه قد يجمع بين الأجنبية والدولية

---

[1]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، مصر، ط، 2006، ص 31.

[2]- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص20.

[3]- فالتحكيم يكون وطنيا إذا توافرت فيه الشروط الآتية: "- أن يكون جميع أطراف النزاع، متمتعين بجنسية الدولةالمعنية. - أن يكون الخصوم، متوطنين في الدولة المعنية. - أن يكون المحكمين متمتعين بجنسية الدولة المعنية، ومتوطنين على ترابها. - أن يكون القانون الوطني لهذه الدولة، هو الواجب التطبيق على النزاع، والمقصود بذلك القانون الموضوعي والإجرائي على حد سواء.- ان يكون موضوع النزاع ذا طبيعة وطنية بحتة، أي داخلاً في الحدود الإقليمية للدولة سالفة الذكر.-ان تتم جميع اجراءات العملية التحكيمية، منذ الاتفاق على التحكيم وحتى تمام تنفيذ الحكم التحكيمي، على تراب الدولة المعنية.
(-Lew, Julian D.M, Applicable law in international comercial arbitration,Astudy in Comercial arbitration Awards, pereface by Francois Rigaux,Oceana Publications,Inc.Dobbs Ferry,New York,Sijthoff& Noordhof international Bublishers BV ? Nethulands,1978,p13 .)

راجع كذلك: هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، مصر، ط، 2006، ص ص 17-20.

[4]- تحدث الفقه عن اجنبية التحكيم، ولعل الفقه المصري تبنى معيار مكان التحكيم دون اهتمام بجنسية الاطراف أو طبيعة النزاع، فالتحكيم يكون أجنبياً إذا تم خارج مصر، حتى ولو كان أطرافه مصريين، وتعلق بعقد أو علاقة محلية بحتة، والأمر نفسه لو كان أحد الأطراف مصرياً و الآخر أجنبياً، ولا يوصف هذا التحكيم بأنه دولي بمجرد وجود طرف أجنبي، أما جريانه في الخارج فإنه يؤدي إلى وصفه بالأجنبية أو بأنه تحكيم غير محلي، كذلك يمكن أن نشير إلى إتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي أشارت في في مادتها الأولى على أجنبية التحكيم، إذ نصت على أنه:" تنطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها...."، كما أخذت بعض التشريعات الخاصة بالتحكيم بأجنبية التحكيم مكن خلال أجنبية الحكم كقانون التحكيم الأردني لعام 1952.(- أنظر عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2008، ص ص 22-23).

في وقت نفسه إذا كان يتعلق بمنازعة دولية، ويعتبر معيار مكلن التحكيم للتفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي، ومعيار طبيعة النزاع للتفرقة بين التحكيم الوطني والدولي والأجنبي[1].

فالتحكيم الدولي هو الذي يتم فيه تسوية منازعات بين أطراف من جنسيات مختلفة، أو يتعلق بحركة السلع والبضائع والخدمات بين الدول[2]، ويمكمن الإشارة كذلك إلى الإختلاف الفقهي حول الضوابط القانونية للتفرقة بينهما لدرجة الخلط فيما بينهما في بعض الأحيان[3]، حيث ظهرت عدة اتجاهات وأراء قيلت فيما يخص دولية النحكيم وتمييزه عن التحكيم الداخلي خصوصاً فيما يخص التشريعات التي سكتت عن تحديد وبيان معيار الدولية، وأفرز ذلك عدة معايير منها: معيار يستمد الدولية من مؤشرات معينة، المعيار القانوني، المعيار الاقتصادي، المعيار المختلط[4]، ونستعرض هذه المعيير بشيئ من التفصيل:

أ- معيار يستمد الدولية من مؤشرات معينة:

يستمد التحكيم دوليته من مؤشرات معينة، ومنها محل الإقامة وجنسية المحكمين أو جنسية الخصوم، والقانون الواجب التطبيق على الموضوع وعلى الإجراءات فضلاً على مؤشر اللغة والعملة وطبيعة المنازعة الدولية، وبالتالي يكون التحكيم دوليا حسب جانب من الفقه إذا كان المحكم من جنسية تختلف عن جنسية الخصوم، أو إذا كان الخصوم من جنسيات مختلفة أو إذا قام نزاع بين أطراف محال إقامتهم في دول مختلفة أو كان التحكيم يجري في بلد غير بلد إقامة طرفي النزاع أو ما يعرف بالمعيار الجغرافي[5]، وهذه المؤشرات قد انتقدها الفقه كذلك من حيث أنها لا تضفي على التحكيم صفة الدولية في جميع الحالات، وإن كان بعض التشريعات الوطنية قد أخذت ببعض هذه المؤشرات لتحديد دولية التحكيم كإعتماد القانون الفدرالي السويسري لسنة 1987، والقانون الهولندي لسنة 1986 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اللذين اعتمدوا معيار محل الإقامة واعتماد القانون الإنجليزي لمعيار الجنسية والإقامة[6].

---

[1]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المرجع السابق، ص ص 297،298.

- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 36، 37.

[2]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، مرجع سبق ذكره، ص 54.

[3]- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره، ص 56.

[4]- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 25.

[5]- المعيار الجغرافي ينظر إلى مكان التحكيم، فالتحكيم أجنبي إذا تم في بلد أجنبي، فإذا كان طرفي النزاع مقيمين خارج الدولة التي يجري فيها التحكيم، فالتحكيم أجنبي عن هذا البلد، كذلك اتفاقية جونيف الأوربية لعام 1961 والمتعلقة بالتحكيم الدولي واتفاقية لاهاي للمبيعات الدولية للمنقولات لعام 1946، اشترطتا لإضفاع صفة الأجنبية على التحكيم الدولي أن يكون النزاع بين أشخاص مقيمين في بلدان مختلفة، وأحذ بهذا المقياس القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ص 59-60).

[6]- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 26-25.

وسواء كان التحكيم دولياً أو أجنبيا فقد تنازعت حوله عدة معايير لتحديد دوليته خاصة في مجال منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر مع العلم أن صفة الدولية أثيرت بشأن دولية العقد الدولي[1] قبل دولية التحكيم هذا الأخير قد يستند على معايير لا يمكن التعويل عليها لتحديد دوليته كالمعيار الجغرافي الذي يعتد بالبلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو المعيار الإجرائي المتعلق بالقانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم أو المعيار الشخصي المتعلق بإختلاف جنسية الخصوم أو موطنهم حسب نظرية الفقيه الغربي **Smmartano**، كما يضيف ذات الفقيه وبعض الفقهاء الغربيين كالفقيهين **Luzzatto** و **Lew** أن المعايير التي يمكن أن يعول عليها لتحديد دولية التحكيم تكمن في عدم إتصال التحكيم بأي نظام قانوني وطني سواء من حيث الموضوع أو الإجراءات فهذا النظام القانوني المغاير للقانون الوطني قد يكون مصدره إرادة الأطراف أو التشريعات الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، ويكون التحكيم دولياً في حالة اتصال التحكيم بأكثر من نظام قانوني وبأكثر من نظام اقتصادي أو إذا كان النزاع المراد حسمه دولياً[2].

ب – المعيار القانوني:

حددت المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي دولية التحكيم التجاري الدولي وفق مجالات معينة بحيث يكون التحكيم دولياً:

- إذا كان مقرا عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت ابرام ذلك الاتفاق واقعتين في دولتين مختلفتين.
- إذا كان احد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

1– مكان التحكيم المحدد وفق اتفاق التحكيم.

2– أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

- إذا اتفق الطرفان صراحة أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

ولأغراض الفقرة الثالثة، اوضحت المادة 1 فقرة الرابعة من القانون التموذجي أنه إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل، فالعبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد[3].

ويلاحظ مما تقدم أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اعتمد على المعيار المكاني أو الجغرافي من أجل تحديد دولية التحكيم، وهو وجود مقر عمل الطرفين خارج الدولة التي يتم فيها التحكيم وكذا المعيار الموضوعي والذي يعتمد على حالتين:

---

[1]– "ان دولية التجكيم أو داخليته تستمد أو تستقى من صفة العقد الذي ينبسط التحكيم لتسوية منازعته فإذا كان العقد دولياً كان التحكيم دولياً، وإذا كان العقد داخلياً كان التحكيم داخلياً" (–هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، مرجع سابق، ص 134.)

[2]– هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 60–69.

[3]– عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سبق ذكره، ص 280.

الأولى: وجود المكان الذي ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة مع العلاقات التجارية خارج مكان عمل الطرفين.

الثانية: وجود المكان المتعلق بموضوع النزاع الأوثق صلة به خارج الدولة التي يوجد بها مقر عمل الطرفين.

وأخيراً معيار الإرادة وهو في حالة وجود اتفاق صريح بين الطرفان على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة[1].

وقد تعرض المعيار القانوني الذي ورد في القانون النموذجي لتحديد دولية التحكيم التجاري الدولي والذي يستند إلى مؤشرات معينة في هذا المجال فعلى سبيل المثال اعتبر مؤشر الإرادة والذي يعمل على تحويل التحكيم من وطني إلى دولي أمر يترتب عليه تهرب وإفلات الأفراد من القواعد الآمرة الواردة في شان التحكيم، كما ان القانون النموذجي بالرغم من نصه على المعيار الموضوعي، إلا أنه جعل دولية التحكيم تقوم على معيار إرادي الأمر الذي جعل بعض الفقه يصف دولية التحكيم في ظل القانون النموذجي بالوهمية[2].

وبالرغم من التباين حول معايير دولية التحكيم بين الفقه والقضاء والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، فقد ظهر المعيار الحديث لدولية التحكيم والمعروف بالمعيار الإقتصادي، والذي جاء به القضاء الفرنسي وأخذ به التشريع المقارن على غرار التشريع الفرنسي والتشريع الجزائري.

ت- المعيار الإقتصادي:

في هذا المقياس فإن طبيعة النزاع هي التي تؤخذ بعين الاعتبار، فالتحكيم يعد دوليا إذا كان متعلق بمصالح تجارية دولية، دون أخذ باقي المؤشرات الأخرى كمكان التحكيم أو جنسية الفرقاء أو قانون إجراءات المحاكمة، والمقصود بالتجارة الدولية كل نشاط إقتصادي دولي، فعملية انتقال الأموال والخدمات ما بين بلد وآخر ووجود لعملية مد وجزر عبر الحدود لها تضفي الصفة الدولية عليها[3].

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المعيار في قانون الإجراءات المدنية رقم:48 لعام 2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 في المادة 1504[4]، كذلك المشرع الجزائري بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 بموجب المادة 1039[1].

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2004، ص ص 99-100.

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص ص 100-102.

[2]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 101.

[3]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 1998، ص 10.

[4]- Article1504 : « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

ويلاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري اعتمد المعيار الإقتصادي لتحديد دولية التحكيم، بعدما كان يأخذ **بالمعيار المختلط (المزدوج)** في ظل المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في في 25 أفريل 1993 والمعدل لقانون الاجراءات المدنية الأمر 154/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، والملغى، إذ نصت المادة 458 منه:" يعتبر دوليا- في حكم هذا الفصل-التحكيم الذي ينصب على منازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية وتكون لأطرافها على الأقل موطنا أو مقرا في الخارج"، ويرى البعض أن تبني المشرع الجزائري لمعيار مزدوج في وصف التحكيم بالصفة الدولية، يرجع إلى استلهام العامل الاقتصادي في المعيار من المشرع الفرنسي وفقا لنص المادة 1492 من قانون المرفعات الفرنسي واستلهام العامل القانوني في المعيار من المادة 176 من التشريع السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لعام 1987، والذي نص على المعيار القانوني لتحديد دولية التحكيم والذي يتمثل في ضرورة توطن أحد الأطراف أو كلاهما في دولة أجنبية وقت ابرام اتفاق التحكيم[2].

ويعتبر قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994 من القوانين التي تبنت المعيار المزدوج لاضفاء صفة الدولية على التحكيم فضلاً عن الاتفاقية الاوربية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف لعام 1961 في مادتها الأولى[3]، أما اتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بمنازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى فقد نصت المادة 25 منها السالفة الذكر على دولية التحكيم في هذا النوع المنازعات، والذي يتم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المتولد عن هذه الاتفاقية الدولية، حيث أن دولية التحكيم تستند هنا على الاتفاقية المنشئة للمركز التحكيمي الدولي والتي تحدد اختصاصه[4]، وأوردت

تبنى المشرع الفرنسي كذلك المعيار الاقتصادي بصفة صريحة لتحديد دولية التحكيم قبل صدور قانون الاجراءات المدنية لعام 2011 وذلك في قانون المرافعات الفرنسي لعام 1981 بموجب المادة 1492، والتي طبقتها الكثير من الأحكام القضائية الفرنسية، ومن بين الاسباب التي دفعت بالمشرع الفرنسي إلى تبني هذا المعيار هي فشل المعايير القانونية في تحديد ماهية التحكيم الدولي.

[1]- المادة 1039: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الاقل".

[2]- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 554.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص ص 106-107.

[4]- يكون التحكيم دوليا كذلك إستنادا لتمامه تحت مظلة مركز تحكيمي، ويقسم الفقه القانوني مراكز التحكيم من عدة زوايا ومن جانب الدولية تقسم إلى: 1- مراكز تحكيم غير وطنية: وهي التي يتم إنشاؤها في دولة معينة، ولكن لا تخضع لقانون هذه الدولة، كما هو الحال بالنسبة لغرفة التجارة في باريس، أو محكمة لندن للتحكيم الدولي، فهذه المراكز التحكيمية تم انشاؤها في فرنسا وانجلترا على التوالي، ولكنها في نفس الوقت تخضع لنظم قانونية ذاتية، قامت هي نفسها بخلقها، ولا تخضع للقانون الفرنسي أو الإنجليزي، وهذه المراكز مهتمة بحسم منازعات التجارة الدولية ويلجأ إليها المتعاملون من كافة أنحاء العالم، ويمكن أن تعقد جلساتها في أية دولة، ومن المراكز غير الوطنية بهذا المفهوم على سبيل المثال إضافة إلى المركزين السابقين: محكمة التحكيم لدى غرفة تجارة استوكهولم، مجلس التحكيم الهندي، الجمعية الأمريكية للتحكيم، مركز تحكيم الغرف التجارية العربية الأوربية...الخ، 2- مراكز التحكيم الوطنية ذات الاختصاص الدولي: وهذه المراكز هي من خلق الدولة نفسها وتخضع لقانونها،

شروط منها: أنه لبدا ان يكون التحكيم بين شخص تابع للقانون العام وبين شخص تابع للقانون الخاص، ويترتب على ذلك أن التحكيم ما بين دولتين أو شخصين تابعين للقانون العام، او شركتين أو شخصين تابعين للقانون الخاص، لا يمكن أن يكون مقبولا بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بالرغم من دوليته، كذلك يقتضي أن يكون النزاع ذا طابع قانوني وأن يكون ذا علاقة مباشرة بعملية استثمارية، فضلاً عن امكانية تدخل سلطان الإرادة في تعليق شرط اختصاص المركز على شرط واقف خاصة من الدولة المضيفة للاستثمار وهو ضرورة استنفاذ الاليات الداخلية الإدارية والقضائية لحل النزاع قبل عرضه على المركز[1].

والجدير بالذكر أن دولية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، تستمد من تجاوز موضوعها الإطار القانوني المنظم لها وكذلك انتماء طرفي عقد الاستثمار لعدة أنظمة قانونية مختلفة، فضلاً على تنوع القواعد القانونية المطبقة على هذه العقود بإعتبارها نوعاً من العقود الدولية، بالإضافة إلى أن المصلحة الدولية والمتمثلة في تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتوفير الآمان وما صاهب ذلك من دولية في إقرار قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمعمول به عالميا، لهذا يتم اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر نظراً للمزايا التي توفرها هذه الآلية في هذا الإطار[2].

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتمييز عن غيره من النظم الخاصة لتسوية النزاعات

أولاً: مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يفضل أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر اللجوء إلى آلية التحكيم لتسوية منازعاتهم لعدة اسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب وطبيعة هذه العقود، وبعض الأخر يتعلق بحياد هذه الوسيلة وذلك بعكس آلية القضاء الوطني التي لا يطمئن إليها المستثمر الأجنبي، فضلاً على أن التحكيم يعتبر ضمانة إجرائية لتسوية هذا النوع من المنازعات[3]، فهو وكما سبقت الاشارة إليه يوفر مزايا تتناسب مع طبيعة هذه العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، ومع العملية محل العقد أو المشروع العقدي الضخم

وتتميز هذه المراكز بالطابع الحكومي يختص بالتحكيم في بالعقود المرتبطة بالتجارة الخارجية لدولة مؤسسة المركز ومن أمثلة هذه المراكز: المركز البولندي للتحكيم التجاري الدولي،المركز التحكيمي السوفياتي للتجارة الخارجية، مركز أبو ظبي للتحكيم التجاري....الخ 3- مراكز التحكيم الدولية: وهي مراكز تحكيم ذات اختصاص عام أو مراكز تحكيم متخصصة، ويتم انشاؤها بناءا على اتفاقيات دولية، ومثال ذلك: اتفاقية واشنطن لعام 1965 والتي قامت بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.(لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر: هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 223- 276).

[1]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص ص 49-52.

[2]- مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2013، ص 200.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 350.

الذي يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، والذي يكلف مئات الملايين من الدولارات، والذي يتطلب خبرات فنية عالية، لذلك فمع هذه الخصوصية، وما يتمتع به التحكيم من مزايا كسرعة الاجراءات والسرية المطلوبة والتخصص وكذا حرية الأطراف في إختيار نوعية التحكيم فإننا نجد ذلك يتناسب مع فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وعليه يمكن أن نشير إلى هذه المزايا التي يوفرها التحكيم الدولي في المنازعة الدولية بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار بصفة خاصة – والتي تعتبر من المبررات التي تجعل أطراف النزاع يلتجئون إليه لفض نزاعاتهم– كما يلي[1]:

– **السرعة في الإجراءات:** يتميز التحكيم عن القضاء العادي بالقدرة على الفصل في المنازعة المعروضة عليه في وقت أقل والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار، التي تقتضي هذه السرعة لتفادي الخسارة في عقد الاستثمار ذاته والمتعلق بالتنمية، وترجع العدالة السريعة التي يقدمها التحكيم إلى عاملين:

الأول: الزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الاطراف كاصل عام، مع الاشارة أن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المعاصرة المنظمة للتحكيم عادة ما تحدد مدة يجب ألا يتجاوزها المحكم لإصدار قراره، كما تسمح للاطراف بالتعديل في هذه المدة عند اتفاقهم على التحكيم فيفقد المحكم صفته عند انتهائها[2].

أما العامل الثاني: فإنه يتعلق بان التحكيم نظام للتقاضي في درجة واحدة وهذا بخلاف قضاء التحكيم والذي يعتبر فيه مبدأ التقاضي على درجتين من مبادئه الأساسية، وإن كان حكم التحكيم الحائز على حجية الامر المقضي فيه، قابل للطعن بالبطلان وفق حلات معينة واردة على سبيل الحصر، بعكس الحكم القضائي القابل للطعن بالطرق العادية وغير عادية[3].

وبخصوص سرعة إجراءات التحكيم مقارنة بالإجراءات القضائية المعتادة فإن إختيار المحكمين والمختصين في مجال الاستثمار يمنحهم القدرة على فهم المشاكل المعروضة عليهم والتي في أغلبها ذات طابع فني وتقني، وهذا ما يسهل ايجاد الحلول لها[4].

– **السرية في التحكيم:** من الخصائص الاساسية التي تحكم التحكيم كذلك السرية في الإجراءات كأصل عام إلا على أطراف النزاع وممثليهم، فجلسات التحكيم غير علنية كما هو الحال في جلسات التقاضي في

---

[1]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 166.

-Alan Redfern, Martin Hunter and others, Law and Practice of International Commercial arbitration, London, Sweet and Maxwell, 4th edition , 2004, pp 23-24.

[2]– جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء بتفعيله، مرجع سبق ذكره، ص ص 38–39.

[3]– جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء بتفعيله، مرجع سبق ذكره، ص 39.

[4]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 167.

المحاكم القضائية[1]، لهذا فالسرية في التحكيم كذلك تقتضيها طبيعة عقود الاستثمار الأجتبي المباشر المتعلقة بالتنمية الإقتصادية ونقل التكنولوجيا، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمقترحات سرية، وهذا ما يبرر عدم نشر احكام التحكيم إى بموافقة الطرفين والمحكمين، ذلك إفشاء أسباب منازعات عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ودوافعه وغير ذلك من الأمور المتعلقة به قد يؤدي إلى المساس بالمراكز المالية والإقتصادية خاصة بالنسبة للمستثمر الأجنبي ويعرقل التنمية بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار[2].

- **التحكيم قضاء متخصص:** يضمن التحكيم في منازعات الاستثمار الاستعانة بخبراء متميزين ومتخصصين وأكفاء[3]، يمتلكون معارف اقتصادية وفنية حديثة، وخبرة ملائمة في مجال عقود الاستثمار محل النزاع[4]، فمنازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة ذات البعد الدولي، تتطلب الإلمام باللغات الأصلية التي تتم بموجبها المعاملات الدولية وما يتعلق بها من أعراف وعادات ومصطلحات فهذه المسائل والأمور يجب أن تتوافر في المحكمين للفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر[5].

- **حرية الأطراف في التحكيم:** يفسح التحكيم المجال للأطراف ويمنحهم الحرية وفق مبدأ سلطان الإرادة في تعيين القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق[6]، فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصاً أو مؤسسياً، ولهم الحرية في اختيار مكان مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم[7].

وبما أن التحكيم اكثر مرونة وسرعة من أساليب التقاضي، وما يوفره من مزايا إلا أنه قد تؤخذ عليه بعض العيوب وبخاصة في الدول النامية إذ يعتبر من الآليات التي تمكن الدول الراسمالية من التسلط على الدول النامية وضمان تبعيتها الاقتصادية لها على الدوام، لا سيما وأن المحكم حر في تطبيق القانون الذي يراه مناسبا عند تخلف قانون الارادة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تطبيق القوانين الوطنية للدول النامية، والتي

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 2008، ص 21.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 168.

- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء بتفعيله، المرجع السابق، ص 39.

[3]- وردة بلقاسم العياشي، التحكيم في عقود النفط، دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، مرجع سبق ذكره ص 37.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص352.

[5]- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الاقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 1986، ص 3.

[6]- ايناس هاشم رشيد، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مرجع سبق ذكره، ص 275.

[7]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص352.

- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 169.

تعتبر إن صحا التعبير الطرف الضعيف في عقد الاستمار الاجنبي المباشر نظرا لظروفها الاقتصادية المتردية[1].

كما أن معارضة نظام التحكيم بالنظر إلى عيوبه دون مزاياه والذي باتت تفرضه المتغيرات الاقتصادية والقانونية على الساحة الدولية، وعدم محاولة التأقلم مع هذا النظام من قبل الدول النامية بتدريب كوادر فنية قادرة على التعامل مع نظام التحكيم لتسوية المنازعات– والتي يعتبرها المتعاقد الأجنبي مع الدولة ضمان لحماية حقوقه وشرطا لازما للتوقيع على أحد عقود الدولة – يشكل خطوة للوراء لهذه الدول فالأهمية الاعتبارات السابقة يتعين على هذه الدول محاولة اللحاق بالدول المتقدمة بمحاولة فهم هذا النظام والتعامل معه بتضمينها لتشريعاتها خصوصا إذا فرض عليها في منازعات عقودها الدولية[2].

– **تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم:** إن السبب الحقيقي للجوء إلى التحكيم في مجال منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كعقود الاستثمارات النفطية مثلا هو انعدام ثقة المستثمرين الأجانب بالمحاكم الوطنية في الدولة المضيفة بصفة عامة والنامية بصفة خاصة وعدم قبولهم الخضوع بسهولة لقضاء دولة أجنبية، ولنظام قانوني مختلف عن ذلك السائد في دولهم، فهم يخشون من ميل القاضي إلى لدولته أكثر من المستثمر الأجنبي هذا الآخير الذي تتناقص قوته التفاوضية بمجرد انتقال رؤوس أمواله إلى الدولة المضيفة، لهذا يحرص المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار لتوفير حماية أكثر له من الناحية الإجرائية، خاصة إذا ما استعمل مبدأ السيادة من طرف الجدولة المضيفة[3].

– **التحكيم ضمانة اجرائية لتشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر:** إن وجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر وما تتمتع به من سيادة، يعطي للمستثمر الأجنبي الحق في الحصول على ضمانات موضوعية وإجرائية، ولعل الضمان الإجرائي والذي بموجبه يتصدى المستثمر لأي نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أوحتى تفسيره، هو ذلك الضمان الذي يوفر له ويضمن له حياد قضاء الدولة المضيفة والمتمثل في التحكيم والذي أصبح أمراً بديهيا في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأصبح القضاء العادي في هذا المجال بصفته ضمانة إجرائية[4].

---

[1]– محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البينية الاساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2003، ص 367.

[2]– محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البينية الاساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها، مرجع سابق ص 371.

[3]– وردة بلقاسم العياشي، التحكيم في عقود النفط، دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، مرجع سبق ذكره ص 78.

– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 142.

– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 353.

[4]– جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 604.

وقد حرصت الكثير من الدول ولا سيما النامية على غرار الجزائر على جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، فقد أقرت التحكيم كآلية لفض منازعاتها وبالتالي التنازل عن اختصاص القضاء الوطني، بيد أن المشرع الجزائري وفي ظل قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016 وأخص بالذكر المادة 24 السالفة الذكر منه جعل الاختصاص بنظر منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقضاء الوطني والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، هذه الأخيرة جعلت اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمستثمرين الأجانب بعد مرور 06 أشهر من اتباع إحدى الطرق الودية كالمفاوضات والوساطة والتوفيق، باستثناء الاتفاقية الثنائية الجزائرية الأمريكية والتي نصت على مدة 03 أشهر.

كما أعطى المشرع الجزائري للاشخاص المعنوية العامة امكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقتها الاقتصادية الدولية وفي إطار الصفقات العمومية وفق نص المادة 3/1006 من قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية[1]،

ويختلف نظام التحكيم كألية لتسوية المنازعات عن غيره من النظم الخاصة التي وجدت في نفس الإطار.

ثانياً: تمييز اتحكيم عن غيره من النظم الخاصة لتسوية النزاعات

بما ان التحكيم وسيلة وآلية لتسوية منازعات الاستثمار، فهو يتشابه ويختلف مع غيره من الآليات البديلة الأخرى عن القضاء لحسم منازعات الاستثمار عقود الاستثمار والتي بعضها سبق الاشارة إليها كالصلح والوساطة والخبرة والوكالة والتوفيق وقد يتشابه ويتداخل حتى مع القضاء.

وعلى هذا الأساس وجب التمييز بينه وبين هذه النظم، خاصة في ظل التسمية التي يستخدمونها أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في عقد ذاته أو في ظل الاتفاقيات الدولية المبرمة في مجال الاستثمار من ألفاظ مبهمة تسوجب التفسير والتكييف القانوني السليم لها، من طرف القضاء أو التحكيم في ظل القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

أ- التحكيم والصلح:

تعرض الفقه القانوني وكذا التشريعات الوطنية المقارنة لمفهوم الصلح وصوره وأنواعه، فقد اعتبر طريق بديل ودي لحل النزاعات يتضمن تنازلات متبادلة صادرة عن الأطراف المعنية[2]، كما عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 على أنه:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"[3].

- حسين فريحة، أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، مداخلة في الملتقى الدولي الموسوم ب: الطرق البديلة لحل النزاعات، حوليات جامعة الجزائر 1، 2014، ص 246.

[1]- جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مرجع سبق ذكره، ص 605.

[2] -« la transaction constitue un mode de règlement amiable des contestations impliquant des concessions réciproques émanant des parties concernées » -voire:- Géraldine Chavrier, Réflexion sur la transaction administrative, Revue francaise de droit administratif,Dalloz, Paris, N°3, 2000, P 548.

[3]- المادة 459 من القانون المدني الجزائري، الأمر58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل والمتمم.ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:78 الصادرة بتاريخ 30-09-1975، والتي نصت على أنه:" الصلح عقد ينهي به الطرفان

ونخلص من تعريف القانون المدني للصلح أنه له مقومات ثلاثةهي:

1- نزاع قائم أو محتمل.

1- نية حسم النزاع.

2- نزول كل المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من إدعائه.

وبإجراء مقارنة بين تعريف كل من التحكيم والصلح أن كلاهما ينشأ بعقد وبهما يتم فض النزاع القائم بين الأطراف[1]، ويختلفان في أمور عدة منها:

- محل العقد في التحكيم هو عدم عرض النزاع على قضاء الدولة، واختيار محكمين للفصل في النزاع، أما محل عقد الصلح فهو التزام الأطراف بتسوية النزاع القائم بينهم بأنفسهم أو بواسطة القضاء.

- ينتهي التحكيم بصدور حكم يفصل في النزاع ويكون ملزما للأطراف وقابل للتنفيذ الجبري، أما في الصلح فيننهي بمجرد التنازل المتبادل بين الأطراف ويكون الاتفاق قابلا للتنفيذ بذاته بعد تصديق القضاء عليه.

- في الصلح يتنازل كل خصم عن جزء من مطالبه مقابل تنازل الطرف الآخر، أما في التحكيم فلا يوجد تنازل، وإنما يوجد تفويض للمحكم لفض النزاع بما يراه عدلاً، وبالتالي يمكن أن يستجيب لطلبات أحد الخصوم ويرفض طلبات الآخر[(2)].

ولعلى معيار التفرقة بين التحكيم والصلح هو تمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه، أما الصلح فجوهره هو التنازل المتبادل بين كلا الطرفين عن جزء الحق الموضوعي من أجل الوصول إلى حل وفض النزاع[(1)].

نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه" وتقابل هذه المادة من القانون المدني المصري المادة 549 و المادة 2044 من القانون المدني الفرنسي ونصت المادتان 460 و461 في هذا الاطار على شروطه وأركانه، حيث نصت الأولى على:" يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح" أما الثانية:" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية".

أنظر كذلك: المادة التي تناولت الصلح في الميدان التجاري كذلك نص المشرع الجزائري على الصلح القضائي الوجوبي في حل النزاعات الأسرية، وتناول كذلك الصلح من الناحية الإجرائية وذلك ببيان أحكامه من المواد 439 إلى 449 من ق.إ.م.إ.08ج رقم:-09، كذلك تجدر الاشارة بمناسبة حديثنا عن الصلح عن تبني ما اصطلح عليه بغرامة الصلح (Amende transactionnelle) كوسيلة من وسائل الصلح غير قضائية لفض المنازعات المترتبة عن التجاوزات التي يقع فيها المتعامل الإقتصادي، دون الالتجاء إلى القضاء وذلك وفق ماورد في الباب الخامس من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 وكذا القانون 04-02 المؤرخ في 22 يونيو 2004 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،(أنظر:- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015، ص 14 وما يليها، أنظر كذلك: - عبد المنعم نعيمي، قراءة في أحكام غرامة الصلح كآلية لحماية المستهلك على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، الجزائر، العدد السابع، سبتمبر 2015، ص 224 ومايليها).

[1]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص 43.

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص 44.

ب- التحكيم والخبرة:

خصغت الخبرة لعدة تعريفات من طرف الفقه القانوني والقضاء ونظمت أحكامها مختلف التشريعات، وتعرف من الناحية الفقهية بأنها:" استعانة القاضي أو الخصوم في الدعوى القضائية بأشخاص مختصين في مسائل يفترض عدم إلمام القاضي بها للتغلب على الصعوبات الفنية أوالعملية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعملية واستخلاص النتائج في شكل غير ملزم للمحكمة أو للخصوم أي يخضع لسلطته التقديرية"[2]، كذلك عرفت بأنها:" استيضاح رأي أهل الخبرة في شأن استظهار بعض جوانب الوقائع المادية التي يستعصى على قاضي الموضوع إدراكها بنفسه من جراء مطالعة الأوراق والتي لا يجوز للقاضي أن يقضي في شأنها استنادا لمعلوماته الشخصية وليس في أوراق الدعوى وأدلتها ما يغني القاضي عن فهما، والتي يكون استيضاحها جوهريا في تكوين قناعته في شأن موضوع النزاع"[3].

كما أن المشرع الجزائري لن يعرف الخبرة وإن كان قد أورد أحكامها في المواد من 125 إلى 152 ضمن الباب الرابع من ق.إ.م.إ.ج 08-09[4]، وبالرغم من أن المحكم والخبير يتشبهان في كونهما ليسوا أعضاء في جهاز القضاء، إذ كل منهما شخص فني يصدر رأيا في القضية المعروضة عليه، ويخضع كذلك كل منهما لمبادئ الاستقلال والحياد والموضوعية[5]، إلا أن هناك عدة أوجه للخلاف بين التحكيم والخبرة يمكن إجمالها فيما يلي:

- في الخبرة خاصة الخبرة الودية وليست القضائية والتي تمتاز بالتعقيد لتشابهها مع التحكيم من حيث تولدها عن اتفاق طرفي النزاع، فالمحكم في هذه الحالة وفق ما قاله الفقيه مولتسكي **(Henri Moultsky)** يعتبر قاضي حقيقي فهو يفصل في النزاع ويقدم قرار، أما الخبير فلا يقدم سوى رأيا استشارياً ولا يفصل في شيئ، بل أنه لا يلزم أحداً لا قاضي ولا الطرفين[6].

---

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 64.

[2]- بلول فهيمة، الخبرة القضائية كإجراء أساسي للتحقيق في المنازعة الضريبية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 15، ع: 1-2017، ص 350.

[3]- بلول فهيمة، الخبرة القضائية كإجراء أساسي للتحقيق في المنازعة الضريبية، مرجع سابق، ص 350.

[4]- نصت المادة 125 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 على أنه: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي".

[5]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطنة1، الجزائر، 2013-2014، ص 13.

[6]- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2004، ص ص 229-230.

– ان قرار المحكم ملزم ويجوز الطعن فيه، بينما حكم الخبير فهو غير ملزم ولا يجوز الطعن فيه، حيث يبدي الخبير رأيه في المسائل الفنية والعملية دون القانونية، أما المحكم فهو يفصل في المسائل القانونية وكل ما يتطلبه الفصل في النزاع[1].

وبخصوص المعيار الصحيح للتفريق بين المحكم والخبير الفني هو أن المحكم يعمل على الفصل في نزاع قانوني ويصدر قرارا يقرر فيه حقوق الطرفين، أما الخبير فيعمل على فحص الشيئ لأنه من ذوي الخبرة ولا يعمل على الفصل في النزاع ولا يقرر حقوقا التي يقوم الخبير بعمل لتقريرها بطريقة غير مباشرة، على أساس ما اتفق عليه الطرفان في أن مسألة الفصل في الخلاف بينهما تعتمد على ما يقرره الخبير من رأي فني[2]، ولا يعتمد معيار التفرقة كذلك بين الخبرة والتحكيم على الألفاظ والوصف المستخدم من الطرفين وإنما يعتمد على طبيعة المنوطة بالشخص الثالث[3].

ت– التحكيم والوساطة والتوفيق:

سبق الإشارة **ان** عملية الوساطة تقتضي اختيار شخص مقبول من طرفي النزاع تكون مهمته بمساعدة هذين الطرفين على التوصل إلى مبادلة ما، ويقوم الوسيط في تأدية مهمته بمقابلة وسماع كل طرف على حدى حتى يتعرف على وجهة نظره ويقوم بعد ذلك بشرح كل وجهة نظر لاحد الطرفين للآخر ثم يحاول تنظيم لقاء بين الطرفين كي يتوصلا إلى حل وسط[4].

أما التوفيق، فيعرف حسب المادة1/ف3 من القانون النموذجي للتوفيق التجاري بأنه:" عملية يطلب فيها شخص ثالث أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة"، وعليه فآلية التوفيق تقتضي كذلك تدخل شخص آخر من الغير لتقريب وجهات النظر والوصول إلى تسوية ودية، وهذا الشخص ليس محكما لأنه ليس له صلاحية الفصل بحكم ملزم، كل ما في الأمر أنه يقدم اقتراحات وتوصيات، كما ان ذلك لا يمنع من الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم لفض النزاع[5].

والتوفيق والوساطة يختلفان عن التحكيم في كونهما لا يسفران عن حكم إجباري ذلك أنه ليس في إمكان الوسيط إجبار الطرفين على التوصل إلى اتفاق وليس في امكان الموفق فرض قراره عليهما، وما يلاحظ أن عبارتي الوساطة والتوفيق بإعتبارهما من البدائل الممكنة عن التحكيم قد تستعمل إحداهما مكان الأخرى وذلك لغياب اتفاق جامع على تعريفهما، إلا أن وكما سبقت الاشارة إليه أن الوسيط يعمل على

[1]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 66.

[2]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 2006، ص 27.

[3]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 26.

[4]– قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، مرجع سابق، ص 232.

[5]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سبق ذكره، ص ص 25–26.

مساعدة الطرفين في الوصول إلى حل بنفسيهما أما التوفيق فالموفق دوره يكمن في مناقشة موضوع القضية مع الطرفين ويقترح حلاً عادلاً للنزاع[1].

ث- التحكيم والقضاء:

يعد القضاء الطريق الطبيعي لفض منازعات بين الافراد، ووسيلة الدولة لإقرار العدالة وحماية الحقوق في المجتمع، كما أن هناك بجانب القضاء وسائل اخرى أجازت التشريعات اللجوء إليها، غير أن نظام التحكيم هو وسيلة قانونية مستقلة ومتميزة عن القضاء، فلم يعد يخفى عن المختصين وغيرهم ما يحققه التحكيم من مزايا بالمقارنة مع القضاء، خاصة على المستوى الدولي وعلى الأخص في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، فيعد التحكيم الدولي أساسي لعدم وجود قضاء دولي متخصص سواء بالنسبة للدولة أو المستثمرين الأجانب[2].

كما ان أغلب الدول تجيز التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء بمقتضى مبدا سلطان الارادة او القانون الوطني او القانون الدولي الاتفاقي تجيز التحكيم وذلك لتخفيف العبئ الملقى على عاتق محاكمها بسبب تكدس القضايا أمامها وفي تحسين صورتها لدى المتعاقدين الأجانب، وبالذات المستثمرين اللذين يطمئنون إلى استثماراتهم إذا وجدو الدولة المضيفة ترحب بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشأ بيتهم وبين الدولة أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية التابعة لهم[3]، وبالرغم من التقارب بين التحكيم والقضاء إلا أن هناك تباين بينهما وهو ما يمكن الاشارة اليه في النقاط الآتية:

*من حيث دور الإرادة فنجد إرادة الأطراف أو الخصوم في اتفاق التحكيم تقتضي رضائهم على اللجوء إليه أو وجود نص خاص في القانون بينما القضاء فهو حق عام يلجأ إليه الخصم تلقائيا دون حاجة لموافقة الخصم الآخر.

*من حيث الولاية والتعيين فتعتبر ولاية القضاء عامة أي في كافة المنازعات والعقود، بينما في التحكيم فهي محددة حصرا بالمنازعة أو المنازعات المرتبطة بالعقد تنفيذًا وتفسيراً ومن ثم فحكم المحكم لا يتعدى إلى غير ما حكم به، بخلاف القضاء فإن القاضي حكمه يتعدى إلى كل ما له علاقة بالخلاف، كما أن المحكم أو المحكمين اللذين سيفصلون في النزاع يختارون من طرف الخصوم في التحكيم الحر أما القضاة فيعينون من قبل السلطه أي الدولة[4].

---

[1]- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص ص 232-233.

[2]- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ط 2014، ص ص 53-36 .

[3]- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، مرجع سابقّ، ص 37.

[4]- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 37-40.

- أنظر كذلك: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 2006، ص ص 15-16.

كما أن الإختصاص المكاني للقاضي مقيد ببلده ومكان اختصاصه، بخلاف التحكيم فإنه لا يتقيد ببلد دون الآخر، ذلك أن اختصاص المحاكم يحدده القانون والذي يكون من النظام العام كما هو الحال في الاختصاص النوعي وقد لا يكون من النظام العام كما هو في الاختصاص المكاني الداخلي الدولي، حيث يجوز في هذا الآخير الاتفاق خاصة في مجال العلاقات الدولية الاتفاق في العقد على اختصاص محكمة معينة غير محكمة المختصة أصلا بنظر المنازعات الناشئة عنه.

ومما شك فيه في هذه الحالة أن هناك تشابه بين اتفاق التحكيم وعملية الاتفاق على نقل الاختصاص القضائي وهو وجود اتفاق في الحالتين على عدم الخضوع للقضاء صاحب الولاية، لكن في التحكيم يكون البديل قضاء خاص أما في الاتفاق على نقل الاختصاص القضائي فيكون البديل هو محكمة أخرى من محاكم الدولة أو من محاكم غيرها من الدول، حيث في هذه الآخيرة تظل الاجراءات القضائية واجبة التطبيق خلافاً للحالة الأولى التي يملك فيها الأطراف اختيار الاجراءات التي تخضع لها الخصومة أمام المحكم[1].

* يصدر الحكم بالنسبة للتحكيم بناءا على قواعد العدالة والانصاف إذا أعفاه الخصوم من التقيد بقواعد القانون الموضوعية والإجرائية، كما أن أحكام التحكيم لا يمكن تنفيذها إلا بعد صدور أمر بذلك من السلطة القضائية، بخلاف الأحكام القضائية التي قد تمهر بصيغة التنفيذية مباشرة دون اللجوء إلى الأمر بالتنفيذ، كذلك تختلف طرق الطعن في أحكام التحكيم عن تلك المقررة في الأحكام القضائية[2].

المطلب الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه

اصبح التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر سواء حرا أو مؤسسيا، يلعب دورا كبيرا في فض منازعات عقود الاستثمار، نظراً كما سبقت الاشارة إليه لخصوصية وطبيعة هذه العقود، والتي تبرر اللجوء إليه، وحتى نضمن فعاليته الموضوعية والإجرائية في هذا النوع من المنازعات وجدت مبادئ قانونية والتي تعتبر من الآثار الاجابية أو السلبية التي ترتبها اتفاقية التحكيم بصفة عامة إذا ما أبرمت وفق الشروط الموضوعية والشكلية التي تقتضي صحتها فما هي هذه المبادئ ؟ (الفرع الأول)

كما أن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وإجراءاته يحظى بأهمية كبيرة، نظرا للاشكالات التي يثيرها خاصة عند الفصل في النزاع من طرف هيئة التحكيم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي نتيجة الدفوع التي ممكن أن تقدم من قبل طرفي النزاع لذا يتعين على الأطراف تحديد هذا القانون وأن لا تغفله تجنبا للخلافات، مع العلم أن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من شروط صحته وكذا اجراءاته يختلف عن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق المتعلق بموضوع النزاع وإن كانت ارادة الاطراف في كلتى الصورتين تعتبر ضابط الاسناد الاصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود

[1]– محمد مصطفى، عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 1998، ص 34.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 69.

الدولية، لذلك سوف نتعرض إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية والإجرائية في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

تتجسد هذه المبادئ والتي تضمن فعاليته في تسوية المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي فيما يلي:

أولاً: مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

لا تختلف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقدا عن القوة الملزمة للعقد، حيث هذا الاخير يعتبر مبدأ عالمي[1]، والذي يعني أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة وجب على أطرافه تنفيذه ولا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله دون رضاء المتعاقد الأخر[2].

لذلك فمقتضى القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك إلتزام بنتيجة يقع على عاتق طرفي الاتفاق وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في إتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة، وتعتبر مخالفة أحد الأطراف لذلك إخلالا ليس فقط لمبدأ القوة الملزمة للعقد بل كذلك بمبادئ أخرى كمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية[3]، ومبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع دون غيرها، أي هناك إستبعاد أي طريق آخر لتسوية النزاع وذلك ما نصت عليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 وأكدته مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم[4].

كما أن مخالفة هذه المبادئ يؤدي حتماً إلى المسؤولية العقدية والدولية، إلا في الظروف الاستثنائية مثل القوة القاهرة، أو في حالة اتفاق الأطراف على حسم الخلاف وديا، ولا يجوز للاطراف الحق في الرجوع عن قبول التحكيم الدولي أو فسخه أو الانسحاب منه بالارادة المنفردة أوالدفع ببطلانه لعدم أهليتها بموجب قانونها الوطني أو بمركزها السيادي أو حصانتها الدولية القضائية والتنفيذية للتحلل من اتفاق التحكيم، وذلك ما تؤكده معظم التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم في جميع هذه الحالات[5]، حيث نصت المادة 25/ف1:"...متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لاي منهما أن يسحبها بمفرده"، كذلك ما اكد عليه مجمع القانون الدولي في قراره الصادر عام 1989 والذي نص على

---

[1]- « la force obligatoire est un principe universel … », voir:- Mallaurie.ph, Aynes.L- Munck.ph, Droit civil, les obligation, Defrénois, Paris, 2eme éd , 2005, p360.

[2]– علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، 2008، ص 08.

[3]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص 70.

[4]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 416-417.

نص المادة 26 من اتفاقية واشنطن:"موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية".

[5]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 190.

أنه:" لا يمكن للدولة أو الشركة الحكومية أن تدعي عدم الأهلية للتحكيم حتى تمانع أو تقاوم تحكيماً قد وافقت عليه من قبل"[1].

وفي هذا الشأن نجد أن مركز الوساطة والتحكيم التابع للأوكسيد، قد أصدر قرار يثبت عدم جواز للدولة المضيفة للاستثمار إلغاء شرط التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية في قضية:- **ATA CONSTRUCTION ,INDUSTRIAL AND TRADING COMPANY V. THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN** – وتتلخص وقائع هذه القضية في صدور قرار من محكمة التمييز الأردنية يؤيد قرار صادر عن محكمة الاستئناف الأردنية والذي كان يقضي بإبطال قرار تحكيم صادر في القضية التحكيمية بين الشركة التركية وشركة البوتاس الأردنية، واسقاط شرط التحكيم تبعا لقانون التحكيم الأردني، إلا ان المستثمر التركي اعتبر اسقاط شرط التحكيم استنادا للقوانين الداخلية الأردنية هو خرق للاتفاقية الثنائية المبرمة بين تركيا والأردن، ولجأ إلى مركز الأوكسيد، الذي أصدر قراره في القضية لصالح المستثمر التركي واعتبر ذلك عدم احترام اتفاق التحكيم من جانب الطرف الأردني[2].

كذاك وفي إطار مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم والتي تترتب عنه مبادئ أخرى كإتخاذ أحد أطراف النزاع موقف سلبي والامتناع عن الالتزام بتعيين المحكمين أو غيابه عن إجراءات التحكيم، ففي هذا الاطار كذلك أقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم العديد من الإجراءات لمواجهة امتناع الأطراف سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسي، ففي مجال الامتناع عن تعيين المحكمين وضعت حلول قضائية وإدارية لتفادي محاولة أحد الأطراف تعطيل الإجراءات التحكيمية، وهو ما فعلته مختلف التشريعات الداخلية الغربية والعربية من ذلك قانون التحكيم المصري لعام 1994 في المادة17 والأردني لعام 2001 في المادة 16 ...الخ[3]، والمشرع الجزائري في المادة 1040/ف2 بنصها:" في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما ياتي:

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر" [4].

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 404.

[2]- لافي محمد دراركة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية، مداخلة في مؤتمر كلية القانون التاسع عشر الموشوم ب: قواعد الاستقمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، خلال الفترة الممتدة من 25 إلى 27 أفريل 2011، ، جامعة الامارات العربية المتحدة، ص 1364.

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 193.

[4]- المادة 1040 من ق.إ.م.إ.ج 08-09، مرجع سبق ذكره.

واتجهت اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 38 منها إلى وضع آلية لمواجهة عدم تعيين هيئة التحكيم خلال المدة المحددة، والتي تنص على أن يتولى رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناءاً على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان، وذلك إذا لم تشكل المحكمة خلال 90 يوماً التالية للإخطار بتسجيل الطلب والمرسل من السكرتير العام للمركز للأطراف، أو خلال أي مدة يتفق عليها الأطراف[1].

أما في مجال غياب الأطراف ولضمان فعالية أكثر للتحكيم فقد تم معالجة ذلك في التشريع الداخلي والدولي المقارن حيث عالجت اتفاقية واشنطن هذه المسألة في المادة 45 منها بنصها:" 1-إذا تغيب أحد الطرفين أوامتنع عن تقديم أوجه دفاعه فإنه لا يعد لهذا السبب في حد ذاته، مسلماً بإدعاءات الطرف الأخر، 2-إذا لم يحضر أحد الطرفين أمام المحكمة أوفشل في تقديم دعواه خلال أي مرحلة من مراحل الإجراءات، فإنه من حق الطرف الآخر أن يطلب من المحكمة اتخاذ قرار بشأن النزاع ويجب على المحكمة قبل اتخاذ أي قرار إخطار الطرف المتخلف مع منحه مهلة قضائية، إلا إذا اقتنعت المحكمة أنه ليس في نية الطرف المتحلف المثول أمامها وعرض دعواه[2].

وفيما يخص احكام التحكيم الصادرة في هذا الإطار لتدعيم فعالية التحكيم في تسوية المنازعة وعدم تأثره بالاجراءات التعطيلية المذكورة آنفاً نذكر حكم التحكيم الصادر في قضية هضبة الهرم حينما كانت معروضة على هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية، فغياب الدولة المصرية عن التحكيم لم يعطل إجراءات التحكيم، كذلك قضية **Letco** ضد الحكومة الليبية والتي تبناها المركز، فالبرغم من تخلف الدولة الليبية عن حضور اجراءات التحكيم إلا أن المركز استمر في الاجراءات والفصل في النزاع.

وفي نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع، فإن المبادئ العامة في نظرية العقد تقتضي أن العقد لا يلزم إلا أطرافه دون غيرهم بيد ان أتفاق التحكيم وخاصة في مجال العقود الدولية كعقود الاستثمار الأجنبي المباشر يؤدي في الكثير من الحلات الى استعانة الأطراف الأصليين المتعاقدين بمقاولين من الباطن أو بشركات يتم تأسيسها أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة التي يتم إبرامها، أو حالة تجديد العقود بتغير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، ففي كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه ليشمل العلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي[3]، في إطار ما يسمى بمبدأ الارتباط والتبعية في العقود أي بين العقد الأصلي والعقد الفرعي[4].

فعلى سبيل المثال فإذا حدث اندماج بين شريكتين مستثمرتين في مجال معين وذلك من أجل تكوين كيان عملاق اقتصادي مثل شركة شل أكسون للبترول، فالقضاء الفرنسي قرر قاعدة في هذا المجال مؤداها

---

[1]- المادة 38 من إ.و.ت.م.إ لعام1965، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 45 من إ.و.ت.م.إ لعام1965، مرجع سبق ذكره.

[3] - لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص 74.

[4]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سبق ذكره، ص 337.

أن الاندماج بين الشركات الدولية يلزم الشركة المندمجة بكافة الالتزامات التي كانت قد أبرمتها الشركة التي اندمجت معها، سواء كان هذا الاندماج بطريق المزج بين الشركتين أو بطريق الضم كإندماج شركة صغيرة في شركة كبيرة، وفيما يخص الشركات والمجموعات الصناعية المتعددة الجنسيات التي تبرم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والتي يوجد لها فروع متعددة في العديد من دول العالم، فإن اتفاق التحكيم التي تبرمه أحد الشركات العضو في المجموعات الصناعية أو أحد أفرع الشركات المتعددة الجنسيات إلى الشركة الأم، فيعد ملزماً للشركة الأم والشركة الفرعية[1]، بمعنى امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الوليدة المستقلة إلى الشركة الأم والتي لم تكن طرفا فيه، وذلك ما أكدته هيئات التحكيم الدولية من ذلك الحكم الصادر في قضية **Dow Chemical**، من طرف غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 23 -09-1982 حيث قضت بأن: " شرط التحكيم الذي يرد في احد العقود من أعضاء مجموعة واحدة يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، وبالرغم من تمتع كل منهما بشخصية معنوية مستقلة، مادامت قد اسهمت في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه"[2].

كذلك وفيما يخص موضوع منازعات العقد التي تم الاتفاق على تسويتهما بالتحكيم فإذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة لتفسير عقد معين فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم إلى المنازعات المتصلة لتنفيذه كقاعدة عامة، بيد انه وفي اطار التحكيم التجاري الدولي، فقد تم الخروج على هذه القاعدة لضمان فاعلية أكثر لإتفاق التحكيم وعدم تفسيره على نحو ضيق أو موسع أو بطريقة متحررة، بل ينبغي أن يفسر بطريقة تؤدي إلى الوصول إلى احترام النية المشتركة للأطراف، وتلك المنهجية في التفسير ليست إلا تطبيق لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وذلك ما قضى به المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في 25 سبتمبر 1983 في قضية **AMCO** [3].

وفي هذا الاطار عالجت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة جزاء مخالفة الاخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم الداخلي والدولي، فنجد مثلا المشرع الجزائري تعرض لمبدأ القوة الملزمة في التحكيم الداخلي بموجب المادة 1009 من ق.إ.م.إ.ج والتحكيم التجاري الدولي في المادة 1041/ف2 من القانون نفسه[4]، وعليه فمبدأ القوة الملزمة في اتفاق التحكيم هو ضمانة من الضمانات القانونية التي تزيد في فعالية التحكيم التجاري الدولي لفض منازعات الاستثمار.

---

[1]- هاني محمد كامل المنايلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، مرجع سبق ذكره، ص ص 335-336.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 425.

[3]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص ص 74-76.

[4]- نصت المادة 1009 على أنه:" إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو تنفيذه"، ونصت المادة 1041/ف2على أنه: في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. 2- رفع الأمر إلى رئييس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر".

ثانياً: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

يقصد بهذا المبدأ أن ننظر إلى اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطتا على أنه عقدًا قائماً بذاته رغم أنه ليس إلا جزء من هذا العقد أو أحد بنوده كما في صورة شرط التحكيم[1]، وبتعبير آخر فإن الاتفاق التحكيمي يشكل عقدا معادلاً للعقد الأساسي مع العلم أن عقد الاستثمار ألأجنبي المباشر قد تكون الاحالة إلى تسوية نزاعاته عن طريق الاتفاقيات الدولية الحمائية والتي تنص على التحكيم، وبناءا على ذلك فإن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا تؤثر على اتفاق التحكيم، الذي يظل متميزاً عنه[2].

وقد أثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي جدلا فقهيا بين أصحاب النظرية التقليدية وأصحاب النظرية الحديثة، وفي هذا الإطار يرى الفقه التقليدي أن شرط التحكيم جزء لا يتجزأ من العقد الذي تضمنه، فهو يشكل بندا من بنوده الذي يتأثر به وجودا وعدماً صحة وبطلاناً فإذا بطل العقد الأصلي أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم، غير ان هذه المفاهيم التقليدية التي كانت تنادي بالوحدة بين العقد الأصلى واتفاقر التحكيم تعرضت للانتقاد على أساس أنها تقف ضد تطور التحكيم، ولعلى كذلك ان القانون الدولي الاتفاقي والذي يضمن التحكيم في مجال منازعات عقود الدولة يحول دون امكانية ذلك فلا نتصور بطلان عقد استثمار أجنبي مباشر يضمن التحكيم فيه اتفاق دولي أي معاهدة دولية يؤدي إلى بطلان هذه الآخيرة، لذلك جاء الفقه الحديث ليؤكد هذا المبدأ وإن اختلفت هذه الاتجاهات في تحديد المفهوم الدقيق لهذا المبدأ الذي يقتضي أن لايتأثر اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي وهذا الآخير لا يتأثر باتفاق التحكيم من حيث البطلان والفسخ ومن حيث الخضوع للقانون[3].

وعليه نجد أنه يترتب على هذا المبدأ عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، وكذا الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الاصلي اي خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير ذلك الذي يخضع له العقد الاصلي[4].

كما أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يجد أساسه القانوني من خلال نظرية إنتقاص العقد الواردة في القانون المدني والتي نص عليها اغلب التسريعات الوطنية بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة 104 منه والتي نصت على انه:" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق اللذي وقع باطلا أو قابل للابطال فيبطل العقد كله[5].

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 393.

[2]– منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002، ص 142.

[3]– زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامي، تمنغاست،ع: 8، جوان 2015، ص ص 51–52.

[4] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 394–395.

[5]– زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مرجع سابق، ص 54.

وبخصوص موقف التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية والقضاء من هذا المبدأ فقد كرس قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 هذا المبدأ في المادة 23 والتي نصت على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد او فسخه أو إنهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته كذلك قانون التحكيم الأردني رقم 13 لعام 2001، وكذا القانون الدولي الخاص السويسري لعام1987[1] والتشريع المغربي بموجب القانون 08-05 قانون المسطرة المدنية للتحكيم وذلك في الفصل 318 والتشريع التونسي بموجب المادة 61/ف1 من قانون التحكيم الصادر في 26 افريل 1993، كما كرس المشرع الفرنسي هذا المبدا صراحة في التحكيم الداخلي والدولي وذلك بموجب المادة 1447 إذ نصت على أنه: "اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي يتعلق به فهو لا يتأثر بعدم فعالية هذا الأخير"[2]، ونص في المادة 1506 من القانون نفسه على تطبيق نص المادة 1447 السالفة الذكر في ميدان التحكيم التجاري الدولي، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح "Indépendance"، بخلاف المصطلح الذي آتى به القضاء الفرنسي وهو مصطلح "Autonomie" هذا الآخير كرس هذا المبدأ عن طريق حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 07 ماي 1963،(قضية Gosset) غير أن القضاء الهولندي كان سابقاً عليه إذ عمل على تكريسه في ديسمبر 1935[3].

أما المشرع الجزائري فهو الآخر عمل على تكريس هذا المبدا منذ صدور المرسوم التشريعي 93-03 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية الملغى وذلك بموجب المادة 458 مكرر 1 إلى غاية صدور قانون الاجراءات المدنية 08-09 إذ نصت المادة 1040/ف4 منه على أنه:" لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي" وهي نفس الصياغة المستعملة في القانون الدولي الخاص السويسري المادة 18[4].

وتجدر الاشارة ان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مجال التحكيم الداخلي سواء بصفة صريحة أوضمنية.

وقد بذلت الكثير من الجهود الدولية لتكريس هذا المبدأ سواء بصفة صريحة أو ضمنية فضلاً عن لوائح التحكيم الصادرة عن الهيئات والمراكز الدولية بما فيها تلك المتعلقة بمنازعات عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومن هذه الاتفاقيات والمراكز نذكر منها على سبيل المثال: اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 في المادة 5/ف1 والمادة 2/ف3، والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام في المادة 1961 في المادة 5/ف3، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات

---

[1]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 396.

[2] - Article:1447, « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite ».

V. Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011, portant réforme de l'arbitrage, J.O.R.F du 14 Janvier 2011.

[3]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016-2017، ص ص 171-174.

[4]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 177.

الاستثمار لعام 1965 في المادة 1/41، وهذه الاتفاقات أشارت إلى مبدا استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد بصفة ضمنية، اما الاتفاقية التي تناولت هذا المبدأ بصفة صريحة فنذكر القانون التموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 16/ف1 والتي تقابلها المادة 21 من صياغة 1976 إذ نصت على أنه: "...ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

كذلك فقد قامت معظم لوائح التحكيم الصادرة عن مراكز التحكيم بتكريس هذا المبدأ من ذلك ما أقرته غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1989 والتي في المادة 6/ف4 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وقواعد مجكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 14 ف1...الخ[1].

كما حرص العديد من المحكمون في العديد من تحكيمات منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على تأكيد هذا المبدأ فقي تحكيم **Texaco** ضد الحكومة الليبية، تمسكت الحكومة الليبية بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذا لشرط التحكيم المدرج فيه إلا أن الاستاذ **Dupuy** قد رفض ذلك واقر باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية التحكيم[2].

نخلص مما سبق أن الميزة الأساسية التي يوفرها هذا المبدأ هي ضمان الفعالية في فض النزاع المتعلق بعقد الاستثمار الاجنبي المباشر ذو الخصوصية المعقدة، بحيث أن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على بطلان اتفاق التحكيم والعكس صحيح، مما يزيل المخاوف لدى المستثمرين الأجانب، وإن اعتبر هذا المبدأ انه ليس من النظام العام بمعنى يجوز الاتفاق على مخالفته أي الاتفاق على عدم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مما يؤثر على عملية الاختصاص ونظر النزاع المتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة بطلان العقد الأصلي والذي يؤدي إلى بطلان اتفاقية التحكيم بالتبعية ذلك أن مبدأ استقلالية التحكيم له علاقة بمبدأ آخر هو مبدأ الاختصاص بالإختصاص.

ثالثاً: مبدأ الإختصاص بالإختصاص في نظر النزاع(Compétence-compétence).

هو من الآثار الاجرائية التي ترتبها اتفاقية التحكيم من الناحية الإجرائية، سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بالنسبة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حيث ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشأه أطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح هذا الآخير هو صاحب الولاية بنظر النزاع، وبهذا يتخلى القضاء المختص في المقابل بنظر نزاع بشأنه اتفاقية التحكيم[3]، والأكثر من ذلك يمتنع عن قبول أي دفع أو النظر في المنازعة حتى ينتهي المحكمون من النظر في اختصاصهم سواء كان الدفع

---

[1]– زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مرجع سبق ذكره، ص ص 55–58.

أنظر كذلك: – تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 178–185.

-C. Blanchin : L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction, L.G.D.J., E.J.A. Paris, 1995 p 16.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 398.

[3]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص ص 38–84.

بعدم الاختصاص مبنيا على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق التحكيم في حد ذاته أو بطلانه[1].

كما يقصد بهذا المبدأ أن المحكم ينظر ويبث في اختصاصه بناءا على اتفاق تحكيم صحيح وبصفة تلقائية، مع خضوعه في الوقت نفسه للرقابة القضائية اللاحقة والهدف من ذلك هو حتى لا يلجأ أحد أطراف النزاع إلى عرقلة سير التحكيم بالطعن في إختصاص هيئة التحكيم ومن ثمة الدفع بعدم صحة اتفاق التحكيم[2].

وهكذا فإنه يترتب على مبدأ الإختصاص بالإختصاص أثرين هامين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:
فالأثر الإيجابي فيتمثل في حق كل من طرفي اتفاق التحكيم في الالتجاء إلى التحكيم، ويقوم المحكم في البث في اختصاصه دون أن ينتظر من القضاء أن يمنحه هذا الاختصاص[3]، وإذا ما طعن أمام القضاء ببطلان اتفاقية التحكيم فإن ذلك لا يرجئ الفصل في المنازعة من طرف هيئة التحكيم، لأنه قد يلجأ أحد الأطراف السيئ النية إلى عرقلة التحكيم وذلك باللجوء إلى الاجراءات الموازية التي ترفع أمام القضاء لذلك وجد هذا المبدأ وذلك كله حتى لا تهدر فعالية التحكيم في تسوية المنازعة المتعلقة بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة بصفة خاصة والعقود الدولية الاقتصادية بصفة عامة[4].

وأما الأثر السلبي فهو الذي يتخلى بموجبه القاضي عن اختصاصه لهيئة التحكيم، بمعنى عدم ولاية القاضي بنظر نزاع في حالة وجود اتفاق التحكيم بشأنه، وتدخل القاضي هنا لا يكون آلياً بل يجب إثارة اختصاصه من قبل أحد الأطراف وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1045 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 على أنه:" يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع المنازعة، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"[5]، كما هذا لا يمنع من تدخل القضاء في العملية التحكيمية ومد يد المساعدة من خلال تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى وذلك بطلب من هيئة التحكيم أو الأطراف بالأتفاق معها وبترخيص منها[6]، أومن خلال الرقابة القضائية البعدية على حكم التحكيم[7].

---

[1]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 22.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 188.

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 400.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 401.

[4] - Voir : -Jean Pierre ANCEL, « La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in Le juge entre deux millénaires, Mélange Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000, p. 166.

[5] - المادة 1045 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره .

[6] - المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[7]- محمد قبايلي، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، ع: 11 جانفي 2017، ص ص 62-65.

وقد حظي هذا المبدأ بقبول واسع في الأنظمة القانونية الداخلية والدولية وحتى القضاء وعملت على تكريسه وأخذت به الكثير من مراكز التحكيم الدائمة، ومنها وفيما يخص الأنظمة القانونية الوطنية والتي تباينت فيما بينها من حيث مضمونه ومن حيث مجاله وأثاره[1]، إذ هناك من تاخذ بالمبدأ في جانبه الايجابي دون السلبي كقانون التحكيم التونسي وهناك من تكرسه بصفة مطلقة بجانبيه الإيجابي والسلبي كالمشرع الفرنسي في المادة 1448 والمادة 1458 من قانون الاجراءات المدنية لعام 2011 والتي نصت على أنه: عندما يرفع نزاع نشأ عن اتفاقية تحكيم أمام قاضي الدولة هذا الأخير يصرح بعدم اختصاصه ما عدا إذا كانت محكمة التحكيم لم تتشكل بعد أو أن اتفاقية التحكيم ظاهرياً باطل وأو ظاهريا غير قابلة للتطبيق..."[2]، كذلك من بين التشريعات التي كرست هذا المبدأ القانون السويسري، وقانون التحكيم الأردني لعام 2001، وقانون التحكيم المصري، فضلا عن القضاء الوطني المقارن إذ اعتبر القضاء الفرنسي على سبيل المثال أن تطبيق مبدأ الاختصاص بالإختصاص يخضع للتطبيق النسبي أي هو ليس من النظام العام خاصة أما القضاء الوطني هذا الأخير الذي لا يمكن أن يثير عدم اختصاصه من تلقاء نفسه بشأن نزاع أو خصومة موجود بشأنها اتفاق تحكيم بل لبدا من وجود دفع بذلك من قبل احد أطراف الخصومة، كذلك قد يستعيد القاضي اختصاصه في حالة تنازل الأطراف على اتفاقية التحكيم أو إثبات بطلانها[3].

وفي مجال الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني بتظر المنازعة في حالة وجود اتفاقية التحكيم التجاري الدولي، فهذه قاعدة عامة عليها استثناءات حيث بإمكان القضاء التدخل في التحكيم رغم القطيعة بينهما، وذلك في حالة تعذر تشكيل محكمة التحكيم وفي حالة الرقابة على حكم التحكيم سواء عند الطعن فيه أو عند تنفيذه، وذلك ما أكدته اغلب التشريعات الداخلية الوطنية والدولية[4]، بما فيها التشريع الوطني الجزائري في المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج 08-09، حيث أكدت هذه الآخيرة على مساعدة القضاء للتحكيم وهذا ما يفسر نسبية المبدأ من حيث التطبيق[5].

أما الاتفاقيات الدولية التي حرصت على تكريس هذا المبدأ فنجد كذلك اتفاقية التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في المادة 5/ف3، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة 16، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، حيث نصت المادة 41 منها

---

[1] - Emmanuel GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET, Faculté de droit de l'université de Lausanne, Lausanne, 1999, p387.

انظر كذلك: تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 34.

[2] - Article:1448 Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 -code procédure civil française

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite. »

[3] – محمد قبايلي، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص ص 70-71.

[4] – سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار التهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2000، ص ص 396-398.

[5] – المادة 1048 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

على أنه:" هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها وأن اي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز أو لأسباب أخرى يقع في إختصاص المحكمة تقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

وبخصوص لوائح المركز فقد اكدت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية ذلك في المادة 6/ف2 هذا المبدأ فضلاً عن حكمها الصادر في قضية هضبة الأهرام والذي انتهى إلى أن هناك شبهة في وجود اتفاق التحكيم، ويتعين ترك المسألة لهيئة التحكيم ذاتها بوصفها صاحبة الولاية للبث في اختصاصها، وتم الطعن في هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس لتؤكد هذه الأخيرة هذا المبدأ مع خضوع ذلك لرقابة القضاء عند تقرير هيئة التحكيم لاختصاصها من عدمه[1].

ونخلص مما سبق أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من شأنه تيسيير العملية التحكيمية وعدم مقاطعة الأطراف له خاصة السيئة النية بعرقلته ودفع بعدم ختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاق التحكيم أو لبطلانه او عدم وجود العقد الأصلي او بطلانه والمتضمن اتفاق التحكيم، وأن أي دفع امام القضاء بعدم اختصاص هيئة التحكيم لا يوقف التحكيم مما يضمن للمتعاملين والمستثمرين الأجانب الأمان القانوني والإجرائي أثناء تسوية النزاع لذلك عمل القانون الوطني والدولي والقضاء والتحكيم على تكريس هذا المبدأ وذلك لضمان فعالية التحكيم كألية لتسوية المنازعات خاصة ذات الخصوصية المعقدة.

وعلى الرغم من أن هذه المبادئ والتي تبتها الاتفاقيات الدولية على غرار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل سنة 2006 والتشريعات الداخلية الوطنية[2]، فقد جائت تعزز مكانة التحكيم التجاري الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر إلا أن استعداد الدول المصيفة للاستثمار لها التي أغلبها من الدول النامية وتطبيقها مع المستثمرين الأجانب او مع دولهم بشكل متساوي بينهما يثير الكثير من الجدل من حيث تأثير هذه المبادئ على المصالح والقيم العليا للدولة المضيفة للاستثمار، فإذا ما سلمنا بمبدأ سلطان الإرادة فيستطيع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر الاتفاق على لغة ومكان وقانون التحكيم غير لغة ومكان وقانون الدولة المضيفة للاستثمار، وهذا ما يؤثر على قيمها ومصالحها خصوصا إذا أقرت هيئة التحكيم عدم صلاحية قانون ما في مجال القانون الواجب التطبيق على التحكيم، كذلك فيما يخص مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الاصلي، واعتبار اتفاق التحكيم صحيحا بالرغم من بطلان عقد الاستثمار،

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص ص 402–403.

[2]– بسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، 2015، ص ص 71–37.

واسناد الفصل لهيئة التحكيم للفصل فيه، قد يعرض مصالح الدولة المضيفة للاستثمار للخطر ويخدم مصلحة المستثمر الأجنبي على حسابها، حتى ولو تقدمت بالدفوع اللازمة لذلك[1].

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

إن المقصود بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء في إطار التحكيم الحر أو المؤسسي هو مجموعة القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على عقد التحكيم وذلك بإعتباره عقداً كسائر العقود يجب إسناده إلى قانون معين سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل لتقرير صحته وأثاره، مع الاشارة إلى ان هناك استثناءات مقررة سواء من طرف التشريع الوطني أو الدولي تلزم بخضوع مسائل موضوعية وإجرائية متعلقة باتفاق التحكيم لقانون غير القانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم لا سيما عند تطبيق قانون الارادة المستقلة وهذا ما يطرح اشكالية معرفة ما هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء من الناحية الموضوعية والاجرائية، وما هو نطاق أو مجال تطبيق هذا القانون هل يشمل كل المسائل المتعلقة بإتفاقية التحكيم وما هو موقف الفقه والقضاء وهيئات التحكيم وكذا التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية من هذه المسالة خاصة الاتفاقفيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة والتي صادقت عليها الجزائر كإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 السالفة الذكر وحتى تطبيقات ذلك في الاتفاقيات الثنائية الحمائية المتبادلة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تعتبر مسألة القانون الواجب التطبيق من أول المسائل التي يمكن أن تثور أمام المحكم أو القضاء في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر الذي يتنازع على حكمه القانون الوطني والدولي وكذا دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد هذا القانون الذي سيطبق على جوهر اتفاق التحكيم، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمامهما بعدم اختصاصه استنادا إلى عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه لفقدانه أحد الأركان المطلوبة لانعقاده، فالمحكم أو القاضي ملزم بالفصل في الدفع المثار أمامه وفق قانون معين[2].

وبما أن التحكيم يتأسس على مبدأ الرضائية كقاعدة عامة، فإنه من الطبيعي عند البحث عن هذا القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم أن نرجع إلى إرادة الأطراف الذين لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم الذي قد يكون قانون الدولة المضيفة أو قانون دولة المستثمر أو القانون الدولي العام أو أي قانون آخر[3]، فإرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر هي ضابط

---

[1]– لافي محمد دراركة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص ص 1371 –1374.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 219.

[3]– منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص، 47–48.

الاسناد الأصيل في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، مع وجود استثناءات على هذه الإرادة التي قد لا تحكم جميع المسائل المتصلة في العقد كمسائل أهلية أطراف عقد التحكيم وشكله، فهذه الأخيرة لا تخضع لذات القانون المطبق والمختار على العقد[1]، غير أنه قد يغفل الأطراف عن الإشارة إلى القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ففي هذه الحالة اختلف الفقه القانوني، إذ حسب الفقه التقليدي يتم الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص لإسناد العقد إلى قانون معين[2].

كما أن هناك إتجاه قانوني يرى أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم أي تخلف قانون الارادة فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة مقر التحكيم وهي الدولة التي تتركز فيها العملية التحكيمية ويرتبط بها نظام التحكيم من الناحية الموضوعية، غير أن هذا الرأي هجر على أساس أن ابرام عقد التحكيم هو سابق على مباشرة اجراءات التحكيم، ليبقى قانون الارادة يحكم اتفاق التحكيم سواء شرطا أو مشارطة[3]، حيث أنه وحسب الفقه التقليدي وفي إطار قواعد القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، فإنه عند عدم توافر النية الصريحة يجب اللجوء إلى النية المفترضة وهي النية التي كان سيتوجه إليها الطرفان لو أنهما أفصحا عن إرادتهما وبالتالي يتعين على المحكم العمل على استظهار هذه النية في تحديد هذا القانون من خلال وجود دلائل عليها ويجب على المحكم أن يحترم إرادة الأطراف وبيانها من خلال هذه الدلائل والظروف المحيطة بالعقد[4]، بيد أنه كذلك في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق في اتفاق التحكيم، فقد اعتمدت بعض التشريعات إعطاء الحرية لهيئة التحكيم في تحديده[5].

ولما كانت هذه الإرادة مصدر التحكيم ابتداءا، فقد أعطت أغلب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وكذا التشريعات الوطنية الداخلية هذه الإرادة الدور المهم والحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، سواء بتحديده في العقد ذاته المتعلق بالاستثمار الأجنبي المباشر أو في الاتفاق الدولي الثنائي أو المتعدد الأطراف، وفي ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، ومن الأمثلة على ذلك: المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لسنة 1965:" 1- تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المتفق عليها بين الأطراف، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعدها المتعلقة بالتنازع بين القوانين، وقواعد القانون الدولي التي تقبل التطبيق.2- لا يجوز للمحكمة الامتناع عن الفصل في النزاع، استناداً إلى سكوت القانون أو غموضه.3- لا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة الفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدل

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1998.

[2]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص48.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي الداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1 ، 2004، ص 290.

[4]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص ص، 48-49.

[5] - Fouchart Ph. , Aspects philosophiques du droit de l' arbitrage international, Académie de droit international de la Haye 2008,p18.

والإنصاف إذا ما اتفقت الأطراف على ذلك"[1]، كما نصت المادة 35 من قواعد تحكيم اليونيسترال على أنه:" تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي يعينها الأطراف بإعتبارها منطبقة على موضوع المنازعة، فإذا لم يعين الأطراف تلك القواعد طبقت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً"[2].

كذلك نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية لعام 1985 في المادة 05/ف1 على أنه:" لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع أطراف الاتفاق له أو عن عدم النص على ذلك وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"[3]، ونصت المادة 6 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جونيف عام 1961، على أنه:" تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صلاحية اتفاقية تحكيم طبقاً للقانون الذي أخضعت له الأطراف اتفاق التحكيم"[4]، هذا فضلاً عن اتفاقيات أخرى جاءت لتؤكد هذا التوجه اللبيرالي للتسوية التحكيمية الحرة والمؤسستية.

أما بخصوص الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في ميدان الحماية المتبادلة للاستثمارات، فقد تباينت هذه الاتفاقات من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وإجراءاته، وهناك من لا تحدده أصلاً، وإن كانت معظمها تؤكد على إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض النزاع المتعلق بعقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، والأكثر من ذلك حتى في النزاع المتعلق بتفسير هذه الاتفاقيات، بحيث اعتبرت التحكيم الدولي سواء الحر أو المؤسسي وسيلة سلمية لفض هذا النوع من المنازعات، ويأتي بعد فشل محاولة الحل بالطرق الدبلوماسية الأخرى كالتراضي والمشاورات والمفاوضات والوساطة والتوفيق وذلك في غضون 06 أشهر.

فعلى سبيل المثال نجد المادة 07 من الاتفاقية الجزائرية الرومانية والخاصة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارت الموقعة في الجزائر في 28 يونيو سنة 1994، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-328 المؤرخ في 22 أكتوبر 1994، والتي أعطت للمستثمر الأجنبي الخيار بعد فشل الحلول الودية في اللجوء إلى القضاء المختص للطرف المتعاقد أو إلى المركز الدولي الأوكسيد لتسوية منازعات الاستثمار أو على محكمة خاصة تشكل طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالقانون التجاري الدولي في حالة غياب اتفاق مباشر بين الطرفين، ولم تشير هذه المادة إلى القانون الواجب

---

[1]- المادة 42 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965.

[2]- المادة 35 من قواعد تحكيم اليونيسترال بصيغتها المنقحة لعام 2010، متاحة على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf، تاريخ التحميل والدخول: 09-01-2018، ساعة 16:16.

(أنظر في هذا الإطار: نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونيسترال، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزاءر، ع:10-2015 ، ص ص، 103-104.)

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 225.

[4]- نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونيسترال، مرجع سابق، ص 105.

التطبيق وإن كان في حالة طرح النزاع أما التحكيم المؤسسي، فنظام التحكيم الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق هنا، إلا في حالة وجود اتفاق يقضي بغير ذلك مع الاشارة أنه عندما تلجأ الأطراف المتنازعة إلى التحكيم المؤسسي، فإنها تخضع لنظامه من حيث القانون الواجب التطبيق على الموضوع والاجراءات، أما عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الخاص فالأطراف المتنازعة هي التي تحدد كل ما يتعلق بالتحكيم إلا إذا لجأت إلى نظام تحكيمي فيما يخص الإجراءات مثلاً أو تركت تحديد القانون الواجب التطبيق للمحكمين، لكن يمكن للمحكم في هذه الحالة الرجوع إلى المادة 10/ف1و3 من نفس الاتفاقية حيث نصت الفقرة 1 على أنه:"عندما تكون مسألة متعلقة بالاستثمارات منظمة في نفس الوقت بأحكام هذا الاتفاق وبالتشريع الوطني لأحد الطرفين المتعاقدين أو بإتفاقيات دولية أو تلك التي يبرمها الطرفان المتعاقدان في المستقبل يمكن لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر المطالبة بالأحكام الأكثر أفضلية لهم.

وتنص الفقرة 3 على أنه:"إن الاستثمارات التي تكون موضوع اتفاق خاص بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمري الطرف المتعاقد الأخر تنظم بنصوص هذا الاتفاق وبنصوص الاتفاق الخاص".

يستنتج من هذه الأحكام أن المحكم يمكنه اللجوء إلى الاتفاق المبرم بين الطرفين، بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات، وإلى الاتفاقيات الدولية المبرمة أو المستقبلية، كما يمكنه اللجوء إلى التشريع الوطني الخاص بالاستثمارات أو إلى أحكام الاتفاق الخاص الذي يبرم بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمري الطرف المتعاقد الأخر[1]، غير أنه كذلك يمكن للمحكم أن يرتكز على المادة 1050 من ق.إ.م.إ.ج 08-09 التي تنص:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، بمعنى أن المحكم وفق هذا النص يمكنه أن يطبق أية قاعدة قانونية بما في ذلك الأعراف الدولية والمبادئ العامة للقانون الدولي"[2].

لكن على المحكم أيضاً أن يلتزم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بالإتفاقيات الثنائية المبرمة بين دولة المستثمر والمستثمر الأجنبي في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، خاصة عندما يتخلف قانون الإرادة، فالبرجوع إلى الاتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وإيطاليا الموقعة في الجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-346 المؤرخ في 05 اكتوبر 1991 فيلاحظ أن المادة الثامنة الفقرة "ج" منها تحدد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بإحالة منها إلى المادة 09 من نفس الاتفاقية وبالأخص الفقرة السادسة اذ نصت المادة 8/ف .ج على أنه:" محكمة تحكيمية أنشأت لهذا الغرض طبقاً لاحكام المادة 9 من هذا الاتفاق"، أما المادة 9/ف6 فنصت على أنه:" يسوى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والتي يوجد الاستثمار على إقليمها، بما في ذلك

[1] – المادتان 07-10/ف1 و2، من الاتفاقية الجزائرية الرومانية والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم: 94-328 المؤرخ في 22-10-1994،مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 1050 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، أحكام هذا الاتفاق، بنود الاتفاق الخاص الذي يتم وضعه بخصوص الاستثمار إلى جانب مبادئ القانون الدولي"[1].

وبالتالي يرى الاستاذ عليوش قربوع كمال في مؤلفه قانون الاستثمار في الجزائر أن هذا الاتفاق الايطالي الجزائري المتبادل لحماية الاستثمارات يطرح اشكالا من حيث القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والذي يمكن المحكم من تطبيق قواعد القانون الدولي، مما يمكن معه من المساس بسيادة الدولة المضيفة للاستثمار ويضر بمصالحها"، لهذا فنص المادة التاسعة/ف6 الذي ورد بشأن النزاع بين الدولتين المتعاقدتين فيما يخص تفسير وتطبيق الاتفاقية، قد ورد خطأ بالاحالة إليه من المادة الثامنة الفقرة ج والتي جاءت تخص وتحدد آليات فض المنازعة والخلاف بين إحدى الدولتين ومستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى[2].

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف قد وضعت ضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، بمعنى عملت على تقييد المحكم عند اختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق بالرجوع إلى قانون الإرادة ووسعت من ذلك في حالة تخلف قانون الإرادة بعض الاتفاقيات وذلك بعد تعديلها كقواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، المادة 28 منه والتي كانت تنص على أنه:" – إذا لم يعين الطرفان أي قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.

وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات والأعراف المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المطبقة على المعاملة"، ثم جاءت المادة 35 من قواعد التحكيم اليونيسترال بصيغتها المنقحة لعام 2010 السالفة الذكر بعد هذا التقييد في حالة تخلف قانون الإرادة لتوسع من سلطة المحكم في هذا التحديد نسبياً وذلك بتطبيق هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً وهذا ما سارت عليه التشريعات الوطنية الداخلية كالقانون الجزائري في المادة 1050 السالفة الذكر من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 وكذا التشريع المغربي في الفصل 4-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي لعام 1974 المعدل والمتمم بقانون 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية[3]، هذا الأخير خصص الفصول من

---

[1]- المادتان: 8/ف.ج و9/ف6 من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية والخاصة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:91-346 المؤرخ في 05-10-1991، مرجع سبق ذكره.

[2]- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 122.

[3]- نص الفصل 44 -327 من قانون الإجراءات أو المسطرة المدنية المغربي والمضاف بموجب القانون 08-05 المعدل والمتمم، على أنه:" تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع. وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي تراها ملائمة. وفي جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة." قانون الإجراءات المدنية المغربي منشور على الرابط الإلكتروني التالي: www.ism.ma/basic/web/ARABE/Textesdeloiarabe/ProcCivil/ProcCivil.pdf تاريخ التحميل: 10-01-2018، الساعة: 09:01.

306 إلى 327 لإعادة تنظيم التحكيم بنوعية الداخلي والدولي والتشريع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994، المشرع الفرنسي الذي وسع كذلك من سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم والنزاع ليشمل تطبيق القواعد الموضوعية لدولة أخرى دون قواعد التنازع ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك[1]، وذلك ما جاء في المادة 1511 من قانون الاجراءات المدنية لعام 2011[2]، وهو نفس الإتجاه الذي تبناه قانون التحكيم الأردني رقم: 31 لعام 2001[3]، أما المشرع التونسي فموقفه غير واضح في قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993 والمتعلق بمجلة التحكيم خاصة في المادة 13 و14 منه الواردة في الباب الأول المتعلق بالأحكام المشتركة التي تطبق على كل من التحكيم الداخلي والدولي، وإن كان يستفاد ضمنيا من المادة 81 من نفس القانون على تطبيق قانون الارادة وكذلك المادة 64 فيما الإجراءات التي يخضع لها التحكيم[4].

ويلاحظ التباين بين الاتفاقيات الدولية بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء تلك التي اعتمدت على ضابط الاسناد وفق النظرية الشخصية أي قانون الإرادة وهو ضابط أصلي أو النظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق كضابط اختياطي عند تخلف قانون الارادة، أضف إلى ذلك أنه هناك حتى خلط فيما يخص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم كعقد مستقل عن الاتفاق الدولي الناظم لهذا العقد في إطار القانون الدولي العام وكعقد مستقل كذلك عن العقد الأصلي أي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر والمبرم في إطار العلاقات الدولية الإقتصادية، كذلك معظم التشريعات الوطنية الداخلية كالتشريع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية في المادة 1511 و التشريع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم لعام 1994، والمشرع الجزائري في المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية اشارت إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون تحديد بما يتعلق النزاع أي نص جاء عمومي، أي يستفاد ضمنياً أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء الخلاف المتعلق بأتفاقية التحكيم أو عقد الإقتصادي الدولي أو الاتفاقية الدولية من الناحية الموضوعية.

لهذا لبدا من تصحيح المفاهيم والفصل بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الحر أو المؤسسي والقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، والقانون الواجب التطبيق على الاتفاق الدولي الحمائي المتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر، والقانون الواجب التطبيق على اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار والشركات الأجنبية المستثمرة، وهذا رغم الحلول التي

---

[1] -MOREAU Bertrand & BERNARD Thierry ،Droit interne et droit international de l'arbitrage ،J.DELMAS ،Paris ، 1985 ،P 134.

[2] -Art:1511 Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 -
« Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.
Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce. »

[3] – خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 233.

[4] – قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993، موجود على الرابط الإلكتروني: https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/tun.htm تاريخ التحميل: 10-01-2018، الساعة: 09:45.

آتى بها الفقه في مجال القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة تخلف قانون الارادة كنظرية الأداء المميز أو نظرية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية وفقاً القانون الأنسب والتي كنا تناولنها وأشارنا إليها في الباب الأول من هذه الرسالة عند إشارتنا للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر[1].

ولهذا نجد معظم التشريعات الوطنية الداخلية معظمها اتفقت على قانون الإرادة كضابط أصلي وقانون المحكم كضابط إختياطي أي في مجال الضابط الاحتياطي عند تخلف قانون الإرادة ووسع من سلطة المحكم في تطبيق القانون الذي يراه مناسباً.

وبخصوص احكام القضاء مع العلم أن مسألة القانون الواجب التطبيق يمكن أن تثار أمام القضاء سواء قبل الفصل في النزاع من قبل هيئة التحكيم أوبعده، ففي الحالة الأولى قد يتمسك أحد أطراف النزاع أمام القضاء بعدم وجود اتفاقية التحكيم أو عدم صحتها أما الحالة الثانية فتكون بعد صدور حكم التحكيم من خلال دعوى البطلان التي يرفعها من صدر الحكم ضده استنادا على أن الحكم صدر دون وجود اتفاق التحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل، وفي هذا الإطار أقرت محكمة النقض المصرية في حكمها صادر في 13-06-1983 أن القانون الواجب التطبيق هو قانون مكان إجراء التحكيم، وأيده في ذلك مجمع القانون الدولي بأمستردام عام 1957 في توصية صادرة منه إذ نصت المادة الخامسة منها على أن:" صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم"، وتعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات منها صعوبة معرفة مكان التحكيم فهل هو المكان الذي تعقد فيه هيئة التحكيم أولى جلساتها؟ أم هو المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم[2].

أما احكام التحكيم فهي الأخرى عملت على تطبيق ما جاء في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الداخلية وأحكام الفقه وهو تطبيق قانون تطبيق قانون الإرادة المستقلة في حالة النص الصريح على هذا القانون لكنها اختلفت عند الاختيار الصريح والإغفال من قبل الأطراف لهذا القانون الواجب التطبيق وظهر اتجاهين في هذا الصدد: اتجاه يعمل على اخضاع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم (قضية رقم:5730 سنة 1988 في باريس) واتجاه ثاني يخضع اتفاق التحكيم ويطبق عليه قواعد غير وطنية متمثلة في المبادئ العامة للقانون وعادات التجارة الدولية (القضية رقم: 1986/5065)[3].

---

[1]- أنظر أهم النظريات التي آتى بها الفقه عند تعارض مبدأ سلطان الإرادة مع القانون الوطني والقانون الدولي في إطار عملية توطين عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو تدويله، والتي سبق الإشارة إليها في الفصل الثاني من الباب الأول، في معرض حديثنا عن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 229.

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 35-36.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يحظى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بخصوص فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بأهمية بالغة خاصة من الناحية العملية، فالقواعد الإجرائية هي التي تحكم سير الخصومة التحكيمية والتي تخضع لقانون معين يكون بمثابة المرجع الذي يزود الأطراف والمحكمين فيما يخص المسائل الاجرائية الواجب اتباعها أو التي تثور اثناء خصومة التحكيم كتبادل المذكرات والمواعيد وسماع الشهود وتسبيب الحكم وإيداعه...الخ[1].

ولقد نظمت غالبية التشريعات الوطنية الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية وكذا لوائح المراكز التحكيمية مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيما يخص المنازعة بصفة عامة ومنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة، كما ان القواعد التي تحكم الجانب الإجرائي تختلف تبعاً لتعلق الأمر بتحكيم مؤسسي يتم في إطار الهيئات والمراكز الدائمة للتحكيم، أو التحكيم الحر، ففي التحكيم المؤسسي فبمجرد اتفاق الأطراف على اسناد التحكيم إلى مؤسسة تحكيمية معينة، فهذا يعني ضمان الاتفاق على اتباع لائحتها بما تشتمل عليه من قواعد فيما يتعلق بالإجراءات، أما فيما يتعلق بالتحكيم الحر وهو الذي يتم خارج مؤسسات ومراكز التحكيم فإن لاطرافه الحرية في اختيار قواعد الاجراءات التي تسري عليه، وعند غياب اتفاق الأطراف على قانون أو قواعد معينة تنطبق على الإجراءات، فإنه يتعين على المحكم أن يتولى هذه المهمة[2].

ولعلى أن مراعاة القواعد الإجرائية التي يخضع لها التحكيم على وجه صحيح من شأنه الوصول إلى حكم تحكيم قابل للأعتراف به وتنفيذه، وأن مخالفة ذلك يجعل قرار التحكيم عرضة للطعن فيه بالبطلان ورفض الإعتراف به ومن ثمة إعاقة تنفيذه[3].

وبما ان مضمون اتفاق التحكيم لا يثير أي صعوبة عندما يعتمد على ارادة الأطراف في تحديد اجراءاته سواء تلك التي تسبق الخصومة التحكيمية، أو التي تعاصرها أو التي تأتي بعدها، حيث أن خضوع هذه الاجراءات لقانون الارادة سواء كان قانوناً محدد بذاته أو إجراءات مستقلة عن أي قانون وفق نظرية التحكيم الطليق أو التحكيم بدون قانون[4]، فإنه يجد ضابط اسناد أصلي يخضع له وهو قانون الإرادة، لكن

---

[1]– علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013–2014، ص 5.

[2]– علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص 5.

[3]– جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، 2003، ص 48.

– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 244.

[4]– قد يعتمد الأطراف عقداً من العقود النموذجية والتي تحتوي على حقوق والتزامات محددة وتشرع حلول موضوعية لهذا العقد في حالة النزاعات ففي هذه الحالة فالمحكم لا يحتاج لقانون موضوعي ليطبقه على العقد، بل يكتفي بالتنظيم الوارد في العقد

الصعوبة تكمن عند تخلف الارادة عن الاشارة إلى القانون الذي تخضع له إجراءات التحكيم أو عدم كفاية قواعد الاجراءات التي تقررها هيئات التحكيم في ظل التحكيم المؤسسي أو الارادة في ظل التحكيم الحر، لذلك أوجدت التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية ضوابط احتياطية وفنية يستعان بها في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث غالبا ما يكون قانون مقر التحكيم ومن هذه الضوابط:

أ- خضوع إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لقانون الإرادة:

أخضعت مختف التشريعات الوطنية الداخلية واحكام الفقه والقضاء والتحكيم وكذا الاتفاقيات الدولية إجراءات التحكيم لقانون الإرادة سواء أن يختار الأطراف قواعد إجرائية من ابتكارهم أو قد يستخرجونها من قوانين إجرائية داخلية لدول معينة، أو يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم هي التي تتولى بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، أي قانون إرادة المحكم، أو قد يتفقون على اتباع الاجراءات المنصوص عليها في لا ئحة مركز دائم للتحكيم بمعنى أن قانون الارادة هنا يكون لائحة المركز التي تشتمل على قواعد تتعلق بإجراءات التحكيم[1].

النموذجي الذي تبناه الأطراف بإرادتهما وهو ما يطلق عليه بالعقد الطليق أو الحر أو بدون قانون، لكن هذا التوجه لم يلقى رواجاً في الفقه أو القضاء الدولي، لأن هذه العقود مهما بلغت من الدقة والتفصيل لا يمكن أن تحيط بكل فروض النزاع التي يمكن أن يثيرها تطبيقها، والواقع أن العقود الدولية النموذجية وإن كانت تتحرر من فكرة إسنادها إلى نظام قانوني وطني، إلا أنه يمكن إسنادها إلى نظام قانوني غير وطني متمثلا في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية سواء كانت تجد مبدئ المشتركة للأمم المتمدينة أو في اعراف وعادات التجارة الدولية.

[1]- علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 7-8. والجدير بالذكر في هذا الإطار انه توجد عدة مراكز تحكيم دائمة يتم الاحالة إليها من طرف أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو من طرف الاتفاقيات الثنائية الحمائية لهذا العقد والمرتبطة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر لتسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم، وهذه المراكز غالباً ما تضع نظم إجرائية للتحكيم عن طريق تضمين اجراءاتها الكثير من الضمانات في مجال التقاضي لضمان حماية حقوق الأطراف، وهناك طريقتان يلجأ إليها الأطراف عند الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم المؤسي وبالاخص إلى لائحة المركز فالأولى إما أن يختاروا تطبيق القواعد القانونية الإجرائية الواردة في لائحة المركز الدائم في إطار التحكيم الحر، وذلك بوضع هذه القواعد الإجرائية الواردة بهذه اللائحة في اتفاق التحكيم، او اللجوء إلى نظام المركز أي الخضوع لما ورد من اجراءات في لائحة المركز في إطار تحكيم مؤسسي، وعلى سبيل المثال قد تكون هذه اللائحة المحال إليها: لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس**CCI**، أو لائحة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**CIRDI**، فإذا ما أحال الطرفان نزاعهم على تحكيم لائحة CCI فإنه بالرجوع إلى النظام الجديد للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس الذي دخل حيز التنفيذ في 01-01-2012 فقد نص في المادة 19 منه على أن القانون الإجرائي الواجب التطبيق هو قانون لائحة الغرفة وفي حالة سكوت لائحة المركز فتطبق القواعد التي اتفق عليها الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق تتولى هيئة التحكيم تحديدها،لكن في هذه الحالة لابدا من التفرقة كما سبقت الاشارة إليه بين حالة التحكيم الحر والاتفاق على تطبيق القواعد الاجرائية الواردة في لائحة المركز وبين التحكيم المؤسسي اي الاتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى **CCI** والخضوع لإجراءاتها ونظامها وفي هذه الآخيرة تطرح إشكالية مخالفة لوائح المركز وما تضمنته من قواعد إجرائية وفق مبدأ سلطان الإرادة في إطار التحكيم المؤسسي، أم أنها قواعد إجرائية لا يمكن للأطراف مخالفتها، بطبيعة الحال في هذه المسألة تباينت لوائح مراكز التحكيم، فهناك مراكز تحكيم ترى أن ما ورد في لوائحها يعتبر إلزامي ولا يمكن لأطراف النزاع الاتفاق على مخالفته إلا إذا كان هناك فراغ فيها ، بعكس مراكز أخرى أعطت الحرية للأطراف في الاتفاق على مخالفة ماورد في لوائحها من قواعد إجرائية اي

وفي مجال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء من حيث الموضوع أو الاجراءات وكما سبق الاشارة إليه فذلك يتم بصفة صريحة أو ضمنية وإن كان ذلك ممكن تطبيقه في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود عند تحلف التعبير الصريح عن القانون الواجب التطبيق فإنه يتم اللجوء إلى الإرادة الضمنية فجانب من الفقه يرى عكس ذلك، إلا أن الفقه الفرنسي أعتد بالإرادة الضمنية في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند سكوت الارادة[1].

كما أن قانون الإرادة يغلب في التحكيم الحر والذي يتم وفق مشيئة الخصوم، من حيث مباشرة إجراءات التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق وإذا كان هذا النوع من التحكيم قد تراجع إلى حد أمام تحكيم المراكز الدائمة أي التحكيم المؤسسي إلا أنه مازال له حتى الآن مكانا في بعض المجالات ذات الأهمية، مثل التحكيم في مجال المنافسة بين الشركات وفي براءة الإختراع، وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الامتياز الدولية، ويستطيع الأطراف في مثل هذا التحكيم، تنظيم سير المنازعة وفقا لقواعد إجرائية تكون بمثابة تركيب مزجي من العديد من لوائح مراكز التحكيم بحيث تكون مكونا لا يرتبط بهذه اللوائح[2].

وفي هذا الشأن نصت معظم التشريعات الوطنية الداخلية المقارنة على غرار التشريع الجزائري وكذا معظم الاتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر على مبدأ الارادة في تنظيم إجراءات التحكيم في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي ومن ذلك قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 في المادة 1043 حيث نصت على أنه: يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات، الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

أن لوائح المركز لا تطبق إلا في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف يقضي بمخالفتها ومن ذلك ماورد في المادة 15/ف1 من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية التي نصت على أن القواعد الواجبة التطبيق على الاجراءات أما المحكم هي تلك المستمدة من هذا النظام، وعند عدم وجود نقض في هذه القواعد عند معالجة أمر معين فيتم الرجوع بشأنه لما حدده الأطراف.
أما الاجراءات المعمول بها على مستوى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **CIRDI** فالمادة 44 من الاتفاقية تؤكد على ان القانون الاجرائي المطبق هو قواعد لوائح المركز، وفي حالة تجاهل لائحة التحكيم أو لائحة يتبنها الأطراف لأية مسألة إجرائية تفصل فيها هيئة التحكيم وفقاً ما تراه ملائماً لحل النزاع، كما أن الخاصية الأساسية للتحكيم المؤسسي المتخصص أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بخلاف التحكيم الحر وحتى التحكيم المؤسسي الآخر، لا يخضع للرقابة القضائية من حيث القواعد الإجرائية المطبقة من طرف هيئة التحكيم. (أنظر: - علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 62-71، كذلك أنظر:- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص ص 50-67).

[1]- معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي،" دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي " ، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، ع: 19 نوفمبر 2017، ص ص 18-19.

[2]- معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي،" دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي"، مرجع سابق، ص 20.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم"[1].

كذلك نص المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لعام 2011 على حرية الأطراف وإراداتهم في تنظيم إجراءات التحكيم سواء أكان ذلك بطريق مباشر، أو بالإحالة إلى لائحة تحكيم، أو لقانون مرافعات معين وهذا مانصت عليه المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بنصها:" 1-وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على إجراءات محكمة التحكيم، فللمحكمة أن تحدد إجراءاتها من دون وجوب الالتزام بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية.

2-ولكن يبقى دوما المبادئ الأساسية للدعوى المنصوص عليها في المواد(4-10)، وفي الفقرة الاولى من المادة(11) وفي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة (12) وفي المواد 21 و23 واجبة التطبيق"[2].

كذلك نصت المادة 1509 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011 على أنه:" يمكن لاتفاقية التحكيم، مباشرة وبالعودة إلى نظام تحكيمي، تنظيم الاجراءات التي يقتضي اتباعها في المحاكم التحكيمية، كما يمكن إخضاع هذه المحاكمة إلى قانون إجرائي معين، وفي حالة، وفي حال إعفال الاتفاقية

---

[1]- المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[2] -Article 1464 du Code de procédure civile, Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011,« A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.
Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles *4* à*10*, au premier alinéa de l'article *11*, aux deuxième et troisième alinéas de l'article *12* et aux articles *13* à*21*,*23* et *23-1*.
Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure.
Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité. »

وعلى هذا الأساس يلاحظ أن المشرع الفرنسي سمح للاطراف بحرية تحديد القواعد الإجرائية بدون الرجوع إلى أي قانون وطني، وفي حال الرجوع إلى القانون الفرنسي فإنه سمح للأطراف بإمكانية تجزئة ما به من قواعد وإختيار القواعد التي تناسب الأطراف واستبعاد الاخرى حتى ولو كان لها طابع أمر، ماعدا القواعد الإجرائية الأمرة والتي تعد من القواعد الأساسية الموجهة للخصومة في قانون المرفعات الداخلي ويتعين إحترامها من طرف الأطراف والمحكم وإلا كان التحكيم باطلاً وهي ما يعبر عنها بالقواعد الأساسية في الإثبات وحقوق الدفاع الأساسية والقابلية للتحكيم الواردة في المواد 4-11-13-21 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لعام 2011، كذلك جعل القانون الفرنسي إرادة المحكم في المرتبة الثانية كضابط احتياطي عند تخلف قانون الإرادة، (أنظر: - معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي،" دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي"، مرجع سبق ذكره، ص 24، كذلك أنظر: - عبد الحميد الأحدب، القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم، مداخلة في إطار اليومان الدراسيان، بالمحكمة العليا، يومي 15و16 جوان 2008، من ص 53 إلى 63)، ونجد حتى أن المادة 1506 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الواردة في مجال التحكيم الدولي تحثنا على الاستعانة بالمادة 1464 من نفس القانون السالفة الذكر(أنظر المادة 1506 من ق.إ.م.ف لعام 2011).

التحكيمية لهذا الأمر، يعمد المحكم إلى تنظيم الأمور الإجرائية بالقدر الذي يحتاج فيه إلى ذلك سواء مباشرة أو بالعودة إلى قانون ما، أو إلى نظام تحكيمي ما"[1].

وبخصوص التشريعات العربية نجد المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994، والتي نصت على أنه:"لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون ان تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة"[2].

كذلك المادة 24 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001[3]، والفصل 55 و56 من قانون التحكيم التونسي لعام رقم: 42 لعام 1993، والفصل 327/2 من قانون المسطرة المدنية المغربي لعام 1974 والمضاف بالقانون 08-05.

أما الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الحماية للاستثمار وفيما يخص مجال تسوية الخلافات والنزاعات التي تثور بين الدولة وإحدى هيئاتها والمستثمر الأجنبي فقد أحالت ذلك إلى التحكيم سواء الحر أو المؤسسي مع إعطاء الخيار لأطراف النزاع في المفاضلة بين هذه الآليات وذلك بعد فشل التسوية الودية أو الدبلوماسية، حيث أن بعض عقود الاستثمار تبنى على الاتفاقيات الثنائية الدولية في تحديد القواعد الإجرائية الخاصة ببعض محاكم التحكيم، فتحيل إليها تشكيل هيئاتها وتنظيمها وتحديد اختصاصها وتحسم ما قد يحدث من منازعات.

كالإحالة مثلا إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 أو الاحالة إلى إجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[4]، أو الاحالة إلى محكمة تحكيم وفق قواعد التحكيم المعدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري[1].

---

[1] - Article: 1509- Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011
« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.
Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit Directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure. ».

[2]- المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994.

[3]- المادة 24 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001 والتي نصت على أنه:" لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم في المملكة أو خارجها، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تحتار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون".

[4]- نصت المادة 10 من الاتفاقية الموقعة بين الجزائر وحكومة سلطنة عمان حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ 09 أبريل 2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 02-323 المؤرخ في 22 يونيو 2000، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:44 المؤرخة في 26 يونيو 2002، وفيما يخص تسوية المنازعات بين المستثمر والطرف المتعاقد أي الدولة المضيفة للاستثمار من الجانبين على أنه: تتم تسوية أي نزاع ينشأ بشأن الاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر بصورة ودية بين الطرفين المعنيين.

وبالرجوع على هذه الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في ميدان الاستثمار مع مختلف دول العالم والتي تعتبر من الأليات الدولية لحل النزاعات المرتبطة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر وما تضمنته من وسائل التسوية كالاتفاقية الجزائرية السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والموقع عليها في 14-09-1997 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98-430[2]، حيث وفيما يخص تسوية الخلافات بين المستثمرين والدولة المضيفة، فقد أقرت وسائل للتسوية إختيارية وإلزامية وهي التوفيق أو التحكيم أو محكمة الاستثمار العربية، ولا يتم اللجوء إلى القضاء الوطني إلا عند فشل التوفيق أوالتحكيم أو عدم الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، وبخصوص القانون الإجرائي المطبق في ظل هذه الاتفاقية على التحكيم فهو القانون الإجرائي الاتفاقي الوارد في ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية أي القواعد الإجرائية الواردة في الملحق التي أحالتنا إليه المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية السورية، هذه الأخيرة أحالتنا إلى الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، فيما يخص الاجراءات المطبقة على التوفيق والتحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثنار العربية[3]، وبالرجوع

إذا لم تتم تسوية النزاع خلال فترة ستة أشهر من تاريخ نشوئه، يحال وبناء على طلب أي من طرفي النزاع إلى التحكيم إما إلى:

أ- إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك وفق أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، أو

ب- إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والذي تم إنشاءه بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والموقعة في واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965.

على أنه إذا اختار احد مستثمري الطرفين المتعاقدين رفع الدعوى أمام المحاكم المحلية للطرف المتعاقد الآخر، يمتنع عليه بعد ذلك رفعه إلى جهة أخرى.

[1]- الاتفاق المبرم بين الجزائر واسبانيا والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات يوم 1994/12/23، مرجع سبق ذكره.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم: 98-430 المؤرخ في 1998/12/27 والمتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجزائر وحكومة سوريا حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليها في 14-09-1997، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 6: "تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمرين والدولة المضيفة، تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمارات والأنشطة المتعلقة بها والعائدة لأحد الطرفين المتعاقدين أو رعاياهما عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك وفق أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وملحقها التي وافق عليها المجلس الاقتصادي والاجتماعي العربي بقرار رقم: 841 بتاريخ 1980/09/10 المتخذة في دورته التاسعة والعشرون المنعقدة في تونس وللمستثمر الحق في اللجوء إلى القضاء المحلي في الحالات التالية:

1- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق،

2- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة،

3- عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق

4- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم،

5- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لاي سبب من الأسباب.

والجدير بالذكر كذلك أن كل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية في ميدان الاستثمار تعطي الأولوية للتسوية الودية خلال 06 أشهر بصفة إلزامية بعد ذلك تأتي الوسائل الإختيارية والمتمثلة في الذهاب إلى القضاء أو التحكيم المؤسسي أو

إلى هذا الفصل وبالأخص المادة 26 من الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية والتي نصت على انه:" يكون التوفيق والتحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الاتفاقية والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ منها"[1].

وقد كرست اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى مبدأ سلطان الارادة فيما يخص إجراءات التحكيم والمنظمة في المواد من 41 إلى 47، والتي تتك طبقاً لها في التاريخ الذي تراضى فيه الاطراف على اللجوء إليه إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك[2].

كذلك القانون التموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 **C.N.U.D.C.I** الذي يعتبر نموذج تستمد منه القوانين الوطنية الداخلية عند تنظيمها لمسألة التحكيم التجاري الدولي قد أقر مبدأ سلطان الإرادة في تحديد إجراءات التحكيم في المادة 19 منه والتي نصت على أنه:" يكون للطرفين حرية الاتفاق على الاجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم[3]، و اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ورغم أن هذه الاتفاقية لا تتعلق بتنظيم التحكيم التجاري الدولي، إلا أنه يستفاد ضمنياً مبدا سلطان الارادة في تظيم إجراءات التحكيم من نص المادة الخامسة والتي ترخض للقاضي الوطني برفض الاعتراف للقرار التحكيمي وتنفيذه إذا كان الاجراء التحكيمي غير مطابقا لاتفاق الأطراف[4].

كما نصت كذلك الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في البند الثالث من المادة4/ف2 على حرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الاجراءات، التي يتعين على المحكمين اتباعها[5].

وبالرغم من إلزام هيئة التحكيم بالرجوع إلى تطبيق قانون الارادة لتنظيم الإجراءات الخاصة به سواء في ظل التحكيم الحر المنظم من طرف الأطراف بصفة صريحة أو ضمنية أو المؤسسي المنظم من طرف لوائح

التحكيم الحر وفق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية والاتفاقية الجزائرية الألمانية والاتفاقية الجزائرية الرومانية.

[1]– المادة 26 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم:95–306 المؤرخ في 1995/10/07، ج.ج.ج.د.ش ر:1995/59، مرجع سبق ذكره.

[2]-Mostefa trari tani: droit algerien de l'arbitrage comercial international, premier édition, berti edition, alger, 2007,p p 116,117.

[3] – خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 246.

Vue - Nour- Eddine Terki- l'arbitrage commercial international en algerie, office des publications universitaire, Ben Aknoun, alger, 1999 , p 96,Art 19/1 de la loi type de la C.N.U.D.CIM: « sous réserve des disposition de la presente loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral ».

[4]- Mostefa trari : OP. CIT, P 116.

[5]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 245.

المراكز التحكيمية الدائمة[1]، إلا ان عدم اتفاق الأطراف على قواعد تحكم إجراءات التحكيم، وعدم إشارتهم لقانون يطبق على هذه الإجراءات يخلق نوع من الصعوبة في تحديد هذا القانون، لذلك وجدت ضوابط احتياطية ومؤشرات معينة يتم الاستناد إليها في تحديد هذا القانون الاجرائي الواجب التطبيق على التحكيم من طرف هيئة التحكيم[2]، وذلك بالرغم من السلطة التقديرية الممنوحة لها سواء في حالة الاتفاق الارادي على القانون الاجرائي الواجب التطبيق أو عدم اتفاقهم[3].

ب- خضوع اجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر لضوابط احتياطية في حالة تخلف قانون الارادة:

في هذه الحالة قد تتدخل هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بإتفاق أطراف النزاع لاختيار قواعد إجرائية معينة لتطبيقها على التحكيم، حيث خولت معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية لهيئة التحكيم الحرية ذاتها الممنوحة للأطراف لتحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق.

وذلك إما تطبيق قواعد القانون الدولي العام[4]، أو أن تلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في لائحة إحدى مراكز التحكيم الدائمة[5]، أو أن تختار إحدى القوانين الوطنية وهذه الآخيرة قد تكون إما:

أ- قانون دولة مقر التحكيم، حيث يلعب قانون مكان التحكيم دوراً احتياطياً أو مساعداً في تحديد اجراءات سير النزاع أما هيئة التحكيم وتكملة لما اتفق عليه أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة إذا كان القانون المختار لا يغطي كافة المسائل الإجرائية التي يثيرها النزاع[6]، ويتفق هذا الضابط الاحتياطي مع ما

---

[1]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 350.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 247.

[3]- معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي، "دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي"، مرجع سبق ذكره، ص ص 38-41.

[4]- يجد تطبيق قواعد القانون الدولي العام على إجراءات التحكيم أساسه في الفقه والاجتهاد التحكيمي، حيث وسع جانب من الفقه التقليدي من حرية هيئة التحكيم، وأعطاها إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي العام، وهذا ما يتناسب مع مبدا حرية هيئة التحكيم في تطبيق القانون الإجرائي المناسب على إجراءات التحكيم، وعلى نقيض من ذلك نجد الفقه المعاصر، يشكك من إحتواء القانون الدولي على قواعد إجرائية للفصل في النزاعات المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية الدولية والتي يجب أن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص ولوكان أحد أطرافها من الدول، كما أن تطبيق القانون الدولي على إجراءات التحكيم التجاري الدولي لا نجد له إلا تطبيق جزئي في بعض احكام التحكيم والاتفاقيات الدولية، مثل ما هو وارد في المادة 42/ف2 من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، كذلك قضية أرامكوا والتي طبق فيها المحكمون قواعد القانون الدولي العام على إجراءات التحكيم.(علي شريف سعيدة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 78-79).

[5]- بالرجوع إلى نص المادة 1043/ف2 نجدها أعطت هذه الإمكانية لهيئة التحكيم، وكذلك قوانين التحكيم الوطنية المقارنة الأخرى كالتشريع المصري في المادة 25 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994.

[6]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 206.

أخذت به اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1958 والتي انضمت إليها الجزائر سنة 1988[1]، حيث أقرت الرجوع لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق للأطراف[2]، وقانون مقر التحكيم يتأسس في الواقع على تفسير الارادة الضمنية أو المفترضة لأطراف النزاع في حالة عدم النص الصريح على مكان التحكيم، وبهذا نلاحظ أن مكان إجراء التحكيم له تأثير على القانون الإجرائي الواجب التطبيق من طرف هيئة التحكيم[3].

كما أن الاعتماد على مقر التحكيم لتحديد القانون الاجرائي المطبق على اجراءت التحكيم يجد أساسه في الفقه والاتفاقيات الدولية والتشريعات والقوانين الداخلية، وقد اختلف الفقه في أساسه[4]، ومن بين الانظمة القانونية التي كانت تطبق قانون مكان التحكيم وتأخذ به كاصل عام القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لعام 1987 في المادة 176/ف1[5].

أما المشرع الجزائري فلم يلزم هيئة التحكيم بتطبيق القانون الإجرائي لدولة مقر إجراء التحكيم عند تخلف قانون الإرادة (المادة 1043/ف2 السالفة الذكر)، وهو نفس الاتجاه الحديث للمشرع الفرنسي حيث نص في حالة سكوت الاطراف عن تحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فتتولى هيئة التحكيم تنظيم الإجراءات دون ان يلزمهما بتطبيق قانون محل التحكيم (المادة 1509 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي لسنة 2011 السالفة الذكر)، بمعنى أن إرادة المحكم تأتي بعد إرادة الأطراف مباشرة عند تخلفها أو إغفالها في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق.

ومن أحكام التحكيم التي أخذت بقانون مكان التحكيم لتطبقه على الإجراءات ذلك الحكم الذي أصدره المحكم (Lagergen) في 10 اكتوبر 1973 في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة (B.P.British

---

[1]– تمت المصادقة علي هذه الاتفاقية والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية وتنفيذها في مؤتمر الأمم المتحدة بتاريخ 10 يونيو 1958، و انضمت الجزائر إليها بموجب القانون رقم:88–18 المؤرخ في 12 يوليو 1988، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 247

[3]– أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 206.

[4]– اختلف الفقه حول الاساس الذي يستند إليه لتطبيق قانون مقر التحكيم فهناك من يؤسسه على الإرادة الضمنية وهناك من يرى من أنه القانون الأنسب لتنظيم إجراءات التحكيم إذا تخلف قانون الإرادة، وهناك من يرى أن قانون مقر التحكيم هو من يصنع المحكمة، ويذهب الفقه القانوني الراجح أن قانون مقر التحكيم له طابع احتياطي، ويأتي في المرتبة الثانية بعد إرادة الأطراف وذلك حسبما أقر به القضاء الفرنسي منذ فترة طويلة.(أنظر: – خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إثارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 2002، ص ص 256–257.

- Pierre Mayer, La liberté de l’arbitre, revue de l’arbitrage, bultin du comité francais de l’arbitrage, numiro 2-Avril-Juin, 2013,p p, 344, 345.

[5]– أحمد بوخلخل، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 142.

(petroleum : وتتعلق وقائع القضية بعقد استغلال بترول، الذي منحته ليبيا في 1957/12/18 لمدة 50 سنة لمواطن أمريكي يدعى (Bunhe Hunti) حول 50% من نصيبه في 10 نوفمبر 1960 لشركة B.P وذلك بإقرار السلطات الليبية، وبعد قيام الثورة في ليبيا سنة 1969، واتباع سياسة التأميمات فقد تم تأميم تلك الشركة في 07 ديسمبر سنة 1971، وهو ما أدى إلى نشوب نزاع بين الشركة والحكومة الليبية، وتم تعيين المحكم Lagergen لحل هذا النزاع بالاستعانة برئيس محكمة العدل الدولية، ثم انتهى المحكم في هذا النزاع بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، بتطبيق قانون مكان التحكيم وهو القانون الدانماركي باعتبار أن مكان إجراء التحكيم كان في الدنمارك، ولاعتبارات عملية أخرى متعلقة بخصوصية التحكيم كألية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، كما أخذ بنفس الاتجاه أحكام تحكيم اخرى كحكم التحكيم الصادر في 24 مارس 1982 في النزاع الذي نشأ في 24 مارس عام 1982 بين حكومة الكويت والشركة الأمريكية **Aninoil** [1].

ب- أو القانون المطبق على موضوع النزاع، مع العلم أن قانون موضوع النزاع يثير إشكالات من حيث ماالمقصود بموضوع النزاع هل النزاع المتعلق بموضوع العقد الأصلي أي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو النزاع المتعلق بعقد التحكيم، كذلك إشكالية التمييز بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي والقانون الواجب التطبيق على مسألة التكييف للقانون هل هو قانون إجرائي او قانون موضوعي، وكما سبقت الاشارة إليه فإن الفقه القانوني يرى أنه في حالة تخلف قانون الإرادة في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية فإن هيئة التحكيم تلجأ لتطبيق القانون الذي يحكم موضوعها، تفاديا للحيلولة دون الفصل بين ما هو موضوعي وإجرائي، وذلك بالرغم من تكريس مبدأ استقلال الإجراءات التحكيمية عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[2].

كذلك تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم سواء من حيث الموضوع أو شكل أو من حيث الإجراءات نطاق تطبيق هذا القانون هل يشمل تطبيقه على جميع المسائل الموضوعية والشكلية

---

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 247-248.

[2]- تم تكريس هذا المبدأ منذ سنة 1971 في قضية النزاع الذي ثار بسأن العقد الدولي للنقل بين الموانئ التونسية المبرم بين شركة التسلح البحري الفرنسية والشركة التونسية للملاحة، وكان يتضمن شرط التحكيم على إحالة أي نزاع حول العقد على التحكيم بلندن ببريطانيا، وبعد نشوب النزاع طرح على هيئة التحكيم، وصدر القرار التحكيمي، ووقع استئناف فيه بخصوص مسألة قانونية متعلقة بالقانون الواجب التطبيق، حيث كان الاتفاق بين الأطراف على تطبيق القانون الفرنسي على موضوع النزاع، ومكان التحكيم كان انجلترا وكان القانون الانجليزي ينص على تطبيق القانون الانجليزي على التحكيم إذا تم في لندن، لكن الطاعن طلب بتطبيق القانون الموضوعي وهو القانون الفرنسي على الاجراءات بالتبعية، فأجاب المجلس على أنه:"إذا اتفقت الأطراف في إطار عقد تجاري دولي بصريح العبارة على تطبيق نظام قانوني لبلد ما على العقد واختاروا صراحة قانونا آخر ليطبق على إجراءات التحكيم، واتفقوا كذلك صراحة على أن يجري التحكيم في بلد آخر غير البلد الذي يطبق قانونه على موضوع النزاع وغير البلد الذي يطبق قانونه على الاجراءات فإن هيئة التحكيم عليهم تطبيق على موضوع النزاع النظام القانوني المتفق عليه من طرف الأفراد.(Mostefa trari tani.OP, CIT, p 120.)

والاجرائية أم ان هناك استثناءات على تطبيقه سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو في ظل القانون الوطني أو الدولي أو في ظل أحكام الفقه والقضاء والتحكيم؟

ثالثاً: نطاق القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وإجراءاته

إذا كان القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم عند المنازعة من طرف هيئة التحكيم يحكم المسائل المتعلقة بهذا الاتفاق وأركانه وشروط صحته، فهو بطبيعة الحال يحكم الرضا وعيوب الإرادة وكذلك المحل والسبب، كذلك يحكم هذا القانون الآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم سواء الموضوعية أو الإجرائية، إلا أن هناك بعض المسائل لا يحكمها القانون الواجب التطبيق الموضوعي أو الاجرائي خاصة قانون الارادة.

ومن المسائل الموضوعية نجد أهلية الأطراف للاتفاق على التحكيم خاصة أهلية الشخص المعنوي بإعتبار أن أحد أطراف اتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي الدولة أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها، مما يطرح إشكالية أهليتها في إبرام هذا الاتفاق في ظل خضوع أهلية الأشخاص للقانون الشخصي بإعتبارها من المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز للأطراف مخالفتها.

وفي هذا الإطار أكدت اتفاقية نيويورك لعام 1958 على قاعدة خصوع أهلية أطراف اتفاق التحكيم لقانونهم الشخصي، وذلك ما يستفاد من نص المادة 5/ف1/أ منها بخصوص اكتمال الأهلية، وذلك فيما يخص الاعتراف والتنفيذ للقرار التحكيمي، بحيث إذا قدم الطرف الذي صدر قرار التحكيم ضده اثباتا، بأن الفريق الأخر كان بموجب القانون الذي ينطبق عليه فاقد الأهلية، فلا يعترف به ولا ينفذ[1].

كذلك المادة 6/ف2 من الاتفاقية الأوربية لعام 1961 أكدت على أن تفصل محكام الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بأهلية الاطراف وفق القانون الواجب الاتفاق على الأطراف، كما أن الاتفاقيات الدولية لم تتعرض إلى ما المقصود بالقانون الشخصي وما هو المعيار المعتمد في تحديده، هل هو معيار الجنسية أم معيار الموطن، لذلك القاضي يلجأ إلى تطبيق القانون الشخصي عند النظر في أهلية الأطراف في إبرام اتفاقية التحكيم وذلك لكل متعاقد مستعيناً بقواعد الاسناد الخاصة بقانونه الشخصي، فالقاضي الأنجلوساكسوني

---

[1]- المادة 5/ف1/أ من اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيميه وبتنفيذها: "- لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت: أ- أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المطبق عليهما، في حالة من حالات إنعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أو...."

أ- بأن الفرقاء في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانوا بموجب القانون الذي ينطبق عليهم فاقدي الأهلية أو بأن الاتفاقية المذكورة ليست صحيحة بموجب القانون الذي اخضعوها إليه الفرقاء، أو في حال عدم عدم وجود اشارة بهذا الخصوص، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو....."

يطبق معيار الموطن، والقاضي اللاتيني يطبق معيار الجنسية، والراجح في الفقه القانوني أنه لبدا من خضاع الأهلية للقانون الشخصي سواء قانون الموطن أو قانون الجنسية[1].

وإذا رجعنا إلى مسألة الأهلية فنجد أن التشريعات الوطنية الداخلية متابينة ولا تتخذ موقفاً محدداً فيها سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي حتى أن هناك من القوانين الوطنية في مجال التحكيم التجاري الدولي كانت تمنع الأشخاص المعنوية من التحكيم في مسائل معينة وتجيزه في مسائل أخرى بصفة استثنائية، ومن ذلك التشريع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى الأمر 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، والذي كان يمنع الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعاتها بموجب المادة 442/ف3 منه والتي نصت على أنه: لا يجوز للدولة والأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم".

ثم أصدر المشرع الجزائري في 19 أوت 1986 قانونا أقر فيه بمبدأ إختصاص القضاء الوطني بالنظر النزاعات بين الشركات الأجنبية المتعاقدة مع شركة سوناطراك الجزائرية للبترول، بعد فشل التسوية الودية من خلال عرض النزاع على لجنة التوفيق، وعلى الرغم من حظر التحكيم من طرف القانون الجزائري انذاك إلا أن الحكومة الجزائرية أدرجت في عقود البترول شرط التحكيم ومثال ذلك: العقد المبرم مع شركة جيتي الأمريكية في 19 أكتوبر 1968، واستمر العمل بشرط التحكيم في عقود الاستثمارات البترولية حتى بعد صدور قوانين التأميم البترولي في 24 فبراير 1971 [2]، إلى غاية صدور المرسوم التشريعي 93-09

---

[1]- أحمد حلمي خليل هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2013، ص ص 344-345.

[2]- مع العلم أن المشرع الجزائري كان قد حصر قابلية الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، -في إطار مايعرف بالقابلية الشخصية للتحكيم- L'arbitrbilité Subjective - في المنازعات المتعلقة بقطاع المحروقات، استناداً إلى الابقاء بالعمل بالتشريعات الفرنسية بإستثناء التي تتناقض مع السيادة الوطنية بعد الاستقلال، بمعنى الاستمرار العمل بقانون البترول الصحراوي التي تضمنه الأمر 58-1111 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958 حيث نصت المادة 41 منه على أنه:"تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتفع به إلى مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا" بمعنى خضوعها للمحكمة العليا الجزائرية أنذاك، لكن المشرع الفرنسي وحفاظاً على مصالحه الاقتصادية في الجزائر بعد الاستقلال أقر خضوع المنازعات المتعلقة بالمحروقات إلى التحكيم الدولي، لكن في المقابل عملت الدولة الجزائرية على إسقاط أهليتها في التحكيم بصدر قانون المرفعات لعام 1966، وأخصعت منازعاتها للقضاء الوطني تكريساً لمبدأ السيادة، وتأكد ذلك خاصة بعد صدور قانون المحروقات بموجب الأمر 71-24 حيث أخضعت النزاعات المتعلقة بالعقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب إلى القانون الوطني والقضاء الوطني، وبالتالي التحرر من نظام التحكيم الذي كان مفروضاً على الدولة الجزائرية وليس خياراً، إلا بعد الازمة التي عرفتها الجزائر وعملية الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر فعملت على تكريس التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل لحل النزاعات.

وتطرح مسألة أهلية الأشخاص المعنوية في ظل النصوص الوطنية الداخلية الجزائرية، إزدواجية الاحكام المنظمة لها، وإشكالية ماالمقصود بالأشخاص المعنوية العامة خاصة عندما يكون المستثمر الأجنبي من دولة أجنبية لا تربطنا بها أية اتفاقية دولية، فإذا ما رجعنا إلى المادة 49 من القانون المدني الجزائري لعام 1975 المعدل والمتمم فنجدها تقرر صفة الشخص الاعتباري وهو الشخص الذي يتمتع بحقوق في الحقوق التي يقرها القانون، منها الذمة المالية، والأهلية والموطن ونائب يعبر عن إرادتها، وحق التقاضي، وكذلك المادة 800 من قانون المرفعات لعام 2008، والخاصة بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، والتي

المؤرخ في 23 أبريل 1993، والذي سمح للأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقتها التجارية الدولية، وأخيراً وتماشياً مع التطور والانتقال الذي عرفه الاقتصاد الجزائري من موجه إلى رأسمالي، وبموجب قانون الاجراءات المدنية 08-09 اصبح القانون الجزائري يسمح للأشخاص المعنوية

حددت الأشخاص المعنوية العامة وهي: الدولة والجماعات المحلية (الولاية، البلدية) والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبالتالي فما مصير الأشخاص المعنوية التي تمارس نشاطات اقتصادية لصالح الدولة كالمؤسات العمومية الاقتصادية والوكالات الوطنية المبرمة للعقود الدولية، بالرغم من أن المادة 1006 جاءت بصفة عامة بإعتمادها المصطلح العام والمتمثل في الاشخاص المعنوية العامة، سواء ذات الطابع الإداري أو الإقتصادي والتي يمكنها اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها في مجالات محددة وفق نص المادة وهي العلاقات الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية (المادة 1006/ف3 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09)، كما ان التحكيم التجاري الدولي لا يجوز لا للأشخاص الطبيعية ولا المعنوية العامة اللجوء إليه في المسائل المتعلقة بالنظام العام الداخلي والدولي، إذ أن اهلية الاشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي مقيدة وليست مطلقة من الناحية الموضوعية وهو ما يعبر عنه بالقابلية الموضوعية للتحكيم-L'arbitrabilité objectif- (المادة 1006/ف2 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره).

وفي الاطار الحظر المفروض على الاشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم والاباحية المقيدة وفق المادة 1006 من من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 السالفة الذكر و المواد 975 و 976 من نفس القانون والتي ورد ذكرهما فيما يخص الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الادارية، انتقد الفقه المشرع الجزائري حول إزدواجية هذه النصوص القانونية وتناقضها فبالرجوع إلى نص المادة 975 نجد أنه بإمكان الأشخاص المعنوية العامة أن تجري تحكيما في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، أما المادة 1006 جواز التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة يكون فقط في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، ومن ثمة نرى ان المادة 975 تقيد من اهلية الاشخاص المعنوية العامة في اللجوء إلى التحكيم وذلك فيما يخص النشاطات والحالات التي تمارسها الدولة والمنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية وفي قانون الصفقات العمومية، في حين أن المادة 1006 توسع من هذه الأهلية وتجيز التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية على أساس أن الدولة لا تبرم فقط عقود صفقات عمومية دولية فقط، بل أيضاً علاقات إقتصادية دولية شاملة غير خاضعة لقانون الصفقات العمومية تمارس فيها نشاطات بصفتها بائع أومشتري مثل عقود الاستيراد والتصدير، وتبرم عقود إدارية دولية تهدف بها لتحقيق مصلحة عامة.(أنظر: المادتان 975 و976 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 السالفة الذكر)، وفي مجال الصفقات العمومية وبالرجوع إلى المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المصلحة المتعاقدة -والتي هي حسب المادة 6 من نفس القانون (الدولة، والجماعات الاقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة من طرف الدولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقة أو نهائية من طرف الدولة أو من الجماعات الإقليمية- يمكنها اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض نزاعتها والتي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، وأمام هيئة دولية، بناء على اقتراح من الوزير المعني للموافقة المسبقة أثناء إجتماع الحكومة، فعقود الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الأجانب بهدف التنمية تكون بالشراكة مع الاجانب، بما فيها عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، والتي قد تخضع منازعاتها للتحكيم الدولي وفق إجراءات إبرام الصفقات العمومية. (لمزيد من التفاصيل حول القابلية الشخصية والموضوعية للتحكيم والتي لها علاقة بأهلية أطراف عقد الاستثمار المباشر عند الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض ما قد يصار من منازعات خاصة أهلية الشخص المعنوي العام. أنظر:- دوفان ليدية، لعجال ياسمينة، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع :16، جانفي 2017، ص ص 293- 306)

العامة اللجوء إلى التحكيم في جميع علاقتها الاقتصادية الدولية بما فيها منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر وفي إطار الصفقات العمومية، وذلك تماشيا مع ما أبرمته الدولة الجزائرية من اتفاقيات ثنائية وانضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف كما سبقت الإشارة إليه، والتي كلها تسمح للأشختص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم الدولي لفض المنازعات بصفة عامة ومنازعة الاقتصادية الدولية بصفة خاصة[1].

ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية واشنطن لعام 1965 السالفة الذكر والتي نظمت أهلية الأشخاص المعنوية العامة في الخضوع للتحكيم والتي اشترطت أن تكون الدول التي تخضع للتحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمنشئ بهذه الاتفاقية من الدول المصادقة على الاتفاقية فقط وفق المادة الأولى الخاصة بالهدف من إنشاء المركز وهو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى.

وحسب نص المادة 67 من نفس الاتفاقية أن الدول المتعاقدة المقصودة هم الدول الأعضاء في البنك الدولي للانشاء والتعمير، وكذلك الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والدول المدعوة من قبل ثلثي أعضاء المجلس الإداري المنصوص عليه في القسم الثاني من هذه الاتفاقية، أما الهيئات التابعة للدول فإن أهليتها في اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الاستثمارية التي تبرمها فهي متوقفة ولا تكتمل إلا بعد إقرارها من الدولة، إلا إذا أقرت هذه الأخيرة أن مثل هذا الإقرار غير ضروري وذلك وفق المادة 25/ف3 من إ.و.لعام 1965، كما أن للدولة السلطة التقديرية المطلقة في تحديد نوع الاستثمارات الأجنبية غير قابلة للفصل في منازعاتها أمام المركز دون إبلاغ هيئاتها التابعة لها وفق الفقرة الرابعة من نفس المادة، لهذا فإستقلالية اهلية الدولة عن اهلية الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها أمر مسلم به في ظل اتفاقية واشنطن[2].

أما فيما يخص شكل اتفاق التحكيم فالقاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص وفي تنازع القوانين أن الشكل يخضع لقانون محل ابرام العقد، وهذا التوجه الحديث أخذت به مختلف التشريعات المعاصرة من ذلك المادة 20 من القانون المدني المصري التي أقرت أن العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد التي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع في شكلها للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أوقانونهما الموطني المشترك، والمتأمل لهذا النص يرى أن المشرع المصري بالرغم من تفريقه بين شكل العقد وموضوعه إلا أنه يخضع شكل العقد لقانون الارادة بمعنى أن تطبيق قانون محل الابرام على شكل العقد لا يأتي إلا بناءاً على إرادة الأطراف[3].

---

[1]– أحمد حلمي خليل هندي، عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها، مرجع سابق، ص ص 353–354.

[2]– دوفان ليدية، لعجال ياسمينة، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، مرجع سابق، ص 298.

[3]– رمضان علي عبد كريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 325.

و يلاحظ أن هذه المادة تقابل المادة 19 من القانون المدني الجزائري أمر 58/75 المؤرخ 1975/09/26 والمعدلة بالقانون:05-10 والتي نصت على أنه:"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين او لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية"[1].

أما مجال القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، فإن جانب من الفقه يرى ان القانون الاجرائي المتفق عليه بين الأطراف أو قواعد هيئات التحكيم في مجال الاجرائي في حالة التحكيم المؤسسي، أوالرجوع إلى القواعد الاجرائية المحددة في لوائح مراكز التحكيم الدائمة، أو إلى القواعد الاجرائية المحددة في قانون مقر التحكيم، والواجبة التطبيق فهي تشمل كل القواعد التي تحكم جميع إجراءات التحكيم من بدايتها إلى نهايتها، سواء المتفق عليها في إطار قانون الإرادة أو تلك المحددة من طرف هيئة التحكيم وسواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي[2]، مع العلم أن إجراءات التحكيم تبتدأ من يوم افتتاح الخصومة التحكيمية إلى غاية صدور حكم التحكيم، هذا الآخير يخضع لمسألتي الاعتراف والتنفيذ، لكونه يقرر حقوقاً ويضع التزامات في ذمة الطرفين، وعليه سوف نبحث في ذلك في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يعتبر الجانب الاجرائي في مجال التحكيم بصفة عامة بمثابة الوسيلة لتحقيق غاية معينة وهي الفصل في النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم والمتعلق بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر، غير أن البدأ في هذه الإجراءات وتنظيمها والسير فيها من طرف هيئة التحكيم، وكذا طريقة تشكيل هذه الآخيرة يثير الكثير من المسائل من الناحية القانونية في إطار مبدأ سلطان الإرادة والقانون الوطني والدولي، وفي ظل التحكيم الحر أو المؤسسي(**المطلب الأول**).

وكما هو مسلم به كذلك أن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ينتهي بحكم تحكيمي فاصل في النزاع حائز لقوة الشيء المقضي فيه شانه في ذلك شأن الحكم القضائي، وهذا الآخير يقتضي بعض الشروط والبيانات والإجراءات الواجبة اتباعها قانونا، وما تثيره مسألة الحجية والإعتراف والتنفيذ والطعن في أحكام التحكيم الصادرة بمناسبة الفصل في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر المبرمة بين الدول وإحدى هيئاتها والمستثمر الأجنبي الخاص الشخص الطبيعي أو المعنوي وذلك في إطار التحكيم الحر أو المؤسي(**المطلب الثاني**)

---

[1]- المادة 19 من القانون المدني الجزائري الامر 07-75 المؤرخ في 26 سبتمبر المعدل والمتمم بالقانون 05-10، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:44.

[2]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 249-250.

المطلب الأول: إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتشكيل هيئة التحكيم

تبدو اهمية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار في ضرورة إحترامها سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، وذلك وفق ما تقرره عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ذاتها، وما تقرره التشريعات الوطنية الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، ذلك أن مخالفة إجراءات التحكيم الواجب اتباعها سواء في ظل القانون الواجب التطبيق عليها المختار من طرف الخصوم أو في ظل الإجراءات التي تحددها هيئة التحكيم عند تخلف قانون الارادة وفق التشريع الدولي والوطني، حيث أن عدم مراعاة هذه الإجراءات يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم ورفض الإعتراف به وتنفيذه، خاصة فيما يخص كيفية تقديم طلب التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم، وتعيين أعضاء التحكيم، وكذا الشروط الواجب توافرها في المحكمين، وطريقة المداولة ومواعيد الفصل في المنازعة وصدور حكم التحكيم، وغيرها من المسائل الإجرائية، والتي سوف نعمل على مناقشتها في هذا المطلب من الدراسة.

الفرع الأول: إجراءات التحكيم

سنتناول في هذا الفرع كيفية بدأ إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا طريقة تشكيل هيئة التحكيم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي وفق مبدأ سلطان الإرادة أو في حالة تدخل القضاء في تشكيلها في حالة ما يوجد ما يحول دون تشكيلها.

أولاً: بدأ إجراءات التحكيم

قد تنص عقود الاستثمار أو التحكيم أو القانون الوطني أو الدولي على الطريقة التي تبدأ بها خصومة التحكيم وكذا كيفية تشكيل هيئة التحكيم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، وعادة تبدأ خصومة التحكيم كما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية الداخلية بحضور أطراف الخصومة أمام المحكم، أو بإعلان يرسله أحد الأطراف إلى الطرف الثاني، ويجب أن يتضمن هذا الاعلان أو الطلب، جميع البيانات والتفاصيل حول المسائل المتنازع عليها والتي يرغب المدعي عرضها على هيئة التحكيم، اسم وعنوان الاطراف، شرح كامل لوقائع الدعوى مع تحديد المنازعات والقضايا محل النزاع، وكذا طلبات المدعي وكل ماتفق الطرفان على ذكره في بياناته، ويجب ارفاق طلب التحكيم بصورة لاتفاق التحكيم وكل الوثائق والسندات ذات الصلة[1].

بيد وفيما يتعلق وكما سبقت الاشارة إليه أن الإجراءات التي يسير عليها التحكيم والتي يتنازع عليها كل من إرادة الأطراف والقانون الوطني والدولي، فإن إغفال الخصوم في تحديدها سواء في عقد الاستثمار الأجنبي ذاته أو في في اتفاقية التحكيم أو في التشريع الداخلي او الدولي الاتفاقي يؤدي بطبيعة الحال إلى تطبيق الإجراءات التي تحددها هيئة التحكيم في التحكيم الحر وإلى تطبيق القواعد الخاصة بالمركز أو المنظمة الدائمة للتحكيم في التحكيم المؤسسي، أي القواعد التي تتضمنها لوائح المركز، وفي حالة قصور

[1]- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، مليلة، الجزائر، 2008، ص 580.

هذه الآخيرة قد تتدخل هيئة التحكيم المؤسسي بتكملة هذا النقص والذي يكون على ضوء القانون والاجراءات الموجودة في دولة المركز[1].

ولهذا نجد في ظل التحكيم المؤسسي حرصت لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم على تحديد وقت بدأ الإجراءات ومن ذلك على سبيل المثال: تبدأ إجراءات التحكيم وفقاُ لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس من تاريخ تلقي أمانة المحكمة طلب التحكيم[2]، وكذلك نصت المادة 3/ف1 من قواعد **Uncitral** على أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ استلام المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ونصت المادة 20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن إجراءات التحكيم في نزاع ما تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلباً بإحالة النزاع إلى التحكيم مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[3].

وفيما يخص إجراءات التحكيم وحتى التوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تبتدأ بموجب تسجيل الطلب المقدم كتابتاً من طرف الدولة المضيفة للاستثمار المتعاقدة أو أي مستثمر لدولة متعاقدة إلى السكريتير العام[4].

ويلاحظ أن الجانب الإجرائي في التحكيم يخضع لقانون الإرادة بصفة عامة، التي لها دور كبير حتى في تشكيل وتعيين هيئة التحكيم خاصة في ظل التحكيم الحر، بخلاف التحكيم المؤسسي، حيث يتسوجب في ظله احترام لوائح المركز في موضوع تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن للقضاء التدخل في تشكيل هيئة التحكيم إذا ما تقاعس أحدهما عن تعيين المحكمة أو أختلافهما فيما يخص تعيين المحكم المرجح، وعلى هذا الأساسس تتعدد طرق تعيين وتشكيل هيئة التحكيم سواء في ظل التشكيل الاتفاقي أو القانوني الوطني أو الدولي أو القضائي، أو في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، علماً أن عقود الاستثمار الأجنبي أو القوانين

---

[1]– نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق، ص 582.

[2]– نشأت غرفة التجارة الدولية سنة 1923 بهدف حل المنازعات عن المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي عن طريق آليتي المصالحة والتحكيم، وتتولى محكمة الغرفة مهام ضمان تطبيق نظام المصالحة والتحكيم وتتكون من رئيس وثمانية نواب وسكرتير عام ومستشار فني أو أكثر يعينهم مجلس الغرفة لمدة 03 سنوات وهي لا تفصل في المنازعات بنفسها بل تقوم بتعيين المحكمين إذا لم يقم الأطراف بتعيينهم ولقد بدأ هذا النظام يسري ابتداء من يناير 1988 معدلا قواعد سنة 1975.

[3]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 250–251.

[4]– المادة 36 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، والتي نصت في فقرتها الأولى على أن أي دولة متعاقدة أو مواطن لدولة متعاقدة يرغب في تحريك إجراءات التحكيم عليه:" أن يوجه طلباً كتابياً بذلك إلى السكرتير العام الذي يرسل صورة من الطلب إلى الطرف الآخر"، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "يجب أن يتضمن الطلب:" معلومات عن المسائل موضوع النزاع، وعلى تعريف بشخصية أطرافه، وعلى موافقتهم على اللجوء للتحكيم طبقاً لقواعد تحريك إجراءات التوفيق والتحكيم" وخلصت في فقرتها الثالثة على النص "بأن يقوم السكرتير العام بتسجيل الطلب إلا إذا تبين له على أساس المعلومات التي تضمنها الطلب أن النزاع يخرج عن اختصاص المركز بشكل ظاهر، ويقوم بإخطار الطرفين بإتمام التسجيل أو رفضه".

الوطنية الداخلية والدولية أو الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف عند تشكيل هيئة التحكيم تقوم بإحالتنا إلى نظام إجرائي معين والذي قد يختلف مصدره سواء في حالة الاتفاق أو عدم الاتفاق[1].

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية المقارنة كذلك فقد اهتمت بالنص في تشريعاتها على تحديد الوقت لبدء الخصومة التحكيمية غير انها تباينت فيما بينها حول الوقت الذي تبتدا فيه إجراءات التحكيم إلا أنها كلها اتفقت على الرجوع إلى مبدأ سلطان الإرادة في حالة الاتفاق على ذلك ومن ذلك ما نص عليه قانون التحكيم التونسي قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم[2]، أما المشرع المغربي وبموجب قانون المسطرة المدنية المغربي لعام 1974 المعدل والمتمم بقانون 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، لم ينص على الوقت الذي تبتدا فيه إجراءات التحكيم وترك ذلك لمبدأ سلطان الإرادة[3]، في حين نجد المشرع الجزائري وبموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 جعل تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك[4].

اما التشريعات الأوربية كالتشريع الفرنسي بموجب المادة 1436 من قانون الاجراءات المدنية لعام 2011 والاسباني بموجب المادة 22 من قانون التحكيم فنجدهما قد اتفق على أن بدأ إجراءات التحكيم يكون من موعد الذي يقوم فيه المحكمون بتبليغ الأطراف كتابة بقبول مهمتهم، وإن كان المشرع الفرنسي قد أجاز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ذلك وفق مبدأ سلطان بالإرادة[5].

ويلاحظ ان التشريعات الوطنية حذت حذو التشريعات الدولية لا سيما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل والمتمم.

ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم

يختلف تشكيل هيئة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر حسب نوعية التحكيم من حيث تنظيمه، من التحكيم المؤسسي إلى التحكيم الحر[6]، ويقوم على مبدا سلطان الإرادة في كلا النوعين[1]،

---

[1]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سبق ذكره، ص 90.

[2]- أنظر الفصل التاسع من قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993، مرجع سبق ذكره، والتي وردت في باب أحكام المشتركة التي تطبق على كل من التحكيم الداخلي والدولي والتي نصت على انه:"تبتدأ اجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع على التحكيم ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك".

[3]- قانون الإجراءات المدنية المغربي لعام 1974 المعدل والمتمم.

[4]- أنظر المادة 1019 من ق.إ.م.إ،ج رقم: مرجع سبق ذكره، والتي وردت في الأحكام المشتركة التي تطبق على كلب من التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

[5]- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره ص ص 328-329.

[6]- أنظر: - الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، ع: 2، قواعد البيانات الرقمية، المنهل، دار المنظومة، والمعرفة، المجلة موجودة على الموقع الالكتروني للبوابة الجزائرية للمجالات العلمية: www.asjp.cerist.dz، والمقال على الرابط الإلكتروني:.https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31422 ، ص ص 263-264، "يقصد بإجراءات سير النزاع تلك القواعد

النوعين[1]، وهو ما يعرف بالتشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، ويرتبط تشكيل هيئة التحكيم بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم[2]، إذ تذهب بعض عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وكذا القوانين الوطنية الداخلية المقارنة، والاتفاقيات الدولية بتحديد إجراءات التحكيم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بالإحالة مثلاً إلى التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي وفق قواعد إجراءات محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية أو إلى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لعام 1980 أو إلى قواعد التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[3].

الاجرائية التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم ولحين صدور القرار الفاصل في النزاع، وتختلف تلك الاجراءات باختلاف نوع التحكيم والجهة التي تضطلع به ، فإذا ما أنيطت مهمة التحكيم بإحدى هيئات ومراكز التحكيم الدائمة فلا يكون لإرادة الخصوم عندئذ دور حاسم في صياغة القواعد الاجرائية التي تنظم وتحكم اجراءات سير المنازعة، إذ يتضمن اللجوء الى هذه المراكز الدائمة ضرورة الاذعان للإجراءات المقررة في لوائحه، أما في "التحكيم الحر حيث يضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم فانه يكون لأولئك الأطراف دور رئيسي في صياغة القواعد الاجرائية أو في اختيار القانون الذي يحكم سير المنازعة سواء كان هذا الاختيار صريحاً أو ضمنياً كما يلعب قانون محل التحكيم دوراً احتياطياً في هذا الصدد".

وقد جرى من الفقهاء الاقتصار على بحث اجراءات سير النزاع في هذا النوع الأخير من التحكيم كونه الأكثر شيوعاً وانتشارًا في مجال تسوية المنازعات الاستثمارية.

[1]– العلا أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2000، ص 3.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 257.

[3]– القاعدة العامة ان الإحالة على التحكيم مهما كانت الصورة التي يتخذها في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر تكون وفق مبدأ سلطان الإرادة سواء بتحديد اجراءاته أو دون تحديدها، أو ترك تحديدها للوائح المراكز التحكيمية في حالة اختيار التحكيم المؤسي، ومثال ذلك ما نص عليه: العقد المبرم بين مصر وشركة فليبس في عام 1963 والذي والذي نص في المادة 45/فـ2 منه على أنه:" أي نزاع بين فليبس والمؤسسة المصرية العامة للبترول يتعلق بتفسير أحكام هذا الاتفاق أو الإدعاء بمخالفته ولا يستطيع الطرفان تسويته فيما بينهما ويقوم بالفصل فيه ثلاثة محكمين طبقاً للائحة التحكيم والمصالحة الخاصة بغرفة التجارة الدولية، كذلك هناك تشريعات وطنية تحيلنا إلى التحكيم الحر أو المؤسسي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر خاصة المتعلقة بالاستثمار على وجه الخصوص وسواء تم تحديد إجراءاته أو لم تحدد إجراءاته سواء في قانون الاستثمار ذاته أو في ظل القانون الإجرائي للتحكيم في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو عدمه، ومثال عن التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمار والتي احالتنا للتحكيم: قانون الاستثمار التونسي لعام 2016 في المادة 24 منه وذلك في حالة التسوية الودية عن طريق المصالحة وفق نص المادة 23 من ذات القانون، كذلك قانون الاستثمار المصري لعام 2017، في المادة 90 من الفصل الرابع يجعل اللجوء إلى التحكيم الحر أو المؤسسي وفق الطريقة التي يتفق عليها أطراف عقد الاستثمار أو وفق قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994، جوازيا في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، كذلك من بين قوانين التحكيم التي تبنت مبدأ سلطان الإرادة في تشكيل هيئة التحكيم: الفصل الثالث عشر من قانون التحكيم التونسي، كذلك قانون التحكيم المغربي بموجب قانون المسطرة المدنية 08–05 المعدل والمتمم، فضلاً عما ورد في التشريع الجزائري بموجب المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج رقم: فيما يخص تعيين المحكم أو المحكمين، كذلك في هذا الاطار نجد القانون الدولي الاتفاقي الثنائي أو المتعدد الأطراف الإقليمي والعالمي في مجال الاستثمار قد يحيلنا إلى التحكيم الحر او المؤسسي مع تحديد إجراءاته او دون تحديد إجراءاته تاركاً ذلك لمبدأ سلطان الإرادة أو إلى هيئة التحكيم، أو

وفي هذا الاطار فإن تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر يعتبر المرحلة الأولى في إجراءات التحكيم (الحر أو المؤسسي)، حيث تطرح هذه الأخيرة عدة مسائل يمكن مناقشتها من حيث عدد المحكمين وطريقة تعيينهم وكذا الشروط الواجب توافرها في المحكمين وغيرها من المسائل المتعلقة بسير الإجراءات إلى غاية إصدار القرار التحكيمي في ظل القانون الوطني والدولي، وسوف نناقش هذه المسائل كما يلي:

أ- عدد المحكمين وطريقة تعيينهم وحالات تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم: تتكون هيئة التحكيم عادة من عدد فردي أي من ثلاثة محكمين، حيث يقوم كل طرف بتعيين وتسمية محكم، ثم يقوم الطرفين بتعيين المحكم الثالث والذي يطلق عليه بالمرجح أو الفيصل[1]، وإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين فوجب أن يكون وترا وإلا كان التحكيم باطلاً وذلك لاعتبارات عملية[2].

ولقد نصت بعض العقود الدولية على طريقة تعيين المحكمين وحالة تخلف تعيينهم من طرف الأطراف، وتدخل سلطات الدولة المضيفة في تعيينهم أو سلطات أجنبية أو هيئات دولية[3].

إلى لوائح المؤسسة التحكيمية التي يجري التحكيم في ظلها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 8 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية من خلال إمكانية المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم التجاري الدولي أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لفض نزاعه مع الدولة المضيفة، كذلك ما نصت عليه المادة 11 من التفاقية الجزائرية الاسبانية في اللجوء إلى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بستوكهولم أو الغرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، في حين تذهب المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية السورية والتي تسبعد نظم التحكيم امام الهيئات الغربية وتحيلنا إلى نظام التوفيق والتحكيم لدى محكمة الاستثمار العربية مع الاحالة إلى الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية وملحقها ولا يمكن اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة إلا في حالة فشل الحلول الودية وفشل التحكيم، كما سبقت الاشارة اليه، كذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من الاتفاقية الجزائرية التونسية والتي اعطت كذلك الخيار للمستثمر في اللجوء إلى القضاء الوطني أو التحكيم وفق قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري أو اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص 253.

[2]- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 1997، ص 194.

[3]- قضت المادة 35/ف3 من اتفاقية المقاولة المبرمة بين العراق (شركة النفط الوطنية العراقية) وشركة ايراب الفرنسية سنة 1968، بأنه: "تطلب شركة النفط الوطنية العراقية، وعند غيابه من الحاكم الاعلى رتبة في المحكمة أن يعين المحكم الآخر"، وقد عالجت هذه المادة حالة التخلف في التعيين فقضت بان يقوم بذلك رئيس المحكمة الفديرالية في لوزان بسويسرا، كما نجد في هذا الاطار ان بعض العقود خولت سلطات الدولة الوطنية الحق في تعيين أعضاء التحكيم، إلا أنها لم تعالج حالة تخلف هذه السلطات عن القيام بهذا التعيين، ويرى البعض في هذه الحالة هو تطبيق القواعد العامة والتي تقضي بلجوء المتضرر إلى القضاء الوطني في النزاع باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل في النزاع، كذلك نجد المادة 42/ف5 من العقد المبرم بين مصر وشركة بن أمريكان سنة 1964 والتي نصت على أنه:"...وإذا لم يتفق الطرف الثاني بتعيين محكم له كما ذكرنا آنفا فإن للطرف الأول الحق في أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية طلبا لتعيين محكم ثان...." واعطت هذه المادة سلطة تعيين هيئة التحكيم في حالة التخلف لهيئة دولية، وإن كان الأصل في ذلك ان تترك للقضاء مثل ما يحيل غليه ذلك التشريع الوطني والدولي بخلاف مبدا سلطان الإرادة.(- انظر- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال

كذلك يمكن الاشارة في هذا الصدد ان طريقة تعيين المحكمين والمسائل التي تثيرها تختلف من التحكيم الحر عنه في التحكيم المؤسسي في منازعات عقود الاستثمار[1].

وقد تضمن قانون التحكيم النموذجي اليونيسترال لعام 1985 مجموعة من القواعد لا تختلف في مضمونها عن قواعد التحكيم اليونيستلرال لعام 1976[2]، حيث تنص المادة العاشرة فيما يخص عدد المحكمين على أنه:" 1- للطرفين حرية تحديد المحخكمين.

2- فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة.

وخلافاً لهذه الحرية الممنوحة لأطراف التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم طبقاً لقواعد اليونيسترال أو قانون التحكيم النموذجي، فإننا نجد هذه الحرية في ظل اتفاقية واشنطن لعام 1965 وفي ظل التحكيم المؤسسي مقيدة ومحدودة، وذلك من خلال القواعد التي تنص عليها لائحة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث طبقاً للمادة 37 من الاتفاقية المنشئة لهذا المركز، فإنه يتم تشكيل هيئة التحكيم والتي تسمى "المحكمة" حسب نص الاتفاقية من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين[3]، ويلاحظ في هذا الإطار أن حرية الأطراف في إختيار المحكمين هي حرية مقيدة، حيث يتعين أن يتم الاختيار من بين القائمة المعدة سلفاً من قبل المركز[4].

وحتى ولوكانت اتفاقية واشنطن في هذا الإطار وفق نص المادة 37 منها تحيل تشكيل محكمة التحكيم لارادة الطرفين إلا أنها تقيدهم بالعدد الفردي[5]، كذلك نص المادة 39 من نفس الاتفاقية يوجب أن يكون

الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 60، أنظر: - غبراهيم شحاتة، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 62، أنظر كذلك: - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره ص ص، 254-255).

[1]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص 253 وما بعدها.

[2]- بالرجوع إلى نص المادة الخامسة من تلك القواعد نجدها قد أجازت وأعطت لطرفي التحكيم الحرية الكاملة في اختيار عدد المحكمين فإذا لم يتفق الطرفان على أن تشكل المحكمة من محكم واحد، وجب في هذه الحالة تشكيلها من ثلاثة محكمين.

[3]- المادة 2/37/أ من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 1/40 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، كذلك يمكن أن نشير في هذا الصدد إلى المادتين 13 و14 من ذات الاتفاقية، حيث تنص الأولى أن تعيين المحكمين يكون من القوائم التي يشكلها المركز والتي تتضمن محكمين معينين من طرف الدول سواء من مواطنيها أو غير مواطنيها، كما يمكن لرئيس مجلس الإدارة، أي المدير العام للبنك الدولي أن يقوم بتعيين عشرة أشخاص مختلفي الجنسية في القائمة، أما الثانية فقد أشارت إلى الشروط الواجب توافرها في هؤلاء الأشخاص الذي يعينون في القوائم ومنها/ الكفاءة والأخلاق...الخ.

[5]- المادة 37 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

المحكمين المختارين والمعينين من مواطني دولة أخرى غير تلك التي هي طرف في المنازعة أو تلك الدولة التي يكون المستثمر الطرف في النزاع حاملا جنسيتها[1].

وبما أن طريقة تعيين المحكمين مرتبطة بالقانون الإجرائي الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم فإنه يمكن أن يحيلنا مبدأ سلطان الإرادة إلى قانون إجرائي معين في هذا الإطار، حيث تباينت التشريعات الوطنية المقارنة والدولية المتعلقة بالتحكيم بخصوص طريقة تعيين المحكمين وحالة تخلف أعضاء هيئة التحكيم، وإن اتفقت على دور مبدأ سلطان الإرادة بخصوص هذه المسألة، وامكانية تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم واتخاذ الإجراءات التحفظية وطلب مساعدة السلطة القضائية[2].

ولهذا نجد التشريع الجزائري وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 قد أشار إلى مسألة تشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين بحيث نص على ان محكمة التحكيم تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي[3]، كما أعطى للاطراف الحرية الكاملة أو إسناد ذلك إلى نظام تحكيم معين فيما يخص تعيين المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو إستبدالهم.

---

[1]- المادة 39 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[2]- نصت المادة 8/ف5 من قواعد التحكيم اليونيسترال على امكانية اتخاذ الاجراءات التحفظية من قبل القضاء قبل احالة الملف الى المحكمين، بناء على طلب احد الطرفين، كذلك المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والمادة 47 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، كذلك نص المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى كالتشريع السويسري وغيرها في المادة 1046 من ق.إ.م.إ.ج رقم: على أنه:" يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، مالم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الطرف الذي طلب هذا التدبير".

كما نصت المادة 1048 من ذات القانون على أنه:" اذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

[3]- المادة 1017 من ق.إ.م.إ.ج رقم:08-09، انظر كذلك في هذا الشان المادة الفصل 55 من قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993 والتي نصت على أنه:"1- للاطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب ان يكون العدد وتراً.

2- فإن لم يفعلوا يكون عدد المحكمين ثلاثة". كذلك نص المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994 والتي نصت على انه:"تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلاً، كذلك تناول التشريع الدولي مسألة عدد المحكمين فقد نصت المادة 05 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن تشكيل محكمة التحكيم يكون وفق إرادة الأطراف وإذا لم يكون هناك اتفاق مسبق ولم يتم الاتفاق خلال 15 يوماً من تلقي المدعى عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم واحداً، يتم تشكيل المحكمة من ثلاثة محكمين، أما على مستوى غرفة التجارة الدولية بباريس فيجوز أن يكون عدد المحكمين واحداً أو

وفي حالة غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل اللجوء إلى القضاء وهنا يأتي الدور المساعد للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم وهو ما يعرف بالتشكيل القضائي لهيئة التحكيم[1] بحيث اجاز المشرع الجزائري للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

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

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الاطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول فيها في الجزائر[2].

وإذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ[3].

ولقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة استبدال وعزل المحكم وأورد حالات على سبيل الحصر يجوز فيها رد المحكم وطلب استبداله وفق نص المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج، بحيث يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الاطراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الاطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الاطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسوياته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل، هذا الامر غير قابل لاي طعن[1].

ثلاثة (أنظر: قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، مرجع سبق ذكره، ص 282)

[1]- ذهب جانب من الفقه إلى أن حق القضاء في التدخل لتشكيل هيئة التحكيم أو سد النقص في هذا التشكيل، عمو أمر تمليه الاعتبارات العملية ويتفق مع المنطق، فلا مجال لإثارة تنازع الاختصاص بين القضاء والتحكيم إذ لا توجد بعد هيئة تحكيم هيئة تحكيم يمكن أن يعطى لها اختصاصا للفصل في مسألة ما. (- أنظر:- رضا السيد عبد المجيد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 17 وما بعدها)، كما نص قانون التحكيم المصري على تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في حالة عدم اتفاق الطرفان على تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو إذا لم يتفقا على اختياره وذلك ما نصت عليه المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994.

[2]- المادة 1041 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، رجع سبق ذكره.

[3]- المادة 1042 من ق.إ.م.إ.ج رقم: مرجع سبق ذكره.

ويلاحظ أن رد المحكمين هو تعبير عن إرادة المشرع في منع المحكم من النظر في الخصومة القائمة وذلك لأسباب تتعلق بنزاهة المحكم وبحياده واستقلاله، لذلك وقصد ضمان فعالية التحكيم في المنازعة بصفة عامة وعدم عرقلة إجراءات التحكيم قام المشرع الجزائري بتنظيم هذه المسألة على غرار التشريع السويسري ونظام غرفة التجارة الدولية بباريس[2]، وقواعد التحكيم الـ **UNCITRAL** [3].

ب- الشروط الواجب توافرها في المحكمين:

فضلاً عن شرط وجوب أن يكون عدد المحكين فردياً في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسساتي فقد نصت التشريعات الوطنية وكذا القانون الدولي على بعض الشروط التي يلزم توافرها في المحكم الذي ينظر المنازعة بصفة عامة أو المنازعة الاستثمارية بصفة خاصة سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، وهي لزوم أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً وكذا تمتعه بالحياديه والاستقلال عن الأطراف الذين اختاروه لهذه المهمه، وأن يكون كذلك متخصصا في مجال الاستثمار فيما يخص المنازعات الناشئة عن العقود الاستثمارية، وهذا ما سنتناوله من خلال النقاط الآتية:

1- أن يكون المحكم في عقود الاستثمارات الأجنبية شخصاً طبيعياً:

من الواجب ان يكون المحكم في مجال منازعات الأستثمار طبيعياً وليس معنوياً، وذلك لان الشروط الأخرى التي أشترطتها القوانين في المحكم لا يمكن ان تنطبق على الشخص المعنوي إذ تشترط أن لا يكون المحكم

---

[1]- المادة 1016 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[2]- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 340.

[3]- نصت المادة 12/ف2 من قواعد التحكيم اليونيسترال، مرجع سبق ذكره، على أنه: في حالة عدم قيام أحد المحكمين بمهمته أو في حالة وجود استحالة قانونية أو فعلية تحول دونه والقيام بالمهمة، تطبق الإجراءات المنصوص في المواد السابقة بشأن رد المحكمين وتبديلهم"، كذلك أعطت المادتان 14 و15 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري حلا فيما يخص مسألة عدم قدرة المحكم على اداء وظائفه أو تخلفه عن أداء مهمته، إذ نصت المادة 14 وتحت عنوان الامتناع أو الاستحالة، على أنه:" 1- إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم الواقع على أداء وظائفه أو تخلف عن القيام بمهمته، تنتهي ولايته إذا هو تنحى عن وظيفته أو إذا اتفق الطرفان على إنهاء مهمته، أما إذا ظل هناك خلاف حول أي من هذه الأسباب فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب إلى المحكمة أو إلى السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 أن تفصل في موضوع إنهاء ولاية المحكم وقرارها في ذلك يكون نهائياً.

2- إذا تنحى محكم عن وظيفته أو إذا وافق أحد الطرفين على إنهاء مهمة محكم وفقا لهذه المادة أو للفقرة 2 من المادة 12، فإن هذا لا يعتبر إقراراً بصحة أي من الأسباب المشار إليها في هذه المادة أو في الفقرة 2 من المادة 12.

أما المادة 15 واالت جاءت تحت عنوان (تعيين محكم بديل) فقد نصت على أنه:ص عندما تنتهي ولاية أحد المحكمين وفقا للمادة 12 أو المادة 14 أو بسبب تنحيه عن وظيفته لأي سبب آخر. أو بسبب إلغاء ولايته باتفاق الطرفين أو في أي حالة أخرى من حالات إنهاء الولاية، يعين محكم بديل وفقاً للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على المحكم الجاري تبديله"، ولقد نصت في هذا الإطار قوانين التحكيم العربية على امكانية عزل المحكم من قبل الخصوم. (أنظر: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 237).

قاصراً او محجوراً عليه او محروماً من حقوقه المدنية أومن رجال القضاء، هذا فضلاً عن طبيعة التحكيم التي تقضي أن يكون المحكم طبيعياً[1].

أما فيما يخص صلاحية الشخص الاعتباري لتولي التحكيم فإنه حسب الفقه والتشريع ليس هناك ما يمنع أن يعهد الأطراف بمهمة التحكيم لشخص اعتباري، كالهيئات و المراكز المتخصصة في ذلك، ففي هذه الحالة تقتصر مهمة هذا الشخص على تنظيم التحكيم فقط، إذ أن الأتفاق على أحالة النزاع لدى أحدى الهيئات ،أو مؤسسات التحكيم لا يعني أن تتولى هذه المؤسسة العملية التحكيمية، والفصل بالنزاع، وأنما تكون مهمتها الأشراف التنظيمي والأداري البحت على عملية التحكيم التي يتولاها محكم ،أوْ محكمون متخصصون في مجال الأستثمار والذين يكونون من الاشخاص الطبيعين سواء تم تعينهم من قبل أطراف النزاع مباشرةً او من مؤسسة التحكيم ذاتها[2].

وقد سارت التشريعات الوطنية على هذا النهج إذ نص قانون الاجراءات المدنية والفرنسية لعام 2011 على انه:"إذا كان اتفاق التحكيم يعين شخصًا اعتباريًا ، فإنه يتمتع فقط بالقدرة على تنظيم التحكيم"[3].

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 1014/ف2 من ق.إ.م.إ.ج على أنه:"إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"[4].

وأيضاً التشريع التونسي في قانون التحكيم حيث أكدت المادة10/ف2 على أنه: إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً اعتبارياً فإن هذا الشخص الإعتباري ينحصر دوره في تعيين هيئة التحكيم"[5].

وفي هذا الإطار ذهبت معظم الاتفاقيات الدولية كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لسنة 1965[6]، وأتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للأستثمار العربي وبين مواطني الدول الأخرى لسنة 1951[7]، وكذلك الأتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية لسنة 1973[8]، والأتفاقية الأوربية

---

[1]– يجب في المحكم – طبقا لنص المادة 1014 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره، ان يكون شخصاً طبيعيا ومتمتعا بحقوقه المدنية، وهو ما نصت عليه كذلك المادة 16/ف1 من قانون التحكيم المصري لعام 1994، على غرار باقي التشريعات الأخرى العربية وغير العربية كالتشريع الفرنسي في المادة 1450/ف1 من ق.إ.م.ف والتي نصت على أنه: "لا يمكن تنفيذ مهمة التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي يتمتع بالكامل ممارسة حقوقه".

« La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits »

[2]– حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص 193.

[3] -Art. 1450/p2 « Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ».

[4]– المادة 1014/ف2 من ق.إ.م.إ،ج رقم: 08–09 مرجع سبق ذكره.

[5]– المادة 2/10 من قانون التحكيم التونسي، مرجع سبق ذكره.

[6]– أنظر المواد (13،14) من الأتفاقية المشار اليها اعلاه.

[7]– أنظر المواد (35،36) من هذه الاتفاقية.

[8] أنظرالمادة (28) من الاتفاقية المذكورة أعلاه.

للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961[1]، الى اعداد قائمة باسماء المحكمين ممن يتمتعون بمكانة بكافة الشروط التي يجب توافرها في المحكم، ومن ثم تقوم الدول الاعضاء والتي هي أطراف المنازعة بتعين الاشخاص التي ترى أنهم مناسبون للفصل في نزاعاتهم.

2- أن يكون المحكم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي محايداً ومستقلاً:

باعتبار أن التحكيم هو قضاء خاص مستمد من اتفاق الاطراف، فهو لا يخضع لأية جهه رسميه ذات مصلحة مما يؤمن من وجهة نظر المستثمرين الاجانب الحياد اللازم والضمأنه الضروريه لحماية استثماراتهم على خلاف الأمر بالنسبه للقضاء ، فالعقود الأستثماريه غالباً ما تربط دوله ناميه بمستثمر اجنبي لايثق عادةً بقضاء الدوله المتعاقده او بقوانينها،إذ ان القاضي من السهل عليه أن يتأثر بالدوافع الوطنيه التي قد تخالف مصالح المستثمر،كما ان القوانين في الدول الناميه سهلة التعديل والالغاء ونادراً ما تتسم بالاستقرار[2].

ويقصد بالحياد (**impartialité**) عدم انحياز المحكم ضد طرف إلى جانب طرف، فالحياد هو حالة نفسية اساسها العاطفة بسبب مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة بأحد الخصوم، يرجع معها عدم استطاعة المحكم الحكم بغير تحيز، والقضاء بما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى[3]، حيث يجب على المحكم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أن يعلم أطراف النزاع في بداية الاجراءات التحكيمية أو قبل بدايتها عن اي علاقة شخصية او علاقات عمل تربطه بأي منهم، أو بمستشاريهم، أو بأي من المحكمين الاخرين في هيأة التحكيم، وهو ما يعرف في لائحة التحكيم اليونسرال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985 بواجب المحكم في الأفصاح عن الظروف التي يمكن أن تجرده من اهلية النظر في النزاع[4].

وعليه فإذا اخل المحكم في مجال الأستثمار بواجبه في الافصاح أفترض التحيز من جانبه من دون الحاجة الى إثبات تحيزه الفعلي نتيجة سلوك اتاه مما، يؤثر في مجرى العملية التحكيمية و الحكم الصادر فيها[5] ، ويكفي التحيز المفترض من جانب المحكم نتيجة الرابطة أو العلاقة غير البسيطة التي لم يفصح عنها لالغاء حكم التحكيم، اما إذا أفصح المحكم عنها فيكون عندها قد ادى واجبه ومن ثم يكون لأطراف العلاقة الاستثمارية الخيار بين القبول، أو المطالبة برده[6].

---

[1]- أنظرالمادة (14) من الأتفاقية الأوربية للتحكيم، مرجع سبق ذكره.

[2]- جورج حزبون ، النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، ع: 4 ، السنه الحادية عشرة ، الكويت ،1987، ص190 .

[3]- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، مرجع سبق ذكره، ص 57.

[4]- أنظر القانون النموذجي الصادر عام 1985 على شبكة الانترنيت على الموقع الالكتروني:

http/www.jus.uio/im/un/.arbetration.model law 1985 -doc تاريخ التصفح:12-06-2018، الساعة: 13:20.

[5]- عبد الحميد الأحدب، التحكيم التجاري الدولي ،مصدر سبق ذكره، ص270.

[6]- أكثم خولي ، خلقيات التحكيم وأدابه ، ط1، 2008، المكتبة القانونية ،دمشق ، سوريا، ص 360.

كذلك نجد جانب من الفقه يذهب إلى إعطاء مفهوم للاستقلال (**independance**) ويرى أنه يعني بالفهوم الواسع عدم تبعية المحكم لأي من طرفي النزاع حتى لا يتوجه في عمله بتوجيهات أي منهما[1].

إذن فالحياد والاستقلالية هما شرطان معترف بهما في كل النظم المعنية بالتحكيم الوطنية والدولية دون خلاف، وهذا ما اخذ به المشرع السويسري في م(180) ف(1) (ج) من القانون الدولي الخاص النافذ التي تنص على أنه " يمكن رد المحكم إذا كانت هناك ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده وأستقلاله "،وهو ذات الحكم الذي اخذ به القانون الهولندي في م(1033) ف(1) من قانون المرافعات المدنية الهولندي والتي جاءت بنص مطابق تماماً لنص الماده اعلاه ما عدا تغيير طفيف فيها[2].

وبالرجوع الى أحكام قانون المرافعات الفرنسي لا نجد نصاً مماثلاً إذ أنه لم يشر الى وجوب أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً، وان كان القضاء الفرنسي قد طبق هذا المبدأ إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 6 ديسمبر 1982 بأنه "لا سبيل الى الحكم بأبطال حكم التحكيم على أساس تحيز المحكم المعين من أحد الأطراف لعلاقته بالطرف الذي عينه ولكونه يعمل مستشاراً لشركاته، ليس على اساس السماح لهذا التحيز نتيجة العلاقة بين هذا المحكم والطرف الذي عينه، ولكن على أساس أن الأطراف كانوا يعلمون بوجود هذه العلاقة لكنهم لم يبدو أعتراضاً على هذا الحكم أوْ رداً له قبل ذلك"[3].

ولقد اخذ المشرع الجزائري كذلك بمبدأ الحيادية والاستقلال عند اقراره بشروط رد المحكم، وذلك في المادة16/ف3 والتي نصت على أنه: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:...عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.."[4]، كذلك المشرع التونسي في الفصل 10 من قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993[5]، والمشرع المصري في المادة 16 من قانون التحكيم لعام 1994[1].

---

[1]- أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط4، 2013، ص ص 175-176.

[2]- نصت المادة 1033 على أنه: "يمكن رد المحكم إذا وجدت ظروف من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله. ويمكن رد كاتب انضم إلى المحكمة التحكيمية لنفس الأسباب. في هذه الحالة تطبق أحكام المادة 1035. 2- لا يجوز لطرف أن يرد محكم تم تعيينه من قبل شخص ثالث أو من رئيس محكمة الدرجة الأولى، إذا كان قد وافق على تعيينه إلا إذا علم بأسباب الرد بعد أن تم تعيين هذا المحكم".

(أنظر قانون المرفعات المدنية الهولندي لسنة 1986 الصادر في 01 ديسمبر 1986، منشور على الرابط الإلكتروني: http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1735189)، تاريخ الدخول 12-06-2018، الساعى 14:30.

[3]- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص336.

[4]- المادة 1016/ف2 من ق.إ.م.إ،ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[5]- نص الفصل 10/ف1 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993 على انه: يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا رشيدا كفء ومتمتعا بكامل حقوقه المدنية وبالإستقلالية والحياد إزاء الأطراف وإذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا اعتباريا فإن هذا الشخص الإعتباري ينحصر دوره في تعيين هيئة التحكيم...".

3- أن يكون المحكم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مختصاً:

بالرجوع إلى التشريعات الوطنية المقارنة نجدها لم تنص على هذا الشرط بالرغم من أهميته في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة، نظراً لطبيعتها الفنية والتي تستدعي محكمين خبراء في هذا المجال وهذا بخلاف الاتفاقيات الدولية إذاغلبها قد اشترطت في المحكم ان يكون على قدر كبير من الخبرة والدراية في امور التجاره والقانون، إذ نصت م(14) من أتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الأستثمار لعام 1965على أنه: "يكون الاشخاص المعينون للخدمة في الهيأة على قدرٍ كبيرٍ من الاخلاق وأن يكون معترفاً بكفائتهم في مجال القانون والتجاره والصناعه والمال بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكماً مستقلاً وتشكل كفائتهم في مجال القانون أهمية خاصة في حالة الاشخاص أعضاء هيأة التحكيم"[2].

كما نصت م(35) من اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطنين الدول العربية الأخرى الصادرة في 1978/8/20 على أن "يعد الامين العام قائمتين تتضمن أحداهما أسماء الموفقين والأخرى أسماء المحكمين ويتم اختيار أعضاء القائمتين من الاشخاص الاكفاء المشهود لهم بالخلق واستقلال الرأي المسلم بقدرتهم في ميادين القانون،أوْ التجارة، أو الصناعة أو المال، أو الزراعة، أو أي خبره تقتضيها موضوعات النزاع التي تطرأ في نطاق الأستثمارات العربية لتولي هذه المهمة"[3].

الفرع الثاني: إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم وأهمها

تسير كل قضية وفقاً لضوابط إجرائية معينة تحدد المسار الذي يتعين على الأطراف اتباعه بعد تشكيل هيئة التحكيم وصولاً إلى الغاية النهائية للتحكيم، وهي الفصل في النزاع بحكم حاسم له، ولطرفي التحكيم وكما سبقت الإشارة إليه الاتفاق على القانون الإجرائي الواجب التطبيق أي على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم[4].

وبالرغم من ان طرفي عقد الاستثمار لهما الحق في المفاضلة بين التحكيم الخاص (الحر) والتحكيم المؤساسي بشأن منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر[5]، إلا أن إجراءات التحكيم تختلف باختلاف التحكيم من حيث تنظيمه، والجهة التي تضطلع به، فإذا ما أسندت مهمة التحكيم لإحدى هيئات ومراكز

---

[1]- نصت المادة 16 من قانون التحكيم المصري لعام 1994 على أنه:" لايجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جنحة أو جناية مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه مالم يرد إليه اعتباره...".

[2]- المادة 14 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 35 من اتفاقية تسوية منازعات الأستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطنين الدول العربية الأخرى الصادرة في: 20-08-1978.

[4]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 203.

[5]- بشار الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سبق ذكره، ص 364.

- أنظر كذلك المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

التحكيم الدائمة، فلا يكون لمبدأ سلطان الإرادة في هذا الشأن الدور الحاسم في وضع وصياغة القواعد الإجرائية التي تنظم إجراءات سير المنازعة، ذلك أن اللجوء إلى التحكيم المؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر يقتضي ضرورة الإمتثال للإجراءات المقررة في لوائحها[1].

أما في التحكيم الحر، فمبدا سلطان الإرادة يتسع ويكون له دور كبير في صياغة القواعد الإجرائية التي تحكم التحكيم، حيث بضطلع أطراف النزاع بتعيين أعضاء التحكيم وإختيار القانون الإجرائي الذي يحكم المنازعة سواء بصفة صريحة أو ضمنية كما سبقت الإشارة إليه، ويبقى لقانون محل التحكيم الدور الاحتياطي في هذا الصدد أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً في حالة عدم الاتفاق على القانون الإجرائي الواجب التطبيق كما سبقت الإشارة إليه[2].

وهكذا بعد تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم المنفرد تبدأ إجراءات التحكيم، التي يجب أن تستمر، وهو ما يعبر عنه بتداعي إجراءات التحكيم، ومن هنا تحرص التشريعات الوطنية على غرار التشريع الجزائري[3]، ولوائح مختلف مراكز التحكيم على تحقيق هذه الاستمرارية التي دونها يفقد التحكيم أهم سمة يتميز بها وهي سرعة الفصل في المنازعات[4].

وفضلاً عن مبدأ الاستمرارية فإن هناك مبادئ أخرى تضمن فعالية التحكيم التجاري الدولي في المنازعة، وهي تعتبر من الضمانات ومن حقوق المتقاضين والمتنازعين، حيث أنه من واجب المحكم عند اضطلاعه بتسيير إجراءات التحكيم أن يضمن احترام مبدا المواجهة والمساواة بين الخصوم ويقصد بهذا الأخير مواجهة الخصوم بعضهم بعضاً، بإدعاءتهم ودفاعهم، ويجب أن يتحقق هذا المبدأ من بدا خصومة التحكيم التي تبتدأ منذ دعوة الخصوم بعضهم مع بعض للتلاقي أمام المحكم، والذي لا يجوز له النظر في ادعاء أحد الأطراف ما لم يدع من يوجه له هذا الإدعاء إلى المثول أمام هيئة التحكيم لسماعه وإبداء دفاعه فيه، ولا يجوز سماع طرف إلا في مواجهة خصمه، ويقتضي مبدأ المواجهة تمكين كل طرف من الاطلاع

---

[1]– أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981، ص ص87 – 88.

[2]– فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص ص 366–367.

[3]– أنظر المادة 1021 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08–09، مرجع سبق ذكره، والتي نصت على انه:" لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم".

[4]– رمضان علي عبد كريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص 348.

أنظر كذلك: – خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، 258.

كذلك في هذا الإطار نجد المادة 35 من قانون التحكيم المصري لعام 1994، مرجع سبق ذكره، تنص على أنه:"إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها".

على اي مستند أو أو مذكرة أو ورقة قدمها خصمه، وكذلك تمكين المتخاصمين من فرص متساوية في تقديم أدلتهم وتدعيم حججهم[1].

ولقد عملت مختلف القوانين ولوائح هيئات التحكيم على ضمان مبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف [2]، حيث ان عدم توفيره يكون سببا لرفض تنفيذ الحكم وفقاً لنص المادة 5/ف2 من أتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كذلك نجد نص المادتين 14 و15 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس قد وفقتا بين مبدأ الوجاهية والاستمرارية عن طريق اشتراط سماع أقوال الاطراف في مواجهة بعضهم بعضا مع الاكتفاء بالتأكد إلى الحضور في حالة تخلفهم عن الحضور رغم عدم وجود عذر مقبول، والاستمرار في الإجراءات باعتبارها حضورية[3].

وزيادتا كذلك على هذه المبادىء التي يجب على المحكم مراعاتها أثناء سير إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسساتي، سوف نشير إلى أهم الإجراءات الأخرى التي على المحكم أن يلتزم بها إلى غاية إصدار حكم التحكيم التجاري الدولي ومنها: اللغة المستعملة في التحكيم، وميعاد صدور الحكم التحكيمي وكتابته وتأريخه وتسبيبه وكذا المداولة بشأنه.

أولاً: لغة التحكيم

تطبيقا لمبدا الرضائية في التحكيم فإن طرفي النزاع في عقد الاستثمار الاجنبي المباشر إذا اتفق على لغة معينة يجري بها التحكيم فما على المحكم إلا اتباع ما جاء في اتفاق التحكيم، والمشرع الجزائري سار على هذا النحو وفق ما يستفاد من نص المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 السالفة الذكر[4]، على غرار كذلك المشرع التونسي في الفصل 67 من قانون التحكيم[5]، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي جعل لغة التحكيم هي اللغة العربية إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك[6].

---

[1]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، 258.

[2]- في هذا الشان نجد المشرع الجزائري وبنص المادة 1022 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، عمل على ضمان مبدأ الوجاهية بصفة ضمنية، على خلاف المشرع المصري الذي نص على مبدأ المساواة والوجاهية بصفة صريحة من خلال نص المادتين 26 و33 من قانون التحكيم المصري، وكذلك المشرع التونسي بموجب نص الفصل 63 من قانون التحكيم التونسي والتي نص على أنه: " يجب أن يعامل الاطراف على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهم فرصة كاملة للدفاع عن حقوقه"، وهو نفس الاتجاه الذي كرسه قانون التحكيم الأردني رقم: 31 لعام 2001 بموجب المادة 25 منه.

[3]- رمضان علي عبد كريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، مرجع سبق ذكره، ص ص 349-350.

[4]- المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج رقم:08-09، مرجع سبق ذكره.

[5]- الفصل 67 من قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

[6]- بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012، ص 105، أنظر كذلك المادة 29/ف1 من قانون التحكيم المصري لعام 1994، كذلك في

وإذا كان أطراف النزاع لم يتفقوا على لغة معينة يجري بها التحكيم فعلى المحكمين تحديدها وفق مقاييس معينة كلغة العقد أو لغة القانون المطبق، غير أن الفقه الغربي يرى في هذا الإطار أن المحكم واحتراماً للعدل، في حالة عدم اتفاق الأطراف على لغة معينة، فمن الأفضل أن يترك كل طرف يتحدث بلغته، وإن كان هذا الحل مكلفاً لأنه يستدعي ترجمات لكثير من المستندات وللمرافعات وللخبراء والشهود...الخ[1].

كذلك وفي هذا المقام وكما سبقت الاشارة إليه أن إجراءات التحكيم تختلف من التحكيم الحر إلى المؤسساتي[2]، لذلك فتحديد اللغة وفق التحكيم الحر يكون وفق مبدأ سلطان الإرادة بتحديدها في عقد الاستثمار الأجنبي ذاته، ووفق القواعد المحال إليها تنظيم إجراءات التحكيم سواء الوطنية أو الدولية[3].

لذلك نجد المادة 20 من قواعد التحكيم الصادرة عام 2012 والمعدلة عام 2017 والنافذة في مارس من نفس السنة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، علماً أن هذه القواعد هي نسخة معدلة لقواعد نظام التحكيم لدى الغرفة لعام 1998، قد نصت على أن تحديد اللغة التي يجري بها التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حالة عدم الاتفاق على اللغة التي يجري بها التحكيم تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات التحكيم، مع أخذ جميع الملابسات ذات الصلة بعين الاعتبار، بما في ذلك لغة العقد[4].

وهو نفس النهج الذي اتبعته قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة في عام 2013، وفق نص المادة 19 والتي توجب على هيئة التحكيم مراعاة مبدا سلطان الارادة في تحديد اللغة أو اللغات التي تجري بها الإجراءات[5].

هذا الشأن نصت نفس المادة من قانون التحكيم السعودي على أن يجري التحكيم باللغة العربية إذا تم أختيار نظام التحكيم السعودي مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

[1]– عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص ص 286–287.

[2]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 250 وما بعدها.

[3]– يمكن أن نشير في هذا الصدد إلى البند 12 من العقد المبرم بين الحكومة المصرية والشركة الاسبانية المصرية للغاز سيجاس سنة 2001، والمتعلق بإنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي وفق نظام البوت، والذي نص على أنه:" المنازعات الناشئة عن هذا الترخيص تتم تسويتها طبقا لقواعد التحكيم المعمول بها في مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ويعتبر قرار التحكيم ملزما ونهائيا للطرفين، ويتم التحكيم باللغة الانجليزية وتطبق أحكام القانون المصري ...". (– منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 96).

[4]– المادة 20 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017، ص 27، منشورة على الموقع الالكتروني للغرفة التالي:www.iccwbo.org تاريخ التصفح: 14–06–2018 على الساعة 14:00.

[5]– قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة في عام 2013، منشورة على الرابط الإلكتروني:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-A.pdf، تاريخ التصفح: 07-07-2018، الساعة 08:28.

وبخصوص قواعد التحكيم وحتى التوفيق لدى **CIRDI**، فإنها تنص على أنه يتعين على أطراف النزاع أن يتفقا على اللغة أو اللغات المستخدمة في إجراءات التوفيق/التحكيم، ويراعى في حالة اتفاقهم على لغة ليست ضمن اللغات الرسمية للمركز، وهي الانجليزية والفرنسية والاسبانية، حسب اللائحة رقم: 34/ف1 من اللوائح الإدارية والمالية للمركز، موافقة لجنة التوفيق/محكمة التحكيم على ذلك بعد التشاور مع سكرتير عام للمركز، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على اللغة المستعملة في الإجراءات فإنه يصبح من حق كل منهم اختيار واحدة من اللغات الرسمية للمركز من أجل هذا الغرض وذلك وفق للقاعدة رقم: 1/22 من قواعد التحكيم، وللقاعدة رقم 21 من قواعد التوفيق[1].

كذلك نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل سنة 2006 الذي وضعته اليونيسترال على أن:" 1- للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أواللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم. فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات ويسري هذا التفاق أو التعيين، على أي بيان مكتوب لأحد الأطراف وعلى جميع إجراءات المرافعة وقرارات الحكم والقرارات والتبليغات الأخرى التي تصدر عن هيئة التحكيم.

2-لهيئة التحكيم أن تأمر بأن يرفق بأي دليل مستندي ترجمة له إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها أو عينتها هيئة التحكيم"[2].

ثانياً: ميعاد صدور الحكم

قد ينص أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في اتفاق التحكيم على المدة التي يجب على هيئة التحكيم أن تراعيها لإصدار الحكم التحكيمي، كما قد يقوم الأطراف بترك تحديد هذه المدة للقانون الإجرائي المتفق عليه والواجب التطبيق، أو الاحالة إلى قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم الدولية في ظل التحكيم المؤسسي[3].

كما أن أغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة نجدها تحدد مدة معينة يجب أن يصدر خلالها قرار التحكيم، والتي اختلفت بخصوص القواعد المنظمة لها.

فطبقا للتشريع الجزائري فإن ميعاد إصدار حكم التحكيم هو أربعة (4) أشهر تبتدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم وذلك إذا لم يحدد أجل لإنهائه من طرف أطراف اتفاق التحكيم[4]، لكن الاشكالية المطروحة ما هو الحل في حالة عدم إلتزام هيئة التحكيم بإصدار الحكم خلال المدة المحددة في التشريع الوطني الجزائري؟

---

[1]- حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 24.

[2]- المادة 22 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل والمتمم سنة 2006، القانون منشور على موقع: http://www.uncitral.org:UNCITRA /تاريخ التصفح:18-06-2018 على الساعة:10:00.

[3]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سبق ذكره، ص 262.

[4]- المادة 1018/ف1 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

أجاب المشرع الجزائري على ذلك انه يمكن تمديد الميعاد لهيئة التحكيم وذلك بموافقة الأطراف دون تحديد هذا الأجل، وفي حالة عدم الاتفاق على الأجل فيتم تمديده وفق نظام التحكيم، وفي حالة غياب ذلك فيتم تحديده من طرف رئيس المحكمة المختصة[1].

ويلاحظ أن موقف المشرع الجزائري يتماشى مع ما أقرته التشريعات الوطنية المقارنة ومن ذلك ماورد في المادة 45 من قانون التحكيم المصري لعام 1994، والمادة 37 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001.

وإذا انتقلنا إلى ما تقرره المؤسسات التحكيمية في ظل التحكيم المؤسسي خاصة في ظل نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بإعتبار أن أغلب عقود الاستثمار الاجنبي المباشر وكذا الاتفاقيات الدولية الثنائية المتعلقة بالحماية والتشجيع والترقية المتبادلة للاستثمار تحيل إليه، فنجد المادة 31 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس نصت على أن المدة التي يستغرقها إصدار حكم التحكيم والتي يجب على هيئة التحكيم أن تلتزم بها هي ستة (6) أشهر يبدأ سريانها من تاريخه آخر توقيع لهيئة التحكيم أو للأطراف على وثيقة مهمة، أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم من قبل الأمانة العامة للغرفة باعتماد المحكمة لوثيقة المهمة، ويجوز للمحكمة تحديد مدة مختلفة بناء على الجدول الزمني للإجراءات المعد وفق أحكام قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، كما يجوز لهيئة التحكيم لدى الغرفة من تمديد ميعاد إصدار الحكم بناء على طلب مسبب من هيئة التحكيم ذاتها أو من تلقاء نفسها إذا قررت أن ذلك ضرورياً[2].

وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية فإن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنمة 1980، توجب صدور حكم التحكيم خلال مدة ستة أشهر، من تاريخ أول إنعقاد للهيئة، ويستطيع الأمين العام لجامعة الدول العربية بناء على طلب مسبب من هيئة التحكيم أن تمد تلك المدة مرة واحدة فقط وبما لا تتجاوز ستة أشهر أخرى[3].

والجدير بالذكر ان التحكيم قد لا يكون وسيلة سريعة لتسوية المنازعات، حيث ان متوسط الفترة التي تستغرقها اجراءات التحكيم تحت مظلة المركز هي سنتان ونصف تقريباً، لكن قد تختلف هذه المدة من قضية إلى أخرى، بسبب ما قد يطرأ على الاجراءات من صعوبات كوفاة أحد المحكمين أو اعتزال أحدهم...الخ[4].

ثالثاً: المداولة

تنتهي إجراءات التحكيم بإصدار الحكم وتبليغه للأطراف[1]، ويتم ذلك من خلال عملية المداولة والتي تعني المشاورة بين أعضاء التحكيم إذا تعدد المحكمون في منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعة وقبل النطق به، وتكون المداولة بين جميع أعضاء هيئة التحكيم اللذين سمعوا المرافعة[2].

---

[1]- المادة 1018/ف2 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 31 من قواعد التحكيم لذى غرفة التجارة الدولية بباريس المعلة سنة 2017، مرجع سبق ذكره.

[3]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 263.

[4]- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 56.

غير أنه إذا كان المحكم واحداً فيصدر كذلك حكمه بعد قفل باب المرافعة وبعد تقديم جميع المستندات والمذكرات والدفوع من الطرفين المتنازعين، وذلك بالرجوع إلى كافة الوثائق وتصريحات الطرفين وكذلك استنادا إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواءا الموضوعي أو الإجرائي خاصة المتعلق بإصدار حكم التحكيم[3].

ولقد تطرقت معظم التشريعات الوطنية لنظام المدوالات بخصوص التحكيم، ومنها السرية، وفي هذا الشأن ظهرت ثلاث اتجاهات فيما يخص مدى وجوب سرية المداولات التحكيمية، فهناك تشريعات وطنية لا تأخذ بمبدأ سرية المداولات التحكيمية ومن ذلك ما قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993[4]، وهي تمثل الاتجاه الأول، أما الاتجاه الثاني، فجعل سرية المداولات التحكيمية أو علنيتها متروك لهيئة التحكيم ومن ذلك قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994[5]، أما الاتجاه الثالث وهو الذي يأخذ بمبدأ سرية المداولات ويطلبها ولا يرتب عليها أي جزاء في حالة مخالفتها ومن ذلك التشريع الجزائري في المادة 1025 من ق.إ.م.إ.ج[6]، والتشريع الفرنسي في المادة 1479 من ق.إ.م.ف[7]، كذلك نصت التشريعات الوطنية السالفة الذكر على أن تتخذ المداولات التحكيمية بأغلبية الآراء[8].

كذلك نجد معظم الاتفاقيات الدولية وعقود الاستثمار تدعو إلى ضرورة صدور قرار هيئة التحكيم باغلبية الأصوات[9].

---

[1]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 299.

[2]– خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 259.

[3]– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى حكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص 311.

[4]– الفصل/المادة 30 من قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993.

[5]– نص قانون التحكيم المصري لعام 1994، مرجع سبق ذكره، في المادة 40 منه على " وجوب المداولة لصدور حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، مالم تتفق أطراف التحكيم على غير ذلك".

[6]– نصت المادة 1025 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08–09، مرجع سبق ذكره، على أنه:" تكون مداولات المحكمين سرية".

[7]– نصت المادة 1479 من ق.إ.م.ف، مرجع سبق ذكره، على أنه: "مداولات هيئة التحكيم سرية"
"Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes".

[8]أنظر المادة 1026 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08–09، مرجع سبق ذكره. والتي نصت على أنه: " تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الاصوات"، كذلك ما نصت عليه المادة 1480/ف1 من ق.إ.م.ف " La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix."، الفصل/المادة 74 من قانون التحكيم التونسي،...الخ.

[9]– أنظر على سبيل المثال: المادة 48/ف1 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره، والتي نصت على أنه: "تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات جميع أعضائها"، كذلك المادة 2/ف"ب" من ملحق الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 والتي نصت على أنه:"...وتصدر قرارتها بأغلبية الأصوات متضمنة أسباب كل

كذلك من بين الالتزامات المفروضة على هيئة التحكيم وبعد المداولة وقبل اصدار الحكم التحكيمي في مجال الاستثمار هو ضرورة كتابة حكم التحكيم وتسبيبه.

رابعا: صدور حكم التحكيم وكتابته وتسبيبه وتوقيعه في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة

إن النتيجة المتوصل إليها بعد انتهاء اجراءات التحكيم والتي تكون اساسا لحل النزاع يطلق عليها تسمية القرار أو الحكم، إذ لبدا من صياغة تلك النتيجة في وثيقة من قبل المحكم أو المحكمين، بمعنى لبدا من مراعاة الشروط الشكلية في إصداره، والتي تنص عليها غالبية القوانين والقواعد التحكيمية، والتي ألزمت أن يصدر حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في شكل مكتوب ويتضمن عرضاً موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، وأن يحتوي حكم التحكيم على مجموعة من البايانات[1].

ولقد اختلف الفقه والقضاء بخصوص البايانات والمحتويات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم وفقا ما نصت عليه التشريعات الوطنية والدولية، وهل يترتب عليها بطلان حكم التحكيم أم لا، وفرقت بين البايانات الجوهرية وغير الجوهرية، فإذا أهمل مثلاً المحكم في مجال الاستثمار ذكر بيان المكان الذي جرى فيه التحكيم، أو الذي صدر فيه الحكم فهذا لا يؤثر على صحة حكم التحكيم، كون أن مكان التحكيم محدد

قرار ويجب أن يكون القرار موقعاً من قبل أعضاء الهيئة على الأقل". كذلك نصت المادة 32/ف1 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس في نسختها المعدلة سنة 2017 على أنه:"إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم، يصدر حكم التحكيم بالأغلبية، وإذا لم تتوافر الأغلبية، يصدر الحكم رئيس هيئة التحكيم وحده"

[1]– تباينت التشريعات فيما يخص النص على كتابة حكم التحكيم، من حيث الإشارة إلى ذلك صراحة أو بطريقة غير مباشرة، حيث نجد التشريع المصري نص صراحة على كتابة حكم التحكيم وذلك بموجب نص المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم:27 لسنة 1994 على أنه:" يصدر حكم المحكمين كتابة...نفس الموقف بالنسبة للتشريع التونسي بموجب الفصل/المادة 75 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993، أما المشرع الجزائري فقد نص على كتابة حكم التحكيم بصفة غير صريحة وذلك ما يستفاد من نصوص المواد: 1027 و 1028، 1029، 1052 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره، فعلى سبيل المثال نصت المادة 1028 من ذات القانون على أنه:" يتضمن حكم التحكيم البايانات الآتية:

1– اسم ولقب المحكم أو المحكمين.

2– تاريخ صدور الحكم.

3–مكان إصداره.

4– اسماء وألقاب الاطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي.

5– أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الأقتضاء.

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري اشترط بيانات في حكم أو قرار التحكيم والتي لا يمكن توافرها إلا بالكتابة، وهو نفس الموقف الذي جاء في التشريع الفرنسي والذي نص على كتابة حكم التحكيم بطريقة غير مباشرة بموجب المادة 1481 من ق.إ.م.ف، مرجع سبق ذكره:

La sentence arbitrale contient l'indication : 1- Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social , 2- Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties , 3- Du nom des arbitres qui l'ont rendue , 4- De sa date , 5- Du lieu où la sentence a été rendue.

وبخصوص التشريعات الدولية فنجد المادة 2/48 من إ.و.ت.م.إ. لعام 1965، مرجع سبق ذكره، أوجبت أن يصدر حكم المحكمين كتابة، وما نصت عليه المادة 32 من قواعد الاونسترال.

بمكان إيداع أصل الحكم لدى المحكمة المختصة بنظر النزاع لتصديق أصل هذا الحكم، وبالتالي فهذا البايان هو من البايانات غير أساسية[1].

أما عدم كتابة تاريخ صدور الحكم فهذا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم لإعتبار تاريخ حكم التحكيم من البايانات الأساسية التي تؤثر في صحة حكم التحكيم، إذ من خلال تاريخ صدور الحكم نعرف المدة التي استغرقها التحكيم سواء في ظل مبدأ سلطان الارادة أو القانون الوطني أو الدولي[2].

كذلك من واجب المحكم في منازعات الاستثمار الأجنبي سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي تسبيب الحكم وذلك بإيضاح الأدلة، والحجج القانونية والواقعية، والتي تم اعتمادها من قبل المحكم لإصدار حكمه، إذ أن تسبيب الحكم يعتبر ضمانة لأطراف النزاع، والتي يجب ذكرها بصورة موجزة وأن تكون ملائمة[3].

كذلك يرى الفقه القانوني أن تسبيب حكم التحكيم يدفع المحكم إلى التفكير والتريث قبل إصداره[4]، ويعتبر ذكر الأسباب التي بني عليها حكم التحكيم مرشدا لممارسة الطعن عليه ومعرفة أخطائه أو سلامته في تطبيق القانون[5]، حتى أن التشريع الجزائري وفي مجال الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم اقر الحق في الاستئناف للامر القاضي بالاعتراف والتنفيذ للحكم التجاري الدولي وذلك في حالة عدم عدم تسبيب محكمة التحكيم أو إذا وجد تناقض في الأسباب[6].

ونصت التشريعات الوطنية والدولية على تسبيب الأحكام التحكيمية فقد نص المشرع الجزائري في المادة 1027/ف2 من ق.إ.م.إ.ج على انه: " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"[7]، كذلك نص المشرع

---

[1]- وبالرغم من عدم اعتبار بيان مكان التحكيم إلا أن أهميته تظهر في أمور عديدة منها على سبيل المثال: ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث اتخذت في المادة الأولى من مكان التحكيم معيارا لمعرفة حكم أو قرار التحكيم الأجنبي، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية والغربية والتي اعتبرت القرار اجنبيا إذا صدر خارج حدودها، فالتحكيم وطنياً عندما يجري على اقليم دولة نفسها ويعتبر اجنبيا إذا جرى في دولة أخرى، كما أن تحديد مكان صدور حكم التحكيم يكون بالمكان الذي جرت فيه اجراءات التحكيم، وهو ما نصت عليه كذلك بعض قوانين التحكيم، كقانون التحكيم الهولندي لعام 1986 المعدل لقانون المرافعات الهولندي في المادة 1037/ف1.(- أنظر: - فوزي فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره ص ص 332-333.)

[2]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، مرجع سبق ذكره، ص 295.

[3]- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 378.

[4]- محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 437.

[5]- سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي، وفقا للقانون رقم: 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 239.

[6]- المادة 1056/ف6 من ق.إ.م.إ.ج.رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[7]- المادة 1027/ف2 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

التونسي في الفصل/المادة 75/ف2 من قانون التحكيم التونسي على أنه: "يجب أن يكون حكم التحكيم معللا، مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك..."[1]، كذلك ما نص عليه قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1481 وهو أن يكون قرار أو حكم التحكيم مسبباً[2].

ويلاحظ أن وجوبية تسبيب حكم التحكيم أخذت بها أغلبية التشريعات، خاصة عند عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا على عدم استلزام تسبيب الحكم، غير أن عدم تسبيب الحكم قد تتحقق بإرادة الأطراف صراحة أو ضمنا، وفق ما نص عليه قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 قي المادة 43/ف2[3].

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد نصت المادة 48/ف3 من ا.و.ت.م.إ على أنه: "يجب أن يتناول الحكم مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها"، ونصت كذلك المادة 32/ف2 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية لباريس بنسختها المعدلة في عام 2017 على أنه:" يجب ان يذكر حكم التحكيم الأسباب التي استند إليها"[4]، أيضاً نصت المادة 43 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات عليه التي اعتمدت في سنة 2006، على أنه: "يجب أن يصدر قرار التحكيم كتابة وأن يبين تاريخه، كما يجب أن يبين الأسباب التي بني عليها، مالم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ذلك..."[5].

كذلك نصت قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم، على تسبيب الحكم منها قواعد التحكيم لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة حيث نصت المادة 57/ف1 منه على تعليل حكم التحكيم وتوقيعه وتأريخه وإصداره بالأغلبية[6].

ونظراً لإرتباط مسألة كتابة الحكم وتسبيبه وتأريخه وتوقيعه بعملية النشر والتبليغ، فإن هناك جانب من الفقه ومن منطلق الحرص على الحفاظ على أسرار العلاقة الاقتصادية بين المتنازعين، فإنه يرى أن مبدأ علنية الجلسات المقرر في القضاء لا يمكن تطبيقه على نظام التحكيم، وان الهدف من اللجوء الى التحكيم هو السرية سواء في مرحلة ما قبل صدور حكم التحكيم التجاري أو بعده، لذلك وفي هذا الشأن نجد اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثماربين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965 تمنع نشر حكم التحكيم

---

[1]- الفصل/المادة التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 1481 من ق.إ.م.ف المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 43/ف2 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994 والتي نصت على أنه:"يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

[4]- المادة 32/ف2 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس.

[5]- المادة 43 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل سنة 2006، مرجع سبق ذكره.

[6]- المادة 57/ف1 من قواعد التحكيم لعام 2014، لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة الصناعة، القواعد منشورة على الرابط الإلكتروني:https://www.caci.dz/ar/Arbitrage/Présent تاريخ التصفح 23-07-2018، الساعة: 10:00.

كأصل عام إلا بموافقة طرفي التحكيم[1]، غير أن لائحة التحكيم لدى المركز بعد تعديلها سمحت للمركز بوضع بعض المقتطفات من التسبيب القانوني لهيئة التحكيم في منشورات المركز[2].

وبعد الانتهاء من كتابة وتسبيب حكم التحكيم وكذا المداولة بشأنه، تصدره هيئة التحكيم لحسم موضوع النزاع، وقبل ذلك يخضع لتوقيعها، تأكيدا على صدوره منها.

ويعتبر التوقيع من البايانات الشكلية التي تشترطها أغلب التشريعات الوطنية والدولية في حكم التحكيم، إذ نص المشرع الجزائري على توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب حكم التحكيم أثره باعتباره موقعا من قبل جميع المحكمين[3]، هو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية لعام 2011[4]، و المشرع التونسي التونسي في قانون التحكيم رقم:42 لعام 1993 من خلال الفصل/المادة 30 [5].

كذلك نص قانون التحكيم المصري لعام 1994 على توقيع حكم التحكيم في المادة 43/ف1[6]، مع تثبيت امتناع الاقلية عن التوقيع على ذات الحكم، على غرار التشريع الفرنسي[7]، والتشريع الهولندي[8]، أما أما التشريع السويسري، فقد انفرد بحكم خاص في مجال توقيع اغلبية هيئة التحكيم وامتناع الاقلية، حيث يرى

---

[1]– المادة 48/ف5 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره، : "لايجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم"، انظر كذلك: – محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص 452.

[2]– المادة 48 /الفقرة هـ من لائحة مركز التحكيم بواشنطن.

[3]– المادة 1029 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08–09، مرجع سبق ذكره.

[4] -Art 1480/p 2 et 3 du code procédure francaise: « Elle est signée par tous les arbitres.
Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres ».

[5]– المادة 30 من قانون التحكيم التونسي، مرجع سبق ذكره، :" تفصل هيئة التحكيم حكمها بأغلبية الراء بعد المفاوضة ويشتامل الحكم على جميع البايانات التي أوجبها الفصل 123 من مجلة المرفعات المدنية والتجارية التونسية مع مراعة أحكام الفصل 14 من مجلة التحكيم المتعلقة بالمحكمين الصالحين".

كما يجب أن يقع عليه الإمضاء من جميع المحكمين.

وإذا رفض واحد منهم أو أكثر الإمضاء أو كان عاجزاً عنه ينص الحكم على ذلك.

ويكون الحكم صحيحا إذا وقع الإمضاء عليه من طرف أغلبيتهم.

وإذا لم تتكون الأغلبية فإن رئيس هيئة التحكيم ينص على ذلك ويصدر حكم التحكيم طبقا لرايه، ويكتفي في هذه الصورة بإمضائه على أحكام هيئة التحكيم"

[6]– المادة 43/ف1 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994، مرجع سبق ذكره، " في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

[7]– المادة 1480 من ق.إ.م.ف، مرجع سبق ذكره.

[8]– المادة 1057 من قانون التحكيم الهولندي لعام 1986 المعدل لقانون المرافعات، مرجع سبق ذكره.

انه في حالة امتناع الاغلبية عن التصويت والتوقيع، فيصدر رئيس الهيئة التحكيمية حكم التحكيم ويوقعه، ويكفي توقيع رئبيس الهيئة التحكيمية[1].

كذلك نص التشريع الدولي فضلاً عن كتابة الحكم وتسبيبه وبالاخص المتعلق بالاستثمار على ضرورة توقيع حكم التحكيم ومن ذلك ما نصت عليه المادة 48/ف2 من اتفاقية واشنطن لعام 1965[2]، وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 31/ف1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1986 بنسختيه المعدلتين سنتي 2006، و2010[3].

ونستخلص مما سبق أن حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسساتي يقتضي مجموعة من المراحل لإعداده والنطق به، فضلاً على وجوب تضمينه مختلف البايانات الشكلية والموضوعية، المقررة في التشريعين الوطني والدولي والتي قد تكون سببا في عدم صحته ووجها من أوجه الطعن فيه.

والجدير بالإشارة أنه بمجرد صدور القرار أو الحكم التحكيمي، تخرج المسألة من أختصاص المحكم أو هيأة التحكيم، ويتنحى المحكمون عن النزاع كأصل عام، وإن كان لهم جائز التدخل فيما يخص تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقا للأحكام القانونية المسطرة لذلك[4]، لتنتقل لتنتقل إلى مرحلة إيداع الحكم وتنفيذه والتي يشرف عليها القضاء في اطار الرقابة القضائية على احكام التحكيم[5]، وهو ما يعبر عنه بآثار حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي وكذا حجيته ونفاذه والطعن به، وهي المسائل التي سنتناولها بالدراسة في المطلب الموالي.

---

[1]- المادة 2/189 من القانون الدولي الخاص السويسري، مرجع سبق ذكره.

[2]- تناولت المادة 48 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره، النص على البايانات سواء كانت شكلية أو موضوعية والتي يجب أن يشتمل عليها حكم التحكيم الصادر في المنازعة الاستثمارية الأجنبية إذا كان التحكيم مؤسستيا وطبقا لذات الاتفاقية ونصت على أنه:"1- تفصل المحكمة في المسائل بأغلبية أصوات أعضائها.

2- يجب أن يكون حكم المحكمة كتابة وان يوقعه اعضاء المحكمة اللذين صوتوا في صالحه.

3-يجب أن يتناول الحكم كل مسألة طرحت على المحكمة وأن يبين الأسباب التي بني عليها.

4- يجوز لأي عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الفردي سواء كان يعارض رأي الأغلبية أم لا، أو بيانا بمعارضته.

[3]- المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل والمتمم، مرجع سبق ذكره، والتي جاءت بخصوص شكل القرار التحكيمي والتي نصت منها الفقرة 2 على أنه: يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية"

[4]- المادة 1030 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، وكذلك المادة 1485 من ق.إ.م.ف المعدل سنة 2011.

[5]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، ص ص 342-343.

وفيما يخص اجراء ايداع حكم التحكيم بعد صدوره فإن التشريعات الوطنية تباينت من حيث الزاميته وعدم الزاميته إذ ألزم قانون التحكيم المصري لعام 1994 على ايداع حكم التحكيم لدى احدى الجهات القضائية بعد اصداره، حيث قضت بأنه: "يجب على

المطلب الثاني: حكم التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وطرق الطعن فيه.

نعمل في هذا المطلب من الدراسة إلى الإشارة إلى مفهوم وآثار حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى مختلف طرق الطعن فيه، سواء في التشريع الوطني أو الدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم حكم التحكيم وآثاره في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يرى الدكتور: عبد الحميد الاحدب في مؤلفه موسوعة التحكيم أن أول آثر يترتب على صدور حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هو وكما سبقت الاشارة إليه وكما نظمته التشريعات الوطنية على غرار التشريع الجزائري هو تخلي المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه[1]، ولا يجوز لهم النظر في النزاع لسبق الفصل فيه، والعلة في ذلك هو منع تناقض الأحكام وتفعيلاً للاستقرار في مجال التحكيم في المنازعة الاستثمارية[2].

ويكتسي حكم التحكيم حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي[3]، وتثبت هذه الحجية للحكم قبل وضع الصيغة التنفيذية عليه، ويترتب على ذلك أن يكون لطرف النزاع الذي صدر الحكم لصالحه أن يتمسك به وبما يقرره له من حقوق في مواجهة من صدر ضده[4]، فقرار التحكيم يعتبر ملزما ونهائيا، وتنفيذه قد يكون طواعيا او جبرا من طرف الملتزم فيه، وبما أنه لا يجوز التنفيذ الجبري لحكم التحكيم إلا إذا كان هذا الحكم ذا قوة تنفيذية، ولا يوجد ما يحول ويمنع تنفيذه[5]، باستثناء طرق الطعن القانونية المقررة في مثل هذه الاحوال[6].

من صدر حكم التحكيم لصالحه ايداع اصل الحكم او صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصادقاً عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك في قلم كتاب المحكمة المختصة ويحرر كاتب عدل المحكمة محضراً بهذا الايداع ويجوز لكل من طرفي التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر، كذلك قانون التحكيم الهولندي المعدل لقانون المرفعات في المادة 1058 والتي نصت على انه: "تتحقق المحكمة من أنه تم بأسرع وقت ايداع اصل الحكم التحكيمي في قلم محكمة الدرجة ألاولى التي يقع في نطاقها مكان التحكيم"، كذلك المشرع الجزائري نص على هذا الإجراء في المادة 1035 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، على أنه: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل"

[1]- المادة 1030/ف1 من ق.إ.م.إ.ج، رقم:08-09، مرجع سبق ذكره.

[2]- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص 483.

[3]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره ص 345.

[4]- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 284-285.

[5]- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص ص 6-7.

[6] -Martindate (H) , International disputes resolution directory, william clowes LTD , London, 2002, p22.

لذلك سوف نتناول في هذا الفرع حجية حكم التحكيم ومسألتي الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، وفي ظل القانون الوطني والدولي، خاصة التشريع الجزائري وكذا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 واتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1985، وقبل الاشارة إلى هذه المسائل سوف نعرج كذلك على مفهوم حكم التحكيم التجاري الدولي وكذا انواعه.

أولاً: مفهوم حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأنواعه

الحكم التحكيمي هو الذي يفصل في حل النزاع أو في نقطة ومطلب من نقاط ومطالب النزاع فصلاً نهائياً ويكون إلزاميا على أطراف النزاع، ومن المؤكد أن المحكم هو موجب بتحقيق هذه الغاية، ومن أجل الوصول إليها لبدا له أن يبذل العناية اللازمة لإصدار حكم قابل للتنفيذ[1].

ونشير غلى أن العديد من التشريعات الوطنية كالتشريع الجزائري والتونسي والفرنسي والهولندي لم تضع تعريفاً محدداً للمقصود بحكم التحكيم، كما ان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري والذي أخذت به بعض التشريعات لم يضع تعريفاً محدداً للتحكيم، وذلك بالرغم من النص المقترح من طرف الحقوقيون الذين وضعوا القانون النموذجي للتحكيم الدولي بخصوص تعريف الحكم التحكيمي[2]، ولم تعرفه كذلك بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار كاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965، وكذا الاتفاقية الأوربية للتحكيم لعام 1961[3].

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958 فأشارت في المادة 1/ف2 على أنه:"...يقصد بأحكام المحكمين" ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف"[4]، كذلك عرفت المادة 32/ف1 من قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت عليه سنة 2006 الحكم التحكيمي كما يلي:"تنهى إجراءات التحكيم بقرار التحكيم النهائي أو بأمر من هيئة التحكيم..."[5].

وتجدر الاشارة أن الاتفاقية الخاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة عام 1952 في إطار جامعة الدول العربية، عرفت الحكم سواء كان تحكيمياً أو قضائياً، حيث نصت المادة الثالثة من ذات الاتفاقية على أنه:"

---

[1]– عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص 300.

[2]– كان النص المقترح لتعريف الحكم التحكيمي هو:" أن كلمة (حكم تحكيمي) يجب أن تفهم على أنها حكم نهائي يفصل كل المواضيع المطروحة على المحكمة التحكيمية، وكذلك يعتبر حكماً تحكيمياً كل قرار صادر عن المحكمة التحكيمية ويعالج نهائياً أي موضوع في الأساس أو موضوع إختصاص المحكمة التحكيمية أو أي موضوع آخر يتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة فإن القرارات التي تصفها المحكمة بأنها أحكاماً تحكيمية هي وحدها التي تعتبر كذلك"

[3]– عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة،مرجع سبق ذكره، ص 257.

[4]– المادة 1/ف2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958، مرجع سبق ذكره.

[5]– المادة 32/ف1 من قانون الانسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بصيغته المعدلة لسنة 2006، مرجع سبق ذكره.

كل حكم نهائي مقرراً لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجزئية، أو متعلق بالأحوال الشخصية صادراً من هيئة قضائية في إحدى دول الجامعة يكون قابلاً للتنفيذ في سائر دول الجامعة"[1].

أما قواعد التحكيم لدى **ICC** المعتمدة سنة 2017 بغرفة التجارة الدولية بباريس، فلم تشير إلى تعريف حكم التحكيم وإن كانت نظمت مختلف أنواع أحكام التحكيم[2]، كذلك نجد الفقه القانوني اقترح تعريفاً لحكم التحكيم، حيث عرفه البعض بأنه:" كل حكم قطعي يفص في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم وايضا كل قرار صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع اياً كانت طبيعتها، أو يفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالاجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يعد قرار المحكمة حكماً تحكيميا إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار بأنه كذلك"[3].

وقد انتقد هذا التعريف الفقهي لحكم التحكيم على أساس أنه وصف حكم التحكيم بأنه قطعي، ووصف الحكم بانه نهائي أو ابتدائي غير جائز، وهذه الأوصاف لا تدخل في جوهر الحكم أو مضمونه[4].

ومهما تباينت التعريفات بين موسع ومضيق لتعريف حكم التحكيم، إلا أن المحكم سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي قد يتخذ بعض القرارات أو الأحكام التحكيمية الجزئية أو التمهيدية، والتي لا تحسم النزاع بشكل نهائي، كالقرار الذي يتخذه المحكم لتحديد القانون الواجب التطبيق، أو عندما يخول من طرف أطراف النزاع لإجراء الصلح[5]، وقد اشار القانون الجزائري الوطني إلى هذه المسائل لا سيما المادة 1049 1049 من ق.إ.م.إ.ج، رقم: 08-09، وفي هذا الشأن جعل المشرع الجزائري احكام التحكيم الجزئية والتحضيرية مثلها مثل الحكم النهائي قابلة للتنفيذ، وأعطاهال الحجية اللازمة لتنفيذها[6].

ثانياً: حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

يقصد بالحجية في فقه المرفعات أن الحكم الصادر يحمل عنوانا للحقيقة بخصوص ما فصل فيه بالنسبة لأطراف الدعوى، وفي حدود الأساس الذي قدمت عليه هذه الدعوى، فالحجية إذن هي وصف يلحق بالحكم[7].

---

[1]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة،مرجع سبق ذكره، ص 258.

[2]- أنظر قواعد التحكيم المعتمدة سنة 2017 لدى **CCI**، مرجع سبق ذكره.

[3]- حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 16.

[4]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة،مرجع سبق ذكره، ص 259.

[5]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره، 309-312.

[6]- انظر المادة 1035 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[7]- فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2013، ص 41.

فأحكام التحكيم تكتسب الحجية بمجرد صدورها، فهي ترتب آثار بالنسبة للمحكم، حيث يقع على الهيئة التي أصدرتها إلتزام بعدم الرجوع إليها إلا في الحدود التي يسمح بها القانون أو اتفاق الطرفين، بمعنى آخر أن صدور القرار التحكيمي ينهي ولاية المحكم عن النزاع الذي تم حسمه، وكذا مهمته التي اوكلت إليه بموجب اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم الذي تم بينه وبين الأطراف المتنازعة[1]، ونص المشرع الجزائري على حجية حكم التحكيم بمجرد صدوره في ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09 على غرار التشريعات العربية والغربية الأخرى في المادتين 1030 و1031 من ذات القانون[2]، والفصل/المادة 76 من قانون التحكيم التونسي[3]، والمادة 55 من قانون التحكيم المصري لعام 1994[4]، والمادة 52 من قانون التحكيم الأردني[5]، والمادة 1059 من قانون المرافعات المدنية الهولندي لعام 1986[6]، والمادتين 1485 و1486 من قانون المرفعات المرفعات المدنية الفرنسي[7].

---

[1]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره ص 348.

- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص 285 وما يليها.

[2]- نص المادتان 1030 و1031، من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، حيث نصت الأولى على أنه: يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقا للأحكام الواردة في هذا القانون.

أما المادة الثالنية فقد نصت على أنه:"تحوز أحكام التحكيم حجية الشيئ المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

[3]- الفصل 76 من قانون التحكيم التونسي، مرجع سبق ذكره، "1- تختم اجراءات التحكيم بصدور حكم التحكيم في الأصل أو بقرار ختم من هيئة التحكيم وفقا للفقرة الثانية من هذا الفصل،2- على هيئة التحكيم أن تصدر قرار بختم اجراءات التحكيم...".

[4]- المادة 55 من قانون التحكيم المصري، مرجع سبق ذكره:" تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي..."

[5]- المادة 52 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001، مرجع سبق ذكره:" تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانتون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه".

[6]- المادة 1059 من قانون المرفعات الهولندي لعام 1986 مرجع سبق ذكره:"1- يتمتع الحكم التحكيمي الكامل أو الجزئي وحده بقوة القصية المحكمة فور صدوره.

2- ولكن إذا نص الأطراف على امكانية استئناف الحكم التحكيمي الكامل أو الجزئي، فإن الحكم التحكيمي يتمتع بقوة القضية المحكمة اعتبارا من تاريخ انتهاء مهلة الاستئناف أو في حالة الاستئناف اعتبارامن تاريخ صدور القرار التحكيمي في الاستئناف إذ أيد هذا القرار الحكم التحكيمي الصادر في الدرجة الأولى".

[7]- Art 1485 du Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - Code procedure civile française : « La sentence dessaisit le tribunal arbitral de la contestation qu'elle tranche.

Toutefois, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut interpréter la sentence, réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent ou la compléter lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Ilstatue après avoir entendu les parties ou celles-ci appelées.

Si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni et si les parties ne peuvent s'accorder pour le reconstituer, ce pouvoir appartient à la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage »

وإذا كان المبدأ العام في ظل مسألة حجية حكم التحكيم يقضي باستنفاذ ولاية المحكم وهيئة التحكيم بنظر النزاع، إلا أنه ثمة استثناءات وكما سبقت الاشارة إليه ترد عليه أقرتها التشريعات الوطنية والدولية لمراجعة حكم التحكيم أمام هيئة التحكيم وليس القضاء عند ممارسة الطعن في ظل الرقابة القضائية على أحكام التحكيم.

حيث نجد وبالرجوع إلى نص المادة 1030 من ق.إ.م.إ.ج رقم:08-09 السالفة الذكر أن لهيئة التحكيم الحق في أن تعود لحكمها في ثلاث حالات وهي:

أولاً: تفسير حكم التحكيم، وإصدار حكم تحكيم إضافي.

ثانياً: تصحيح الأخطاء المادية سواء كانت بحتة أو حسابية، وإصدار حكم تحكيم إضافي.

ثالثاً: إغفال المحكم لطلبات معينة أثناء إجراءات التحكيم.

وهذه الحالات الثلاثة والتي يمكن للمحكم الرجوع فيها إلى حكمه خروجاً عن قاعدة حجية حكم التحكيم نصت عليها كذلك مختلف التشريعات الوطنية والدولية ونظمت اجراءاتها، على غرار التشريع المصري في المواد 49، 50، 51 من قانون التحكيم المصري[1]، والتشريع الاردني في المواد45 و46 و47 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001[2]، والتشريع التونسي في الفصل/المادة 77 من قانون التحكيم التونسي[3]، والتشريع الهولندي في المادتان: 1060 و1061 من قانون المرفعات الهولندي المعدل سنة 1986[4].

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية (جنيف لعام 1923، جنيف لعام 1927 ونيويورك لعام 1958 فلم تعالج مسألة مراجعة حكم التحكيم عن طريق تفسيره وتصحيحه، ولقد ظهرت معالجة هذا الموضوع لأول مرة في الاتفاقيات الدولية في اتفاقية واشنطن لتوسية منازعات الاستثمار لعام 1965، حيث نصت المواد 49، 50 و51 من ذات الاتفاقية على بعض الأحكام الخاصة بذلك[5].

جاء في معنى نص المادة 1485 السالف الذكر أن صدور الحكم التحكيمي من شانه رفع يد المحكمين عن النزاع الذي تم الفصل فيه، ولكن للمحكم صلاحية تفسيره أو تصحيح الأخطاء أو السهو الذي وقع فيه وإكماله في حال اغفل النظر بأحد الطلبات.

Art 1486 Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 de Code de procédure civile Francaise, « Les demandes formées en application du deuxième alinéa de l'article 1485 sont présentées dans un délai de trois mois à compter de la notification de la sentence.

Sauf convention contraire, la sentence rectificative ou complétée est rendue dans un délai de trois mois à compter de la saisine du tribunal arbitral. Ce délai peut être prorogé conformément au second alinéa de l'article *1463*.

La sentence rectificative ou complétée est notifiée dans les mêmes formes que la sentence initiale. »

يلاحظ وفق هذا النص أن المشرع الفرنسي يحدد ميعاد إصدار الحكم الاضافي بثلاثة أشهر لإصدار حكم التحكيم، ولهيئة التحكيم امكانية مد هذه المدة إذا رآت ضرورة لذلك.

[1]- أنظر المواد 49، 50، 51 من قانون التحكيم المصري لعام 1994، مرجع سبق ذكره.

[2]- المواد 45، 46، 47 من قانون التحكيم الأردني لعام 2001، مرجع سبق ذكره.

[3]- الفصل/المادة 77 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادتان 1060 و1061 من قانون المرافعات الهولندي، مرجع سبق ذكره.

[5]- بمجرد إصدار الحكم ترتفع يد المحكم أو المحكمين اللذين أصدروا القرار عن موضوع النزاع فلا يعود لهم الحق في نظره من جديد، إلا ان 49/ف2 من إ.و.ت.م.إ أجازت المادة تصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء وذلك إذا توافرت الشروط الآتية:

والجدير بالذكر كذلك أن الفقه القانوني اختلف حول الوقت الذي تحوز فيه أحكام التحكيم حجية الأمر المقضي فيه، مثل ما اختلفت التشريعات الوطنية المقارنة مع الدولية بخصوص تنظيم هذه المسألة، حيث يرى بعض الفقهاء أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، وتبقى هذه الحجية قائمة حتى ولوكان يقبل الطعن بالبطلان، أو كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل أو كان لم يصدر أمر تنفيذه، ذلك أن صدور الأمر بالتنفيذ يكون من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت.

بينما يرى البعض الآخر أن أحكام التحكيم تحوز حجية الأمر المقضي بعد صدور الأمر بتنفيذه، غير أن الفقه الراجح هو من يِيد ما ذهبت إليه بعض التشريعات الوطنية امثل التشريع الجزائري إلى اعتبار أن

1-أن يطلب أي من الخصوم ذلك، خلال 45 يوماً من تاريخ صدور الحكم مع إخطار الطرف الآخر بالمسالة المغفلة أو المراد تصحيحها، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقوم بالتصحيح من تلقاء نفسها وإنما لابد أن يكون هناك طلب خطي من أحد الخصوم بذلك.

2- أن يكون الخطأ مادياً ويقصد بالخطأ المادي الخطا في التعبير عن الإرادة سواء اتخذت صورة خطأ كتابي أم حسابي، وعلى ذلك لا يعد من قبيل الأخطاء المادية التي يجوز تصحيحها الخطا فيما يتعلق بتقدير الوقائع أو تحديد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع أو تغيير تلك القاعدة.

فإذا توافرت هذه الشروط تقوم هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم الأصلي بإبلاغ الطرف الآخر بطلب التصحيح، ثم تنظر في هذا الطلب ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزءاً لا يتجزأ من الحكم الأصلي.

ويبلغ الخصوم بهذا الحكم عن طريق إرسال السكرتير العام للمركز صورة معتمدة من الحكم المطابق ويعتبر الحكم الحكم قد صدر في يوم إرسال صورة القرار المطابق إلى الخصوم، وللحيلولة دون استغلال عملية التصحيح للمساس بالحكم فقد حددت الاتفاقية ميعاد للطعن بإعادة النظر، أو بالإلغاء من تاريخ صورة القرار المطابق للخصوم.(- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، مرجع سبق ذكره، ص ص 413-414).

كم انصت المادة 50 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره، على مايلي:

1- اذا ثار أي نزاع بين الأطراف حول معنى أو مدى حكم التحكيم فلكل طرف أن يطلب تفسير حكم التحكيم عن طريق تقديم طلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام.

2- يعرض الطلب على المحكمة التي أصدرت الحكم إذا كان ذلك ممكناً وإذا لم يمكن ذلك تؤلف محكمة جديدة وفقا للقسم الثاني من هذا الباب، ويجوز للمحكمة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها، أما المادة 51 من نفس الاتفاقية فقد نصت على أنه: "1- يجوز لأي من الطرفين، أن يطلب إعادة النظر في الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام على أساس اكتشاف واقعة من طبيعتها أن تؤثر في الحكم تأثيراً حاسماً بشرط أن تكون تلك الواقعة مجهولة للمحكمة وللطالب في وقت صدور الحكم، وأن لايكون جهل الطالب بها ليس راجعاً إلى تقصيره.

2- يجب أن يقدم الطلب في ظرف (90 يوماً) من تاريخ اكتشاف مثل هذه الواقعة وعلى أي حال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم.

3- يعرض الطلب على المحكمة التي اصدرت الحكم إذا كان ذلك ممكناً وإذا لم يكن ذلك تأليف محكمة جديدة وفق للقسم الثاني من هذا الباب.

4- يجوز للمحكمة إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن توقف تنفيذ الحكم إلى أن تصدر قرارها، وإذا طلب الطالب إيقاف تنفيذ حكم التحكيم في طلبه يوقف التنفيذ مؤقتاً إلى أن تفصل المحكمة في هذا الطلب".

حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره معتبرين ذلك من النظام العام مثل الأحكام القضائية[1].

وأجاز كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 تصحيح حكم التحكيم وتفسيره، وإصدار حكم تحكيم إضافي، وذلك في المادة 33 منه[2]، كما أجازت قواعد التحكيم لدى مراكز التحكيم تفسير وتصحيح الحكم سواء من تلقاء هيئة المحكمة ذاتها أو بناءاً على طلب أحد الأطراف، من ذلك ما نصت عليه المادة 36 من قواعد التحكيم والوساطة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس **ICC**[3].

ويلاحظ أن حكم أو قرار التحكيم يكتسي حجية الشيئ المقضي بمجرد صدوره، وهذه الحجية هي حجية نسبية، عليها استثناءات، وفق ما أقرته التشريعات الوطنية والدولية، ويتضمن هذا الحكم أو القرار حقوق والتزامات في ذمة الطرفين (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي)[4]، ولبدا لمن صَدر القرار

---

[1]- فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ص 42-43.

[2]- نصت المادة 33 على أنه: 1- في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم حكم التحكيم ، وما لم يتفق رالطرفان على مدة أخرى، يجوز لكل من الطرفين، بشرط إخطار الطرف الآخر، أن يطلب من هيئة التحكيم أن تصحح ما قد يكون وقع في حكم التحكيم من أخطاء حسابية أو كتابية أو طباعية أو أية أخطاء أخرى مماثلة، ويجوز لأحد الطرفين بشرط إخطار الطرف الآخر ، أن يطلب من هيئة التحكيم تفسير نقطة معينة في حكم التحكيم أو جزء معين منه، إن كان الطرفان قد اتفقا على ذلك ورأت هيئة التحكيم أن للطلب مايبرره، فإنها تجري التصحيح أو تصدر التفسير خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب ويكون التفسير جزءاً من حكم التحكيم.

2- يجوز لهيئة التحكيم أن تصحح أي خطأ من النوع المشار إليه في الفقرة (1) من هذه المادة من تلقاء نفسها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم.

3- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، يجوز لأي من الطرفين، بشرط إخطار الطرف الثاني، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه حكم التحكيم أن تصدر حكم تحكيمي إضافي في الطلبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم ولكن حكم التحكيم أغفلها وإذا رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره ، وجب عليها أن تصدر هذا الحكم الإضافي خلال (60 يوماً).

4- يجوز لهيئة التحكيم أن تحدد إذا اقتضى الأمر الفترة التي يجب خلالها إجراء التصحيح أو إعطاء تفسير أو إصدار حكم تحكيم إضافي بموجب الفقرة (1) والفقرة (2) من هذه المادة.

5- تسري أحكام المادة (13) على تصحيح حكم التحكيم وتفسيره وعلى حكم التحكيم الإضافي".

نستخلص مما سبق ومن نص المادتين 50 من إ.و.ت.م.إ و 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي أن حجية حكم التحكيم عليها استثناءات وأن مراجعة حكم التحكيم سواء من حيث تفسيره أو تصحيحه وإصدار حكم اضافي يكون بناءاً على طلب الخصوم أو من تلقاء هيئة المحكمة نفسها.

[3]- أنظر المادة 36 من قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس النافذة بتاريخ مارس 2017، مرجع سبق ذكره.

[4]- قد يكون تنفيذ حكم التحكيم في مواجهة الدولة، وقد يكون في مواجهة الأفراد، وتثير الحالة الأولى عقبات في التنفيذ، ذلك أنه على الرغم من خضوع الدولة بإرادتها لإختصاص محكمة تحكيم أجنبية، إلا أن ذلك لا يحول دون تمسكها عند تنفيذها لحكم التحكيم على أموالها بحصانة السيادة، بدعوى أن الخضوع لإختصاص محاكم أجنبية لا يسقط من الدول ذات السيادة والحصانة على أموالها وعلى الرغم من أن بعض الدول تأخذ بنظرية الحصانة المقيدة، إلا أن أغلبها تتمسك بالحصانة عند

ضده، أن ينفذ القرار لمصلحة خصمه، وغالبا ما يتضمن القرار دفع التعويضات بسبب الاخلال بالالتزامات الناتجة عن العقد المتفق عليه بين الطرفين أو عدم تنفيذها[1].

كما أثيرت مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية سواء في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة خاصة أو في المنازعات الأخرى التي يتم فضها عن طريق آلية التحكيم، جدلاً فقهياً وقانونياً خاصة من حيث الرقابة التي تمارس من طرف القضاء على حكم التحكيم الأجنبي الصادر في دولة ما والمراد تنفيذه في دولة أخرى، وتباين التشريعات الوطنية والدولية في هذه الإشكالية على وجه الخصوص.

ثالثاً: مسألة الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

لم يعرف المشرع الجزائري مصطلحي "الإعتراف" و"التنفيذ" بحكم التحكيم الأجنبي في القانون رقم: 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، واكتفت فقط بذكر أهم الشروط الواجب توافرها فيه حتى يعترف به، حيث نصت المادة 1051 من ذات القانون على أنه:" "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني"[2]، كما نصت المادة 1052 من نفس القانون على أنه:" يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شرط صحتها"[3]، ونصت كذلك المادة 1053 من القانون نفسه: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل"[4].

ويلاحظ أن شروط الاعتراف بحكم التحكيم الدولي في الجزائر هي:

أ- اثبات وجود حكم التحكيم الدولي حيث أن طلب الأمر بالاعتراف وفق نص المادة 1052 من ق.إ.م.إ.ج السالفة الذكر، يقتضي تقديم حكم التحكيم الدولي مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها أمام الجهة القضائية المختصة، لكن ما هي هذه الجهة المختصة بالنظر في طلب الاعتراف؟ فبرجوع إلى نص المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج السالفة الذكر، نجد أن تحديد المحكمة المختصة مرتبط بمقر التحكيم، فإذا كان مقر التحكيم في

التنفيذ على أموالها، باستثناء بعض الأنشطة التجارية.(- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 96 ومايليها).

أما الحالة الثانية وعندما يكون تنفيذ حكم التحكيم لمصلحة الدولة ضد المستثمر، فيكون أيسر، حيث يمكن للدولة التي صدر الحكم لصالحها أن توقف نشاطه الاستثماري أو تقوم بالحجز على ممتلكاته وغيرها من الاجراءات التي تؤدي إلى تنفيذ حكم التحكيم.(- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة، مرجع سابق ص 101).

[1]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سبق ذكره ص 353.

[2] - المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[3] - المادة 1052 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[4]- المادة 1053 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

الجزائر فرئيس المحكمة التي صدر قرار التحكيم في دائرة اختصاصها هو المختص بنظر طلب الاعتراف، أما إذا كان مقر التحكيم موجوداً خارج الجزائر فرئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص[1].

ب- أن يكون الاعتراف المراد منحه لحكم التحكيم التجاري الدولي غير مخالف للنظام العام الدولي، وفق ما نصت عليه المادة 1051 من ق.إ.م.إ.ج السالفة الذكر، والمقصود بالنظام العام الداخلي هو عدم ضمان الخروج الإرادي على أحكام القواعد القانونية الآمرة، ويستعان بهذه الفكرة في نطاق العام الدولي لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي[2].

ويثور التساؤل في هذا الشأن حول ما هو المقصود بحكم التحكيم الأجنبي الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي؟ مع علم أن دولية وأجنبية حكم التحكيم هي من دولية التحكيم، واختلف الفقه والتشريع الوطني والدولي حول المسألتين كما سبق الاشارة إليه في معرض حديثنا عن دولية التحكيم[3]، أما بخصوص أجنبية حكم التحكيم فأغلب التشريعات أخذت بمعيار المكان، واعتبرت الحكم أجنبيا متى كان صادراً عن محكمة أجنبية أي باسم دولة أجنبية، حيث تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم الدولية كمحكمة العدل الدولية، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وغرفة التجارة الدولية وغيرها من مراكز التحكيم الدولية أحكاماً أجنبية[4].

وفي حالة قبول طلب الاعتراف تعطى للحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في المنازعة القوة التنفيذية بأمر، ليصبح سنداً تنفيذياً قابلاً للتنفيذ على تراب الجمهورية الجزائرية[5].

والمشرع الجزائري في ظل ق.إ.م.إ.ج رقم:08-09 أورد فرعاً خاصاً في الاعتراف بأحكام التحكيم، وفرعاً خاصاً في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، حيث أحالتنا المادة 1054 من ذات القانون وفي مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى المواد من 1035 إلى 1038 من القانون نفسه[6].

---

[1]- عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع: 12 جانفي 2015، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر،ص 229.

[2]- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 287، أنظر كذلك: - دمانة محمد، معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع: 4، جوان 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، ص 150.

[3]- أنظر المادة 1039 من ق.إ.م.إ.ج رقم:08-09، مرجع سبق ذكره.

[4]- فؤاد عبد المنعم، رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص ص 450-451.

[5]- عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد 1، ع: 02، جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر، ص 56.

[6]- المادة 1054 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره، "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي".

ويكون حكم التحكيم التجاري الدولي بصرف النظر عن نوعه نهائي أو جزئي أو تحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل[1].

والمعروف في قواعد تنفيذ الأحكام سواء القضائية أو التحكيمية، أن تنفيذها يكون طواعياً، غي أن المشرع الجزائري تخلى عن فكرة التنفيذ الطواعي لأحكام التحكيم التي كانت مقررة في ظل المرسوم التشريعي رقم: 93-09 بموجب المادة 458 مكرر 2/16 الملغى[2]، وذلك بعد صدر ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، حيث يستفاد من نص المادة 1051/ف2 التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم من خلال عبارة "بأمر" التي تفيد الإلزام والجبر في التنفيذ لحكم التحكيم سواء داخل الجزائر أو خارج الإقليم الوطني[3].

غير أن مبدأ التنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، هو ليس مرتبط فقط بالتشريع الوطني بل لا زال مكرساً في القانون الدولي الاتفاقي والمتعدد الأطراف، حيث بالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتعا الجزائر أو تلك التي انضمت إليها مطلع التسعينات في مجال الاستثمار نجدها تحيلنا إلى قواعد التحكيم الحر وقواعد التحكيم المؤسسي وحتى هذه الاخيرة يجوز لاطراف النزاع الخروج عليها[4].

لكن قد يتقاعس من يقع عليه واجب تنفيذ حكم التحكيم، أو يرفض تنفيذه طواعياً، ففي هذه الحالة ننتقل إلى التنفيذ الجبري عن طريق القضاء[5]، حيث يكون موضوع دعوى التنفيذ هو الحكم الأجنبي ذاته،

---

[1] – المادة 1035/ف1 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

[2]– نص المادة 458 مكرر 2/16 من المرسوم التشريعي: 39-09 المعدل للأمر 154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية الملغى، مرجع سبق ذكره، :"يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة (2/17/458)، وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي"

[3] – المادة 2/1051 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[4]– أشارت الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الترفية والحماية والتشجيع المتبدلتان مع مختلف دول العالم العربية وغير العربية، إلى بعض الأحكام المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وكذا طرق الطعن فيها، كما تضمنت بعضها وكما سبق الاشارة إليه في إطار آليات التسوية، الاحالة إلى نظام التحكيم المؤسسي كتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وغرفة التجارة الدولية بباريس أو التحكيم الحر وفق مبدأ سلطان الارادة مع الالتزام ببعض الاجراءات فيما يخص التحكيم الحر حددتها بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، وويمكن الاشارة في هذا الصدد على سبيل المثال إلى: المادة 10/ف 3، 4 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مارس 1996، والمصادق عليها في سنة 2000، والتي نصت على أن:"....3- يكون الحكم التحكيمي ملزماً، ولا يمكن أن يكون محل شكوى أو طعن آخر من غير ما هو منصوص عليه في الاتفاقية المشار إليها أعلاه. وينفذ الحكم طبقاً للقانون الوطني. 4-خلال إجراء تحكيمي أو تنفيذ حكم تحكيمي، لا يثير الطرف المتعاقد الذي يكون طرف في الاتفاق أي دفع بحجة أن رعية أو شركة الطرف المتعاقد الآخر تم تعويضه جزئياً أو كلياً بواسطة تأمين"، كذلك المادة 11 من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية والتي تحيلنا إلى التحكيم المؤسسي أوالخاص في إطار CIRDI أو CCI أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته CNUDCI.

[5]– إن المرحلة التي يريد أن يصل إليها أطراف النزاع عند اختيارهم لآلية التحكيم لفض نزاعهم، أو عند الاحالة إليه عن طريق طريق التشريع الوطني أو الدولي، هو الفصل في النزاع وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم، والأصل أن يقوم من

وليس فحص موضوع النزاع تحقيقاً لإحترام حكم التحكيم الأجنبي وللسيادة الإقليمية للدولة المطلوب تنفيذ الحكم على إقليمها في ذات الوقت، وإن كان هناك اتجاه يرى عكس ذلك من تمكين الطرف الذي صدر الحكم ضده الاعتراض عليه واثبات عكسه، مما يترتب عليه فحص موضوع النزاع وصدور حكم فيه من جديد[1].

ويتم تنفيذ حكم التحكيم جبراً باللجوء إلى القضاء وفق شروط وإجراءات معينة وذلك لإستصدار الأمر بالتنفيذ[2]، حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 1051/ف2 السالفة الذكر فإننا نميز بين حالتين فيما يخص

صدر ضده حكم التحكيم بتنفيذه رضائياً، والاستثناء هو امتناعه عن التنفيذ، مما يجعل المحكوم له الالتجاء إلى القضاء طالباً المساعدة لإرغام الطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم بالتنفيذ الجبري، إن لم يكن هنالك سببا قانونيا يحول دون تنفيذ حكم التحكيم، كالطعن بالقرار. (– محمد حسن جاسم المعماري، التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ط1، 2013، ص 119)

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، مصر، 1984، ص 414.

[2]– لتنفيذ حكم التحكيم جبراً الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر باعتباره حكماً أجنبياً، سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي وسواء كان خاضعا للقانون الوطني أو الدولي لبدا من توافر مجموعة من الشروط وهي:1– مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيت أخذت الجزائر به في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على غرار معظم دول العالم، وذلك ما يظهر من خلال التحفظات التي أبدتها عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1958، والتي من بينها عدم قبولها سوى الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر على تراب دولة أخرى متعاقدة وعضو في اتفاقية نيويورك.

2– مراعاة أن يكون الحكم نهائياً وقطعياً ولو أن مسالة حكم التحكيم النهائي والقطعي تخضع لقانون الدولة الذي صدر فيها حكم التحكيم، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري فيما يخص تنفيذ السندات التنفيذية في المادة 605/ف2 من ق.إ.م.إ.ج 08–09، حيث أن الحكم النهائي هو الحائز لقوة الأمر المقضي به والذي لايجوز معه طرح النزاع مرة أخرى على هيئة التحكيم، اما الحكم القطعي فهو الحائز لقوة الشيئ المقضي فيه، بحيث لا يعد قطعياً إلا بعد استنفاذ طرق الطعن فيه، ولو أن هذه النظرية في رايي موجودة بالنسبة للاحكام القضائية، إلا ان احكام التحكيم الدولي هي ذات حجية نسبية، وارتباط طرق الطعن بالطرق التنفيذ، اذ يمكن اصدار أمر بالتنفيذ، حتى قبل ممارسة الطعن.

3– عدم تعارض حكم التحكيم الأجنبي الاستثماري مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية في الدولة المراد تنفيذه فيها، ولو ان هذا الشرط قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 605/ف3 من ق.إ.م.إ.ج 08–09 إلا أن نص المادة 605 بالرغم من وروده في مجال السندات التنفيذية الأجنبية، على غرار الشرط السابق المتعلق بحجية حكم التحكيم، وحتى الشرط الموالي المتعلق بعدم مخالفة النظام العام والاداب العامة في الدولة المراد تنفيذ فيها حكم التحكيم الاستثماري الأجنبي، وهو الشرط ارابع، إلا أن نص المادة 605، يثير الكثير من الغموض كون أن المشرع الجزائري جعل حكم التحكيم من السندات التنفيذية المنصوص عليها وفق نص المادة 600/ف9، ثم يخرجه من القواعد العامة الخاصة بالتنفيذ السندات الاجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من ذات القانون، ولعلى أن المشرع الجزائري اراد من وراء ذلك إعطاء حكم التحكيم الاجنبي الفعالية اللازمة في مجال المنازعة الدولية بما يتماشى مع ما التزمت به الدولة على مستوى الدولي خاصة في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وذلك ما يستفاد من نص المادة 608 من ذات القانون والتي نص على أنه:" إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول". وهو ما يتماشى كذلك ما مع ما نصت عليه اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 7/ف1، من حيث تطبيق القانون أكثر مؤاتاة للتنفيذ، وحتى مع أحكام القضاء، إذ يمكن الاشارة هنا كيف اتجه القضاء في بعض الدول ،

إخطار قاضي التنفيذ، الحالة الأولى: وهي صدور الحكم التحكيمي في الجزائر، وحينها يكون طلب إستصدار الأمر بالتنفيذ الجبري أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي[1]، وهي الحالة التي نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1477/ف1 من ق.إ.م.ف[2]، أما الحالة الثانية فهي صدور الحكم التحكيمي خارج الجزائر فإن طلب استصدار الأمر بالتنفيذ الجبري وفق نص المادة 1051/ف1 من ق.إ.م.وإ.ج يقدم إلى رئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ[3]، مع العلم أن المشرع الفرنسي لا يفرق بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا أو خارجها[4].

وقد جعل المشرع الجزائري ووفق نص المادة 1058/ف2 من ذات القانون منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم الدولي أن تتم بأمر، والمقصود بالامر هو الأمر على العريضة وجعل الاختصاص بإصدار هذا الأمر إلى المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم أو المحكمة التي سيقع تنفيذ حكم التحكيم الدولي في دائرة اختصاصها، وذلك إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني[5].

وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد خرج عن القواعد العامة الخاصة بتنفيذ السندات الأجنبية المنصوص عليها في المادة 605 من ذات القانون التي تجعل الحصول على الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية عن طريق القضاء العادي وأمام المحكمة المنعقدة بمقر المجلس، متي استوفت الشروط المنصوص عليها في ذات القانون[6].

مثل فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية سعياً وراء تحقيق القدر الاعظم من الفعالية لأحكام التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الى الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على الرغم من ابطالها في الدولة التي صدرت فيها ، وذلك على أساس ان اسباب البطلان التي ابطلت من اجلها تلك الأحكام لاتتوافر في قوانين هذه الدول ، إذ استند هذا القضاء في ذلك الى نص الفقرة الاولى من المادة السابعة من أتفاقية نيويورك، ومن هذه القضايا: بالنسبة للقضاء الفرنسي قضية- Polish Ocean Line .

v: - Leboulanger Philip :Les contract enter etats et enter prises economic ،Parise ،1985 , p 140

وبالنسبة للقضاء الأمريكي قضية Chromalloy Aerosrevices .

v: - Bertrand Moreu EtThierry Bernard ، Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ، Parise ،1985, p 213.

[1]- المادة 1051/ف 2 من ق.إ.م.و.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 1477/ف1 من ق.إ.م.ف، مرجع سبق ذكره.

[3]- المادة 1051/ف 1 من ق.إ.م.و.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

[4]- عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 233.

[5]- المادة 1058/ف2 من من ق.إ.م.و.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

[6]- تنص المادة 605 من من ق.إ.م.وإ.ج على أنه:"لا يجوز تنفيذ الأوامر والاحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:...".

وتنص المادة 607 من ذات القانون كذلك على أنه:" يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

كذلك بالرجوع إلى المواد 1051، 1052، 1053 من ق.إ.م.وإ.ج نجد شروط استصدار الأمر بالتنفيذ حكم التحكيم هي نفس شروط طلب الاعتراف.

غير أن إجراءات التنفيذ الجبري تأتي بعد امتناع من صدر ضده حكم التحكيم من تنفيذه طواعياً، بمعنى لبدا أن نفرق بين إجراءات مهر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية الواردة في المواد من 1035 إلى 1038 من ق.إ.م.وإ.ج والمحال إليها بموجب نص المادة 1054 من ذات القانون، وبين أجراءات التنفيذ الجبري لحكم التحكيم التجاري الدولي كسند تنفيذي وفق نص المادة 600/ف9 من القانون نفسه[1].

ولهذا يرى الدكتور عمر بن سعيد من جامعة خنشلة بالجزائر في مقاله الموسوم ب:"تنفيذ حكم التحكيم التجاري الأجنبي في الجزائر" أن المشرع الجزائري وبخصوص تنفيذ حكم التحكيم الدولي لم ينص على ما يعرف بمقدمات التنفيذ الجبري الواردة في ضمن الكتاب الثالث الباب الرابع منه الخاص باالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، والتي كان من باب الأول أن يحيلنا إليها، بدلاً من إحالته على أحكام المواد 1035 إلى 1038 من ق.إ.م.وإ.ج [2]، كما أن المشرع الجزائري أورد نصاً تضمنته المادة 1037 من القانون نفسه التي تحيلنا إلى تطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل على احكام التحكيم[3].

وعموماً فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم الاجنبية جبرياً في ظل القانون الجزائري لبدا من الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالتنفيذ الجبري للسندات التنفيذية الواردة ضمن الكتاب الرابع من ق.إ.م.وإ.ج المواد 600 وما بعدها.

كذلك وفي مجال العقود الدولية، لا نجد أي تنظيم لمسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، باستثناء البرتكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي لعام 1965 التي تقضي بأن:" تكون قرارات التحكيم قابلة للتنفيذ دون حاجة لوضع الصيغة التنفيذية عليها وذلك في كل من إقليمي فرنسا والجزائر"[4].

وعلى غرار المشرع الجزائري نظمت التشريعات الوطنية المقارنة مسألة الاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية من ذلك قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994 في المادة 58، وقانون المرفعات المصري في المواد 296 وما يليها، فضلا" عن المشرع التونسي في قانون التحكيم لعام 1993 في القسم الثامن (الفصل/المادة 79 وما يليها)، كذلك المشرع الفرنسي في قانون الاجراءات المدنية لعام 2011 (المواد 1514-1517)، وقانون المرفعات الهولندي لعام 1986 (المودا 1061 ووما يليها).

أما بخصوص مسألة الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية في ظل الاتفاقيات الدولية فإن **اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958** فلم تعرف كذلك هي الأخرى

---

[1]- تنص المادة 600 من ق.إ.م.وإ.ج على أنه: "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي.
والسندات التنفيذية هي:...9- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط...."

[2]- عمر بن سعيد، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 59 وما يليها.

[3]- تنص المادة 1037 من ق.إ.م.وإ.ج، ، مرجع سبق ذكره، على أنه:"تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للاحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل".

[4]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 74.

مصطلحي "الاعتراف" و"التنفيذ"، والتي تعتبر بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث تم الإعلان عنها في 20 مايو 1958 في مدينة نيويورك، وألغت هذه الاتفاقية برتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927[1]، بعدما كان يمثلان أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الدولي[2]، كما انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب قانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988[3].

وقد جاءت هذه الاتفاقية نتيجة محاولات عديد بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي أصبحت كذلك في الدولة غير تلك التي صدرت فيها، بفضل هذه الاتفاقية ذاتها[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 03 من هذه الاتفاقية نجدها تلزم كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم، وأن تقوم بتنفيذها وفقاً للقواعد الإجرائية المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار[5]، وذلك طبقا للشروط الواردة في المادتين الرابعة والخامسة من ذات الاتفاقية[6].

---

[1]– المادة 07/ف2 من اتفاقية نيويورك لعام1958، مرجع سبق ذكره.

[2]– طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 458 – 459.

[3]– القانون رقم: 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ج.ر.ج.ج، ع: 28 الصادرة بتاريخ 13 يوليو 1988 ص 1028، مرجع سبق ذكره.

[4]– محمد علي محمد بني مقداد، المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2012، ص147.

[5]– نص المادة 3 من اتفاقية نيويورك لعام 1958:" على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة وان تقوم بتنفيذها وفقاً للإجراءات المتبعة في الإقليم الذي يحتج به بالقرار، طبقا للشروط الواردة في المواد التالية. ولا تفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم التي تنطبق عليها هذه الاتفاقية أو على تنفيذها شروط أكثر تشديداص بكثير أو رسوم أو أعباء اعلى، بكثير مما يفرض على الاعتراف بقرارات التحكيم المحلية أو على تنفيذها".

[6]– نصت المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك لعام 1958:"للحصول على الاعتراف والتنفيذ المذكورين في المادة السابقة، يقوم الطرف الذي يطلب الاعتراف والتنفيذ، وقت تقديم الطلب بما يلي:

(أ)– القرار الأصلي مصدقاً عليه حسب الأصول المتبعة أو نسخة منه معتمدة حسب الأصول.

(ب)– الاتفاق الأصلي المشار إليه في المادة الثانية أو صورة منه معتمدة حسب الأصول.

2– متى كان الحكم المذكور أو الاتفاق المذكور بلغة خلاف اللغة الرسمية للبلد الذي يحتج فيه بالقرار، وجب على الطرف الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه أن يقدم ترجمة لهاتين الوثيقتين بهذه اللغة. ويجب أن تكون الترجمة معتمدة من موظف رسمي أو مترجم محلف أو ممثل دبلوماسي أو قنصلي.

وتنص المادة الخامسة من ذات الاتفاقية كذلك على أنه:"1–لايجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

(أ)– أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أوإذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار أو:

(ب)– أن الطرف الذي يحتج بضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته: أو

والجدير بالذكر ان اتفاقية نيويورك لم تحصر مجال تطبيقها في الدول المتعاقدة فقط، وإنما أجازت كذلك تطبيق أحكامها لكافة الدول حتى ولو لم تكن طرفا فيها، غير ان الجزائر أخذت بمبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الذي أخذت به معظم دول العالم، وأبدت تحفظات عند انضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1958، والتي من بينها عدم قبولها سوى الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية التي تصدر على تراب دولة أخرى متعاقدة وعضو في اتفاقية نيويورك[1].

وإذا كانت التشريعات الوطنية والدولية لا تعرف مصطلحي "الاعتراف" و"التنفيذ"، إلآ أن السوابق القضائية بالرغم من ندرتها إلا أنها أشارت إلى تعريف هذين المصطلحين، فقد رأت محكمة كولمبية في إحدى القضايا أن "الاعتراف" يعني: الاعتراف بالقوة والتأثير القانونيين لقرار التحكيم، وأن معنى "التنفيذ" هو التنفيذ الإجباري لقرار تحكيم سبق للدولة نفسها أن اعترفت به، ويتفق الكثير من الشراح أن"الاعتراف" يشير إلى عملية اعتبار قرار التحكيم ملزما لكن غير قابل للتنفيذ بالضرورة، بينما يشير "التنفيذ" إلى عملية وضع قرار التحكيم موضع التنفيذ.

كما أن هناك صلة بين مصطلحي "الاعتراف" و"التنفيذ" وهي إذا ما كان على طرف ما أن يلتمس الاعتراف والتنفيذ معاً، أو ما إذا كان بإمكانه أن يسعى إلى الحصول إلى الاعتراف بقرار التحكيم بصورة مستقلة، لكن في قرار صادر سنة 1981 عن المحكمة العليا الألمانية فسرت فيه "الاعتراف" و"التنفيذ" بأنهما إجراءاين مترابطان ولا يمكن التماس كل واحد منهما على حدة[2].

غير أن هناك فرق بين الاعتراف بالحكم أو القرار التحكيمي وبين تنفيذه، فقد يعترف به ولا ينفذ، ولو نفذ فيفترض أته تم الاعتراف به من الجهة التي أعطته القوة التنفيذية، فالاعتراف يعني أن القرار قد صدر

(ج)- أن القرار يتناول خلافاً لم تتوقعه ولم تتضمنه شروط الاحالة إلى التحكيم، أو أن يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الاحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فيها فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لا تخضع له أنه يجوز الاعتراف بجزء القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم وتنفيذ هذا الجزء: أو

(د)- أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقاً لاتفاق الطرفين أو لم تكن، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم: أو

(هـ)- أن القرار لم يصبح بعد ملزم للطرفين أو أنه نقض أو وقف تنفيذه من طرف سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد.

2- يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه:

(أ)- أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد، أو

(ب)- أن الاعتراف بالقرار أوتنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد".

[1]- دمانة محمد، معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 155.

[2]- أمانة الأونسيترال، دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1985، ط 2017، واشنطن، ص 09.

بشكل صحيح وملزم للأطراف، والتنفيذ يعني الطلب إلى الخصم الذي صدر القرار ضده أن ينفذ ما جاء في القرار التحكيمي، وفي حالة امتناعه يجب إجباره بموجب قانون البلد المراد تنفيذ القرار فيه[1].

ومن أجل طلب الاعتراف والتنفيذ لقرار أو حكم التحكيم جبرياً، لبدا من اختيار المكان الذي يراد منه الاعتراف بالقرار التحكيمي وتنفيذه، وهذا المكان هو المكان الذي توجد فيه ممتلكات وأموال المدين التي هي موزعة في عدة دول متعددة، مما يتعين معه من طالب التنفيذ اختيار المكان الأكثر ملاءمة للاعتراف بالقرار وتنفيذه وفقاً للقواعد الدولية التي تنظم هذه المسألة خاصة قواعد القانون الدولي الاتفاقي الثنائي ومتعدد الأطراف[2].

وبخصوص دور مجموعات البنك الدولي في الاعتراف والتنفيذ للقرارات الصادرة في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فيكفي أن نشير على سبيل المثال إلى دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار **MIGA** ، **وكذا المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI** حيث تحل الوكالة محل المستثمر للمطالبة بحقوقه اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يعتبر مبدأ الحلول وسيلة فعالة جداً لضمان تنفيذ قرار التحكيم الصادر لمصلحة المستثمر، في حالة عدم امتثال الدولة المضيفة للحكمن وامتناعها عن تنفيذه[3].

وأشارنا سابقاً أنه إذا لم تتمكن الوكالة والدولة المضيفة من التوصل إلى تسوية النزاع بينهما بالمفاوضات والتوفيق، فيحق لكل منهما اللجوء إلى التحكيم الدولي، الذي يتم وفق الاجراءات المتبعة نفسها في **CIRDI**، مالم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، وتستطيع الوكالة حلول محل الدولة المضيفة في تنفيذ قرار التحكيم الصادر لمصلحة المستثمر اتجاه الدولة المضيفة [4].

مع العلم أن المادة 57 /ف:ب من اتفاقية الوكالة تقضي بأن:" تتم تسوية المنازعات المتعلقة بمطلبات الوكالة بصفتها خلفا للمستثمر طبقاً للملحق الثاني من الاتفاقية، أو وفق الاجراءات البديلة المنصوص عليها لهذا الغرض في اتفاقية تبرمها الوكالة مع العضو المعني[5].

حيث أن الملحق الثاني من **إ.و.د.ض.إ** يقضي بأن:" يلتزم كل من الأعضاء بالاعتراف بالقرار الصادر وفقا لهذه المادة كقرار ملزم واجب النفاذ في أراضيه كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من محكمة لذلك

---

[1]– محمد علي محمد بني مقداد، المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية، مرجع سابق، ص 142.

[2]– محمد علي محمد بني مقداد، المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية، مرجع سابق، ص 143.

[3]– كمال عبد العزيز ناجي، دور المنظمات الدولية في تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، مرجع سبق ذكره، ص 299.

[4]– المادة 18/ف أ من إ.و.د.ض.إ والمادة 57/ف2 من ذات الاتفاقية، مرجع سبق ذكره.

أنظر كذلك: – منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 25.

[5]– المادة 57/ف:ب من إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

العضو، ويخضع تنفيذ القرار للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام في الدولة المطلوب تنفيذه في أراضيها، ولا يجوز أن يمس ذلك التنفيذ بأحكام القانون المعمول به في تلك الدولة والمتعلق بالحصانة ضد التنفيذ"[1].

وإذا ثارت منازعة بشأن تنفيذ قرار التحكيم أو تحديد نطاقه، تقوم المحكمة التي اصدرته بتفسيره بناء على طلب أحد الطرفين، خلال ستين يوماً من صدور الحكم، وللمحكمة أن تصدر قراراً بوقف تنفيذ الحكم إلى حين بث طلب التفسير[2].

ما يمكن استنتاجه من أحكام المادة 4/ف:د من الملحق رقم: (2) من ذات الاتفاقية أن الحكم يتمتع بقوة النفاذ في إقليم أي دولة عضو في الوكالة عندما تكون طرفا في النزاع المعروض على التحكيم، ومن المسلم به أنه عند حلول الوكالة محل المستثمر الأجنبي إزاء الدولة المضيفة سيدفع هذه الدولة إلى تغيير موقفها من قرار التحكيم الذي لم تنفذه لمصلحة المستثمر، لتغيير في المراكز القانونية، وهو وجود منظمة دولية طرف في النزاع حلت محل المستثمر، ولهذا فلا نعتقد أن دولة عضو في الوكالة ستفكر في عدم تنفيذ حكم التحكيم حرصا على استثماراتها الموجودة ومصالحها مع الوكالة، هذه الآخيرة لها كذلك سلطة توقيع الجزاء على الطرف الذي لا يمتثل لقرارات التحكيم الدولية المتعلة بإختصاص الوكالة، كما تعطي الوكالة سلطة إيقاف عضوية الدولة التي تخل بالتزامتها، على أن تظل الدولة محملة بالتزاماتها السابقة[3].

أما بحصوص أحكام الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم الدولي في اتفاقية **CIRDI** فقد نصت المادة 53 من ذات الاتفاقية نصت على أن حكم التحكيم يكون ملزماً ولا يكون قابلاً للاستئناف أو لأي طعن آخر فيما عدا ما نص عليه في هذه الاتفاقية، ويجب على كل طرف أن يحترم الحكم وينفذه، إلا إذا أوقف تنفيذه طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية[4].

والمادة 54 من الاتفاقية توجب على كل دولة متعاقدة أن تعتبر حكم المحكمين الصادر طبقاً لهذه الاتفاقية ملزماً، وتنفذ الإلتزامات المالية التي يقضي بها الحكم في أراضيها كما لو كان حكماً نهائياً صادراً من إحدى محاكم تلك الدولة. ويجوز للدولة المتعاقدة ذات النظام الاتحادي أن تنفذ حكم المحكمين في محاكمها الاتحادية لأو بواسطتها وأن تقرر أن مثل هذه المحاكم تعتبر الحكم كما لوكان حكماً نهائيا صادرا من محاكم إحدى الولايات[5].

ويجب على الطرف، الذي يريد الحصول على إعتراف بهذا الحكم سواء أكان هذا الطرف هو المستثمر الأجنبي أم الدولة المضيفة، أن يتقدم للمحكمة المختصة أو للجنة التي قد تكون الدولة عينتها لهذا

---

[1] – المادة 4/ف:د من الملحق رقم (2) من إ.و.د.ض.إ ، مرجع سبق ذكره.

[2] – المادة 4/ف: ط من الملحق رقم (2) من إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[3] – المادة 53/ف: إ م إ.و.د.ض.إ، مرجع سبق ذكره.

[4] – المادة 53 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[5] – المادة 54/ف1 من إ.و.لت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

الغرض صورة عن الحكم مصدقة من السكرتير العام للمركز[1]، كما تلتزم كل دولة بإعلام وإبلاغ السكرتير العام للمركز بالمحكمة المختصة وغخطاره بأي تغيرات تحدث في هذا الجانب، وينحصر دور المحكمة المختصة في إصباغ الحكم بالتنفيذ دون رقابته، كون أن القرار المراد تنفيذه والصادر عن المركز يتمتع بالنفاذ الدولي المباشر[2].

ويلاحظ أن نص المادة 54/ف2 إ.و.لت.م.إ لعام 1965، يوافق نص المادة الرابعة من إتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلا أن الاختلاف يكمن في أن الطرف الطالب الاعتراف والتنفيذ يلتوم بتقديم نسخة عن الحكم وفق أتفاقية واشنطن، في حين أنه في ظل اتفاقية نيويورك ملزم بتقديم نسخ أصلية من اتفاق التحكيم ومن الحكم، مع ترجمة مصدق عليها لاتفاق التحكيم، وللحكم الصادر في حالة اختلاف لغته عن لغة البلد المطلوب تنفيذ الحكم فيها[3]، وبالتالي فاجراءات الاعتراف والتنفيذ في ظل اتفاقية واشنطن هي اكثر مرونة وسهولة عنها في اتفاقية نيويورك لعام 1958[4].

ومن الاحكام التي فرضتها ذات الاتفاقية فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم الصادر عن **CIRDI**، ان مثل هذا التنفيذ يجب أن يخضع ويتم وفقاً للقوانين المتعلقة بتنفيذ الأحكام القابلة للتنفيذ في الدولة المطلوب التنفيذ في إقليمها[5].

وفي هذا الشأن نجد اتفاقية نيويورك لعام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية تنظم علاقتها بالمعاهدات الأخرى وبالقوانين المحلية أو الوطنية في مجال الاعتراف والتنفيذ، حيث تؤكد على أن الاتفاقية لا تخل بصحة المعاهدات الأخرى المتعلقة بالاعتراف بقرارا التحكيم وتنفيذها وإذا تيسر تطبيق قواعد قد تكون أكثر تساهلاً من الاتفاقية على الاعتراف والتنفيذ، وبمعنى آخر إذال عملت الدول المتعاقدة على تنفيذ قرارات وفق القوانين المحلية أو المعاهدات أكثر مؤاتاة للتنفيذ فلا يعد ذلك انتهاكاً لاتفاقية نيويورك[6].

---

[1]- المادة 54/ف2 من إ.و.ت.م.إ لعام 1965:"يلزم الطرف الذي يرغب في الاعتراف بالحكم وتنفيذه على إقليم الدولة المتعاقدة بأن يقدم صورة طبق الأصل من الحكم معتمدة من السكرتير العام إلى المحكمة الوطنية المختصة أو إلى السلطات الأخرى التي حددتها الدولة المذكورة لهذا الغرض، ويجب على كل دولة متعاقدة إخطار السكرتير العام بالمحكمة المختصة أو السلطة الأخرى التي تحددها لهذا الغرض، وبأي تغيير لاحق في هذا الشأن".

[2]- عزت محمد البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 153.

[3]- Van Den berg, Albert J, Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York ICSID Convention, ICSID Revue, F.I.L.J.Vol.2, n° 2, fall 1987, p440.

[4] - Fox, William, International Commercial Agreement, Kluwer,Netherrlands, 1982, p 299.

[5]- المادة 54/ف3 من إ.و.لت.م.إ لعام 1965، مرجع سبق ذكره.

[6]- نص المادة 7/ف1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبي:"1- لا تؤثر أحكام أحكام هذه الاتفاقية على صحة ما تعقده الأطراف المتعاقدة من اتفاقات متعددة الأطراف أو اتفاقات ثنائية تتعلق بالاعتراف

وفي هذا الاطار رآت بعض المحاكم الألمانية أن تعدد نظم التنفيذ جائز فالطرف الذي يحتج بقانون محلي أو بمعاهدة أخرى بموجب المادة السابعة من اتفاقية نيويورك، يجب عليه ان يحتج بالقانون أو المعاهدة ككل، كذلك أجازت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها اثارة القاعدة أكثر مؤتاة في الاعتراف والتنفيذ، وسمحت إثارة ذلك من المحكمة من تلقاء نفسها، مع العلم أن هذه القاعدة تطبق حتى في حالة تضارب الأحكام بين اتفاقية نيويورك وغيرها من صكوك الدولية[1].

ورغم أن اتفاقية واشنطن قد نصت على إلزامية الاعتراف والتنفيذ بحكم المحكمين الصادرة عن المركز، إلا أن هذا التنفيذ لا يجب أن يتعرض مع الأحكام التي ترعى حصانته إذ يمكن أن يتعرض قرار التحكيم المراد تنفيذه لمخاطر التصادم مع احكام القانون الوطني في هذا النطاق، مما يتعطل تنفيذه طبقاً لما تقضي به قوانين إحدى الدول المتعاقدة من منع التنفيذ ضد أملاك وطنية أو أجنبية، ولهذا سمحت اتفاقية واشنطن للدول بالدفع بحصانتها السيادية اتجاه تنفيذ أحكام التحكيم المركز[2]، مما يتناقض مع الاهداف التي

بقرارات التحكيم وتنفيذها ولا تحرم أياً من الأطراف المهتمة من أي حق يكون له في الاستفادة من أي قرار تحكيمي على نحو وإلى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات البلد الذي يسعى فيه إلى الاحتجاج بهذا القرار".

[1]– أمانة الأونسيترال، دليل اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1985، طبعة 2017، مرجع سبق ذكره، ص 287 وما يليها.

[2]– الجدير بالملاحظة ان هناك الكثير من القضايا التي عرضت على CIRDI والتي صدرت بشانها احكام تحكيم، ورفضت الدولة المضيفة للاستثمار والمحكوم عليها أو المؤسسات التابعة لها تنفيذ حكم المركز، ومن بين هذه القضايا: نزاع شركة SOABI مع التي تحمل جنسية بنما مع حكومة السينغال، وتتلخص وقائع هذه القضية (SOABI) في: وجود اتفاق استثمار بين شركة SOABI وحكومة السنيغال ابرم عام 1975 بشأن انشاء 1500 وحدة سكنية بمدينة داكار، وأثناء تنفيذ الاتفاق ثار نزاع بين الأطراف، على إثره تقدمت شركة SOABI بطلب مؤرخ في 05-11-1982 إلى CIRDI لتسوية خلافها مع حكومة السنيغال عن طريق التحكيم، وبعد قيد الطلب من جانب سكرتارية المركز في 08-11-1982، تم تشكيل محكمة التحكيم وفقاً لنصوص اتفاقية واشنطن.

وقد فصلت محكمة التحكيم في هذا النزاع بحكمها الصادر في 25-11-1988 بإلزام حكومة السنيغال بتعويض شركة SOABI عن الأضرار الناتجة عن فسخ العقد بينهما، وبناءا عل ذلك وفي 14 نوفمبر من نفس السنة صدر حكم المحكمة الابتدائية بباريس يقضي بالاعتراف والالتزام بهذا الحكم في فرنسا وفقا لنصوص المواد 54 و55 نت اتفاقية واشنطن، غير أن الحكومة السينيغالية استانفت الحكم، لتحكم محكمة باريس في 05-12-1989 بالغاء حكم المحكمة الابتدائية على أساس أن السنيغال لم تتنازل عن حصانتها، وتعارضه مع السياسة العامة للدولة، ولذلك يتعين على المحكمة رفض الاعتراف والالتزام بهذا الحكم وفقاً لقانون المرفعات المدنية.

(لمزيد من تفاصيل راجع: -Gaillard,Emmanuel, The enforcement of ICSID awards in France, The decision of the paris court of appeal in the SOABI case, ICSID,Revue, F.I.L.J,vol,5,No 1,1990, p 90.)

كذلك قضية حكومة الكونغو وشركة بينفونونتي بونفان الايطالية (B.B) والتي تتلخص وقائعها في: الاتفاق الذي ابرم بين حكومة الكونغو وشركة(B.B) الايطالية المتضمن انشاء شركة للصناعات الزجاجية البلاستيكية، واحتوى هذا الاتفاق على بند احالة النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذا الاتفاق إلى CIRDI لحلها، وقد نشب نزاع بينهما حول بنود اتفاق الاستثمار، فتقدمت عندها الشركة الايطالية بطلب تحكيم أمام المركز، وحكمت محكمة CIRDI لصالح الشركة الايطالية، وعندها تقدمت هذه الآخيرة إلى المحكمة الابتدائية في باريس طالبة الاعتراف بالحكم في فرنسا، إلا أن هذه المحكمة ربطت تنفيذ هذا الحكم

وضعت الاتفاقية من أجلها[1]، وإن كانت الاتفاقية قد أعطت ضمانات أخرى للمستثمر الاجنبي في حالة رفض تنفيذ حكم التحكيم كاللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولته[2].

كما ان الدفع بالحصانة السيادية ضد تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز هو أمر منتقد لعدة أسباب وهو أن قبول الدول على التحكيم في المركز هو بمثابة تنازلها عن سيادتها بنظر هذا النوع من المنازعات المتعلقة بالاستثمار، كذلك أن الدفع بالحصانة ضد أحكام التحكيم الصادرة عن المركز يؤي إلى التعارض مع مبدأ حسن في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ذلك ان اتفاق التحكيم باعتباره قضاء خاصا يستمد قوته الالزامية من اتفاق التحكيم ومن مبدأ سلطان الإرادة.

أضف إلى ذلك أن تمسك دولة بالحصانة في هذه الحالة يتنافى مع التزاماتها كطرف فيي الاتفاقية باحترام قرارات التحكيم الصادرة عن المركز والامتثال لها بموجب المادتين رقمي: (51/ف1 و54/ف2)،

بالحصول على موافقة مسبقة من السلطات القضائية الفرنسية، كاجراء احترازي لتنفيذ على أموال الكونغو بصفتها مدين الموجودة في فرنسا، بعد ذلك تقدمت الشركة الايطالية بطلب استئناف أمام محكمة باريس الاستئنافية، معتبرة أن هذا الاجراء غير لازم لتنفيذ حكم المركز، وقد فرقت محكمة الاستئناف بين الاعتراف والنفاذ، وبين إجراءات التنفيذ، وقضت بأن المادة 54 من اتفاقية واشنطن عملت على تسهيل الاعتراف بحكم التحكيم في الدول المتعاقدة، ولا يمكن لاي محكمة وطنية مناقشة التنفيذ على أملاك الدولة الطرف في التحكيم، ذلك ان هذه المسألة خارجة عن مرحلة الاعتراف بحكم التحكيم، وأن مسألة التنفيذ تخضع للقوانين الداخلية للدولة المتعاقدة. (– أنظر:– – لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص ص 155–156، أنظر كذلك – حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 212 وما يليها– أنظر كذلك: – جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 94 وما يليها)

[1]– نصت المادة 55 من إ.و.لت.م.إ على أنه:"لا يجوز تفسير المادة 54 على أنها تتضمن أي إستثناء من أحكام القانون المعمول به في أي دولة من الدول المتعاقدة، والمتعلق بحصانة تلك الدولة أو أي دولة أجنبية أخرى".

[2]– نصت المادة 27 من إ.و.لت.م.إ على أنه:"1– لا يجوز لدولة متعاقدة أن تمنح حماية دبلوماسية، أو أن تقم بمطالبة دولية، بالنسبة لنزاع اتفق احد مواطنيها مع دولة متعاقدة أخرى على أن يطرح على التحكيم، أو طرح فعلاً على التحكيم، طبقاً لهذه الاتفاقية، إلا في حالة ما اذا لم تحترم الدولة الأخرى المتعاقدة حكم المحكمين الصادر في النزاع ولم تنفذه.

ويمكن ان ننوه كذلك هنا ان بعض الاتفاقيات الدولية الثنائية وفيما يخص حلول الدولة محل المستثمر الأجنبي لحمايته تعطي الخيار للطرف المتعاقد في تطبيق نص المادة 27 واللجوء إلى التحكيم لدى محكمة العدل الدولية أو التحكيم وفق أحكام الاتفاقية الثنائية.(أنظر ف6 من المادة: 09 من الاتفاقية الجزائرية الألمانية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مارس 1996، والمصادق عليها في سنة 2000، مرجع سبق ذكره).

2– ولا يعتبر من باب الحماية الدبلوماسية في مفهوم الفرة (1) تبادل وجهات النظر بالطرق البلوماسية غير الرسمية بقصد تسهيل تسوية النزاع فقط لا غير.

(– أنظر كذلك فيما يخص الضمانات المفروضة عند عدم الانصياع لحكم التحكيم:– جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة، مرجع سبق ذكره، ص 89 وما بعدها)

ويجعل من الممكن توقيع الجزاءات عليها نتيجة إخلالها بالالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية، مما ينعكس على ذلك على علاقتها الدولية ومصالحها الحيوية، وبالأخص الاقتصادية منها[1].

كذلك أكدت قواعد التحكيم لدى **CCI** على تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر عنها ودون تأخير، فضلاً عما نصت عليه قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بنسختها المعدلة سنة 2006، في المادتين 35 و36 منه، وما يميز اتفاقية واشنطن عن باقي الاتفاقيات الأخرى لا سيما اتفاقية نيويورك لعام 1958 هو أنها لا تربط بين التنفيذ وضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية، فالحكم الصادر عن المركز نهائي وملزم للاطراف[2]، وبالرغم من ذلك إلا أن حكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بصفة عامة سواء في ظل التحكيم الحر او المؤسسي هو مؤطر قانونا سواء في ظل القانون الوطني أو الدولي، وبالرغم من أنه يخضع للاعتراف والتنفيذ إلا أن التشريعات الوطنية والدولية سمحت بمراجعته وفق نظام المراجعة والمتمثل في تفسير وتصحيح الحكم أو نظام المراقبة القضائية البعدية على أحكام التحكيم، سواء عند التنفيذ أو عند الطعن، وفق طرق الطعن المقررة في التشريع الوطني والدولي وفي التحكيم الحر والمؤسسي[3].

---

[1]– كمال عبد العزيز ناجي، دور المنظمات الدولية في تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، مرجع سبق ذكره، ص ص 308–309.

[2]– لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، مرجع سبق ذكره، ص 165.

[3]– بخصوص اسلوبي المراجعة والمراقبة فيما يخص تنفيذ احكام التحكيم الدولي الصادرة في المنازعاة الاستثمارية الاجنبية سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي، نجد أن التشريعات الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية تباينت في طريقة الأخذ بهاذين الأسولبين، خاصة من حيث تصدى القضاء لحكم التحكيمي ومراجعته ورقابته من الناحية الشكلية والموضوعية، فوفق أسلوب المراجعة يكون منح أمر التنفيذ لحكم التحكيم، بمراجعته من الناحية الشكلية والموضوعية من طرف المحكمة المختصة التي تقوم بتفسير الوقائع من جديد، غير أن هذا الأسلوب تعرض لعدة انتقادات منها كونه يؤدي إلى عرقلة التحكيم ويمس بمبادئه التي تضمن فاعليته في المنازعة الاستثمارية كالمرونة والسرعة ...الخ. ولم تأخذ أغلبية التشريعات الوطنية بهذا الأسلوب، الذي يمنح سلطة تقدرية واسعة للقضاء عند اعطاء القوة التنفيذية، لهذا نجد التشريع الفرنسي والجزائري والمصري وحتى الدولي الدولي يأخذون بنظام المراقبة لحكم التحكيم من الناحية الخارجية أي الشكلية دون الموضوعية، عند منح الصيغة التنفيذية، فقاضي التنفيذ اما أن يعطي الأمر بالتنفيذ ،أو يرفضه فهو ليس بمثابة جهة استئنافية كما أنه ليس جهة مختصة تنظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي، وبالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية وكما سبق الاسارة أليه أنها تأخذ بأسلوب المراقبة فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم، كاتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة الرابعة، واتفاقية واشنطن في المادتين 53 و54 ، إذ نصت على مبدأ النفاذ الدولي المباشر لأحكام المحكمين حيث تتمتع الأحكام الصادرة في أطار هذا النظام بميزه التنفيذ المباشر، بمعنى أنها قابلة للتنفيذ في أقاليم الدول المتعاقدة ولا تخضع لرقابة المحاكم الداخلية لهذه الدول فهي تعد بمرتبة الأحكام القضائية النهائية الصادرة في المحاكم الداخلية للدولة المطلوب فيها التنفيذ، كذلك يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى الاتفاقيات الأخرة كأتفاقية تسوية المنازعات الأستثمارية بين الدول العربية ومواطني الدول الأخرى التي نصت على مبدأ النفاذ المباشر لأحكام المحكمين في المادة 26 بنفس الصيغة للمادة 54 من إ.و.لت.م.إ لعام 1965، حيث نصت على أنه " ينفذ حكم التحكيم في الدول التي طرفاً في النزاع ،أو التي يكون أحد مواطنيها طرفاً في ذلك النزاع كما لو كان حكماً نهائياً واجب النفاذ صادراً من أحد المحاكم تلك الدولة ويتمتع بجميع الضمانات المقررة محلياً بوجوب نفاذ الأحكام الوطنية . وعلى الدولة ذات

الفرع الثاني: طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

تنتهي خصومة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء في ظل التحكيم الحر أو المؤسسي بصدور الحكم التحكيمي، وتبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم، وفيها يبرز موضوعان: الأول يتعلق بالاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، والذي أشارنا إليه آنفاً، والثاني يخص طرق الطعن فيه إما بالبطلان أو الاستئناف أو الطعن بالنقض وتختلف هذه الطرق من التشريع الوطني الجزائري عنه في المقارن والدولي.

ويعرف الطعن بالحكم بأنه:" هجوم ايجابي بواسطة الطرف الخاسر بخصوص صلاحية حكم التحكيم الدولي، يعتمد على نصوص النظام القانوني المناسب، ويتخذ عدة أشكال"[1].

أولاً: طرق الطعن في التشريع الوطني والمقارن

تختلف طرق الطعن على أحكام المحكمين الصادرة في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من تشريع لآخر، ومن التحكيم الحر عنه في المؤسسي، وحسب الاحالة اليه من طرف عقد الاستثمار الاجنبي ذاته أو من التشريع الوطني أو الدولي، حيث أن هناك بعض التشريعات اتجهت إلى إخضاع أحكام التحكيم لنفس طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية كالتشريع القطري في قانون المرفعات المدنية والتجارية لعام 1990، والاماراتي لعام 1992، واللذان يجيزان الطعن بالاستئناف لمن صدر حكم التحكيم ضده[2].

وتوجد بعض التشريعات ومنها التشريع الوطني الجزائري فرقت في طرق الطعن بين ما إذا كان التحكيم داخلياً وبين ما إذا كان التحكيم دولياً، واختلفت في طريقة الطعن في كليهما، فبخصوص المشرع الوطني فقد ميز من حيث طرق الطعن بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر، وأحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج الإقليم الوطني.

1:حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر:

إن المشرع لم يسمح بإقامة دعوى البطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، فلا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، وجعله قابل للطعن غير المباشر عند التنفيذ عن طريق الاستئناف في الأوامر المتعلقة بالاعتراف أو التنفيذ[3]، وعليه فالأمر القاضي برفض إعطاء صيغة التنفيذ أو رفض الاعتراف بحكم تحكيمي دولي صادر خارج الجزائر يقبل الاستئناف، لكن هذا الأخير (الاستئناف) ليست محددة أسبابه حصراً، مثل الأمر القضائي الذي يعطي صيغة التنفيذ أو الاعتراف بحكم تحكيمي دولي

النظام الاتحادي ان تنفذ حكم التحكيم بواسطة محاكمها الاتحادية ان وجدت لديها هذه الصلاحية". (- أنظر:-عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، مرجع سبق ذكره، ص 325 وما بعدها.

[1]- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 67.

[2]- عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة،مرجع سبق ذكره، ص 302.

[3]- نص المادة 1055 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، :"يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للإستئناف"

خارج الجزائر، والذي هو قابلاً للاستئناف كذلك لكن ضمن الحالات المحددة على سبيل الحصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي ذكرتها المادة: 1056[1].

2- حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر:

باستقراء نص المادة: 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان بعكس الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر الذي لا يقبل الطعن بالبطلان، ويقتضي طعن غير مباشر بالاستئناف فيما يخص رفض أو إعطاء التنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي، وعليه فالطعن في أحكام التحكيم الدولي وفق التشريع الوطني الجزائري الصادرة في المنازعة الاستثمارية إذا ما تم الاحالة إليه وفق مبدأ سلطان الارادة في عقد الاستثمار أو وفق التشريع الوطني أو الدولي، يكون بالطرق التالية:

أ- الطعن بالاستئناف:

أخضع المشرع الجزائري الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان لنفس الأسباب والحالات التي يبنى عليها الطعن[2]، وهنا لبدا أن نميز بين مسألتين: الأولى هي الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي، والثانية تتمثل في الحكم التحكيمي التجاري الدولي في حد ذاته كقرار تحكيمي دولي، لاختلاف أحكام الاستئناف والبطلان في كليهما.

ويكون الطعن بالاستئناف ضد الأمر الصادر من الجهة القضائية سواء تضمن الأمر بالاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر أو رفضهما، وهذا ما نصت عليه المادة: 1055 من القانون رقم: 09/08 السالفة الذكر، وعددت المادة: 1056 من نفس القانون الحالات التي يجب أن يبنى عليها الاستئناف، حيث نصت على أنه:"لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناءاً على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

---

[1]- المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج، مرجع سبق ذكره.

أنظر كذلك: - بوكريطة موسى، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير نوقشت بجامعة البليدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012، ص ص 126 - 127.

[2]- المادة 1058/ف1: " يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

وتجدر الإشارة أن هذه الحالات الستة المذكورة أعلاه، جاءت على سبيل الحصر[1].

ونصت المادة:1058، الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه:" لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ وتخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه ".

وبالرجوع إلى نص المادتان: 1056 و1058 الفقرة الثانية، المذكورتان أعلاه، نستنتج أن الأمر الذي يقضي بتنفيذ الحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر، لا يقبل أي طعن ما عدا الطعن بالبطلان، فالمشرع الجزائري لم يذكر مصطلح الاعتراف في المادة: 1058/ف2.

وبالتالي يفهم بأن أمر التنفيذ للحكم التحكيمي التجاري الدولي الصادر بالجزائر هو الذي لا يقبل الاستئناف ويقبل الطعن بالبطلان، في حين أن الأمر بالاعتراف بالحكم التحكيمي سواء الصادر في الجزائر أو خارجها، هو الذي يمكن أن يخضع للاستئناف، أو ربما أن المشرع الجزائري يكون قد أدمج المصطلحين في نفس المعنى التنفيذ أو الاعتراف، أو أغفل إدراج مصطلح الاعتراف سهواً في الفقرة الثانية من نص المادة: 1058.

و يرفع الطعن بالاستئناف ضد الأمر الرافض أو المؤيد للاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه خلال شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ للحكم التجاري الدولي[2].

ب- الطعن بالبطلان:

أجاز المشرع الجزائري طلب بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادرة في الجزائر، بعكس الأحكام التحكيمية الصادرة خارج الوطن، وهذا وفق ما نصت عليه المادة: 1056 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر، والذي يرفع أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، حيث يقبل الطعن خلال شهر من خلال تاريخ النطق بحكم التحكيم، أو خلال شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، كما للطعن ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي أثر موقف لتنفيذه، ويلاحظ أن المشرع الجزائري وحد حالات الطعن بالاستئناف وحالات الطعن بالبطلان[3]، وكذلك الإجراءات المتبعة لرفع الطعن وحتى المحكمة المختصة والمواعيد[4].

ت- الطعن بالنقض:

أعطى المشرع الجزائري أطراف الخصومة التحكيمية الدولية إمكانية الطعن بالنقض في الحكم التحكيمي وذلك في الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم، أو في القرار الصادر في استئناف حكم الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر، وتكون المحكمة العليا هي صاحبة

---

[1]- المادة 1056 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره.

[2]- المادة 1057 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 09-09، مرجع سبق ذكره.

[3] المادتان 56 و57 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 09-09، مرجع سبق ذكره.

[4] المواد 1058، 1059، 1060 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 09-09، مرجع سبق ذكره.

الاختصاص، وفقاً للأحكام المنظمة للطعن بالنقض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع العلم أن المشرع الجزائري لم يشير إلى الأوجه التي يمكن أن يؤسس عليها الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في المادة: 1061[1]، وبالرغم من سكوت المشرع إلا أنه يمكننا الاستنتاج بأن الأوجه التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة: 358 هي التي سنأخذ بها، ما داما الطعن بالنقض موجه لقرارات قضائية صادرة من مجالس مختصة داخل الجزائر[2].

وقد أخذ المشرع الفرنسي كذلك بهذه التفرقة مبرزاً التمييز بين التحكيم الداخلي[3]، والتحكيم الدولي، حيث يفرق بين حكم التحكيم الدولي الصادر بفرنسا، وحكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا مثل ما فعله المشرع الجزائري، فلا يجيز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج فرنسا مباشرة، وإنما تتم مراقبته بطريقة غير مباشرة عن طريق الطعن بالاستئناف في الأوامر المتعلقة بالتنفيذ، وهذا بعكس حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في فرنسا، فهو قابل للبطلان وهذا ما نصت عليه المادة: 1518 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[4]، أما حالات البطلان والتي يبنى عليها الطعن فنصت عليها المادة 1520 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة أن حالات البطلان هي نفس الحالات التي يؤسس عليها الاستئناف، وفق ما نصت عليه المادة: 1522 الفقرة الثانية التي أحالتنا على المادة: 1520[5]، حيث أن التشريع الفرنسي وحد حالات البطلان والاستئناف مثل فعله المشرع الجزائري في المادة: 1056 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري السالفة الذكر، إلا أن المشرع الجزائري أضاف حالة أخرى، وهي حالة إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها،

---

[1]- المادة: 1061 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 09-09، مرجع سبق ذكره:" تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض.

[2]- أنظر المادة 358 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، والتي بينت أهم الأوجه الذي يبنى عليه الطعن بالنقض.

[3]- نصت المادة 1489 من ق.إ.م.إ.ج رقم: 08-09، مرجع سبق ذكره، على عدم جواز استئناف حكم التحكيم الداخلي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإن حكم التحكيم لا يقبل الطعن بالإستئناف وإنما يقبل الطعن بالبطلان إذا توافرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 1492 من ق.إ.م.ف، كما أجاز المشرع الفرنسي الطعن في حكم التحكيم بالمعارضة وفق نص المادة 1501 منن القانون نفسه، وبالمراجعة وفق نص المادة 1502 من القانون ذاته كذلك.

- Art 1489:« La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties»

- Art 1501:«La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588»

- Art:1502:« Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article *595* et sous les conditions prévues aux articles *594*,*596*,*597* et *601* à*603*.

Le recours est porté devant le tribunal arbitral.

Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence»

[4] - Art 1489:«La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours enannulation».

[5]- Art 1489:« Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation.Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus àl'article 1520...».

أو إذا وجد تناقض في الأسباب، فهذه الحالة غير موجودة في التشريع الفرنسي وانفرد بها التشريع الجزائري، وحالات البطلان وردت في نص المادة: 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي كما يلي:

L'article: 1520

Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1- Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent : ou

2- Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué : ou

3- Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée : ou

4- Le principe de la contradiction n'a pas été respecté : ou

5- La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

ومن حيث الجهة التي تنظر الاستئناف المرفوع ضد الأمر المؤيد للاعتراف أو التنفيذ في التشريع الفرنسي، فنجد المادة: 1525 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تخول الاختصاص لنفس المحكمة التي نظرت في أمر التنفيذ أو الاعتراف وهي محكمة الاستئناف[1]، على غرار المشرع الجزائري حيث نص في المادة: 1057 كما سبقت الإشارة إليه أن الطعن بالاستئناف يرفع أمام المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاص المحكمة التي أصدرت أمر التأييد أو الرفض للاعتراف أو التنفيذ للحكم التجاري الدولي الصادر عن محكمة التحكيم.

وفيما يخص ميعاد رفع الاستئناف فهو شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ للحكم التحكيمي الدولي، وفق المادتان: 1525 و1523 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[2]، وهو نفس الميعاد الذي كرسه المشرع الجزائري في المادة: 1057 من قانون الإجراءات المدنية الجزائر[3].

أما المشرع المصري فقبل صدور قانون التحكيم لسنة 1994 كان يجيز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق الاستئناف، والتماس إعادة النظر، لكن بعد صدور قانون التحكيم رقم: 27-94 ألغى تماماً الطعن بالتماس إعادة النظر والطعن بالاستئناف، وأصبح حكم التحكيم التجاري الدولي، لا يقبل فيه الطعن بأي وسيلة من طرق الطعن، ما عدا الطعن بالبطلان إذا توافرت حالته المنصوص عليها في التشريع المصري، فجميع أحام التحكيم الصادرة في مصر، سواء كان التحكيم داخلياً أم دولياً قابلة للطعن فيها بدعوى البطلان[4].

---

[1] Art:1525:« La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue àl'étranger est susceptible d'appel.
L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.
Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue de l'exequatur.
La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que dans les cas prévus à l'article *1520*».

[2] - Art:1525:« La décision qui refuse la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale internationale rendue en France est susceptible d'appel.
L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision».

[3]- المادة 1057: "يرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لامر رئيس المحكمة".

[4]- أحمد السعي شرف الدين، جامعة عين الشمس، دعوى بطلان حكم التحكيم، مقال منشور في سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، الجزء الأول، سنة 2002، مجلة إتحاد المحامين العرب، وحدة التدريب و تكنولوجيا المعلومات ص 551.

ولقد حصن قانون التحكيم المصري لسنة 1994 أحكام التحكيم، ضد طرق الطعن المعروفة في قانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية، وجعلها نهائية لا يجوز الطعن فيها إلا بالبطلان، وفق الحالات التي نصت عليها المادة: 53 الفقرة الأولى من قانون: 1994 المتعلق بالتحكيم المصري، وبذلك يكون المشرع المصري قد خالف المشرع الجزائري والفرنسي، مما يطرح إشكالية مدى توفيق المشرع المصري في هذا الاتجاه الذي أنتهجه في ظل النقد الموجه له من طرف الفقه[1]، حيث بالرجوع إلى أحكام القانون المصري، نجده فيما يخص ميعاد الطعن بالبطلان حدده بتسعين (90) يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، وهو نفس الميعاد الذي نص عليه قانون اليونيسترال المحدد ب ثلاثة(03) أشهر، والجهة المختصة بنظره محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على محكمة استئناف أخرى في القاهرة، أضف إلى ذلك أن المشرع المصري وحسب رأي المحامي الدكتور فتحي البطاينة من الأردن، أحسن صنعاً بتأكيده على أن رفع دعوى البطلان، لا يؤدي بقوة القانون إلى وقف تنفيذ حكم التحكيم، إلا إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى، هذا بخلاف التشريع الجزائري والفرنسي الذي أقر الأثر الموقف للطعن بالبطلان فيما يخص تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي بقوة القانون كما سبقت الإشارة إليه.

ويعد القانون المصري لعام 1994 بشأن التحكيم من قبيل هذه الأنظمة القانونية الموسعة لنطاق البطلان إذ منح المشرع المصري للقضاء المصري الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، إذا كان التحكيم قد جرى في مصر بصدد منازعة دولية أو كان قد جرى في الخارج، وكان القانون المصري هو المطبق على إجراءات التحكيم بناءا على اتفاق الأطراف[2].

كذلك نجد المشرع التونسي في قانون التحكيم التونسي رقم:42 لعام 1993، لا يجيز استئناف احكام المحكمين المفوضين بالصلح إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، هذا فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي، ويجري الاستئناف في هذه الحالة وفق قواعد المرفعات المدنية والتجارية التونسي، ولا يجوز الطعن في أحكام التحكيم القابلة للاستئناف بالإبطال[3]، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي بغض النظر عن مكان صدوره حكم التحكيم الدولي، فإنه لا يجوز استئنافه، وإنما يقبل الطعن عن طريق دعوى الابطال، إذا توافرت حالة أو أكثر من حالات الإبطال التي أوردها المشرع في المادتين: 78 و79 من ذات القانون، وهي نفس حالات رفض الاعتراف والتنفيذ التي أوردتها المادة 5 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 السالفة الذكر[4]، وهذا ما سوف نعمل على ابرازه في البند الموالي المتعلق بالطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقاً للاتفاقيات والمنظمات الدولية.

---

[1]– رضا السيد عبد الحميد جامعة عين الشمس، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط، 2003 ص ص 109– 110.

[2]– عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 199.

[3]– أنظر المواد: 39، 40، 41 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

[4]– أنظر المادتان: 78، 79 من قانون التحكيم التونسي لعام 1993، مرجع سبق ذكره.

ثانياً: الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقاً للاتفاقيات والمنظمات الدولية

يستند التحكيم في مجال التجارة الدولية على الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، وكذا ما اعتمد في بعض المنظمات الدولية، ومن أبرز قواعد التحكيم الحر في الوقت الحاضر في المجال الدولي، القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية اليونيسترال، والتي اعتمدتها التشريعات الوطنية الداخلية، إضافة إلى ما تمت المصادقة عليه في إطار التحكيم المؤسسي التجاري، فإذا ما أتفق أطراف العلاقة التجارية الدولية على التحكيم وفق قواعد مركز أو مؤسسة أو هيئة معينة فيلتزمون بطرق الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة عن محاكم التحكيم التابعة لها هذا ما سوف نتناوله من خلال الإشارة إلى طرق الطعن في بعض الاتفاقيات الدولية وكذا القانون النموذجي والمنظمة العالمية للتجارة.

حيث أن أغلب الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي عالجت أمور التحكيم، قد أخذت بالمبدأ الذي يعطي للقضاء حق الرقابة على القرارات التحكيمية وتنفيذها، وهذا الموقف يجد أساساً له في احترام النصوص التشريعية الوطنية التي تذهب غالبيتها إلى إمكانية الطعن بالقرار التحكيمي ومن هذه الاتفاقيات:

أ- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

تعتبر هذه الاتفاقية بمثابة الميثاق العالمي للتحكيم التجاري الدولي، وتم الإعلان عنها في 20 مايو 1958 في مدينة نيويورك، حيث ألغت برتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف لعام 1927، بعدما كان يمثلان أول نظام قانوني عالمي للتحكيم التجاري الدولي[1]، كما انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب قانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988[2]، ولم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1985 بشكل مباشر لطرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، فقط أشارت بشكل غير مباشر للطعن بالبطلان على حكم التحكيم من حيث الآثار المترتبة على بطلان الحكم التحكيمي أو وقفه الصادر في دولة مقر التحكيم في النظام القانوني للدولة الأخرى المطلوب منها الاعتراف به وتنفيذه، كسبب من أسباب رفض الاعتراف والتنفيذ[3]، وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك السالفة الذكر فنجدها تنص على أنه:"**لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم بناءاً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على: الفقرة (هـ) الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم** ".

ويفهم من الفقرة (هـ)، أن هناك إمكانية إبطال القرار التحكيمي الدولي من قبل محاكم الدولة التي صدر فيها القرار أو الحكم، أو من الدولة التي صدر القرار بموجبها قانوناً، بحيث هذه الفقرة أعطت السلطة

---

[1]- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سبق ذكره، ص ص 458 - 459.

[2]- القانون 18/88 المؤرخ في 10 يوليو عام 1988 المتعلق بالمصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سبق ذكره.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1997، ، مرجع سبق ذكره، ص 248.

المختصة في الدولة التي صدر القرار بموجب قانونها حق إبطال القرار التحكيمي، بالإضافة إلى إمكانية ذلك من قبل السلطة المختصة في الدولة التي صدر قرار التحكيم فيها[1].

ويلاحظ أن النص الذي جاءت به اتفاقية نيويورك في مجال طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي في المادة الخامسة، تضمنته المادة التاسعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، بحيث كلاهما عدد أسباب إبطال القرار التحكيمي، غير أن هناك فرق بين الاتفاقيتين، وهو أن الاتفاقية الأوربية قد اشترطت أن يكون الإبطال قد صدر في دولة متعاقدة، أي أن الدولة التي صدر القرار التحكيمي فيها يجب أن تكون دولة منضمة إلى الاتفاقية الأوربية، لكي يكون لقرار الإبطال الذي صدر من محاكمها أثر بالنسبة للدولة المتعاقدة الأخرى التي يراد تنفيذ القرار على إقليمها، وهذا ينطبق أيضًا على حالة الدولة التي تبطل محاكمها القرار التحكيمي عندما يكون القرار التحكيمي قد صدر بموجب قانونها[2].

كما تعرضت الاتفاقية الأوربية لقدرة الدولة، والأشخاص المعنوية العامة للجوء إلى التحكيم بطريقة مباشرة، وهي بذلك عالجت النقص الذي اعترى اتفاقية نيويورك لعام 1958[3].

ب- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية منازعات الاستثمار المنشئة للمركز الدولي:

صادقت الجزائر على الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في 18 مارس 1965، والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب المرسوم الرئاسي رقم:346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995[4]، وينقسم التحكيم من حيث تنظيمه إلى حر ومؤسسي، ويأخذ بنظر إلى معيار دوليته تحكيم دولي وتحكيم داخلي، وقد يأخذ التحكيم التجاري الدولي إحدى الصورتين: الأولى ما يطلق عليه بالتحكيم الخاص الذي يتولاه الأطراف ويكون لهم مطلق الحرية في اختيار المحكمين والإجراءات التي تطبق بشأن موضوع النزاع، والثانية التحكيم المؤسسي الذي أصبح متسقاً مع ظروف التجارة الدولية[5]، مثل التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والذي يعد من قبيل التحكيم التجاري الدولي الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والتي تتضمن مجالاتها تداول الأموال والخدمات بين الحدود[6].

بيد أن الاتفاقية الدولية المنشئة للمركز، لم تحدد عمليات الاستثمار التي تختص بالمنازعة الناشئة عنها، حيث يذهب جانب من الفقه إلى التوسع في تفسير تلك العمليات، وتوسيع اختصاص المركز ليشمل

---

[1]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2006، ص ص 392-393.

[2]- انعقدت الاتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي في 21 أبريل 1961، ودخلت حيز التنفيذ في 07 يناير 1961 طبقاً لأحكام الفقرة الثامنة (8) وباستثناء الفقرات الثالثة(3) حتى السابعة (7) من المادة الرابعة (4) التي أصبحت سارية المفعول في 18 أكتوبر 1965 بموجب الفقرة الرابعة من ملحق الاتفاقية، (فوزي محمد سامي، مرجع سابق ذكره ص 393).

[3]- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 158.

[4]- المرسوم الرئاسي رقم: 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ، مرجع سبق ذكره.

[5]- حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مرجع سبق ذكره، ص 18.

[6]- طه علي أحمد قاسم ، مرجع سبق ذكره ، ص ص 457 - 485.

المنازعات التي تدخل في عقود الاستثمار وما به من عقود الاستيراد والتصدير، وعقود المقاولات وغيرها من العقود التجارية الدولية المرتبطة بها[1]، ولقد عالجت المادتان 51 و52 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز، طرق الطعن في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكمه والمتمثلة في:

1- الطعن بطلب إعادة النظر:

حيث تجيز الاتفاقية اللجوء إلى هذا الطريق إذا ما توفرت الشروط المتطلبة أو الأسباب التي يجب أن يستند إليها طلب إعادة النظر، والمتمثلة في ظهور وقائع جديدة لم تكن معلومة عند صدور الحكم، ويشترط في هذه الوقائع ما يلي:

- أن يكون من شأنها التأثير بشكل جوهري على الحكم، أي أنها ستتأثر لو كانت معلومة للمحكمة بقرارها التحكيمي.

- أن تكون هذه الوقائع مجهولة من قبل المحكمة أثناء سير الإجراءات وقبل إصدار الحكم ، وكذلك مجهولة من الطرف الذي يتقدم بإعادة النظر.

- ألا يكون عدم العلم بهذه الوقائع مرده خطأ أو إهمال الطرف طالب إعادة النظر.

أما بالنسبة للمدة التي يقدم بها طلب إعادة النظر فهي تسعون (90) يوماً من اكتشاف الواقعة، وفي جميع الأحوال يجب تقديم هذا الطلب خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم، فإذا توافرت هذه الشروط يعرض الطلب على محكمة التحكيم المصدرة للحكم إذا أمكن ذلك، أما إذا تعذر ذلك فتؤلف محكمة جديدة وفق اللوائح المنصوص عليها للنظر في الطلب.

وبخصوص أثار الطعن بطلب إعادة النظر، فنجد أنه يترتب على تقديم هذا الطعن وقف تنفيذ الحكم إذا قررت المحكمة ذلك نظراً لظروف النزاع، أو إذا طلب ذلك من تقدم بطلب إعادة النظر، شرط أن يتم تقديم طلب وقف التنفيذ خلال طلب إعادة النظر، وبالتالي ليس هناك أثر موقف بقوة القانون، بل الأمر متروك للسلطة التقديرية لمحكمة التحكيم، أو بناءاً على طلب صاحب الطعن متزامناُ مع طلب إعادة النظر.

2- الطعن بالبطلان:

على عكس التشريعات الوطنية السالفة الذكر فيما يخص دعوى البطلان ضد أحكام التحكيم التجاري الدولي في إطار الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، والتي أغلبها ترفع أمام القضاء، فإن هذا الطعن لا يتم أمام قضاء وطني، وإنما أمام لجنة مشكلة من الرئيس الإداري للمركز الدولي يضم ثلاثة محكمين ليس من بينهم أحد يتمتع بجنسية أحد الأطراف المتنازعة، إذ تتمتع أحكام التحكيم الصادرة تحت مظلة المركز بنظام قانوني خاص بها يضمن فعاليتها[2].

---

[1]- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سبق ذكره، ص 329.

[2]- فضيلة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص266، أنظر كذلك: - عبد الله عبد كريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، مرجع سبق ذكره، ص 128.

كما تلتزم الدول الأطراف في المعاهدة بالاعتراف بأحكام التحكيم على اعتبار أنها أحكام ملزمة وتلتزم بتنفيذ الآثار المالية المترتبة على إقليمها كما ولو كانت أحكام وطنية صادرة عنها، مع إعمال القواعد الخاصة بحصانة الدولة ضد إجراءات التنفيذ، كما أن الأحكام الجزئية الصادرة بشأن الفصل في مسألة اختصاصها فإنها لا تقبل الطعن فيها بالبطلان على نحو مستقل[1].

وقد حصرت معاهدة واشنطن في المادة: 52 الحالات التي يجوز فيها البطلان وهي:

1 – خطأ في تشكيل المحكمة: ومثاله أن يتم تشكيل المحكمة من عدد زوجي بدلاً من فردي، أو أن يكون أحد المحكمين من جنسية مماثلة لأحد أطراف النزاع المحتكمين لدى المركز.

2 – استعمال المحكمة سلطة زائدة عن اختصاصها: ويشمل هذا السبب صوراً متعددة: كأن تقوم هيئة التحكيم بالفصل في مسائل لم يتفق على العهدة بالفصل فيها إليها سوءا في شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم، أو أن تغفل الفصل في بعض المسائل التي عهدت إليها كي تفصل فيها، أو لا تحترم محكمة التحكيم المادة: 42 من المعاهدة وعدم تطبيقها للقانون الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة عليها.

3 –عدم صلاحية عضو من أعضاء المحكمة: مثل رشوة أحد أعضاء المحكمة.

4– البطلان بسبب إهمال خطير لإجراء أساسي من المحاكمة: هذا السبب يعني أن يكون هناك انتهاك صارخ لإجراء لا يستغنى عنه من إجراءات المحاكمة، كالمساس بحقوق الدفاع أو الانتقاص منها، مما يمثل سبباً لبطلان حكم التحكيم بسبب هذا الإهمال، وأيضاً من الأمثلة على ذلك:انتهاك مبدأ الوجاهية.

5 – فشل المحكمة في بيان الأسباب التي بني عليها الحكم: ويعني ذلك عدم التسبيب أو القصور، بحيث أكدت الاتفاقية على أنه عند إغفال الحكم بيان الأسباب التي بني عليها فيمكن لأي من أطراف النزاع التقدم بطلب للإبطال الحكم على هذا الأساس، وتجدر الإشارة أن هناك عدة تطبيقات لطرق الطعن أمام المركز في عدة قضايا[2]،

أما ميعاد رفع طلب إلغاء الحكم فهو المائة وعشرين (120) يوماً التالية لصدور الحكم، وإذا استند طلب الإلغاء إلى رشوة، فإنه يقدم خلال نفس المدة التالية لاكتشاف الرشوة، وفي جميع الأحوال خلال السنوات الثلاثة التالية لتاريخ الحكم[3]، والجهة التي يرفع إليها الطلب لتقييده هي السكرتير العام للمركز، كما أن أثار طلب الإلغاء على الحكم التحكيمي الصادر عن المركز هي نفس أثار طلب إعادة النظر السالفة الذكر[4].

---

[1]– فضيلة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سبق ذكره، ص 267.

[2]– حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، مرجع سبق ذكره، ص 275.

[3]– المادة 52 من ا.و.ت.م.إ لسنة 1965 الفقرة 2، مرجع سبق ذكره.

[4]– المادة 51/ف 4 و المادة 52/ف 5 من ا.و.ت.م.إ لسنة 1965، مرجع سبق ذكره.

ج- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمنظمة العالمية للتجارة:

سنحاول بيان طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي ضمن القواعد التي وضعتها لجنة قانون التجارة الدولية اليونيسترال، فبدلا من قيام الأطراف أو هيئة التحكيم بإعداد قواعد إجرائية لإتباعها في التحكيم الحر، سهلت هذه اللجنة المهمة عليهم بتنظيم العملية التحكيمية في إطار التجارة الدولية، ومنازعات الاستثمار، خاصة في ظل التحكيم الحر، كما نعمل بيان طرق الطعن في ظل منظمة العالمية للتجارة على غرار اتفاقية واشنطن السالفة الذكر كإحدى المنظمات الدولية المتخصصة في مجال التعاون الدولي الاقتصادي.

1- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة **(UNCITRAL)** عام 1985 المعدل سنة 2006 على طريقة واحدة وهي طلب إلغاء القرار، وذلك في المادة: 34 منه بقولها:

" 1- لا يجوز الطعن في قرار التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا بطلب يقدم وفق الفقرتين (1) و(2) من هذه المادة،

2- لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة: 6 أن تلغي قرار التحكيم إلا إذا:

(أ) قدم الطرف طالب الإلغاء دليلا يثبت:

1- أن أحد طرفي التحكيم المشار إليه في المادة: (7) مصاب بأحد عوارض الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق له، أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنها فعلا ذلك أو

2- أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطيع لسبب أخر أن يعرض قضية، أو

3- أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم، أو أنه يشمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق، على أنه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير معروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم ، أو

4- أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفا لاتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو يكن، من حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، أو مخالفة لهذا القانون، أو

(ب) وجدت المحكمة:

1- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة أو

2- أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.

3- لا يجوز تقديم طلب الإلغاء بعد انقضاء ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطرف صاحب الطلب قرار التحكيم أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة: 22 إذا كان قدم مثل هذا الطلب، (المادة: 22 نصت على إمكانية طلب تصحيح أو تفسير القرار التحكيمي وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم قرار التحكيم).

4- يجوز للمحكمة عندما يطلب منها إلغاء القرار أن توقف إجراءات الإلغاء إن رأت أن الأمر يقتضي ذلك وطلبه أحد الطرفين، لمدة تحددها هي كي تتيح لهيئة التحكيم استئناف السير في إجراءات التحكيم أو اتخاذ أي إجراء أخر من شأنه في رأيها أن يزيل الأسباب التي بني عليها طلب الإلغاء.

كما أكدت الفقرة: 45 من المذكرة الإيضاحية بشأن القانون النموذجي لعام 1985 بصيغته المعدلة عام 2006 على طلب الإلغاء كإجراء وحيد، وأضافت أنه لا يمنع الطرف الذي يريد الإلغاء من ألتماس رقابة المحكمة على سبيل الدفاع في إجراءات الإنفاذ، أو أن يقدم استئنافا إلى هيئة تحكيم من الدرجة الثانية إذا كان الطرفان قد اتفقا على هذه الإمكانية[1].

ويلاحظ أن القانون النموذجي شأنه شأن القوانين الحديثة لم يترك مجالاً للطعن بقرار التحكيم إلا بطلب الإلغاء وهي الطريقة الوحيدة كما ذكرنا، وقد عددت الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في طلب الإلغاء، والمدة التي يجب خلالها تقديم طلب الإلغاء[2].

2- المنظمة العالمية للتجارة: O.M.C :

تم تأسيسها بعد جولات عديدة بين الدول في 15 أبريل 1994، بمدينة مراكش المغربية[3]، والتزمت الدول الأعضاء فيها بموجب مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة، بوضع آلية جديدة لحل المنازعات بين الدول الأعضاء، تمثلت في جهاز تسوية المنازعات وهو جهاز مستقل، يتمتع بسلطة إنشاء فرق التحكيم واعتماد تقارير جهاز الاستئناف، فضلاً عن الاختصاصات الأخرى، حيث تتولى فرق التحكيم متابعة وفحص الموضوع لإنهاء النزاع، ما لم يخطر أحد أطراف النزاع بقيامه بتقديم طلب استئنافه، وإذا تقدم أحد الأطراف بتقديم طلب استئنافه، فيرفع جهاز تسوية المنازعات القضية المتنازع عليها إلى جهاز أخر هو الجهاز الدائم للاستئناف الذي يتمتع أعضاءه بخبرة كبيرة في مجال القانون والتجارة الدولية، ويعتبر الحكم الذي يصدره حكماً نهائياً واجب النفاذ، ويجوز لمجلس الاستئناف أن يؤيد النتائج والاستنتاجات القانونية التي توصلت إليها الهيئة أو يعدلها أو ينقصها[4].

---

[1]- قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فينا، 2008، ص ص 19 - 34.

[2]- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سبق ذكره، 2006 ص ص 411-413.

[3]- عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، مرجع سبق ذكره، ص 254.

[4]- بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، مرجع سبق ذكره، أنظر كذلك: المادة 17 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة، مرجع سبق ذكره.

وتبدأ مرحلة الاستئناف عندما يكون هناك اعتراض على النتائج من جانب أحد أطرف النزاع، إذ يحال النزاع عندئذ، على جهاز الاستئناف الذي يعتبر بمثابة محكمة استئنافية، ويعد هذا الأخير إضافة جديدة إلى نظام حل النزاعات على اعتبار أن هذا الجهاز هو هيئة أو جهاز دائم ينشئه مجلس حل النزاعات لتقديم التقارير إليه، والتي تقبلها أطراف النزاع دون شروط، ما لم يقرر جهاز المجلس بتوافق الآراء عدم اعتماد تقارير المجلس في غضون 30 يوماً بعد تعميمه على الأعضاء، وتخل إجراءات الاعتماد هذه بحق الأعضاء في التعبير عن أرائهم عن أي تقرير لجهاز الاستئناف، وللإشارة أن المادة 17 من مذكرة التفاهم لمنظمة التجارة العالمية هي التي أقرت إنشاء الجهاز الدائم للاستئناف[1]، ونصت المادة 17 على ما يلي:

- **لإعادة النظر في الاستئناف :**

1- يعمل جهاز الاستئناف الدائم على إنشاء جهاز دائم للاستئناف، وينظر جهاز الاستئناف في القضايا المستأنفة من الأفرقة، ويتكون الجهاز من سبعة أشخاص يخصص ثلاثة منهم لكل قضية من القضايا، ويعمل أعضاء جهاز الاستئناف وتحدد إجراءاته بالتناوب.

2- يعين جهاز تسوية المنازعات أعضاء جهاز الاستئناف لفترة أربع سنوات، ويجوز إعادة تعيين أي منهم مرة واحدة، إلا أن مدة خدمة ثلاثة من الأشخاص السبعة الذين يعينون فور نفاذ اتفاق منظمة التجارة العالمية تنتهي بمرور عامين على تعيينهم، و يختار هؤلاء بالقرعة، وتملأ الشواغر لدى حدوثها، ويشغل الشخص المعين بدلاً من شخص لم تنتهي مدة المنصب للمدة المتبقية من مدة ولاية سلفه.

3- يتألف جهاز الاستئناف من أشخاص مشهود لهم بالمكانة الرفيعة، وبالخبرة الراسخة في مجال القانون والتجارة الدولية وموضوع الاتفاقات المشمولة عموما[2]، ويجب أن لا يكونوا تابعين لأية حكومة من الحكومات، وينبغي أن تعكس عضوية جهاز الاستئناف إلى حد كبير عضوية منظمة التجارة العالمية في سعة تمثيلها، وينبغي لجميع الأشخاص اللذين يشغلون عضوية جهاز الاستئناف أن يكونوا جاهزين للعمل في كل وقت وبناءًا على إخطار مستعجل، وأن يتابعوا أنشطة تسوية المنازعات وغيرها من أنشطة منظمة التجارة العالمية ذات الصلة، وينبغي أن لا يشاركوا في النظر في أية منازعات يمكن أن تخلق تضارباً مباشراً أو غير مباشر في المصالح.

4- لا يجوز إلا لأطراف النزاع، استئناف تقارير الأفرقة، ويجوز للأطراف الثالثة أي: الغير ممن أخطروا جهاز تسوية المنازعات بمصلحتهم الجوهرية في الموضوع عملا بالفقرة2 من المادة 10 من مذكرة التفاهم، أن يقدموا مذكرات كتابية إلى جهاز الاستئناف وأن يمنحوا فرصة التحدث أمامه.

5- لا تتجاوز فترة الإجراءات، كقاعدة عامة 60 يوماً من تاريخ تقديم أحد أطراف النزاع إخطارا بقرار الاستئناف إلى التاريخ الذي يعمم فيه جهاز الاستئناف تقريره، وعند وضع البرنامج الزمني، يأخذ جهاز

---

[1]- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سبق ذكره، ص ص 113 – 114.

[2]- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، مرجع سبق ذكره، ص 114.

الاستئناف في اعتباره أحكام الفقرة التاسعة من المادة: 4 في حال انطباقها، وإذا قرر جهاز الاستئناف أن لن يستطيع تقديم تقريره خلال 60 يوماً، فعليه أن يعلم جهاز تسوية المنازعات كتابة بالأسباب الداعية للتأخير مع تقدير الفترة المطلوبة لتقديم التقرير، ولا يجوز في أي حال من الأحوال أن تزيد مدة الإجراءات عن 90 ويوماً.

6- يقتصر الاستئناف على المسائل القانونية الواردة في تقرير الفريق وعلى التفسيرات القانونية التي توصل إليها.

7- يوفر لجهاز الاستئناف ما يحتاجه من الدعم الإداري و القانوني المناسب.

8- تغطى نفقات الأشخاص اللذين يشغلون عضوية جهاز الاستئناف، بما فيه نفقات السفر والإقامة، من ميزانية منظمة التجارة العالمية وفق معايير يعتمدها المجلس العام بناء على توصيات من لجنة الميزانية والمالية والإدارة.

- **إجراءات إعادة النظر عند الاستئناف:**

9- يضع جهاز الاستئناف إجراءات العمل بالتشاور مع رئيس جهاز تسوية المنازعات والمدير العام، وترسل إلى الأعضاء للعلم بها.

10- تكون إجراءات الاستئناف سرية، وتوضع تقارير جهاز الاستئناف دون حضور أطراف النزاع وفي ضوء المعلومات والبيانات المقدمة.

11- تورد الآراء التي يعبر عنها مختلف أعضاء جهاز الاستئناف و تدرج في تقارير جهاز الاستئناف دون ذكر الأسماء.

12- يعالج جهاز الاستئناف المسائل المطروحة وفق الفقرة 6 خلال إجراءات الاستئناف.

3 – لجهاز الاستئناف أن يقرر أو يعدل أو ينقص نتائج و استنتاجات التفرقة.

- **اعتماد تقارير جهاز الاستئناف**

14- يعتمد جهاز تسوية المنازعات تقارير جهاز الاستئناف وتقبلها أطراف النزاع دون شروط ما لم يقرر جهاز تسوية المنازعات بتوافق الآراء عدم اعتماد تقرير جهاز الاستئناف في غضون 30 يوم بعد تعميمه على الأعضاء، ولا تخل إجراءات الاعتماد هذه بحق الأعضاء في التعبير عن آرائها عن أي تقرير لجهاز الاستئناف، وإذا لم يكن هناك اجتماع مقرر خلال هذه المدة، عقد جهاز تسوية النزاعات اجتماعاً لهذا الغرض.

ويختلف التحكيم الخاص في المنظمة العالمية للتجارة عن التحكيم التجاري الدولي المتعارف عليه في الآتي:

- يقتصر نظام تسوية المنازعات في المنظمة على الدول دون سواها، بمعنى لا يستطيع أي طرف متضرر من القطاع الخاص أن يرفع شكوى مباشرة، وعندما يتضرر القطاع الخاص من قرارات بعض الدول يجب عليه رفع الشكوى إلى حكومته لتتبناها في المنظمة العالمية للتجارة .

– في التحكيم في إطار المنظمة ليس للأطراف حرية اختيار المحكمين أو الجهة التي تشرف على التحكيم، لأنهم مقيدين بقائمة الخبراء لدى المنظمة.

– ليس للأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق.

– يتميز التحكيم في إطار المنظمة بإمكانية الاستئناف القرار من قبل أطراف النزاع، بخلاف حكم التحكيم العادي الذي لا يجوز الاستئناف فيه، حيث لا يجوز الطعن فيه إلا بالبطلان إذا شاب حكم التحكيم أي سبب أسباب البطلان، ويمكن للأطراف اللجوء إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي العادي تحت مسمى التحكيم السريع الذي نصت عليه المادة: 25 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات بقولها:"يمكن للتحكيم في إطار منظمة التجارة العالمية كوسيلة بديلة من وسائل تسوية المنازعات أن ييسر التوصل إلى حل لبعض النزاعات على المسائل التي يحددها كلا الطرفين بوضوح .....، ويخطر جميع الأعضاء بأي اتفاقات للجوء إلى التحكيم قبل فترة كافية من البدء الفعلي في إجراءات التحكيم "[1].

[1]– المادة 25 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات التجارية الدولية في إطار المنظمة العالمية، مرجع سبق ذكره.

خلاصة الباب الثاني:

بعد هذا العرض المفصل لمختلف الآليات الودية والقضائية الداخلية والدولية، سواء في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو القانون الوطني أو الدولي، وكذا وسائل التسوية التي تضمنتها التشريعات الوطنية الداخلية والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء على مستوى الإقليمي العربي أو الغير العربي أو العالمي، خاصة تلك المنشئة للمراكز الدولية كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **CIRDI**، وما تضمنته كذلك تلك التكتلات الاقتصادية الإقليمية والعالمية من وسائل للتسوية مثل: المنظمة العالمية للتجارة **OMC**، اتضح أن أطراف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر دائماً تفضل الحلول الودية والتسوية الرضائية والدبلوماسية عن الحلول الأخرى، وذلك لاعتبارات سياسية واقتصادية.

ولقد اعتمدت الآليات الودية والمعبر عنها بالطرق البديلة لحل النزاعات كالمفاوضات والوساطة والتوفيق والتحكيم في مختلف التشريعات الوطنية الداخلية المقارنة سواء المتعلقة بالاستثمار على وجه الخصوص أو غير الاستثمار أو تلك المنظمة لإجراءاتها كقانون المرافعات والإجراءات ومن ذلك ما تضمنته المادة 24 من قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016، والمادة 23 من قانون الاستثمار التونسي رقم: 71 لعام 2016 والمادة 82 من قانون الاستثمار المصري رقم: 72 لعام 2017.

كذلك أفرد المشرع الجزائري الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية 08-09، للطرق البديلة لحل النزاعات والذي هو مقسم إلى بابين، الأول بعنوان في الصلح والوساطة، والثاني بعنوان التحكيم.

كما أشار المشرع الجزائري إلى المصالحة كآلية لتسوية منازعات المحروقات بموجب المادة 58 من قانون المحروقات رقم: رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل والمتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 وبالقانون رقم 13 - 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، حيث نظمت هذه المادة كيفية تسوية المنازعة المتعلقة بعقد الاستثمار الأجنبي المباشر في ميدان المحروقات المبرم بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات والمتعاقدين وشركة سونا طراك، وقد ميز هذا النص بين طريقتين للتسوية وهما: التسوية الودية وذلك وفق الشروط المتفق عليها في العقد في تسوية كل خلاف بين الوكالة والمتعاقد وذلك حسب ف الأولى من قانون 13-01، والتسوية عن طريق التحكيم في حالة فشل الأطراف في الوصول إلى حل عن طريق المصالحة المسبقة، حيث يمكن للأطراف عندئذ الأكثر استعجالا"عرض النزاع على هيئة التحكيم، هذه الأخيرة تخضع للقواعد العامة للتحكيم التجاري الدولي.

وفي هذا الإطار اخضع المشرع الجزائري منازعات المؤسسة الوطنية "سونا طراك" شركة ذات أسهم كقاعدة عامة إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، ووفق نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، (المواد من 1039 إلى 1065).

كذلك ومن أجل مواكبة التوجه المعاصر تم إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الإقليمية والعالمية، والمنظمة لهذه الطرق البديلة باختلاف أنواعها خاصة في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، وذلك من أجل تحقيق مقاربة وتكامل اقتصادي ثنائي أو جهوي أو عالمي، فعلى المستوى العربي نجد الاتفاقية

العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، التي وضعت عدة آليات لفض المنازعة المتعلقة بضمان الاستثمارات وائتمان الصادرات بين الدول العربية وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم ومنها: المفوضات والوساطة والتوفيق، كذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1974، والتي اعتمدت التوفيق والتحكيم لفض النزاع، والاعتداد بنظام التوفيق والتحكيم أيضاً في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980.

أما على المستوى العالمي فقد تناولت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والمنشئة للمركز الدولي لفض المنازعة الاستثمارية، هذه الآليات بصفة مؤسساتية وهي آلية التوفيق والتحكيم، فضلاً الاعتداد بهذه الآليات خاصة آلية التوفيق والتحكيم من طرف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية **.UNICTRAL**

وبخصوص المنظمات الدولية والتي كرست هذه الطرق البديلة سواء في إطار القانون الدولي العام أو في إطار العلاقات الدولية الخاصة على غرار هيئة الأمم المتحدة، نجد على سبيل المثال المنظمة العالمية للتجارة **OMC**، والتي أقرت نظاماً لتسوية منازعات التجارة بما في ذلك تلك المتعلقة بالاستثمار من خلال آلية التشاور والمساعي الحميدة والتوفيق والوساطة، وإنشاء فرق التحكيم والاستئناف.

كذلك نجد القانون الدولي الثنائي الإتفاقي ممثلاً في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتشجيع والحماية والترقية المتبادلة في مجال الاستثمار كرست الحل الودي لحل النزاع الاستثماري بصفة إلزامية أو اختيارية، سواء بتحديد نوعية الآلية الودية أو دون تحديدها، ومن ذلك الاتفاق المبرم من طرف الجزائر مع إيطاليا وإسبانيا ورومانيا والأردن، في مجال الحماية والتشجيع والترقية المتبادلة للاستثمارات الأجنبية والذي نص على أن يسوى الخلاف بتراضي أو الاستشارة أو بالطرق الدبلوماسية بين الطرفين خلال مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفع الطلب الكتابي، وفي حالة فشل التسوية بالتراضي يتم اللجوء إلى الاختيار بين الآليات الأخرى القضائية الداخلية أو آلية التحكيم الخاص الحر أو المؤسسي.

وما يؤخذ على هذه الآليات هو أن فعاليتها تعتمد بشكل حصري على رضا الأطراف، كون لهم مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات والقرارات التي يصدرها الموفق أو الوسيط، لذلك غالباً ما يتم الدمج بين هذه الآليات البديلة وبين التحكيم أو القضاء، حيث تنص الكثير من العقود وكذا التشريعات الوطنية والدولية على التسوية الودية كخطوة أولى ثم بعدها اللجوء إلى إجراءات التحكيم والمحاكم كخطوة ثانية في حالة فشل الآليات البديلة.

كذلك يتضح أن اللجوء إلى الآليات القضائية يكون وفق شروط معينة ومحددة في التشريعات الوطنية الداخلية والقانون الدولي سواء في ظل القضاء الوطني أو القضاء الدولي، فبخصوص القضاء الوطني فاللجوء إليه يكون بصفة اختيارية أو إلزامية وفق مبدأ سلطان الإرادة أو القانون الوطني أو القانون الدولي.

لهذا فبعد فشل آليات الودية والدبلوماسية في تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر يتم اللجوء إلى القضاء الوطني وفق القانون الدولي الاتفاقي في مجال الاستثمار ومن ذلك الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها

الجزائر في مجال الحماية والتشجيع المتبادلتان للاستثمارات، لكن اللجوء إلى القضاء يكون وفق اختيار المستثمر بحيث أن الاتفاقيات الثنائية أعطت للمستثمر الأجنبي المفاضلة في اللجوء إما إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم المؤسسي عبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ومن ذلك على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة 8 الفقرة الثانية من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية، " إذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي تم الاستثمار على إقليمها، أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"، كذلك المادة 11 من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية والتي تحيلنا إلى التحكيم المؤسسي أوالخاص في إطار**CIRDI** أو **CCI** أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته **CNUDCI**.

كذلك وتطبيقاً لمبدأ السيادة جعل المشرع الجزائري الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار للجهات القضائية الجزائرية ، وذلك صراحة في قانون ترقية الاستثمار لعام 2016، حيث نصت المادة 24 من قانون الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 والتي وردت في يخص الضمانات الممنوحة للاستثمارات على أنه:" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

وبالرغم من تحديد الاختصاص الإقليمي من طرف المشرع الجزائري إلا أنه لم يحدد الاختصاص النوعي، مما يستدعي الرجوع إلى الأحكام العامة المتعلقة بالاختصاص الإقليمي والنوعي الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 24 فبراير 2008، وبالأخص نص المادة 32 منه.

ويطرح الاختصاص القضائي الوطني النوعي لنظر المنازعة الاستثمارية المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مسألة القضاء العادي أم الإداري في الدولة المضيفة للاستثمار لنظر منازعة عقود الاستثمار الأجنبي الخاص المباشر الذي أحد أطرافها شخص معنوي عام وهو الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها؟

وبما أن المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر كثيرة ومتنوعة فمسألة الاختصاص النوعي بنظرها تكون حسب طبيعة ونوع النزاع، وكذا أطرافه، فإذا كان النزاع في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ناشئاً بين الدولة الممثلة في الوكالة الوطنية للاستثمار والمستثمر الأجنبي فيما يخص الشروط الواجب توافرها للحصول على المزايا أو إذا كان النزاع يتعلق بالجانب الجبائي من العملية الاستثمارية، والذي يربط بين الدولة ممثلة في إدارة الضرائب والمستثمر الأجنبي، أو بين مديرية أملاك الدولة والمستثمر الأجنبي فيما يخص الآتاوات التي تدفع عن الاستفادة من العقار الصناعي الموجه للاستثمار فإن القضاء الإداري هو المختص.

أما إذا كان النزاع يتعلق بنشاط الشركات الأجنبية المستثمرة وحدث نزاع بين المساهمين في إطار إدارة الشركة فإن هذا النوع من النزاعات يخضع للمحاكم العادية، خصوصا إذا تضمن العقد التأسيسي للشركة بند

يحيل إلى التسوية الودية وفي حالة فشلها يعرض النزاع على محكمة مقر الشركة وفق قواعد القانون التجاري.

وعلى الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الجهة المختصة أصلا بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثمار، ما لم يكن اتفاق يقضي بغير ذلك، أو وجود اتفاقيات دولية تحول دون ذلك، إلا أن مدى قدرة القضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، تعرضت لعدة انتقادات نتيجة الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي عند لجوءه للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وعدم حياد القضاء الوطني، الأمر الذي طرح معه عدم فعالية القضاء الوطني كآلية داخلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي.

وأمام هذه المعادلة وفي سبيل التوفيق بين مبدأ سيادة الدولة ومصلحة المستثمر الأجنبي في وجود آلية فعالة لحسم منازعات عقود الاستثمار، تدخل القانون الدولي في حالة تعذر على المستثمر الأجنبي المضرور استيفاء حقه عبر آليات القضائية الداخلية، كما لو تخلت محاكم الدولة المدعى عليها عن نظر الدعوى استنادا لمبدأ السيادة بإيجاد آلية هي آلية القضاء الدولي ممثلة في دعوى الحماية الدبلوماسية التي تمارسها دولة المستثمر الأجنبي أمام محكمة العدل الدولية لحماية حقة.

ولممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية لرعاياها بالخارج لبدا وحتى تسمع دعواها لبدا من توافر شرطين، ويتعلق الشرط الأول بالجنسية أي رابطة التبعية القانونية والسياسية بين المستثمر الأجنبي والدولة الممارسة لهذه الدعوى، أما الشرط الثاني فيتعلق باستنفاذ طرق التقاضي الداخلية من طرف المستثمر الأجنبي أمام قضاء الدولة المضيفة للاستثمار.

كما أشارنا في هذا الباب كذلك لمختلف آليات التسوية في ظل الاتفاقيات الثنائية والإقليمية العربية وكذا الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية الغير العربية خاصة التي جاءت من أجل خلق تكامل اقتصادي إقليمي وعالمي وكذا آليات التسوية في ظل بعض المنظمات الدولية الاقتصادية كالمنظمة العالمية للتجارة.

وختمنا هذه الرسالة بآلية التحكيم التجاري الدولي كطريق بديل عن القضاء لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، في ظل التحكيم الحر والمؤسسي، وما تثيره هذه الآلية من إشكالات في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل القانون الوطني والدولي.

الخـاتـمة

إن منازعات عقود الاستثمارات الأجنبي المباشر، ترتبط بالاستثمار الأجنبي المباشر الخاص، والذي يشكل العمود الفقري لتنمية اقتصاديات الدول النامية بشكل خاص والدول الصناعية بشكل عام، في ظل الانفتاح الدولي على جذب أكبر حصة ممكنة من الاستثمارات الأجنبية المباشرة، من خلال السباق والتنافس بين مختلف دول العالم على توفير بيئة مواتية له بما يضمن توطين هذه الاستثمارات والاستفادة منها أكثر، وذلك من خلال مختلف الضمانات المقدمة له، خاصة التي توفر له الحماية القانونية، ومن بين هذه الضمانات إقرار نظام خاص لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بما يتوافق وطبيعتها القانونية وكذا خصوصيتها، سواء في التشريع الوطني أو الدولي، مع تأطير مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار الاجنبي المباشر في هذا المجال بما يخدم مصالح الطرفين، (الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الاجنبي).

حيث وبعدما تطرقت لكافة المسائل المتعلقة بموضوع هذه الأطروحة الموسوم بـ "آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر" خلصت إلى مجموعة من النتائج حاولت من خلالها الاجابة عن مختلف الاسئلة والإشكاليات والفرضيات التي سبق وأن طرحناها في مقدمة الدراسة مع اقتراح بعن التوصيات قد تكون محل اعتبار في يوم ما.

أولا: أهم النتائج

تتمثل أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال إعداد هذه الأطروحة، فيما يلي:

1- عدم وجود مفهوم موحد وجامع للاستثمار وأنواعه وأشكاله وصوره، لا في القانون الوطني ولا الدولي، وتباينه في التشريعات الوطنية والدولية بالرغم من ارتباطه بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر.

2- الخلط الواقع بين مفهوم الاستثمار وأنماطه، من طرف بعض الكتاب والباحثين، وعدم التمييز بين الاستثمار كمفهوم عام والاستثمار الاجنبي كنمط من أنماطه.

3- بالرغم من وجود نوعين من الاستثمار الأجنبي وهما: الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الاجنبي غير مباشر، إلا أن التشريعات الوطنية للاستثمار لا تكترث لهذه التفرقة، مع العلم أن المستثمر الاجنبي يفضل النوع الأول نظرا لان هذا النمط من الاستثمار يخوله حق الرقابة والإشراف على أمواله وإدارتها، ويبعث في نفسه شعوراً بالاطمئنان والارتياح.

4- عدم وجود معيار فاصل للتمييز بين الاستثمار الوطني والأجنبي بالرغم من اعتماد التشريعات الوطنية والدولية لمعياري الجنسية والإقامة بالسبة للمستثمر الشخص الطبيعي ومعيار موقع النشاط الاستثماري بالنسبة للشخص المعنوي، ولو أن موقف اتفاقية واشنطن بخصوص هذه المسألة وفق نص المادة 25 منها واضح في هذا الاطار فهي تأخذ بمعيار الجنسية بالنسبة للمستثمر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً لتحديد أجنبية الاستثمار، في حين أن موقف المشرع الجزائري غير واضح في قانون الاستثمار لعام 2016 وبالأخص نص المادتين الأولى والواحد والعشرون، والتي يستفاد منهما أنه يأخذ بمعيار الجنسية لتحديد أجنبية الاستثمار، سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي، وهذا بخلاف الاتفاقيات الثنائية والتي ابرمتها

الجزائر في اطار توفير الحماية للاستثمار الاجنبي، كالاتفاقية الفرنسية الجزائرية والتي اعتمد في مادتها الاولي (الفقرة الأولى) على معيار الجنسية بالنسبة للمستثمر الشخص الطبيعي ومعيار موقع النشاط للشخص المعنوي.

5- تلعب عقود الاستثمار الأجنبي المباشر دوراً مهماً في عملية التنمية الإقتصادية، خاصة في الدول النامية، من خلال ما يقدمه المستثمر الأجنبي من رأس مال وخبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة للدولة المضيفة للاستثمار، كما أنها عادة ما تبرم بين طرفين غير متكافئين من الناحية الاقتصادية والسياسية والقانونية وهذان الطرفان هما: الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها والمستثمر الأجنبي الخاص شخصاً طبيعيا أو معنوياً.

6- اختلاف مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لدى الفقه وعدم وجود عقد مسمى يمكن أن نطلق عليه عقد الاستثمار الأجنبي المباشر لا في التشريع الوطني ولا الدولي.

7- تتسم عقود الاستثمار الاجنبي المباشر بالتعقيد، وبطول المدة، وعدم تضمنها عملية واحدة.

8- إختلاف الفقه حول التكييف القانوني لهذه العقودّ، فهناك من يعتبرها عقود إدارية تنتمي للقانون العام وبينما من يعتبرها عقود مدنية تنتمي للقانون الخاص وهناك من اعتبرها معاهدات واتفاقيات دولية، وصولاً إلى اعتبارها عقود حكومية وكل له مبرراته في ذلك، غير أن طبيعة عقود الاستثمار الأجنبي المباشر القانونية في الحقيقة تختلف من عقد لأخر أي حسب نوعية العقد وأطرافه فهو في الحقيقة ذو طبيعة مختلطة يجمع فيها ما بين قواعد القانون العام والقانون الخاص، وتكييفها يرتبط بالنظام السياسي والاقتصادي القانوني السائد في كل دولة، ولو أن الرأي الراجح يعتبرها عقود دولة، لوجود هذه الأخيرة أو الأشخاص المعنوية التابعة لها طرفاً فيها.

9- تستمد عقود الاستثمار الأجنبي المباشر خصوصيتها من إدراج فيها ما يعرف بالشروط الخاصة، والتي شبهها الفقه الذي يكيف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر على أساس أنها عقود إدارية دولية بالبنود الخارقة أو الشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ومن هذه الشروط، شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض وشرط المواءمة، والتي تعمل على تحقيق التوازن العقدي، وتعتبر في الوقت نفسه من الآليات الوقائية لدرأ المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، هذه الآليات وجدت لها تطبيقات كثيرة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر سواء بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة أو في إطار التشريعات الوطنية الداخلية بما فيها التشريع الوطني الجزائري، أو الدولية خاصة تلك المنظمة للاستثمار أو من جانب القانون الدولي العرفي والإتفاقي.

10- يترتب على إبرام عقود الاستثمار الاجنبي المباشر مجموعة من الحقوق والالتزامات في ذمة طرفيه، فإذا تعرضت للانتهاك والخرق، ترتب عنها الكثير من المنازعات والمسؤوليات، سواء كان هذا الخرق أو الانتهاك كان بفعل أحد أطراف العقد، كقيام الدولة المضيفة للاستثمار بإجراءات التأميم أو نزع الملكية أو عدم قيام المستثمر بالتزاماته التعاقدية، أو بسبب خارج عن إرادة الأطراف كما هو الحال في حالة القوة

القاهرة والظرف الطارئ، وهذا ما يعرف بأسباب المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي تناولتها التشريعات الوطنية والدولية.

11- تعدد واختلاف الآراء بخصوص مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث يوجد اتجاه يسعى إلى تدويل هذه العقود وبين من يريد توطينها كل حسب مصلحته، فوفق مبدأ سلطان الإرادة في العقود يستطيع أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الذي يحكم عقدهم، وفق ما يعرف بقانون الإرادة، هذا الأخير الذي كرسته معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بما فيها التشريع الوطني الجزائري، والذي قد يندمج في العقد وفق نظرية اندماج القانون في العقد ويصبح القانون جزء من العقد، مع كذلك إمكانية تثبيته هذا القانون المختار في الزمان، وفق نظرية الثبات التشريعي، مما يتحول العقد إلى عقد طليق بدون قانون.

أو يكون لهذا القانون المختار دور احتياطي في حالة وجود نقص في العقد وفق نظرية الكفاية الذاتية للعقد، علماً أن القانون المختار وفق قانون الإرادة قد يكون وكما سبقت الإشارة إليه في إطار التوطين أو التدويل، بمعنى أن أطراف عقود الاستثمارات الأجنبية المباشرة لديهم خيارات في هذا الإطار، فقد يكون القانون المختار هو قانون دولة أحد أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر أو قانون دولة أخرى محايدة أو القانون الدولي العام أو القانون التجاري الدولي أو مزيجاً من هذه الأنظمة القانونية، مع وجود استثناءات على هذا القانون المختار والتي منها عدم تعارضه مع النظام العام الدولي.

وفي حالة تخلف قانون الإرادة أو سكوت الأطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق، ففي هذا الإطار ظهرت عدة اتجاهات مختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق وبنفس الهدف، بين من تسعى إلى توطين عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومن تسعى إلى تدويلها.

حيث رأت هذه الاتجاهات أنه في حالة انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يطبق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار استناداً إلى تكييفها عقوداً إدارية، أو استناداً إلى قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، هذه الأخيرة التي تؤكد على خضوع هذا النوع من العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، على أساس أن معظم هذه العقود هي متعلقة بتحقيق التنمية في الدولة المضيفة للاستثمارات، كعقود الاستثمار في مجال البترول، أو إخضاعها للقانون الوطني كذلك استناداً إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف في مجال الاستثمار.

12- إدراج مجموعة من الحلول من طرف الفقه وجدت لها تطبيقات في الكثير من القضايا التي عرضت على هيئات التحكيم الدولي وذلك في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق وهو استعمال بعض النظريات للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من طرف القاضي أو المحكم كنظرية التركيز التشريعي والتي يعطي فيها المشرع ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرية التركيز الموضوعي والتي يجتهد على أساسها المحكم أو القاضي للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز الرابطة العقدية وفق العناصر الموضوعية والظروف المحيطة بالعقد التي تتركز في الدولة المضيفة للاستثمار، أو وفق نظرية الأداء المميز والتي تقضي بتحديد القانون الواجب التطبيق وفق موقع العنصر والأداء الأساسي والمميز في

عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، والذي هو عادة مكان تنفيذ العقد أي قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي المباشر.

13- بالرغم من العمل على إدراج الآليات الوقائية في عقود الاستثمار لتجنب المنازعة فيها وقصد المحافظة على التوازن العقدي، إلا أن الكثير من العقود نشأت بشأنها منازعات استلزمت معها وضع آليات لفضها سواء من خلال إدراجها في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر ذاته وفق مبدأ سلطان الإرادة أو الإحالة إليها من طرف التشريع الوطني أو الدولي وتتمثل هذه الآليات التي تعمل على فض النزاع بين أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر في الآليات الودية والقضائية المختلفة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، والتي تشمل:

أ - الآليات الودية: وهي من الطرق البديلة لحل النزاعات، والتي تلعب دوراً كبيراً في فض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وتتمثل في آلية المفاوضات والوساطة والتوفيق، هذه الأخيرة تعمل على فض النزاع بالتراضي أو المصالحة، وبصفة سريعة والقرار المتوصل إليه غير ملزم لطرفية ذلك أن فعاليتها في تسوية المنازعة يعتمد بشكل حصري على رضا الأطراف بالرغم من إلزامية المرور عليها وذلك قبل الولوج إلى آليات التسوية الأخرى عبر الآليات القضائية الداخلية أوالدولية أو التحكيمية، وذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في الكثير من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالحماية والتشجيع والترقية المتبادلتان مع مختلف دول العالم.

ب- الآليات القضائية الداخلية والدولية: وتتمثل في آليتي القضاء الوطني والدولي، فبخصوص آلية القضاء الوطني، تختلف عملية اللجوء إلى القضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر من دولة إلى أخرى مع إرتباط ذلك بالنظام القضائي والقانوني السائد في كل دولة، وبالرغم من أن اللجوء إلى القضاء الوطني لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أن ذلك يثير الكثير من الصعوبات، خاصة القلق الذي يشعر به المستثمر فيما يخص الحياد، علما أن التشريعات الوطنية المقارنة على غرار المشرع الجزئري أقر اختصاص القضاء الوطني كأصل عام في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود بند في العقد ذاته أو في حالة وجود اتفاقيات دولية تحيل على ذلك وفق ما نصت عليه المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016، وبالرغم من تحديد المشرع للاختصاص الاقليمي إلا أنه ترك تحديد الاختصاص النوعي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقواعد العامة المنظمة لاختصاص القضائي النوعي العادي والإداري الواردة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

وبخصوص آلية القضاء الدولي، فتتمثل في دعوى الحماية الدبلوماسية، والتي قد يتم اللجوء إليها لفض النزاع المتعلق بعقود الاستثمار الاجنبي المباشر، حيث جاءت خصيصاً لحماية المستثمر الأجنبي من تعسف الدولة المضيفة باعتبار ان التشريع الوطني والدولي دائماً يعتبره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أن ممارسة هذه الدعوى يكون في إطار قواعد القانون الدولي العام عبر تدخل دولة المستثمر وحلول محله لرفع دعوى المسئولية الدولية لحماية رعاياها نتيجة لمخالفة الدولة الاخرى لقواعد القانون

الدولي، ولكن ممارسة هذه الدعوى يكون مرهون بتوفر شرطين وإلا كانت الدعوى غير مسموعة من قبل محكمة العدل الدولية، وهذه الشروط هي:- ضرورة أن يستنفذ المستثمر الاجنبي كافة طرق التسوية الداخلية في الدولة المضيفة وشرط الثاني مرتبط بالجنسية أي رابطة التبعية القانونية والسياسية بين المستثمر الأجنبي والدولة الممارسة لهذه الدعوى.

ج- آلية التحكيم الدولي: فرغم أهمية الآليات السالفة الذكر سواء الودية أو القضائية الداخلية أو الدولية في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أن آلية التحكيم التجاري الدولي تبقى من بين الآليات الأكثر شيوعاً وقبولاً لحسم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، فهو الوسيلة الملائمة والفعالة لتسوية منازعات عقود الاستثمار التي تثور بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وبالأخص التحكيم المؤسسي تحت مظلة المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار **CIRDI** أو غرفة التجارة الدولية بباريس أو أي مؤسسة تحكيمية أخرى لتفضيله من قبل طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر نظراً لما يوفره من خبرة وتنظيم واختصاص في هذا الشأن عن غيره من أنواع التحكيم كالتحكيم الحر **Ad hoc**، وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر قد يكون اختياريا طبقا للقانون أو حرا أو مؤسستياً.

14- اعتماد التحكيم الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ميدان المحروقات من طرف المشرع الجزائري مع إلزامية المرور على التسوية الودية قبل اللجوء إلى هذه الآلية وفق ما نصت عليه المادة 58 من قانون المحروقات رقم : رقم 05 -07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتضمن قانون المحروقات المعدل و المتمم بالقانون 06 -18 المؤرخ في 14 نوفمبر 2006 و بالقانون رقم 13 - 01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ويلاحظ أن المشرع لم يحدد آليات التسوية الودية وجاء نص عاماً ليشمل كل الآليات بما فيها آلية الوساطة، واستبعد كذلك آلية القضاء الوطني بنظر هذا النوع من المنازعات، مما يستنتج أن هذا النص هو استثناء على المادة 24 من قانون الاستثمار التي تعطي الاختصاص بنظر المنازعة المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية لإختصاص القضاء الوطني كاصل عام و حتى من الاستثناء الوارد في هذه المادة الذي يخول مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم الدولي بإدراج بند ينص على آلية التحكيم في عقد الاستثمار، أو في حالة وجود اتفاقيات دولية، خاصة الثنائية منها، والتي معظمها وكما سبقت الإشارة إليه تلزم المرور إلى التسوية الودية عبر آلية التراضي، وفي حالة فشلها يبقى الخيار والمفاضلة للمستثمر الأجنبي (إما وإما) في اختيار آلية القضاء الوطني أو التحكيم كما أن سلوك إحدى طرق يمنع من اتخاذ الطريق الآخر.

15- اعتماد الدول على نموذج الاتفاقيات الدولية الثنائية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في الآونة الأخيرة ليصل بذلك عدد الاتفاقيات الثنائية الموقعة حتى نهاية 2016 حوالي 2959 اتفاقية أي بزيادة 33 اتفاقية عن سنة 2015، منها:2321 اتفاقية مفعلة، بينما وصل عدد الاتفاقيات من نوع آخر إلى 364 اتفاقية، ولقد تشابهت هذه الاتفاقيات الثنائية في تغطية وظيفة ضمان حل النزاع بين المستثمر والدولة المضيفة عبر عدة آليات خاصة آلية التحكيم الدولي.

16- بخصوص الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائري في مجال الحماية والتشجيع والترقية والضمان للاستثمارات المتبادلتان سواء على المستوى الإفريقي أو العربي أو الأوربي أو الأسيوي وغيرها من بلدان العالم فإن معظمها تؤكد على الحل الودي للمنازعة المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر خلال مدة ستة (6) أشهر من تاريخ الاشعار الكتابي بهذا النزاع، وفي حالة فشلها فتعطى للمستثمر الأجنبي المفاضلة والاختيار بين آلية القضاء الوطني أو آلية التحكيم التجاري الدولي المؤسسي عبر إحدى مراكز التحكيم الدائمة حسب كل اتفاقية كمركز تسوية منازعات الاستثمار أو غرفة التجارة الدولية بستوكهولم أو غيرها من المؤسسات التحكيمية أو وفق نظام التحكيم الحر وفق قواعد القانون الوطني أو الدولي أو مبدأ سلطان الإرادة أو وفق قواعد اليونيسترال التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

17- توصلت الدراسة كذلك إلى وجود توافق دولي ووطني بخصوص مسألة حجية حكم التحكيم التجاري الدولي وكذا الاعتراف به وتنفيذه الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وتباين في التشريعات الوطنية والدولية بخصوص مراجعة حكم التحكيم التجاري الدولي خصوصاً فيما يخص طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي.

18- إن منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر مرتبطة بخصوصيتها، وبالنظام السياسي والقانوني والاقتصادي السائد في كل دولة، وأن مختلف الآليات الودية والقضائية والتحكيمية تلعب دوراً كبيراً في فضها، والتي تجد مصدرها في العقد ذاته وفي القانون الوطني والدولي، مع تفضيل أطراف عقد الاستثمار الأجنبي المباشر للتسوية الودية والتحكيمية عن باقي التسويات الأخرى، لاسيما القضائية الداخلية، لافتراض عدم حياد قضاء الدولة المضيفة في هذا المجال، أضف إلى ذلك أن هذه الآليات تعمل على تحقيق الموازنة بين مبدأ السيادة الدولية والحصانة القضائية للدول المضيفة للاستثمار من جهة ومبدأ الحماية الدبلوماسية للمستثمرين الأجانب من جهة أخرى، هذا في ظل صعوبة إيجاد نظام عالمي موحد لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية المباشرة، وذلك بالرغم من وجود اتفاقية واشنطن لعام 1965 لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي صادقت عليها الجزائر، على غرار أغلبية دول العالم، وما تضمنته من آليات للتسوية في هذا الإطار كآلية التوفيق والتحكيم.

19- قصد خلق المناخ التشريعي الملائم لتدفق المال العربي وكذا الإسهام في التنمية العربية المشتركة وتعزيز التكامل الاقتصادي بين الدول العربية فقد أقر مجلس الوحدة الاقتصادية التابع لجامعة الدول العربية عدة اتفاقيات دولية لتحقيق هذه الغاية، ومنها على سبيل المثال: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 هذه الأخيرة اعتمدت آليتي التوفيق والتحكيم وآلية محكمة الاستثمار العربية وفق نص المادة 26 من ذات الاتفاقية، أما مغاربياً فنجد الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990، وما نصت عليه المادة 19 من ذات الاتفاقية الموقعة في الجزائر سنة 1990، والت أقرت آلية التحكيم أمام محكمة الاستثمار العربية أو هيئات التحكيم والتوفيق المتخصصة بتسوية منازعات عقود الاستثمار.

كذلك في هذا هذا الإطار يوجد العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف والتي تحيل أطرافها إلى التسوية عبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فنذكر على سبيل المثال بعض الاتفاقيات في إطار ما يعرف بالتكتلات الاقتصادية الإقليمية والعالمية، والتي جاءت لتحقيق التكامل الاقتصادي الإقليمي والعالمي في سياق النظام الاقتصادي الجديد ونظام العولمة لتحقيق التنمية، خاصة الاقتصادية، ومن هذه التكتلات الاقتصادية الكبرى والتي ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية سواء في آسيا أو أوربا أو إفريقيا أو على مستوى الدول النامية، نذكر على سبيل المثال منها: : اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة، ومنظمة العالمية للتجارة وما تضمنته اتفاقية ترمس الخاصة بإجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة، من أليات لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

20- اعتبار منازعات الاستثمار الأجنبي المباشر لقيعان البحار، استثمار دولي، بموجب اتفاقية قانون البحار لعام 1982، بحيث ينعقد بين السلطة الدولية لقاع البحر المفوضة من طرف المجتمع الدولي وإحدى المستثمرين لاستثمار الثروات الغير الحية التي تحتويها قيعان البحار الدولية، والتي هي خارجة عن سيطرة سيادة الدول والأشخاص المعنوية والطبيعية الخاصة، وتعد تراث مشترك للإنسانية، والمستثمر هنا يكون إما إحدى الدول الأطراف في الاتفاقية، أو من أشخاص القانون الخاص بشرط أن تزكيه إحدى الدول الأطراف وأن يكون خاضعا لإحداها، وتتولى السلطة الدولية لقيعان البحار بتنظيم هذا النوع من الاستثمار وتشرف على تنفيذه بموجب أنظمة تصدرها لهذا الغرض، وفيما يخص آليات تسوية منازعات استثمار قيعان البحار فقد أقرت المواد من 186 إلى 191 من الفرع الخامس من الجزء الحادي عشر من اتفاقية قانون البحار لعام 1982، عدة وسائل وآليات لتسوية منازعات الاستثمار لقيعان البحار الدولية، فإضافة إلى اللجوء إلى غرفة منازعات قيعان البحار التابعة للمحكمة الدولية لقانون البحار، فإنه يمكن اللجوء إلى آلية التحكيم التجاري الدولي الحر وفق القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري أو وسائل التسوية السلمية الأخرى كالتوفيق ، كما أعطت الاتفاقية لأطراف المنازعة حق اختيار أي من هذه الوسائل أو ألآليات.

ثانيا: التوصيات

1- ضرورة ايجاد مفهوم موحد وجامع للاستثمار الأجنبي المباشر من الناحية الدولية ووضع معيار فاصل بين الاستثمار الوطني والأجنبي المباشر وغير مباشر، خاصة في التشريعات الوطنية الداخلية المنظمة للاستثمار تفادياً للنزاعات حول ما يعتبر استثمار وما لا يعتبر كذلك، وذلك بالرغم من أن الاستثمار الأجنبي المباشر ليس بواقعة محددة سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية كونه يتسم بالطابع العالمي ويتسع ويضيق حسب الظروف السياسية والاقتصادية لكل دولة، فهناك من تعطي مفهوماً موسعاً ومرناً له لاجتذابه، وعلى نقيض من ذلك هناك من الأنظمة من تعطي مفهوماً ضيقا له من خلال وضع قيود تحد من نطاقه.

2- تضمين التشريعات الوطنية الناظمة للاستثمار قدر المستطاع بماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر أو عقود الدولة للاستثمار حتى لا يكون هناك خلط بينها وبين باقي العقود الدولية خاصة التجارية.

3- الحرص على تضمين عقود الاستثمار الأجنبي المباشر شروط بسيطة وتفادي الشروط المركبة خاصة فيما يخص شرط القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث أنه عند

نص الدولة المضيفة للاستثمار على تطبيق قانونها الوطني فلبدا من الدقة في صياغة هذا الشرط، وذلك دون الاشارة إلى تطبيق قوانين أخرى مع معية القانون الوطني وهو ما ورد في الكثير من الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر الثنائية أو المتعددة الأطراف أين كان بالإمكان التحفظ على هذه المواد من تلك الاتفاقيات، كذلك العمل على تفادي شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث يعمل المستثمر الأجنبي على تثبيت القانون المطبق على العقد في الزمان وإدماجه في العقد للحيلولة دون تطبيق قانون الدولة المضيفة ليصبح عقد الاستثمار الأجنبي المباشر عقداً طليقا بدون قانون، وذلك بالرغم كله من إعطاء التشريعات الوطنية الناظمة للاستثمار على غرار المشرع الجزائري في إمكانية الاستفادة من مزايا القانون الجديد أو الابقاء على سريان القانون القديم.

4- الحرص على تضمين عقود الاستثمار شرط إعادة التفاوض وشرط المواءمة وتنظيم هذه الشروط في التشريعات الوطنية الناظمة للاستثمار بما يسمح المحافظة على استقرار العلاقة العقدية ومصالح طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر.

5- نظرا لأهمية الوسائل الودية في تسوية منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، فإن تنظيمها وتحديد مدلولها وجوانبها القانونية، من طرف التشريعات الوطنية خاصة العربية وعلى غرار المشرع الجزائري، يبقى ناقصاً وعليه أقترح بضرورة تنظيم هذه الآليات البديلة وعدم تركها للمراكز التحكيمية الدائمة المؤسساتية، فعلى سبيل المثال المشرع الجزائري لم ينظم آلية الوساطة الخاصة بتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، بالرغم من اعتمادها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، وكذلك في قانون الإجراءات الجزئية، واعتبرها الفقه وساطة قضائية بحتة ولا تعتبر وساطة اتفاقية خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، خصوصاً وأن الوساطة تعمل على تقليل التكاليف وغير مكلفة مادياً بخلاف التحكيم.

6- كذلك بالمناسبة أقترح تعديل المادة 58 من قانون المحروقات وتحديد ما المقصود بالتسوية الودية قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، وتنظيم أحكام هذه الآليات الودية كل على حدة.

7- الفصل بين آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والطرق البديلة لتسوية النزاعات التي تمثل القواعد العامة لفض أي نزاع الوردة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية وذلك بصفة صريحة وتنظيمها في تشريع مستقل.

8- بخلاف التشريعات العربية الأخرى وبالأخص المشرع الجزائري جعل المشرع التونسي في قانون الاستثمار لعام 2016، وفيما يخص فض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، الأصل في تسويها يكون وفقا للآليات الودية وفي حالة التنازل عليها كتابة أو فشلها يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم سواء باتفاق أو دون أتفاق أما الاستثناء فهو اللجوء إلى القضاء عند تعذر التسوية الودية والتحكيمية وفق ما نصت عليه المواد 23، 24، و25، من قانون الاستثمار التونسي رقم: 71 لعام 2016، وهذا بعكس المشرع الجزائري في المادة 24 من قانون الاستثمار لعام 2016، وجعل الاستثناء هو الأصل والأصل هو الاستثناء، مما نقترح عليه تعديل هذه المادة بما يضمن استقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

9- كذلك أقترح في هذا المجال وعلى غرار ما فعله المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم: 72 لعام 2017 في المواد 82 وما يليها، على تنظيم منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بشكل مفصل في باب خاص، دون الاحالة إلى التنظيم وفق ما ورد في المادة 11 من قانون الاستثمار الجزائري لعام 2016، حيث نجد أن المشرع المصري نظم لجنة التظلمات في ذات القانون وكيفية تقديم التظلمات ضد القرارات الاستثمارية، وأحسن المشرع المصري باستحداثه للجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار وذلك بنص المادتان 88، 89 من ذات القانون واعتبر القرارات الصادرة عنها لها قوة السند التنفيذي، ومهمتها هي الحفاظ على التوازن العقدي في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر.

10- كذلك بالمناسبة وبالأخص نص المادة 11 لم يحدد المشرع الجزائري من هي الجهة القضائية المختصة التي يتم اللجوء إليها فيما يخص وجود غبن في الاستفادة من المزايا المتعلقة بالاستثمارات أو في حالة توقيع الجزاء على المستثمر الأجنبي عبر قرار السحب أو التجريد من المزايا حسب كل حالة، حيث كان بالأحرى أن يشير إلى أن الجهة القضائية المختصة بذكر الجزائرية تفادياً لأي تأويل وإن كان الاختصاص القضائي الوطني النوعي يتم التحكم فيه وفق نظرية القانون الإداري وبالأخص أن الدول الجزائرية تأخذ بإزدواجية القضاء.

11- من أجل ضمان النجاعة والشفافية والقضاء على التمييز بين مصالح الدول النامية ومصالح الدول المتقدمة، فلبدا من إيجاد نظام عالمي موحد لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، خاصة ذلك الذي تقوم به الشركات المتعددة الجنسيات في مجالات الاستراتجية والحساسة لدى دول النامية، وتوحيد اجراءات التحكيم في حل المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مما قد يساهم في تطوير الأنشطة الاستثمارية.

12- العمل على إيجاد آلية لتفادي التضارب والصراع في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين مبدأ سلطان الإرادة والقانون الوطني والقانون الدولي وتأصيل المفاهيم، خاصة وأن اتفاقية واشنطن تفرق بين خرق الالتزامات التعاقدية في العلاقة الاستثمارية الأجنبية، والتي إذا ما تمت تسويتها داخلياً وطرحت على المركز يمتنع المركز عن نظرها وبين ما يعتبر إلتزام دولي متعلق بإتفاقية حمائية لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث أنه وبالرغم من طرح نفس القضية على التسوية التحكيمية الداخلية فإنها تنظرها كذلك محكمة المركز على أساس خرق إلتزام دولي، وليس عقدي، بالرغم من أن خرق الالتزام الدولي يؤدي إلى المسؤولية الدولية ونظر هذا الخرق يكون في إطار القانون الدولي العام وأمام محكمة العدل الدولية وليس من اختصاص المركز، إلا أنه قبل التحكيم في قضية تتضمن خرق التزام عقدي من جهة، والتزام دولي من جهة أخرى، وتم النظر في شأن خرق الالتزام الدولي دون العقدي، ومثال ذلك قضية شركة العمانية ضد دولة اليمن سنة 2005، ليبقى مبدأ استنفاذ الطرق الداخلية نسبي وليس مطلق في ظل وجود هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار خاصة الثنائية.

قائمة الملاحــق

الملحق رقم:01

-جدول يتضمن أهم آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل بعض الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها وصادقت عليها الجزائر:

أهم الاتفاقيات	آليات تسوية المنازعة حسب نصوص المواد من الاتفاقيات الدولية
1- الاتفاق الثنائي بين الجزائر وجنوب إفريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 24-09-2000، والمصادق عليه بموجب المرسوم رقم:01-206 المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 41 الصادرة بتاريخ 29-07-2001.	*** المادة 7 من الاتفاق: تسوية المنازعات بين مستثمر وطرف متعاقد** 1- تتم تسوية أي نزاع بين طرف متعاقد ومستثمر تابع للطرف المتعاقد الآخر يتعلق بالاستثمارات ودياً، قدر الإمكان، بين طرفي النزاع. 2- إذا لم تتم تسوية هذا النزاع ودياً في مدة ستة أشهر اعتبارا من الإشعار الكتابي بهذا النزاع، يتم عرضه بطلب من المستثمر، إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بهذا النزاع أو للتحكيم الدولي، ويكون اختيار أحد الإجرائين نهائي. 3- عندما يرفع النزاع إلى التحكيم الدولي يمكن للمستثمر وللطرف المتعاقد المعنيين بالنزاع الاتفاق على إحالته إما على: أ- المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات مع الأخذ بعين الاعتبار، عند الاقتضاء أحكام الاتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن، وقواعد التسهيل الإضافي الخاص لإدارة إجراءات التوفيق، والتحكيم والتحقيق، أو ب- على محكمة تحكيم خاصة مشكلة في كل حالة على النحو التالي: يعين كل طرف في النزاع حكماً ويعين الحكمان بعد ذلك سويا حكما ثالثا يكون مواطنا من دولة ثالثة يعين رئيسا للمحكمة. يعين الحكمان خلال شهرين والرئيس خلال ثلاثة أشهر اعتبارا من تاريخ تبليغ المستثمر الطرف المتعاقد المعني بقراره اللجوء إلى التحكيم. ج- إذا لم تتم التعيينات اللازمة للحكام خلال الآجال المقررة في الفقرة (ب)، يمكن لكل طرف في النزاع دعوة رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية باستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة. د- تحدد المحكمة الخاصة قواعدها طبقاً لشروط قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي. 4- إذا لم يتم الاتفاق حول أحد الإجراءات البديلة المشار إليها في الفقرة الثالثة من هذه المادة خلال فترة ثلاثة أشهر من التبليغ الكتابي لقرار

	المستثمر إحالة النزاع للتحكيم الدولي، تتم تسوية النزاع بناء على طلب كتابي من المستثمر المعني، حسب الإجراء الذي يفضله المستثمر. 5- تسوى محكمة التحكيم النزاع طبقا للقوانين الداخلية ذات الصلة للطرف الذي تضرر على إقليمه الاستثمار المعني ولمبادئ القانون الدولي المعترف بها عموما ولهذا الاتفاق وأي اتفاق يتعلق بالاستثمار تم إبرامه بين المستثمر والطرف المعني. 6- يستمد قرار تسوية النزاع من تطبيق القانون الداخلي، بما في ذلك القوانين المتعلقة بتنازع القوانين، لبلد الطرف المتعاقد المعني بالنزاع والذي أنجز الاستثمار على إقليمه ومن أحكام هذا الاتفاق وشروط الاتفاق الخاص الذي يكون قد أبرم بخصوص الاستثمار وكذا مبادئ القانون الدولي. 7- يكون قرار التحكيم المنصوص عليه في هذه المادة ملزما لطرفي النزاع ويطبق في إقليمي الطرفين المتعاقدين. 8- لا ينبغي لأي الطرفين المتعاقدين متابعة، عبر قناة الدبلوماسية، النزاع الذي عرض على التحكيم الدولي، غلا إذا لم يحترم الطرف المتعاقد الآخر القرار الصادر من محكمة التحكيم ولم يلتزم به. *** المادة 8 من الاتفاق: تسوية المنازعات بين الطرفين المتعاقدين** 1- تتم تسوية كل النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه كل ما أمكن ذلك، ودياً عن طريق المفاوضات بين الطرفين المتعاقدين. 2- إذا تعذر تسوية النزاع خلال فترة ستة أشهر، ابتداء من تاريخ مطالبة أحد الطرفين بالدخول في المفاوضات طبقاً للفقرة 1 من هذه المادة، يمكن إحالة النزاع بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين على محكمة تحكيم. 3- وتتكون المحكمة المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة حسب كل حالة على النحو الآتي: يقوم كل طرف متعاقد بتعيين عضو ويقوم العضوان اللذان تم تعيينهما بتعيين معاً مواطن من دولة ثالثة يعين رئيساً بعد موافقة الطرفين المتعاقدين. يتم تعيين أعضاء المحكمة خلال شهرين من تاريخ إشعار أحد الطرفين من قبل الطرف المتعاقد الآخر عن رغبته بإحالة النزاع على التحكيم. 4- وفي حالة عدم احترام الآجال المنصوص عليها في الفقرة (3) من هذه المادة وفي غياب اتفاق آخر، يمكن لأحد الطرفين المتعاقدين دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية، وإذا كان رئيس

	المحكمة مواطنا ينتمي إلى بلد احد الطرفين المتعاقدين أو لم يتمكن لسبب ما من القيام بالمهمة الموكلة إليه، يطلب من نائب الرئيس القيام بالتعيينات الضرورية، ، وإذا كان نائب الرئيس مواطناً ينتمي إلى بلد احد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر كذلك القيام بالمهمة المذكورة، يتم دعوة عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدميه والذي لا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين إلى القيام بالتعيينات الضرورية. 5- تتخذ محكمة التحكيم قرارها بأغلبية الأصوات ويكون هذا القرار ملزماً لكلا الطرفين المتعاقدين. 6- تتخذ المحكمة قواعدها الإجرائية وتصدر حكمها وتفصل في النزاع وفقاً لهذا الاتفاق ومبادئ القانون الدولي.
2- الاتفاق الثنائي بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29-03-1997، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98-320 المؤرخ في 11-10-1998، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 76 لعام 1998.	*** المادة 7 من الاتفاق: تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات** 1- كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من الطرف المتعاقد الآخر، يسوى وبقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين. 2- إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة خلال ستة (6) أشهر من تاريخ إثارته من أحد طرفي الخلاف، فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة إما إلى: أ- الهيئة القضائية المختصة في البلد المستقبل للاستثمار محل الخلاف. ب- محكمة تحكيم مؤقتة تتشكل لكل حالة بالطريقة الآتية: يعين كل طرف في الخلاف محكماً ويعين المحكمان محكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة ليرأس هذه المحكمة، ويجب أن يعين المحكمان في مدة شهرين (2) ويعين الرئيس في مدة ثلاثة (3) أشهر من التاريخ الذي أخطر فيه المستثمر الطرف المتعاقد المعني عن نيته في اللجوء إلى التحكيم. وفي حالة عدم مراعاة الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف أن يطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية الدولية باستكهولم القيام بالتعيينات اللازمة. تطبق المحكمة قواعد وإجراءات التحكيم التي قررتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية. 3- لحل الخلاف يطبق القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد الاستثمار محل النزاع على إقليمه وأحكام هذا الاتفاق، ونصوص الالتزام

	الخاص الذي يمكن أن يكون هذا الاستثمار قد منح بموجبه وكذلك مبادئ القانون الدولي ذات العلاقة. **المادة 10: تسوية الخلافات في التفسير أو التطبيق بين الأطراف المتعاقدة** 1- كل خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق يجب أن يسوى إذا أمكن بالطرق الدبلوماسية. 2- إذا لم يسوى الخلاف في مدة ستة (6) أشهر من تاريخ إثارته من أحد الطرفين المتعاقدين، فإنه يحال بطلب من أحدهما إلى محكمة تحكيم. 3- تتشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة الآتية: يعين كل طرف متعاقد عضوا ويعين العضوان باتفاق مشترك رئيسا للمحكمة من دولة ثالثة، ويجب أن يعين جميع الأعضاء في مدة شهرين (2) من تاريخ إعلان أحد الطرفين للطرف الآخر عن نيته في إحالة الخلاف على التحكيم. 4- في حالة عدم مراعاة الآجال المحددة في الفقرة السابقة، وفي غياب أي اتفاق آخر، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللازمة وإذا كان رئيس المحكمة من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، يطلب من نائب رئيس المحكمة الأكثر أقدميه الذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيينات اللازمة، وإذا تعذر على هذا الأخير إجراء التعيينات لذات الأسباب يطلب من عضو المحكمة التالي في الأقدمية القيام بإجرائها. 5- تتخذ محكمة التحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات، وتكون هذه القرارات نهائية ونافذة في مواجهة كل من الطرفين المتعاقدين. وتحدد المحكمة بنفسها قواعد الإجراءات الخاصة بها وتفسير قراراتها بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين ويتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بإجراءات التحكيم، بما في ذلك مرتبات المحكمين ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك نظرا لظروف خاصة.
3- الاتفاق الثنائي بين الجزائر وأثيوبيا	**المادة 9: تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد**

حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بأديس أبابا في 27-05-2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-115 المؤرخ في17-03-2003،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 19 الصادرة بتاريخ: 19-03-2003.	1- يسوى كل نزاع متعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان، بالتراضي بين طرفي النزاع. 2- إذا لم تتم تسوية هذا النزاع بالتراضي في مدة ستة (6) أشهر من تاريخ تقديم طلب التسوية بالتراضي، يرفع النزاع بطلب من المستثمر المعني، إما إلى محكمة مختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى التحكيم الدولي. إن اختيار أحد هذين الإجرائين لتسوية هذا النزاع يكون إلزاميا ونهائيا. 3- إذا رفع النزاع أمام التحكيم الدولي، فإنه يمكن لكل مستثمر والطرف المتعاقد المعنيين بالنزاع الاتفاق على عرض النزاع على إحدى هاتين الجهتين: أ- المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار **(CIRDI)** الذي أنشئ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن في تاريخ 18 مارس 1965 على أن يكون الطرفان المتعاقدان أعضاء في هذه الاتفاقية، أو ب- محكمة تحكيم خاصة، إلا إذا اتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك، تشكل على أساس نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **(UNCITRAL)** . 4- تقوم محكمة التحكيم بحل النزاع وفقا للقوانين الوطنية للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار والمبادئ والإجراءات الأخرى للقانون الدولي المعترف به عامة وهذا الاتفاق حسب الحالة. 5- يكون القرار التحكيمي نهائيا وملزما لطرفي النزاع وينفذ طبقا للقوانين الوطنية للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار. **المادة 10: النزاعات ما بين الطرفين المتعاقدين** 1- ينبغي تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق إذا أمكن ذلك، عبر القناة الدبلوماسية. 2- إذا لم يسوى النزاع في مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين المتعاقدين، فإنه يحال بطلب من أحدهما إلى محكمة تحكيمية. 3- - تتشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة الآتية: يعين كل طرف متعاقد عضوا ويختار العضوان باتفاق مشترك مواطنا من دولة أخرى يعين كرئيس من قبل الطرفين المتعاقدين. ينبغي أن يعين العضوان في مدة شهرين (2) والرئيس في مدة ثلاثة (3) أشهر،

	ابتداء من تاريخ إعلان أحد الطرفين المتعاقدين للطرف المتعاقد الآخر عن قراره في رفع النزاع إلى التحكيم. 4- في حالة ما إذا لم تتم التعيينات اللازمة المحددة في الفقرة (3)، يمكن لكل طرف متعاقد، في غياب اتفاق آخر، دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللازمة. 5- إذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا لم يتمكن من القيام بهذه المهمة، تتم التعيينات من طرف نائب الرئيس. وغن كان نائب الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا لم يتمكن من القيام بهذه المهمة، تتم التعيينات من طرف عضو المحكمة الأكثر أقدمية والذي ليس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين. 6- تتخذ المحكمة نظامها الداخلي وتتخذ قرارها بأغلبية الأصوات ويكون هذا القرار نهائيا وملزما قانونا للطرفين المتعاقدين. وتقوم المحكمة بتفسير القرار بناء على على طلب أي طرف متعاقد. يتحمل الطرفان المتعاقدان، بالتساوي، مصاريف الإجراء التحكيمي بما فيها مصاريف الحكام، إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك، نظرا لظروف خاصة.
4- الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر وليبيا حول تشجيع وحماية وضمان الاستثمار، الموقعة بسرت في 06-08-2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-210، المؤرخ في 05-05-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 33 الصادرة بتاريخ: 11-05-2003.	**المادة 7: تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد** 1- تتم تسوية أي نزاع بين طرف متعاقد ومستثمر تابع للطرف المتعاقد الآخر يتعلق بالاستثمارات وديا، قدر الإمكان، بين طرفي النزاع. 2- إذا لم تتم تسوية هذا النزاع وديا في مدة ستة (6) أشهر اعتبارا من الإشعار الكتابي بهذا النزاع، يتم عرضه بطلب من المستثمر، إما على السلطة القضائية المختصة التابعة للطرف المتعاقد المعني بهذا النزاع أو للتحكيم الدولي، ويكون اختيار أحد الإجرائين نهائيا. 3- عندما يرفع النزاع إلى التحكيم الدولي، يمكن للمستثمر وللطرف المتعاقد المعنيين بالنزاع الاتفاق على إحالته إما على: أ- محكمة الاستثمار العربية وفقا لأحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 والخاص بتسوية المنازعات واي تعديلات تطرأ عليها، ب- على محكمة تحكيم خاصة مشكلة في كل حالة على النحو التالي: يعين كل طرف في النزاع حكما، ويعين الحكمان بعد ذلك سويا حكما

	ثالثا، يكون مواطنا من دولة ثالثة يعين رئيسا للمحكمة، يعين الحكمان خلال شهرين (2) والرئيس خلال ثلاثة (3) أشهر اعتبارا من تاريخ تبليغ المستثمر الطرف المتعاقد المعني بقراره اللجوء إلى التحكيم. إذا لم تتم التعيينات اللازمة للحكام خلال الآجال المقررة، يمكن لكل طرف في النزاع دعوة الأمين العام لجامعة الدول العربية إلى القيام بالتعيينات اللازمة. تحدد المحكمة الخاصة قواعدها الاجرائية، طبقا لشروط قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي. 4- تسوي محكمة التحكيم النزاع، طبقا للقوانين الداخلية ذات الصلة للطرف الذي تضرر على إقليمه الاستثمار المعني ولمبادئ القانون الدولي المعترف بها عموما ولهذه الاتفاقية وأي اتفاق يتعلق بالاستثمار تم إبرامه بين المستثمر والطرف المعني. 5- يستمد قرار تسوية النزاع من هذه الاتفاقية وشروط الاتفاق الخاص الذي قد يكون قد أبرم بخصوص الاستثمار ومن مبادئ القانون الدولي. 6- يكون قرار التحكيم المنصوص عليه في هذه المادة ملزماً لطرفي النزاع ويطبق في إقليمي الطرفين المتعاقدين. 7- لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين متابعة، عبر القناة الدبلوماسية، النزاع الذي عرض على التحكيم الدولي إلا إذا لم يحترم الطرف المتعاقد الآخر القرار الصادر عن محكمة التحكيم ولم يلتزم به. **المادة 8: تسوية المنازعات بين الطرفين المتعاقدين** 1- تتم تسوية كل المنازعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها كلما أمكن ذلك، وديا عن طريق المفاوضات بين الطرفين المتعاقدين. 2- إذا تعذر تسوية النزاع خلال فترة ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ مطالبة أحد الطرفين بالدخول في المفاوضات طبقاً للفقرة (أ) من هذه المادة، يمكن غحالة النزاع بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين على محكمة تحكيم. 3- وتتكون المحكمة المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة حسب كل حالة على النحو التالي: يقوم كل طرف متعاقد بتعيين عضو، ويقوم العضوان اللذين تم تعيينها بتعيين معا مواطن من دولة ثالثة، يعين كرئيس بعد موافقة الطرفين المتعاقدين، يتم تعيين أعضاء المحكمة خلال شهرين(2) من تاريخ إشعار أحد الطرفين من قبل الطرف الآخر عن رغبته بإحالة النزاع على التحكيم.

	4- وفي حالة عدم احترام الآجال المنصوص عليها في الفقرة 3 من هذه المادة وفي غياب اتفاق آخر، يمكن لأحد الطرفين المتعاقدين دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية. وإذا كان رئيس المحكمة مواطنا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين أو لم يتمكن لسبب ما من القيام بالمهمة الموكلة إليه يطلب من نائب الرئيس القيام بالتعيينات الضرورية وإذا كان نائب الرئيس مواطنا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه كذلك القيام بالمهمة المذكورة، يتم دعوة عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدمية والذي لا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين إلى القيام بالتعيينات الضرورية. 5-تتخذ محكمة التحكيم قرارها بأغلبية الأصوات ويكون هذا القرار ملزماً لكلا الطرفين المتعاقدين. 6- تتخذ المحكمة قواعدها الإجرائية وتصدر حكمها وتفصل في النزاع وفقا لهذه الاتفاقية ومبادئ القانون الدولي.
5- الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر ومالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليه في باماكو بتريخ 11-07-1996، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 98-431 المؤرخ في 27-12-1998،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 97 الصادرة بتاريخ: 27-12-1998.	**المادة 9: تسوية الخلافات بين أحد المستثمرين وأحد الأطراف المتعاقدة** 1- يسوي كل نزاع متعلق بالاستثمارات بين احد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي بين طرفي الخلاف. 2- إذا لم تتم تسوية هذا الخلاف بالتراضي في مدة ستة أشهر من تاريخ رفعه من قبل أحد الطرفين في الخلاف، فإنه يرفع بطلب من المستثمر، إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالخلاف أو إلى التحكيم الدولي. إن اختيار أحد هذين الإجرائين يكون نهائياً. 3- إذا رفع الخلاف أمام التحكيم الدولي، فإنه يمكن لكل من المستثمر والطرف المتعاقد المعنيين بالخلاف الاتفاق على عرض الخلاف على إحدى هاتين الجهتين: أ- المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار أخذين في الاعتبار، عند الاقتضاء أحكام الاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن (العاصمة الفديرالية) في تاريخ 18 مارس 1965، وكذا التسهيل الإضافي لإدارة إجراءات التوفيق، التحكيم والتحقيق.

	ب- وإما إلى محكمة تحكيم مؤقتة تتشكل في كل حالة على النحو الآتي: يعين كل طرف في الخلاف حكما ويعين الحكمان سوياً حكماً ثالثاً يكون منرعايا دولة ثالثة يرأس هذه المحكمة يجب أن يعين الحكمان في مدة شهرين ويعين الرئيس في مدة ثلاثة أشهر ابتداء من التاريخ الذي أشعر فيه المستثمر الطرف المتعاقد المعني بنيته في اللجوء إلى التحكيم. في حالة ما إذا لم تحترم الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف أن يطلب من رئيس معهد التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة. تحدد المحكمة المؤقتة قواعدها الإجرائية مع الأخذ في الاعتبار نصوص نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الذي يمكن طرفي الخلاف الاتفاق عليه كتابيا وتغييره. 4- يسوى الخلاف من قبل محكمة التحكيم على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الاستثمار المعني(بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين) وقواعد القانون الدولي (بما في ذلك هذا الاتفاق). **المادة 10: الخلافات ما بين الطرفين المتعاقدين** 1-إن الخلافات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق، يجب أن تسوى، إذا أمكن بالطرق الديبلوماسية. 2- إذا لم يسو الخلاف في مدة ستة أشهر من يوم رفعه من قبل أحد الطرفين المتعاقدين فإنه يرفع بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم. 3- تشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة التالية: يعين كل طرف متعاقد عضواً، ويعين العضوان باتفاق مشترك مواطناً من دولة ثالثة ليعين رئيسا من قبل الطرفين المتعاقدين، يجب أن يعين جميع الأعضاء في مدة شهرين من تاريخ إعلان أحد الطرفين المتعاقدين للطرف المتعاقد الآخر عن نيته في رفع الخلاف إلى التحكيم. 4- في حالة إذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فإنه وفي غياب كل اتفاق يمكن تطبيقه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة الأمين العام للأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة وإذا كان الأمين العام من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة ممارسة هذه المهمة لأي سبب بخر، يطلب من الأمين العام المساعد الأكثر أقدميه والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام

	بالتعيينات اللازمة. 5- تحدد المحكمة النظام الخاص بها، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون قراراتها نهائية ونافذة بقوة القانون لكلا الطرفين المتعاقدين وتفسر الحكم بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين. يتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بإجراءات التحكيم بما في ذلك مرتبات المحكمين، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك نظراً لظروف خاصة.
6- الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر وموزمبيق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في الجزائر في 12-12-1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 01-201 المؤرخ في23-07-2001،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 40 الصادرة بتاريخ:25-07-2001.	**المادة 9: تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد** 1- يسوى كل نزاع متعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان، بالتراضي بين طرفي النزاع. 2- إذا لم يسوى هذا النزاع بالتراضي في مدة ستة (6) أشهر من تاريخ رفعه من قبل أحد الطرفين في النزاع، يرفع النزاع بطلب من المستثمر، إما إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى التحكيم الدولي.اختيار أحد هذين الإجرائين لتسوية هذا النزاع يكون إلزاميا ونهائيا. 3- إذا عرض النزاع أمام التحكيم الدولي، فإنه يمكن لكل مستثمر والطرف المتعاقد المعنيين بالنزاع الاتفاق على تقديم النزاع لأحد الإجرائين التاليين: أ- إما أمام المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات مع الأخذ بعين الاعتبار، عند الاقتضاء أحكام الاتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن، وقواعد التسهيل الإضافي الخاص لإدارة إجراءات التوفيق، والتحكيم والتحقيق، أو ب- أو أمام محكمة تحكيم خاصة مشكلة في كل حالة على النحو التالي: يعين كل طرف في النزاع حكماً ويعين الحكمان بعد ذلك سويا حكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة كرئيس لهذه للمحكمة. يجب أن يعين الحكمان في مدة شهرين ويعين الرئيس في مدة ثلاثة أشهر ابتداء من التاريخ الذي أشعر فيه المستثمر الطرف المتعاقد المعني عن نيته في اللجوء إلى التحكيم وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، يمكن لكل طرف في النزاع الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة

	التجارية باستوكهولم القيام بالتعيينات اللازمة. تحدد المحكمة المنشأة لهذا الغرض قواعدها الإجرائية طبقاً لتلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، على أنه يمكن لطرفي النزاع الاتفاق كتابيا حول تغييره. 4- يحل النزاع من قبل المحكمة التحكيمية على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الاستثمار المعني (بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وقواعد القانون الدولي بما في ذلك الاتفاق الحالي وذلك حسب الحالة الأنسب. المادة 10: نزاعات ما بين الطرفين المتعاقدين 1- يجب أن يسوى بقدر الإمكان، كل خلاف يتعلق بتفسير أو تطبيق الاتفاق الحالي، بالطرق البلوماسية. 2- إذا لم يسوى الخلاف في مدة ستة أشهر من يوم رفعه من قبل أحد الطرفين المتعاقدين، يحال بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية. 3- تشكل هذه المحكمة لكل حالة بطريقة التالية: يعين كل طرف متعاقد عضوا ويختار العضوان باتفاق مشترك مواطنا من دولة ثالثة ليعين رئيسا من قبل الطرفين المتعاقدين. يجب أن يعين العضوان في مدة شهرين (2) والرئيس في مدة ثلاثة (3) أشهر، ابتداء من تاريخ إعلان أحد الطرفين المتعاقدين للطرف المتعاقد الآخر عن نيته في إحالة النزاع إلى التحكيم. 4- في حالة ما إذا لم تتم خلال الفترة المحددة في الفقرة (3) من هذه المادة القيام بالتعيينات اللازمة، وفي غياب اتفاق يمكن تطبيقه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين باستدعاء رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللازمة. إذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، يطلب من نائب الرئيس والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، فيتم استدعاء عضو المحكمة الذي يلي مباشرة في سلم الترتيب والذي هو ليس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين ولا يتعذر عليه ممارسة هذه المهمة بالتعيينات اللازمة. 5- تتحدد المحكمة إجراءاتها وتأخذ القرارات بأغلبية الأصوات تكون قراراتها نهائية ونافذة بقوة القانون لكلا الطرفين المتعاقدين. تفسر الحكم بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين. يتحمل كل طرف مصاريف عضوه

	ومصاريف تمثيله في الإجراء التحكيمي، ويتحمل الطرفان المتعاقدان بالتساوي مصاريف رئيس المحكمة والمصاريف الأخرى، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، نظرا لظروف خاصة.
7- الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر والنيجر حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع في الجزائر بتاريخ 13-03-1998، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 2000-247 المؤرخ في 22-08-2000،ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 52 الصادرة بتاريخ:23-08-2000.	**المادة 8: تسوية الخلافات بين أحد المستثمرين وطرف متعاقد** 1- تسوى الخلافات المتعلقة بالاستثمارات والتي تنشا بين أحد الطرفين المتعاقدين وشخص طبيعي أو معنوي للطرف المتعاقد الآخر، في حدود الإمكان، بالتراضي بين الأطراف المتنازعة. 2- إذا أنقضت مدة أدناها ستة أشهر ابتداء من تاريخ إثارة الخلاف، وهذا الخلاف لم يسو بالتراضي، باستعمال طرق الطعن الداخلية أو غيرها، يحال الخلاف على التحكيم إذا طلب الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي ذلك. 3- يكون الحكم التحكيمي ملزما ولا يمكن أن يكون محل شكوى أو طعن آخر. وينفذ هذا الحكم طبقاً للقانون الوطني لكل من الطرفين المتعاقدين. 4- خلال إجراء تحكيمي أو تنفيذ حكم حكم تحكيمي. لا يثير الطرف المتعاقد الذي يكون طرفا في الخلاف أي دفع بحجة أن رعية أو الشخص المعنوي للطرف المتعاقد الآخر تم تعويضه جزئياً أو كلياً بواسطة تأمين. **المادة 7: الخلافات ما بين الطرفين المتعاقدين** 1- إن الخلافات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق يجب أن تسوى إذا أمكن بالطرق الديبلوماسية. 2- إذا لم يسوى الخلاف في مدة ستة أشهر من يوم رفعه من قبل أحد الطرفين المتعاقدين، فإنه يرفع من قبل أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم. 3- تشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة التالية: يعين كل طرف متعاقد عضوا، ويعين العضوان باتفاق مشترك مواطنا من دولة ثالثة ليعين رئيسا من قبل الطرفين المتعاقدين. يجب أن يعين جميع الأعضاء في مدة شهرين من تاريخ إعلان أحد الطرفين المتعاقدين للطرف المتعاقد الآخر عن نيته في رفع الخلاف إلى التحكيم. 4- في حالة إذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فإنه

	وفي غياب كل اتفاق يمكن تطبيقه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة الأمين العام للأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة وإذا كان الأمين العام من رعايا احد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لأي سبب آخر، يطلب من الأمين العام المساعد الأكثر أقدمية والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيينات اللازمة. 5- تحدد المحكمة النظام الخاص بها وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون قرارتها نهائية ونافذة بقوة القانون لكلا الطرفين المتعاقدين وتفسر الحكم بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين. يتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بغجراءات التحكيم بما في ذلك مرتبات المحكمين، وذلك ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك نظرا لظروف خاصة.
8- الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر ونيجيريا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بأبوجا في 2002، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-94 المؤرخ في: 03-03-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 16 الصادرة بتاريخ 08-03-2003.	**المادة 8: تسوية نزاعات الاستثمار** 1- بهدف تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومواطني وشركات المتعاقد الآخر، تجرى مشاورات بين الأطراف المعنية لتسوية النزاع ودياً. 2- إذا لم تأت المشاورات بحل في مدة ستة اشهر ابتداءا من طلب التسوية، يمكن للمواطن أو الشركة إحالة النزاع باختياره، للتسوية إلى: أ- المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار، وإما، ب-المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (ICSID) الذي أنشئ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965، وإما، ج- محكمة تحكيم خاصة، إلا إذا اتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك، تشكل على أساس نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNICTRAL) . 3- يعطي كل طرف متعاقد موافقته لإحالة كل نزاع متعلق بالاستثمار إلى التوفيق أو التحكيم. 4- لا يمكن للطرف المتعاقد الذي هو طرف في النزاع، في أي وقت من الإجراء التحكيمي الإدلاء بحصانته، أو بواقعة أن المستثمر، تحصل بموجب عقد تأمين، على تعويض يغطي كلاً أو جزءاً من الخسارة أو الضرر المحتمل. 5- لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين متابعة النزاع الذي عرض

	على التحكيم الدولي عبر القناة الدبلوماسية، إذا لم يحترم الطرف المتعاقد الآخر قرار التحكيم. **المادة 9: تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين** 1-تتم تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق، عبر القناة الدبلوماسية. 2-إذا لم يتوصل الطرفان المتعاقدان إلى تسويته خلال إثني (12) شهرا ابتداء من نشوب النزاع، يحال هذا النزاع ، بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين، على محكمة تحكيم مكونة من ثلاثة أعضاء، يعين كل طرف متعاقد حكما ويقوم الحكمان بتعيين رئيس يكون مواطنا من دولة أخرى. 3-إذا لم يعين أحد الطرفين المتعاقدين حكمه ولم يرد على الدعوة الموجهة إليه من الطرف المتعاقد الآخر للقيام خلال شهرين بهذه التعيينات، يعين الحكم بطلب من المتعاقد الأخير من طرف رئيس محكمة العدل الدولية. 4-إذا لم يتفق الحكمان حول اختيار الرئيس خلال الشهرين المواليين لتعيينهما، وفي غياب اتفاق آخر، يعين هذا الأخير بطلب أحد الطرفين المتعاقدين من طرف رئيس محكمة العدل الدولية. 5-في الحالات المشار إليها في الفقرتين (3) و(4) من المادة الحالية، إذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا لم يتمكن من القيام بهذه المهمة، تتم التعيينات من طرف عضو المحكمة الأكثر أقدمية والذي ليس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين. 6- تحدد المحكمة قواعدها الإجرائية الخاصة بها. 7-يتحمل كل طرف المصاريف المتعلقة بتعيين محكمه في تمثيله في الإجراءات التحكيمية،، أما المصاريف الخاصة بالرئيس والنفقات الأخرى فيتحملها الطرفان المتعاقدان بالتساوي. 8- تكون قرارات المحكمة نهائية وملزمة للطرفين المتعاقدين.
9- الاتفاق بين الجزائر وتونس حول حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بتونس في 16-02-2006، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 73 الصادرة بتاريخ 19-11-2006.	**المادة 8: تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين** 1-تتم تسوية كل نزاع ينشأ بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه، قدر الإمكان، بالطرق الديبلوماسية. 2- إذا تعذر تسوية هذا النزاع خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ بداية المفاوضات، فإنه يتم بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين عرضه على هيئة التحكيم.

	3- تشكل هيئة التحكيم المنصوص عليها بالفقرة 2 من هاه المادة بالنسبة لكل حالة خاصة، على النحو الآتي: يعين كل طرف متعاقد محكما خلال أجل ثلاثة أشهر من تاريخ استلام طلب التحكيم، ويعين هذان المحكمان باتفاق مشترك خلال شهرين 2 محكما ثالثا من رعايا دولة أخرى ليكون رئيسا لهيئة التحكيم. 4- في حالة عدم تشكيل هيئة التحكيم في الآجال المنصوص عليها بالفقرة السابقة فإنه يمكن الطرفين المتعاقدين، في غياب أي اتفاق آخر، دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللازمة. وإذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو تعذر عليه القيام بهذه المهمة لأي سبب آخر،فإنه يطلب من نائب رئيس محكمة العدل الدولية القيام بالتعيينات اللازمة، وإذا كان نائب رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو تعذر عليه أيضا القيام بهذه المهمة، فإنه يطلب من عضو محكمة العدل الدولية الذي يليه مباشرة في الترتيب والذي لا يكون من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين القيام بالتعيينات اللازمة، 5- تقضي هيئة التحكيم طبقا لأحكام هذا الاتفاق ولمبادئ وقواعد القانون الدولي المعترف بها وتتخذ هيئة التحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون تلك القرارات نهائية وملزمة للطرفين المتعاقدين. تقوم هيئة التحكيم بتحديد الإجراءات الخاصة بها. 6- يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف المحكم الذي يعينه وكذا المصاريف المتعلقة بتمثيله خلال إجراءات التحكيم، ويتقاسم الطرفان المتعاقدان بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس وبإجراءات التحكيم، على أنه يجوز للهيئة أن تقرر تحميل أحد الطرفين المتعاقدين القسط الأكبر من المصاريف. **المادة 9: تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر** 1- تتم تسوية كل نزاع متعلق باستثمار ينشأ بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان بالتراضي. 2 - إذا تعذر تسوية هذا النزاع خلال ستة أشهر ابتداء من تاريخ إثارته من قبل أي من طرفي النزاع، فإنه يتم عرضه باختيار المستثمر على: - السلطة القضائية الوطنية للطرف المتعاقد، طرف في النزاع، - هيئة تحكيم خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

	– المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الذي أنشأ بموجب اتفاقية تسوية النزاعات بين الدول ورعايا دول أخرى، والمفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965. إن اختيار المستثمر لأحد الإجراءات الثلاثة المشار إليها في هذه الفقرة يكون نهائيا. 3– لا يمكن أي من الطرفين المتعاقدين، الذي هو طرف في النزاع، رفع دعوى معارضة في أي مرحلة من الإجراءات التحكيمية أو أثناء تنفيذ قرار التحكيم، على أساس أن مستثمر الطرف المقابل في النزاع قد تسلم تعويضا يغطي كلا أو جزءا من الخسائر، تنفيذ للضمان المنصوص عليه بالمادة 7 من هذا الاتفاق. 4– تفصل هيئة التحكيم على أساس القانون الوطني للطرف المتعاقد، طرف في النزاع، الذي أنجز الاستثمار في إقليمه بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وأحكام هذا الاتفاق وأحكام الاتفاق الخاص المتعلق بالاستثمار وكذلك وفق مبادئ القانون الدولي. 5– تكون قرارات هيئة التحكيم نهائية وملزمة لطرفي النزاع، ويلتزم كل طرف متعاقد بتنفيذها طبقا لتشريعه الوطني.
10– الاتفاقية الجزائرية السودانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 24–10–2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:03–121 المؤرخ في 17–03–2001، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 20 الصادرة بتاريخ 23–03–2003.	**المادة 9: تسوية المنازعات بين المستثمر وطرف متعاقد** 1– المنازعات التي تنشأ بين دولة متعاقدة ومستثمر تابع للدولة المتعاقدة الأخرى فيما يتعلق باستثمار يعود للأخير في إقليم الدولة المذكورة أولا، يتم تسويتها بقدر الإمكان بالطرق الودية. 2– إذا تعذر تسوية المنازعات خلال ستة أشهر من تاريخ طلب أي من طرفي النزاع بالتسوية الودية عن طريق تسليم إخطار كتابي للطرف الآخر، فإن النزاع يعرض للحل باختيار المستثمر طرف النزاع بإحدى الوسائل التالية: أ– طبقا لأي إجراء مناسب لتسوية النزاع متفق عليه مسبقا، ب– وفقا لأحكام الفصل الخاص في تسوية المنازعات من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1980 وأي تعديلات تطرأ عليها، ج– تحكيم دولي طبقا للفقرات التالية من هذه المادة. 3– في حالة اختيار المستثمر عرض النزاع للتسوية على تحكيم دولي فإنه يتعين على المستثمر أيضا تقديم موافقته الخطية على عرض النزاع للتسوية بواسطة إحدى الجهات التالية:

	أ- المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، المركز الذي تم إنشائه بناء على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المعروضة للتوقيع في واشنطن في 18 مارس 1965. ب- محكمة تحكيم تنشأ بموجب قواعد التحكيم –القواعد–للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية يونيسترال حسبما يتم تعديل هذه القواعد من قبل الأطراف في النزاع تكون جهة التعيين المشار إليها في المادة 7 من القواعد هي الأمين العام للمركز. ج–محكمة تحكيم يتم تعيينها بناء على قواعد التحكيم الخاصة بأي هيئة تحكيم يتم الاتفاق عليها بين طرفي النزاع. 4- إذا اختار أحد رعايا أي من الطرفين المتعاقدين رفع الدعوى أما إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرتين 2، 3 من هذه المادة تعذر عليه رفعها أمام إحدى الجهات الأخرى. 5- بالرغم من قيام المستثمر بعرض النزاع على تحكيم ملزم بموجب الفقرة 2 أعلاه فإنه يجوز له وقبل بدأ إجراءات التحكيم أو خلال الإجراءات أن يلتمس من المحاكم التابعة للدولة المتعاقدة التي تكون طرفا في النزاع إصدار أمر قضائي مؤقت للمحافظة على حقوقه ومصالحه على أن لا يشمل ذلك طلب التعويض عن أي أضرار وعلى أن لا يؤثر كذلك على إجراءات التحكيم المشار إليها آنفا. **المادة 10: تسوية المنازعات بين الطرفين المتعاقدين** 1- كل نزاع يتعلق بتفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية يجب أن يسوى إذا أمكن بالطرق الودية. 2- إذا لم يسو النزاع في مدة ستة أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين المتعاقدين، فإنه يحال بطلب من أحدهما إلى هيئة التحكيم. 3- تشكل هيئة التحكيم بالطرق التالية: يعين كل طرف متعاقد محكما ويعين المحكمان باتفاق مشترك مواطنا من دولة ثالثة ليكون رئيسا للهيئة التحكيمية ويجب أن يعين جميع الأعضاء في مدة شهرين من تاريخ إعلان أحد الطرفين للطرف الآخر عن نيته في إحالة النزاع على التحكيم. 4- في حالة عدم الإلتزام بالمدة المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بالطلب من الأمين العام لجامعة الدول العربية القيام بالتعيينات اللازمة. 5- تحدد الهيئة التحكيمية بنفسها قواعد الإجراءات الخاصة بها وتفسير قراراتها ويتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بإجراءات التحكيم

	بما في ذلك تعويضات أتعاب الحكام، ما لم تقرر الهيئة خلاف ذلك نظرا لظروف خاصة. 6- تتخذ هيئة التحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون نهائية وملزمة قانونا للطرفين المتعاقدين، وتصدر هذه القرارات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية ولمبادئ القانون الدولي.
11- المرسوم الرئاسي رقم: 01-366 المؤرخ في 13-11-2001، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والأرجنتين حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 69 الصادرة بتاريخ: 18-11-2001.	**المادة 8: تسوية الخلافات بين مستثمر والطرف المتعاقد المضيف** 1- يسوى كل خلاف متعلق بالاستثمارات، حسب مفهوم هذا الاتفاق، بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، بقدر المستطاع بالتراضي بين الطرفين المعنيين. 2- إذا لم تتم تسوية الخلاف في اجل ستة أشهر، ابتداء من تاريخ رفعه من قبل أي من الطرفين المعنيين، يحال بطلب من المستثمر إلى: - إما إلى الهيئات القضائية الوطنية للطرف المتعاقد الذي هو طرف في الخلاف، - إما إلى التحكيم الدولي في إطار الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثالثة أدناه. بمجرد ما يرفع المستثمر الخلاف إما إلى الهيئات القضائية الوطنية للطرف المتعاقد المعني أو إلى التحكيم الدولي، يبقى اختيار أي من هذين الإجرائين نهائيا. 3- يمكن في حالة اللجوء إلى التحكيم الدولي، رفع الخلاف أمام إحدى الهيئات القضائية المشار إليها فيما يلي حسب اختيار المستثمر: - للمركز الدولي لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمارات (CRDI) المؤسس بموجب الاتفاقية لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن في 18 مارس سنة 1965، عندما تنضم إليها كل دولة طرف في هذا الاتفاق، ما لم يتوفر هذا الشرط، يقبل كل من الطرفين المتعاقدين رفع الخلاف للتحكيم طبقا إلى آلية النظام التكميلي للمركز الدولي لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمارات، CRDI . - إلى محكمة تحكيم خاصة مشكلة وفقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI. 4- تقرر الهيئة التحكيمية على أساس:- أحكام هذا الاتفاق، - قانون الطرف المتعاقد طرف في الخلاف بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين،

	– نصوص الاتفاقيات الخاصة التي قد تبرم فيما يخص الاستثمار، – وأيضا مبادئ القانون الدولي في هذا المجال. – تكون قرارات التحكيم نهائية وملزمة تجاه أطراف الخلاف. وينفذها كل طرف متعاقد وفقا لتشريعه. **المادة 9: تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين** 1–يجب أن تسوى الخلافات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق، إن أمكن بالطرق الدبلوماسية. 2– إذا لم يسو الخلاف في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ رفعه من قبل أي من الطرفين المتعاقدين، فإنه يحال بطلب من أي من الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية. 3– تتشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة الآتية: أ–يعين كل طرف متعاقد عضوا في المحكمة في خلال شهرين من استلام طلب التحكيم. ويختار العضوان بعد ذلك مواطنا من دولة أخرى ليعين بموافقة الطرفين المتعاقدين كرئيس للمحكمة. ويعين الرئيس في خلال شهرين من تاريخ تعيين العضوين الآخرين في المحكمة. ب–إذا لم يتم تعيين الحكام في الآجال المحددة في الفقرة الثالثة من هذه المادة، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين في غياب أي إتفاق آخر، الطلب من رئيس محكمة العدل الدولية القيام بالتعيينات اللازمة. إذا كان الرئيس من رعايا أحد الطرفين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر يطلب من نائب الرئيس القيام بإجراء التعيينات المطلوبة وإذا كان نائب الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، يطلب من عضو تلك المحكمة الذي يلي مباشرة في الترتيب التقديري والذي لا يكون من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين إجراء التعيينات اللازمة. ج– تحدد محكمة التحكيم الإجراءات الخاصة بها وتتخذ محكمة التحكيم قراراها بأغلبية الأصوات، ويعتبر هذا الحكم ملزما بالنسبة لكلا الطرفين المتعاقدين. يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف مصاريف عضوه في المحكمة وتمثيله خلال إجراءات التحكيم. أما المصاريف المتعلقة برئيس المحكمة وكل المصاريف الأخرى المتبقية فتقسم بالتساوي بين الطرفين المتعاقدين. يمكن للمحكمة أن تنص في قراراها تحميل أحد الطرفين المتعاقدين القسط الأكبر من المصاريف ويكون هذا القرار ملزما للطرفين المتعاقدين.

12- المرسوم الرئاسي رقم: 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه بواشنطن في 22 يونيو 1990، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 45 لسنة 1990.	**المادة 6:** يحل أي خلاف بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية بصدد تفسير هذه الاتفاقية، أو متعلق، حسب رأي إحدى الحكومتين، بمسألة تخص القانون الدولي العام ناجم عن أي مشروع أو نشاط أصدرت له تغطية، يحل، إلى الحد الممكن، عن طريق المفاوضات بين الحكومتين. وإذا لم تتوصل الحكومتان إلى حل اتفاقي للخلاف بانتهاء ثلاثة أشهر من طلب المفاوضات، فإن الخلاف بما فيه ناحية تنطوي على مسألة تتعلق بالقانون الدولي العام، يرفع بمبادرة، أي من الحكومتين، إلى هيئة تحكيم لحله وفقا للفقرة ب من المادة السادسة. ب-تشكل هيئة التحكيم لحل الخلافات وفقا للفقرة أ من المادة السادسة وتعمل كما يلي: 1- تعين كل حكومة محكما واحدا، ويسمى هذان المحكمان باتفاق مشترك، ريسا، على أن يكون مواطنا من دولة ثالثة، ويعين من قبل الحكومتين، ويجري تعيين لمحكمين خلال مدة شهرين، والرئيس خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام طلب أي من الحكومتين للتحكيم. وإذا لم تجرى التعيينات خلال المهملة الزمنية المذكورة آنفا، فيجوز لأي من الحكومتين، عند عدم وجود أي اتفاق آخر أن تطلب إلى الأمين العام لمركز تسوية النزاعات الناجمة عن الاستثمارات إجراء التعيين أو التعيينات اللازمة، وتوافق كلتا الحكومتين على قبول ذلك التعيين أو التعيينات. 2-تبني هيئة التحكيم قرارها على مبادئ وقواعد القانون الدولي العام المتعلقة بذلك. وتتخذ قرارات هيئة التحكيم بأغلبية الأصوات ويكون قرارها نهائيا وملزما. ولا يجوز إلا للحكومتين طلب إجراء التحكيم والمشاركة فيها. 3- تدفع كل الحكومتين تكاليف محكمها وتمثيلها في الإجراءات المتخذة أمام هيئة التحكيم.وتدفع تكاليف الرئيس والتكاليف الأخرى مناصفة من قبل الحكومتين. ويجوز لهيئة التحكيم أن تتبنى أنظمة تتعلق بتكاليف متوافقة مع ما ذكر آنفا. 4-تنظم هيئة التحكيم إجراءاتها الخاصة بها في جميع القضايا الأخرى.
13- المرسوم الرئاسي رقم: 02-392 المؤرخ في 25 نوفمبر 2002،	**المادة 8:** 1- يسوى أي خلاف بين الطرفين المتعاقدين حول تفسير أو تطبيق هذا

المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والصين حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع ببكين في 20 أكتوبر سنة 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 77 الصادرة بتاريخ: 26-11-2002.	الاتفاق، بقدر الإمكان، بالتشاور عبر الطريق الديبلوماسي. 2- إذا لم يسو الخلاف في مدة ستة أشهر فإنه يحال، بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين، إلى محكمة تحكيم خاصة. 3- تتشكل هذه المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف متعاقد محكما في مدة شهرين من تاريخ إشعار أحد الطرفين المتعاقدين كتابيا الطرف المتعاقد الآخر عن نيته في إحالة النزاع على التحكيم، ويختار هذان المحكمان سويا، في مدة شهرين، محكما ثالثا يكون مواطنا من دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع كلا الطرفين المتعاقدين ليعين كرئيس لمحكمة من قبل الطرفين المتعاقدين. 4- في حالة عدم تشكيل المحكمة خلال مدة أربعة أشهر، ابتداء من تاريخ استلام إشعار كتابي لإحالة النزاع على التحكيم، وفي غياب أي اتفاق آخر، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بتعيين المحكم أو المحكمين الذي أو اللذين لم يعينوا بعد. إذا كان الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة لسبب آخر، يطلب من عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدميه والذي لا يحمل جنسية أحد الطرفين المتعاقدين، القيام بالتعيين أو بالتعيينات اللازمة. 5- تقوم محكمة التحكيم بوضع إجراءاتها بنفسها وتصدر قرارها وفقا لأحكام هذا الاتفاق ومبادئ القانون الدولي المعترف بها من قبل الطرفين المتعاقدين. 6- تصدر المحكمة قرارها بأغلبية الأصوات.يكون هذا القرار نهائيا وملزما للطرفين المتعاقدين، وتقوم المحكمة، بطلب من أي من الطرفين المتعاقدين، بتعليل قرارها. 7- يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف المحكم المعين من قبله ومصاريف تمثيله في إجراءات التحكيم. ويتحمل الطرفان بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس والمحكمة. **المادة 9:** 1- يسوى، بقدر الإمكان، وديا عن طريق التفاوض بين الأطراف ذات العلاقة، أي نزاع بين مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر بخصوص أحد الاستثمارات بإقليم هذا الطرف المتعاقد الأخير. 2-إذا تعذر تسوية النزاع عن طريق المفاوضات في مدة ستة أشهر، فيمكن لكل طرف في النزاع أن يرفع هذا الأخير إلى الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد القابل للاستثمار.

	3-- إذا تعذر تسوية احد النزاعات حول مبلغ التعويض عن نزع الملكية في مدة ستة أشهر بعد اللجوء إلى المفاوضات المشار إليها في ؤالفقرة1 من هذه المادة. فإنه من الممكن رفع النزاع إلى محكمة تحكيم خاصة بطلب من أي من الطرفين. لا تطبق أحكام هذه الفقرة إذا لجأ المستثمر المعني بالأمر إلى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة 2 من هذه المادة. 4- تتشكل محكمة التحكيمية لكل حالة خاصة بالطريقة الآتية: يعين كل طرف في النزاع محكما، ويختار هذان المحكمان كرئيس أحد رعايا دولة ثالثة لها علاقات دبلوماسية مع الطرفين المتعاقدين. ويعين المحكمان الأولان في مدة شهرين ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي عن نية أحد الطرفين في اللجوء إلى التحكيم، ويختار الرئيس في مدة أربعة أشهر. إذا لم يتم تشكيل المحكمة في المدة المشار إليها أعلاه، يمكن لكل طرف في النزاع دعوة الأمين العام للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات للقيام بالتعيينات اللازمة. 5- تقوم المحكمة بوضع إجراءاتها بنفسها. ومع ذلك يمكن في هذا الصدد الاستئناس بقواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات. 6- تصدر المحكمة قرارها بأغلبية الأصوات.يكون هذا القرار نهائيا وملزما للطرفين المتنازعين، ويلتزم الطرفان المتعاقدان بتطبيق وفقا لقوانينهما ذات العلاقة. 7- تصدر المحكمة قرارها وفقا لقانون الطرف المتعاقد المعني بالنزاع الذي قبل الاستثمار. بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، وأحكام هذا الاتفاق ومبادئ القانون الدولي المعترف بها عامة والمقبولة من قبل الطرفين المتعاقدين. 8- يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف عضو المحكمة المعين من قبله ومصاريف تمثيله في التحكيم. ويتحمل الطرفان في النزاع بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس وباقي المصاريف الأخرى.
14- المرسوم الرئاسي رقم:01-204 المؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، والمتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم	**المادة 7: تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين طرف متعاقد وأحد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر** 1-كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر

بين الجزائر وكوريا الموقع بالجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 40 الصادرة بتاريخ: 25 يوليو سنة 2001.	من الطرف المتعاقد الآخر، ويسوى بقدر المستطاع بالتراضي. 2-إذا لم يسوى الخلاف بالطريقة المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة في خلال ستة 6 أشهر من تاريخ رفعه، يحال بطلب من المستثمر إلى المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار، أو يحال إلى التحكيم إلى المركز الدولي لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمار الذي أشيء بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن في 18 مارس 1965. 3- يكون القرار المتخذ من قبل المحكمة المختصة للطرف المتعاقد أو المركز الدولي لحل الخلافات المتعلقة بالاستثمار نهائيا وملزما لكلا طرفي الخلاف. ويضمن كل طرف متعاقد الالتزام بتنفيذ القرار طبقا لقوانينه وأنظمته. المادة 8: تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين 1-تسوى الخلافات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتفاق، بقدر الإمكان من خلال المشاورات أو القنوات الدبلوماسية. 2-إذا لم يسوى الخلاف في مدة ستة 6 أشهر يحال بطلب من أي الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم وفق أحكام هذه المادة. 3-تتشكل هذه المحكمة لكل حالة خاصة بالطريقة التالية. يعين كل طرف متعاقد عضوا في المحكمة في خلال شهرين 2 من استلام طلب التحكيم، ويختار العضوان الاثنان مواطنا من دولة ثالثة ليعين بموافقة الطرفين المتعاقدين كرئيس للمحكمة المشار إليه فيما يلي بالرئيس، يجب أن يعين الرئيس في مدة ثلاثة 3 أشهر من تاريخ تعيين العضوين الآخرين. 4- إذا لم يتم القيام بالتعيينات اللازمة في الآجال المبينة في الفقرة الثالثة3 من هذه المادة، يجب أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدولية القيام بالتعيينات اللازمة. وإذا كان مواطن أحد الطرفين المتعاقدين، أو تعذر عليه ممارسة هذه المهمة، يدعى نائب الرئيس للقيام بالتعيينات، وإذا كان أيضا من مواطني أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة، يطلب من العضو الأكثر أقدميه لمحكمة العدل الدولية الذي لا يكون من إحدى موطني الطرفين القيام بالتعيينات. 5-تتخذ محكمة التحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون هذه القرارات إلزامية. يتحمل كل طرف متعاقد المصاريف الخاصة بحاكمه وبتمثيله في إجراءات التحكيم، ويتحمل الطرفين المتعاقدين بالتساوي المصاريف

	المتعلقة بالرئيس وكذا المصاريف الأخرى. تحدد محكمة التحكيم الإجراءات الخاصة بها.
15- المرسوم الرئاسي رقم:02-226 المؤرخ في 22 يونيو سنة 2002، 15- 15- المتضمن المصادقة على الاتفاق بين الجزائر وأندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 45 الصادرة بتاريخ: 30 يونيو سنة 2002.	**المادّة 7** **تسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمار بين طرف متعاقد وأحد مستثمري الطّرف المتعاقد الآخر** 1) كلّ خلاف يتعلّق بالاستثمارات بين أحد الطّرفين المتعاقدين ومستثمر من الطّرف المتعاقد الآخر، ويسوّى بقدر المستطاع بالتراضي. 2) إذا لم يُسوّ الخلاف بالطّريقة المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادّة في خلال ستّة (6) أشهر من تاريخ رفعه، يحال بطلب من المستثمر إلى المحكمة المختصّة للطّرف المتعاقد الّذي أنجز على إقليمه الاستثمار، أو يحال للتّحكيم إلى المركز الدّولي لحلّ الخلافات المتعلّقة بالاستثمار الّذي أنشيء بمقتضى الاتّفاقية الخاصّة بتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى، المفتوحة للتّوقيع بواشنطن في 18 مارس 1965. 3) يكون القرار المتّخذ من قبل المحكمة الخاصّة للطّرف المتعاقد أو المركز الدّولي لحلّ الخلافات المتعلّقة بالاستثمار نهائيا وملزما لكلا طرفي الخلاف، ويضمن كلّ طرف متعاقد الالتزام بتنفيذ القرار طبقا لقوانينه وأنظمته.

المادّة 8

تسوية الخلافات بين الطّرفين المتعاقدين

1) تسوّى الخلافات بين الطّرفين المتعاقدين المتعلّقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتّفاق، بقدر الإمكان، من خلال المشاورات أو القنوات الدّبلوماسية.

2) إذا لم يسوّ الخلاف في مدّة ستّة (6) أشهر يحال بطلب من أيّ من الطّرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم وفق أحكام هذه المادّة.

3) تتشكّل هذه المحكمة لكلّ حالة خاصّة بالطّريقة التّالية. يعيّن كلّ طرف متعاقد عضوا في المحكمة في خلال شهرين (2) من استلام طلب التّحكيم، ويختار العضوان الاثنان مواطنا من دولة ثالثة ليعيّن بموافقة الطّرفين المتعاقدين كرئيس للمحكمة (المشار إليه فيما يلي "بالرّئيس"). يجب أن يعيّن الرّئيس في مدّة ثلاثة (3) أشهر من تاريخ تعيين العضوين الآخرين.

4) إذا لم يتمّ القيام بالتّعيينات اللاّزمة في الآجال المبيّنة في الفقرة (3) من هذه المادّة، يجب أن يطلب من رئيس محكمة العدل الدّولية القيام بالتّعيينات اللاّزمة. وإذا كان مواطن أحد الطّرفين المتعاقدين، أو تعذّر عليه ممارسة هذه المهمّة، يدعى نائب الرّئيس للقيام بالتّعيينات. وإذا كان أيضا من مواطني أحد الطّرفين المتعاقدين أو إذا تعذّر عليه ممارسة هذه المهمّة، يطلب من العضو الأكثر أقدمية لمحكمة العدل الدّولية الّذي لا يكون من مواطني أحد الطّرفين المتعاقدين القيام بالتّعيينات.

5) تتّخذ محكمة التّحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون هذه القرارات إلزامية. يتحمّل كلّ طرف متعاقد المصاريف الخاصّة بحاكمه وبتمثيله في إجراءات التّحكيم . ويتحمّل الطّرفين المتعاقدين بالتّساوي المصاريف المتعلّقة بالرّئيس وكذا المصاريف الأخرى. تحدّد محكمة التّحكيم بنفسها الإجراءات الخاصّة بها.

-16

مرسوم رئاسي رقم 05- 75 مؤرخ في 17 محرم عام 1426 الموافق 26 فبراير سنة 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية، الموقع بطهران في 19 أكتوبر سنة 2003.

المادة 12

تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمري الطرف المتعاقد الاخر

1 - بهدف تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمري الطرف المتعاقد الاخر، يسعى الطرفان المتنازعان في البداية بتسوية النزاع وديًا عبر المشاورات والمفاوضات.

2 - إذا لم تات هذه المشاورات والمفاوضات بحلّ في مدّة ستّة (6) أشهر ابتداء من تاريخ طلب تسوية النزاع، يمكن للمستثمر إحالة النزاع، باختياره، للتسوية إلى :

أ) المحكمة المختصّة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار،

ب) أو المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات (ICSID) الّذي أنشىء بموجب الاتفاقية الخاصّة بتسوية الخلافات الخاصّة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن (د.س) بتاريخ 18 مارس سنة 1965، حالما يصبح الطرفان المتعاقدان أعضاء في هذه الاتفاقية،

ج) أو محكمة تحكيم خاصّة تشكّل على أساس تنظيمات التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL).

3 - يكون قرار محكمة التحكيم نهائيا وملزما لطرفي النزاع ويتعهّد كلّ طرف متعاقد بتنفيذ القرار وفقا لقانونه الوطني.

المادّة 13

تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين

1 – تتمّ تسوية النزاعات بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق عبر القناة الدبلوماسية.

2 – إذا لم يتوصّل الطرفان المتعاقدان إلى تسوية خلال إثني عشر (12) شهرا ابتداء من نشوء النزاع، يحال هذا الأخير، بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين، على محكمة تحكيم مكوّنة من ثلاثة أعضاء. يعيّن كلّ طرف متعاقد حكما ويقوم الحكمان بتعيين رئيس يكون مواطنا من دولة ثالثة.

3 – إذا لم يعيّن أحد الطرفين المتعاقدين حكمه ولم يرد على الدّعوة الموجّهة إليه من الطرف المتعاقد الاخر للقيام خلال شهرين (2) بهذه التعيينات، يعيّن الحكم بطلب من الطرف المتعاقد الآخير من طرف رئيس محكمة العدل الدولية.

4 – إذا لم يتفق الحكمان حول اختيار الرئيس خلال الشهرين (2) المواليين بتعيينهما وفي غياب اتفاق آخر، يعيّن هذا الأخير بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين من قبل رئيس محكمة العدل الدولية.

5 – في الحالات المشار إليها في الفقرتين (3) و(4) من هذه المادّة، إذا كان رئيس محكمة العدل الدولية مواطن أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا لم يتمكّن من القيام بهذه المهمّة، تتمّ التعيينات من طرف نائب الرئيس. وإذا كان نائب الرئيس مواطن أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا لم يتمكّن من القيام بهذه المهمّة، تتمّ التعيينات من طرف عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدمية والذي ليس مواطنا لأحد الطرفين المتعاقدين.

6 – تحدّد المحكمة قواعدها الإجرائية الخاصّة بها.

7 – يتحمّل كل طرف متعاقد المصاريف المتعلّقة بتعيين حكمه في تمثيله في الإجراءات التحكيمية. أمّا المصاريف الخاصّة بالرئيس والنفقات الأخرى فيتحمّلها الطرفان المتعاقدان بالتساوي.

-17

مرسوم رئاسي رقم 01- 212 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 23 يوليو سنة 2001 يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة ماليزيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع في الجزائر بتاريخ 27 يناير سنة 2000.

المادّة 7

تسوية خلافات الاستثمار بين طرف متعاقد ومستثمر الطّرف المتعاقد الآخر

1 – يسوّى وبقدر المستطاع كلّ خلاف ينشأ بين طرف متعاقد ومستثمر الطّرف المتعاقد الآخر، متعلّق باستثمار على إقليم الطّرف المتعاقد الآخر، بالتّراضي بين طرفي الخلاف من خلال المشاورة والمفاوضة.

2 – إذا لم تتمّ تسوية أيّ خلاف بين مستثمر طرف متعاقد والطّرف المتعاقد الآخر في أجل ستّة أشهر، يمكن المستثمر عرض القضية على :

أ) المحاكم المحلّيّة المؤهّلة،

ب) المركز الدّولي لحلّ الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام المطبّقة للاتّفاقية الخاصّة بتسوية الخلافات المرتبطة بالاستثمار بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى المفتوحة للتّوقيع بواشنطن في 18 مارس 1965، أو

ج) حاكم أو محكمة تحكيم دولية خاصّة مشكّلة على أساس قواعد إجراءات تحكيم لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاريّ الدّولي. يمكن طرفا الخلاف الاتّفاق كتابيّا حول تعديلها. وتكون القرارات التّحكيميّة نهائيّة وملزمة لكلا طرفي الخلاف.

يبقى اختيار أحد الإجراءات نهائيا.

3 – يكون قرار التّحكيم نهائيا وملزما لكلا طرفي الخلاف. ويضمن كلّ طرف متعاقد الاعتراف بالقرار وتنفيذه طبقا لقوانينه ونظمه.

المادّة 8

تسوية الخلافات
بين الطّرفين المتعاقدين

1- تسوّى الخلافات بين الطّرفين المتعاقدين المتعلّقة بتفسير أو تطبيق هذا الاتّفاق إذا أمكن من خلال القنوات الدّبلوماسية.

2 – إذا لم يسوّ الخلاف بين الطّرفين في مدّة ستّة أشهر، يحال بطلب من أحد الطّرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية.

3 – تتشكّل هذه المحكمة التّحكيميّة لكلّ حالة خاصّة بالطّريقة التالية. يعيّن كلّ طرف متعاقد عضوا في المحكمة في خلال شهرين من تاريخ استلام طلب التّحكيم، ويختار العضوان مواطنا من دولة أخرى ليعيّن بموافقة الطّرفين المتعاقدين كرئيس للمحكمة. يجب أن يعيّن الرئيس في خلال شهرين من تاريخ تعيين العضوين الآخرين.

4 – إذا لم تتمّ التّعيينات اللاّزمة في الآجال المحدّدة في الفقرة الثالثة من هذه المادّة، يمكن لأيّ طرف متعاقد في غياب أيّ اتّفاق آخر، استدعاء رئيس محكمة العدل الدّولية للقيام بالتّعيينات الضّرورية. وإذا كان الرّئيس مواطن أحد الطّرفين المتعاقدين، أو إذا تعذّر عليه ممارسة هذه المهمّة، يطلب من نائب الرّئيس القيام بالتّعيينات اللاّزمة. وإذا كان نائب الرّئيس مواطن أحد الطّرفين المتعاقدين أو إذا تعذّر عليه أيضا ممارسة هذه المهمّة، يطلب من عضو محكمة العدل الدّولية الّذي يلي في الأقدمية والّذي لا يكون من مواطني أحد الطّرفين المتعاقدين القيام بالتّعيينات اللاّزمة.

5 – تتّخذ محكمة التّحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون ملزمة لكلا الطّرفين المتعاقدين. يتحمّل كلّ طرف متعاقد المصاريف الخاصّة بعضوه في المحكمة وبتمثيله خلال إجراءات التّحكيم ويتحمّل الطّرفان المتعاقدان بالتّساوي المصاريف المتعلّقة بالرّئيس وكذا المصاريف الأخرى.

ويمكن المحكمة أن تضمن في قرارها تحميل أحد الطّرفين المتعاقدين القسط الأكبر من المصاريف ويكون هذا القرار ملزما لكلا الطّرفين المتعاقدين. تحدّد المحكمة بنفسها الإجراءات الخاصّة بها في جميع الجوانب الأخرى.

6 – تصدر محكمة التّحكيم قراراتها على أساس هذا الاتّفاق أو أيّ اتّفاق ساري المفعول بين الطّرفين المتعاقدين وكذا القانون الدّولي العامّ وتأخذ بعين الاعتبار ما قد يكون مناسبا القانون الوطنيّ للطّرف المتعاقد حيث يوجد الاستثمار المعني.

-18

مرسوم رئاسي رقم 17-311 مؤرخ في 13 صفر عام 1439 الموافق 2 نوفمبر سنة 2017، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية ماجيكستان حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 11 مارس سنة 2008.

المادة 9

تسوية نزاعات الاستثمار

1- تتم تسوية كل خلاف ينشأ بين مستثمر طرف متعاقد، والطرف المتعاقد الآخر، بخصوص استثمار في إقليم هذا الطرف المتعاقد الآخر، عن طريق المفاوضات بين طرفي النزاع.

2- إذا لم تتوصل المفاوضات إلى تسوية خلال ستة (6) أشهر من تاريخ تقديم طلب التسوية، يعرض المستثمر هذا النزاع، حسب اختياره، للتسوية إمّا على :

أ / المحكمة المختصة لدى الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار في إقليم دولته، أو

ب / المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (ICSIDS) الذي أنشئ بموجب الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965، أو

ج / محكمة تحكيم خاصة تؤسس، ما لم يتفق طرفا النزاع على خلاف ذلك، وفقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL).

المادة 10

تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين

1- تتم تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير أو تطبيق أحكام هذا الاتفاق، عبر القناة الدبلوماسية.

2- إذا لم يتوصل الطرفان المتعاقدان إلى تسوية خلال ستة (6) أشهر، يحال هذا النزاع بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين على محكمة تحكيم مكوّنة من ثلاثة أعضاء، يعيّن كل طرف متعاقد محكّما، ويقوم المحكّمان بتعيين رئيس يكون مواطنا من دولة أخرى.

3- إذا لم يعيّن أحد الطرفين المتعاقدين محكمه، وبعد شهرين من دعوة الطرف المتعاقد الآخر للقيام بهذا التعيين، يعيّن المحكّم بطلب من الطرف المتعاقد الأخير، من قبل رئيس محكمة العدل الدولية.

4- إذا لم يتفق المحكّمان على اختيار الرئيس خلال الشهرين المواليين لتعيينهما، وفي غياب أي اتفاق آخر، يعيّن هذا الأخير، بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين، من طرف رئيس محكمة العدل الدولية.

5- في الحالات المشار إليها في الفقرتين 3 و 4 من هذه المادة، إذا كان رئيس محكمة العدل الدولية من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا لم يتمكن من القيام بهذه المهمة لأسباب أخرى، تتم التعيينات من طرف نائب الرئيس وإذا كان نائب الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا لم يتمكن من القيام بهذه المهمة لأسباب أخرى، تتم التعيينات من طرف عضو المحكمة الأكثر اقدمية والذي ليس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين.

6- تحدد المحكمة القواعد الإجرائية الخاصة بها.

7- يتحمل كل طرف متعاقد المصاريف المتعلقة بمحكّمه وبتمثيله في الإجراءات التحكيمية. أما المصاريف المتعلقة بالرئيس فيتحمّلها الطرفان المتعاقدان بالتساوي.

8- تكون قرارات المحكمة نهائية وملزمة للطرفين المتعاقدين.

-19

مرسوم رئاسيّ رقم 2000 - 280 مؤرّخ في 9 رجب عام 1421 الموافق 7 أكتوبر سنة 2000، يتضمّن التّصديق على الاتّفاق والبروتوكول الإضافي بين الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة وجمهوريّة ألمانيا الاتّحادية يتعلّقان بالتّشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقّعين في الجزائر بتاريخ 11 مارس سنة 1996.

المادّة 9

1 - تتمّ تسوية كلّ خلاف يتعلّق بتفسير أو تطبيق هذا الاتّفاق، إذا أمكن، بالطّرق الدّبلوماسية بين الطّرفين المتعاقدين.

2 - في حالة عدم التوصّل إلى تسوية الخلاف بالطّرق الدّبلوماسية، يحال الخلاف، بناء على طلب أحد الطّرفين المتعاقدين، إلى محكمة تحكيمية.

3 - تشكّل هذه المحاكمة التحكيمية "خصّيصا"، ويعيّن كلّ طرف متعاقد عضوا فيها ويتّفق العضوان على اختيار مواطن من دولة ثالثة كرئيس، ويتمّ تعيينه من طرف حكومتي الطّرفين المتعاقدين. يتمّ تعيين الأعضاء في مدّة شهرين (2)، والرّئيس في مدّة ثلاثة (3) أشهر بعد قيام أحد الطّرفين المتعاقدين بإشعار الطّرف الآخر عن رغبته في إحالة الخلاف على المحكمة التّحكيمية.

4 - إذا لم تحترم المدد المشار إليها في الفقرة الثّالثة. وفي غياب اتّفاق آخر، يمكن كلّ طرف متعاقد دعوة رئيس محكمة العدل الدّولية للقيام بالتّعيينات الضّرورية في حالة ما إذا كان الرّئيس من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين، أو إذا تعذّر عليه القيام بهذه المهمّة لسبب آخر، فعلى نائب الرّئيس القيام بالتّعيينات، إذا كان نائب الرّئيس هو الآخر من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين أو إذا تعذّر عليه الأمر هو كذلك، فعلى عضو المحكمة الّذي يلي مباشرة في سلم التّرتيب والّذي هو ليس من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين، القيام بالتّعيينات.

5 - تتّخذ محكمة التّحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات، وتكون هذه القرارات ملزمة. يتحمّل كلّ

طرف متعاقد المصاريف المترتّبة عن نشاط محكمه والمصاريف التمثيلية في الإجراء أمام محكمة التحكيم. يتحمّل مصاريف الرّئيس والمصاريف الأخرى الطّرفان المتعاقدان بالتّساوي. ويمكن محكمة التحكيم، بسبب ظروف استثنائية، تحديد طريقة أخرى للتّسديد بشأن المصاريف. تعدّ محكمة التحكيم قواعد الإجراء الخاص بها.

6 - تطبق أحكام هذا الاتّفاق بدون المساس بأحكام المادّة 27 من اتّفاقية 18 مارس 1965 الخاصّة بتسوية النزاعات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى. في حالة حلول طرف متعاقد محل أحد مواطنيه أو إحدى شركاته، طبقا للمادّة 6 من هذا الاتّفاق، هذا الطّرف المتعاقد حرّ في رفع دعوى أمام محكمة التحكيم المشار إليها في هذه المادّة.

المادّة 10

1- الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات والّتي تنشأ بين أحد الطّرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة الطّرف المتعاقد الآخر تسوى في حدود الإمكان، بالتراضي بين الأطراف المتنازعة.

2 - في حالة عدم التوصّل إلى تسوية بالتّراضي، باستعمال طرق الطّعن الدّاخلية أو غيرها في مدّة أدناها ستّة (6) أشهر ابتداء من تاريخ إثارة الخلاف، يحال الخلاف على التّحكيم إذا طلب المواطن المعني أو الشّركة المعنية بذلك. في حالة عدم اتّفاق الأطراف المتنازعة على خلاف ذلك، يعرض الخلاف على إجراء تحكيمي في إطار الاتّفاقية الخاصّة بتسوية النّزاعات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى الموقّعة بتاريخ 18 مارس 1965.

3 - يكون الحكم التحكيمي ملزما ولا يمكن أن يكون محلّ شكوى أو طعن آخر من غير ما هو منصوص عليه في الاتّفاقية المشار إليها أعلاه. وينفذ الحكم طبقا للقانون الوطني.

4 - خلال إجراء تحكيمي أو تنفيذ حكم تحكيمي، لا يثير الطّرف المتعاقد الّذي يكون طرفا في الخلاف أيّ دفع بحجّة أن رعية أو شركة الطّرف المتعاقد الآخر تم تعويضه جزئيا أو كلّيا بواسطة تأمين.

-20

مرسوم رئاسي رقم 04 - 327 مؤرخ في 25 شعبان عام 1425 الموافق 10 أكتوبر سنة 2004، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفيينا في 17 يونيو سنة 2003.

المادة 10

تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد

1 - تتمّ تسوية أي نزاع بين طرف متعاقد ومستثمر تابع للطرف المتعاقد الآخر يتعلّق بالاستثمارات بموجب هذا الاتفاق، قدر الإمكان وديا عن طريق المشاورات بين طرفي النزاع.

2 - إذا لم تتمّ تسوية هذا النزاع في مدّة أربعة (4) أشهر اعتبارا من تاريخ الإشعار بهذا النزاع، يتمّ عرضه بطلب من المستثمر إمّا :

أ) على الجهة القضائية المختصّة للطرف المتعاقد، طرف النزاع،

ب) إمّا على التحكيم الدولي :

1 - المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات (المركز) مع المنشأ بموجب الاتفاقية لحل النزاعات الخاصّة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965 (اتفاقية CIRDI)،

II – هيئة تحكيم خاصّة تؤسّس طبقا لشروط قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي، (CNUDCI)،

III – للغرفة التجارية الدولية، (CCI)،

IV – أو أي إجراء آخر لحل النزاعات باتفاق الطرفين المتعاقدين طرفي النزاع.

3 – بهذا يقدّم كلّ من الطرفين المتعاقدين موافقتهم غير المشروطة على إخضاع النزاع لإجراء المصالحة أو التحكيم الدولي. بهذه الموافقة، يتخلى الطرفان المتعاقدان عن اشتراط استنفاذ جميع إجراءات الطعون الإدارية والقضائية الداخلية.

4 – لا يمكن للطرف المتعاقد، طرف النزاع، في أي وقت من إجراء التحكيم، الإدلاء بحصانته أو بصرّح أن المستثمر قد تحصل بموجب عقد تأمين، على تعويض يغطي جزئيا أو كليا التلف أو الخسارة المحتملين.

5 – يحلّ النزاع من قبل هيئة التحكيم الخاصّة طبقا للقانون الداخلي للطرف الّذي تمّ على إقليمه الاستثمار، بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين والمبادئ الأخرى المتّفق عليها في القانون الدولي، وهذا الاتفاق والاتفاقات الأخرى التي تتعلّق بالاستثمارات تم إبرامها بين المستثمر والطرف المعني.

6 – يكون القرار التحكيمي المنطوق به في إطار هذه المادّة ملزما لطرفي النزاع ويطبّق في إقليمي الطرفين المتعاقدين. يضمن كل من الطرفين المتعاقدين التّنفيذ على إقليمه الفعلي لقرارات التحكيم بموجب هذه المادّة، ويطبّق فورا كلّ قرار تحكيمي صادر ضمن إجراء يكون فيه الطرف المتعاقد طرفا في النزاع.

7 – لا يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين متابعة، عبر القناة الدّبلوماسية، نزاع تم عرضه على التحكيم الدولي إلاّ في حالة عدم احترام أو عدم تنفيذ الطرف المتعاقد الاخر القرار الصادر عن هيئة التحكيم المذكورة.

المادّة 11

تسوية المنازعات بين الطرفين المتعاقدين

1 – تتمّ تسوية كلّ النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير هذا الاتفاق أو تطبيقه كلّما أمكن ذلك وديا عن طريق المفاوضات بين الطرفين المتعاقدين.

2 – إذا تعذر تسوية النزاع خلال فترة ستة (6) أشهر، ابتداء من تاريخ مطالبة أحد الطرفين بالدخول في المفاوضات طبقا للفقرة (1) من هذه المادّة يمكن عرض النزاع، بناء على طلب من أحد الطرفين المتعاقدين، على التحكيم الدولي.

3 – تتشكّل هيئة التحكيم المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادّة، حسب كلّ حالة خاصّة على النحو التالي : يقوم كلّ من طرف متعاقد بتعيين عضو، ويقوم العضوان اللّذان تمّ تعيينهما على هذا المنوال سويا بتعيين مواطن من دولة أخرى والّذي يتمّ تعيينه رئيسا بعد موافقة الطرفين المتعاقدين. يتمّ تعيين أعضاء الهيئة خلال شهرين اعتبارا من التاريخ الّذي قام فيه أحد الطرفين المتعاقدين بإشعار الطرف المتعاقد الآخرين عن نيته في عرض النزاع على التحكيم.

4 – وفي حالة عدم احترام الآجال المنصوص عليها في الفقرة (3) من هذه المادّة، وفي غياب أي اتفاق آخر، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية. وإذا كان رئيس المحكمة مواطنا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين أو لم يتمكّن لسبب ما من القيام بالمهمّة الموكولة إليه، يطلب من نائب الرئيس القيام بالتعيينات الضرورية. وإذا كان نائب الرئيس مواطنا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذّر عليه كذلك القيام بالمهمّة المذكورة، يتمّ دعوة عضو محكمة العدل الدولية الأكثر أقدمية والّذي لا ينتمي إلى بلد أحد الطرفين المتعاقدين إلى القيام بالتعيينات الضرورية.

5 – تحدّد محكمة التحكيم نظامها بنفسها، ما لم يتّفق الطرفان المتعاقدان على خلاف ذلك، وتفصل في النزاع طبقا لهذا الاتفاق ومبادئ القانون الدولي المتّفق عليها من قبل الطرفين المتعاقدين.

6 – تتخذ محكمة التحكيم قرارها بأغلبية الأصوات ويكون هذا القرار نهائيا وملزما لكلا الطرفين المتعاقدين.

7 – توزّع مصاريف إجراءات التحكيم وكذا أتعاب الحكام بالتساوي على الطرفين المتعاقدين، ما لم تتفق هيئة التحكيم على خلاف ذلك نظرا لظروف خاصّة.

-21

مرسوم رئاسيّ رقم 02-124 مؤرّخ في 24 محرّم عام 1423 الموافق 7 أبريل سنة 2002، يتضمّن التّصديق على الاتّفاق بين الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة والجمهوريّة التشيكية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقّع ببراغ في 22 سبتمبر سنة 2000.

المادّة 8

تسوية الخلافات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر

1- تتمّ تسوية كلّ خلاف متعلّق بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الآخر، قدر المستطاع، عن طريق التراضي بين الطرفين في الخلاف.

2- إذا لم تؤد المشاورات إلى إيجاد حلّ خلال مدّة ستة أشهر من تاريخ التبليغ، يمكن للمستثمر عرض الخلاف، حسب اختياره، للتسوية على :

أ) المحكمة المختصّة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار،

ب) المركز الدّولي لتسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات المنشأ بموجب "الاتفاقية الخاصّة بتسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى" المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس 1965،

ج) أو محكمة خاصّة تشكّل، في غياب اتفاق مباشر آخر بين الأطراف في النزاع، طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي.

3- لا يمكن للطرف المتعاقد الذي يكون طرفا في الخلاف، أن يتذرّع في دفاعه أثناء الإجراء المتعلّق بالخلافات حول الاستثمارات، بأنّ المستثمر قد تحصّل بموجب عقد ضمان، على تعويض يغطّي كلاّ أو جزءا من الأضرار أو الخسائر التي لحقت به.

المادّة 9

تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين

1- تتمّ تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين بشأن تفسير أو تطبيق هذا الاتفاق، بقدر الإمكان بالتراضي.

وإذا لم تتمّ تسوية الخلاف في أجل ستة أشهر، اعتبارا من التاريخ الذي قام فيه أحد الطرفين بتقديم طلب كتابي بشأنه، يعرض الخلاف بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين، على محكمة تحكيم.

2- تشكّل محكمة التحكيم، لكلّ حالة على حدة، على النحو التالي :

كلّ طرف متعاقد يعيّن حكما ويقترح المحكمان المعيّنان، باتفاق مشترك، رئيسا يكون من رعايا دولة ثالثة يعيّن من قبل الطرفين المتعاقدين. ويتمّ تعيين المحكمين في مدّة ثلاثة (3) أشهر، والرّئيس في مدّة خمسة (5) أشهر، اعتبارا من طلب التحكيم.

3- إذا لم تحترم الآجال المشار إليها في الفقرة الثانية أعلاه، يقوم أحد الطرفين المتعاقدين بدعوة رئيس محكمة العدل الدّولية للقيام بالتعيينات اللاّزمة.

وإذا كان الرّئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا تعذّر عليه ممارسة هذه الوظيفة، يطلب من نائب رئيس محكمة العدل الدّولية القيام بالتعيينات اللاّزمة. وإذا كان هذا الأخير من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو تعذّر عليه ممارسة مهمّته، فإنّه يطلب من العضو الأكثر أقدمية في محكمة العدل الدّولية والذي لا يكون من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، القيام بالتعيينات اللاّزمة.

4- تصدر محكمة التحكيم قرارها بناء على أحكام هذا الاتفاق وكذلك قوانين ومبادىء القانون الدّولي. يعتمد القرار بأغلبية الأصوات ويكون نهائيا وملزما للأطراف المتعاقدة.

5- يتحمّل كلّ طرف متعاقد المصاريف المتعلّقة بتعيين محكمه. أما المصاريف الخاصّة بالرّئيس والنفقات الأخرى فيتحملها الطرفان المتعاقدان بالتساوي.

6- تحدّد محكمة التحكيم القواعد الإجرائيّة الخاصّة بها.

-22

مرسوم رئاسيٌ رقم 03 - 525 مؤرّخ في 6 ذي القعدة عام 1424 الموافق 30 ديسمبر سنة 2003، يتضمّن التّصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقّع بالجزائر في 26 يناير سنة 1999 وتبادل الرسائل المؤرّخة في 12 يونيو سنة 2002 و28 أكتوبر سنة 2002.

المادّة 8

الخلافات بين طرف متعاقد ومستثمر

1 - يسوّى كلّ خلاف يتعلّق باستثمار، يطرأ بين مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر، على إقليم هذا الأخير، بقدر الإمكان بالتراضي بين طرفي الخلاف.

2 - إذا استمر هذا الخلاف بين مستثمر أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر بعد مدّة ستّة أشهر، يخوّل للمستثمر رفع الخلاف إلى :

أ) المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات الّذي أنشئ، بموجب الاتفاقية الخاصّة بتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن في 18 مارس سنة 1965، أو

ب) محكم أو محكمة تحكيم دولية خاصّة يتمّ تكوينها طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي.

المادّة 9

الخلافات بين الطرفين المتعاقدين

1 – إذا ثار أي خلاف بين الطرفين المتعاقدين فيما يخصّ تفسير أو تطبيق هذا الاتفاق، تتمّ تسويته، بقدر الإمكان، من خلال المفاوضات.

2 – إذا لم يُسوّ الخلاف في مدّة ستة أشهر، اعتبارا من تاريخ بدايته، يحال، بطلب من أي من الطرفين المتعاقدين، إلى محكمة تحكيم.

3 – تتشكّل هذه المحكمة لكلّ حالة خاصّة بالطريقة الآتية :

أ) يُعيّن كلّ طرف متعاقد عضوا في المحكمة في خلال ثلاثة أشهر من استلام طلب التحكيم، ويختار العضوان الاثنان مواطنا من دولة أخرى ليعيّن بموافقة الطرفين المتعاقدين كرئيس للمحكمة. يعيّن الرئيس في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تعيين العضوين الآخرين،

ب) إذا لم يتمّ القيام بالتعيينات اللاّزمة في الآجال المحدّدة، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين، في غياب أي اتفاق آخر، دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللاّزمة.

	وإذا كان الرّئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذّر عليه ممارسة هذه المهمّة، يطلب من نائب الرّئيس للقيام بالتعيينات اللاّزمة. وإذا كان نائب الرّئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا تعذّر عليه ممارسة هذه المهمّة، يُطلب من عضو محكمة العدل الدولية الموالي له في الرّتبة والّذي ليس من رعايا أي من الطرفين المتعاقدين، القيام بالتعيينات اللاّزمة. ج) تُطبّق محكمة التحكيم أحكام هذا الاتفاق والاتفاقات الأخرى المبرمة بين الطرفين المتعاقدين ومبادئ القانون الدّولي. وتتخذ هذه المحكمة قراراتها بأغلبية الأصوات وتُحدّد بنفسها الإجراءات الخاصّة بها. د) تكون قرارات التحكيم نهائية وملزمة لكلا الطرفين المتعاقدين. هـ) يتحمّل كلّ طرف متعاقد المصاريف الخاصّة بمحكمه وبتمثيله في إجراءات التحكيم، ويتحمّل الطرفان المتعاقدان بالتّساوي المصاريف الخاصّة بالرّئيس وكذا المصاريف الأخرى المتبقية.
-23 مرسوم رئاسي رقم 95- 88 مؤرخ في 24 شوال عام 1415 الموافق 25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994.	المادة 10 المنازعات بين الطرفين المتعاقدين فيما يخص تأويل الاتفاق 1) كل جدال يقع بين الطرفين المتعاقدين حول تأويل أو تطبيق الاتفاق الحالي، يجب أن يحل بقدر الإمكان بين حكومتي الطرفين المتعاقدين.

2) وإذا لم يكن ممكنا حل هذا النزاع بهذه الطريقة في مدى ستة أشهر من تاريخ ابتداء المفاوضات فإنه سيحال، بناء على طلب أحد الطرفين المتعاقدين، الى محكمة تحكيمية.

3) تشكل هذه المحكمة التحكيمية على النحو التالي : يعين كل طرف متعاقد حكما في مدى ثلاثة أشهر ويختار كلا المحكمين مواطنا من بلد آخر كرئيس وذلك في مدة خمسة أشهر من تاريخ إبلاغ أحد الطرفين المتعاقدين الطرف المتعاقد الآخر بنيته لاحالة النزاع الى محكمة تحكيمية.

4) إذا لم يعين أحد الطرفين المتعاقدين حكما في الآجال المحددة، فإن الطرف المتعاقد الآخر يستطيع أن يطلب من الأمين العام للأمم المتحدة لاختيار هذا الحكم. وفي حالة إذا ما توصل الحكمين الى اتفاق حول تعيين الحكم الثالث خلال المدة المحددة، يستطيع أحد الطرفين المتعاقدين أن يطلب من الأمين العام للأمم المتحدة القيام بهذا الاختيار. إذا كان الأمين العام مواطنا لأحد الطرفين المتعاقدين أو لم يستطع أداء مهمته لسبب آخر، يقوم الأمين العام المساعد الأكثر أقدمية والذي لا يتمتع بجنسية أحد الطرفين المتعاقدين، بالتعيينات الضرورية.

5) تصدر المحكمة التحكيمية تقريرها آخذة بعين الاعتبار القانون، الأحكام الواردة في هذا الاتفاق أو في كل اتفاق آخر ساري المفعول بين الطرفين المتعاقدين الى جانب مبادىء القانون الدولي المقبولة عالميا.

6) تحدد المحكمة الطريقة الإجرائية الخاصة بها إلا إذا قرر الطرفان المتعاقدان خلاف ذلك.

7) تتخذ المحكمة قرارها بأغلبية الأصوات، ويكون هذا القرار نهائيا ولا يقبل الطعن فيه من الطرفين المتعاقدين.

8) يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف المحكم الذي قامت بتعيينه والمصاريف المتعلقة بتمثيله خلال إجراءات التحكيم. أما المصاريف الأخرى، بما فيها تلك الخاصة بالرئيس فإن الطرفين المتعاقدين يتحملانها بالتساوي.

المادة 11

النزاعات القائمة بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمري الطرف المتعاقد الآخر

1) يشعر مستثمر الطرف المتعاقد الآخر كتابيا وبالتفصيل الطرف المتعاقد المستقبل للاستثمار حول النزاعات الناتجة بينه وبين هذا الطرف المتعاقد. يحاول الطرفان معالجة هذا النزاع قدر الإمكان من طريق التراضي.

2) وإذا لم يكن ممكنا حل النزاع في مدى ستة أشهر، ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي المذكور في الفقرة الأولى، فإن المستثمر يستطيع، بناء على اختياره تقديمه :

– لمحكمة تحكيمية طبقا لتنظيم مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية باستكهولم.

– لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس،

– للمحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض والمبينة من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

– الى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (م د ح ن إ) والمنشأ بموجب (الاتفاقية المتعلقة بتسوية النزاعات المرتبطة بالاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى) والمعد بواشنطن ابتداء من 18 مارس سنة 1965، وذلك في حالة ما إذا كانت كلا الدولتين الطرف في هذا الاتفاق قد انضمت الى هذه الاتفاقية.

3) يأخذ التحكيم بعين الاعتبار :

– أحكام الاتفاق الحالي،

	- القانون الوطني للطرف المتعاقد الذي تم على إقليمه الاستشعار بما في ذلك التنظيمات المتعلقة بتنازع القوانين، - تنظيمات ومبادئ القانون الدولي المقبولة عادة. 4) تعتبر قرارات التحكيم نهائية ولا تقبل الطعن بالنسبة للطرفين المتنازعين. يلتزم كل طرف متعاقد بتنفيذ القرارات وفق تشريعه الوطني.

-24

مرسوم رئاسي رقم 06- 469 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11 ديسمبر سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية ليتوانيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 يناير سنة 2006.

المادة 8

تسوية النزاعات بين مستثمر وطرف متعاقد

1- يسوى كل نزاع ينشب مباشرة عن استثمار بين أحد الطرفين المتعاقدين ومستثمر للطرف الآخر، وديا بين طرفي النزاع.

2- إذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة ثلاثة (3) شهر ابتداء من تاريخ رفعه بإشعار كتابي، يرفع هذا النزاع وفقا لخيار المستثمر إما :

أ) إلى الجهة القضائية المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار، أو

ب) إلى التحكيم الدولي :

1) من قبل المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) المنشأ بموجب الاتفاقية لحل النزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965 (المشار إليه فيما يأتي بـ "المركز")، أو

II) إلى التحكيم عن طريق تسهيلات المركز الإضافية إذا كان أحد الطرفين للتعاقدين فقط طرفا في الاتفاقية للنصوص عليها في الفقرة (ب (I)) من هذه الفقرة، أو

III) إلى أي محكمة خاصة للتحكيم والتي تؤسس، إلا إذا اتفق طرفا النزاع على غير ذلك، طبقا لشروط وقواعد التحكيم للجنة الأمم للتحدة لقانون التجارة الدولي (CNUDCI).

3 – إذا رفع مستثمر الخلاف أمام الجهة القضائية الوطنية، فلا يمكن له بأي حال اللجوء إلى التحكيم الدولي للنصوص عليه في الفقرة 2 (ب) من هذه المادّة. إنّ اختيار للستثمر بين الجهة القضائية المختصة للطرف للتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار والتحكيم الدولي غير قابلة للمراجعة ونهائي.

4 – أي تحكيم طبقا لهذه المادّة، بطلب من أي طرف في النزاع، يجب أن يتم في دولة تكون طرفا في اتفاقية الأمم للتحدة للتعلّقة بالاعتراف، والتطبيق للقرارات التحكيمية الأجنبية (اتفاقية نيويورك) للفتوحة للتوقيع بنيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958. تعتبر للطالبات للعروضة على التحكيم طبقا لهذه المادّة ناتجة عن علاقات تجارية أو صفقات لأغراض المادّة الأولى من اتفاقية نيويورك.

5 – يقدم كل طرف متعاقد موافقته غير للشروطة على إخضاع النزاع بينه وبين مستثمر الطرف للتعاقد الآخر إلى التحكيم الدولي وفقا لهذه المادّة.

6 – لا يمكن لأي من الطرفين للتعاقدين يكون طرفا في نزاع رفع معارضة في أي مرحلة من إجراء التحكيم أو تنفيذ قرار التحكيم، على أساس أن للستثمر، الطرف الآخر في النزاع، قد تحصل على تعويض يغطي جزئيا أو كليا خسائره بموجب تأمين.

7 – يكون قرار التحكيم نهائيا وملزما لطرفي النزاع ويتم تنفيذه طبقا للقانون الوطني للطرف، للتعاقد الذي صدر على إقليمه القرار التحكيمي من قبل السلطات للختصة للطرف للتعاقد ابتداء من التاريخ للذكور في القرار التحكيمي.

المادّة 9

تسوية النزاعات

بين الطرفين المتعاقدين

1 – تسوى النزاعات بين الطرفين المتعاقدين بخصوص تفسير وتطبيق هذا الاتفاق، كلما أمكن ذلك، عن طريق القنوات الدّبلوماسية.

2 – إذا لم تتم تسوية هذا النزاع في مدة ستة (6) أشهر اعتبارا من تاريخ طلب أي من الطرفين المتعاقدين تلك المفاوضات، يحال بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيمية.

3 – تتشكل محكمة التحكيم لكل حالة على النحو الآتي : خلال شهرين من استلام طلب التحكيم، يقوم كل طرف متعاقد بتعيين عضو في المحكمة. يقوم هذان العضوان باختيار مواطن من دولة ثالثة والذي يعيّن، بعد موافقة الطرفين المتعاقدين، رئيسا للمحكمة. يعيّن الرئيس خلال أربعة (4) أشهر ابتداء من تاريخ تعيين العضوين الآخرين.

4 – إذا لم يتم القيام بالتعيينات اللاّزمة في الآجال المحدّدة في الفقرة 3 من هذه المادّة، يمكن لأي من الطرفين المتعاقدين، في غياب أي اتفاق آخر، دعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات اللاّزمة. وإذا كان الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه المهمة، فعلى عضو محكمة العدل الدولية للوالي له في الرتبة والذي ليس من رعايا أي من الطرفين المتعاقدين ولم يتعذر عليه ممارسة هذه المهمة، القيام بالتعيينات اللاّزمة.

5 – تتخذ المحكمة التحكيمية قراراتها بأغلبية الأصوات. تعد قرارات المحكمة نهائية وملزمة للطرفين المتعاقدين. يتحمل كل طرف متعاقد أعباء العضو المعيّن من قبله وكذا تمثيله في إجراءات التحكيم. ويتحمل الطرفان المتعاقدان بالتساوي المصاريف الخاصة بالرئيس وكذا أي مصاريف أخرى. يمكن لمحكمة التحكيم اتخاذ قرارات مخالفة فيما يخص تقسيم الأعباء. فيما يتعلق بالمسائل الأخرى، تحدد محكمة التحكيم قواعدها الإجرائية.

6 – يفصل في المسائل محل النزاع المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادّة، طبقا لأحكام هذا الاتفاق والمبادئ العامة المعترف بها في القانون الدولي.

-25

مرسوم رئاسي رقم 94 - 01 مؤرخ في 19 رجب عام 1414 الموافق 2 يناير سنة 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993.

المادة الثامنة

1 - كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن أو شركة من طرف المتعاقد الآخر، يسوى وبقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين.

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

عندما يرفع مستثمر النزاع إلى الهيئة القضائية المختصة للطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز

الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات، فان اختيار أحد هذين الإجراءين يكون نهائيا.

3 – ما دام كل من الطرفين المتعاقدين لا يعتبر طرفا في " الاتفاقية الخاصة بحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الاخرى " (C . I . R . D . I) وإذا تعذر حل هذا النزاع في مدى ستة (6) أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع، فإنه يرفع بطلب من أحد الطرفين إلى التحكيم أمام محكمة خاصة تنشأ لهذا الغرض.

تتشكل هذه المحكمة لكل حالة بالطريقة التالية :

كل طرف في النزاع يعين حكما، ويعين المحكمان سويا حكما ثالثا يكون من رعايا دولة ثالثة ليرأس هذه المحكمة. يجب أن يعين المحكمان في مدى شهرين ويعين الرئيس في مدى ثلاثة (3) أشهر ابتداء من التاريخ الذي أشعر فيه المستثمر الطرف المتعاقد المعني، عن نيته في اللجوء إلى التحكيم.

وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن كل طرف في النزاع الطلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية "بستكهولم "، للقيام بالتعيينات اللازمة.

وتحدد المحكمة الخاصة قواعدها الإجرائية طبقا لتلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة وللقانون التجاري الدولي الساري المفعول.

4 – عند حل النزاع، يُجب أخذ بعين الاعتبار مبادىء القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق ونصوص الالتزام الخاص الذي يمكن أن يكون قد منح لاستثمار ما إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالنزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين.

-26

مرسوم رئاسيّ رقم 01- 205 مؤرّخ في 2 جمادى الأولى عام 1422 الموافق 23 يوليو سنة 2001، يتضمّن التّصديق على الاتّفاق بين حكومة الجمهوريّة الجزائريّة الدّيمقراطيّة الشّعبيّة وحكومة الجمهوريّة اليونانية حول التّشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقّع بالجزائر يوم 20 فبراير سنة 2000.

المادّة 8

تسوية الخلافات مابين الطّرفين المتعاقدين

1 - يسوىّ عن الطّريق الدّبلوماسي كلّ خلاف بين الطّرفين المتعاقدين حول تفسير أو تطبيق هذا الاتّفاق.

2 - إذا لم يتمّ التوصّل إلى تسوية بهذه الطّريقة خلال ستّة أشهر من بداية المفاوضات يرفع الخلاف بناء على طلب أحد الطّرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم.

3 - تتكوّن محكمة التحكيم الخاصّة على النّحو التالي : يعيّن كلّ طرف متعاقد محكما، يختار المحكمان أحد الرعايا من دولة أخرى ليرأس محكمة التحكيم. يعين المحكمان خلال ثلاثة أشهر، والرّئيس خلال خمسة أشهر، ابتداء من استلام الإشعار بالتحكيم.

4 - إذا لم تتمّ التعيينات اللاّزمة في الآجال المحدّدة في الفقرة الثّالثة من هذه المادّة، يمكن لأيّ من الطّرفين المتعاقدين، في غياب أيّ اتّفاق آخر، دعوة رئيس محكمة العدل الدّولية للقيام بالتعيينات اللاّزمة. إذا كان الرّئيس من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين أو تعذّر عليه، لأيّ سبب كان، القيام بالمهامّ المذكورة، يطلب من نائب رئيس المحكمة القيام بهذه التعيينات. وإذا كان نائب الرّئيس من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين أو تعذّر عليه هو أيضا القيام بالمهامّ المذكورة، يطلب من عضو المحكمة الموالي له في الرّتبة والّذي ليس من رعايا أحد الطّرفين المتعاقدين، القيام بالتعيينات المطلوبة.

5 - تحكم محكمة التحكيم على أساس احترام القانون، وأحكام هذا الاتّفاق وكذا قواعد ومبادئ القانون الدّولي المعترف بها عامّة.

6 - تحدّد محكمة التحكيم الإجراءات الخاصّة بها، وتقوم بتفسير الحكم بطلب من أي من الطّرفين المتعاقدين. تصدر المحكمة قراراتها بأغلبية الأصوات. وتكون قراراتها نهائية وملزمة للطّرفين.

المادّة 9

تسوية الخلافات بين مستثمر وطرف متعاقد

1 – يسوّى كلّ خلاف بين طرف متعاقد ومستثمر من الطّرف المتعاقد الآخر، بقدر الإمكان، عن طريق التراضي.

2 – وإذا لم تتمّ تسوية هذا الخلاف خلال ستّة أشهر، اعتبارا من تاريخ إثارته من أحد الأطراف فيه، يرفع بطلب من المستثمر إمّا إلى الهيئات القضائية الوطنية للطّرف المتعاقد الطّرف في الخلاف، أو إلى التحكيم الدّولي.

يوافق كلّ طرف متعاقد بدون شروط على رفع مثل هذا الخلاف إلى التحكيم الدّولي وفقا لهذه المادّة.

إذا رفع مستثمر الخلاف إلى الهيئات القضائية التابعة للطّرف المتعاقد المعني أو إلى التحكيم الدّولي، فهذا الاختيار يكون نهائيا.

3 – إذا تمّ اختيار التحكيم الدّولي، فإنّه يمكن للمستثمر المعني عرض الخلاف :

– إمّا على المركز الدّولي لتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات، الّذي أنشئ، بموجب الاتّفاقية الخاصّة بتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات مابين الدّول ورعايا الدّول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن (د.س) بتاريخ 18 مارس سنة 1965،

– أو على محكمة تحكيم خاصّة يتمّ تكوينها طبقا لقواعد التحكيم الخاصّة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي.

4 – يكون حكم التحكيم نهائيا وملزما لأطراف الخلاف، ويتمّ تنفيذه دون تأخير غير مبرّر، وذلك وفقا للقانون الوطني للطّرف المتعاقد الطّرف في الخلاف.

5– لا يستطيع الطّرف المتعاقد المعني الاحتجاج، خلال مدّة إجراء التحكيم أو تنفيذ الحكم، بأن مستثمر الطّرف المتعاقد الآخر قد حصل على تعويض بموجب ضمان.

-27

مرسوم رئاسي رقم 91 - 346 مؤرخ في 26 ربيع الاول عام 1412 الموافق 5 اكتوبر سنة 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو سنة 1991.

الفصل السادس

تسوية الخلافات

المادة الثامنة

1 - كل خلاف متعلق بالاستثمارات بين احدى الدولتين المتعاقدتين ومستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى، يسوى وبقدر المستطاع، بتراضي الطرفين المعنيين.

2 - اذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة اشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد، فيمكن المستثمر المعني رفع الخلاف لاحدى الهيئات المشار اليها فيما يلي، دون سواها :

أ) الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على اقليمها.

ب) " المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات " قصد تطبيق اجراءات التوفيق أو التحكيم، المشار اليها في اتفاقية واشنطن، المؤرخة في 18 مارس سنة 1965، الخاصة " بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى "، وهذا مباشرة بعد الانضمام الكامل للدولتين المتعاقدتين لهذه الاتفاقية.

ج) محكمة تحكيمية أنشئت لهذا الغرض طبقا لأحكام المادة 9 من هذا الاتفاق.

المادة التاسعة

1 – يجب أن تسوى النزاعات المتعلقة بتفسير أ تطبيق هذا الاتفاق بالطرق الدبلوماسية.

2 – اذا انقضت مدة ستة أشهر من تاريخ تقدي طلب كتابي من احدى الدولتين المتعاقدتين، ولم يسو هذ النزاع، فانه يرفع بطلب من احدى الدولتين المتعاقدتين لمحكمة تحكيمية.

3 – تشكل هذه المحكمة بالنسبة لكل حالة خاصة بالطريقة التالية :

تعين كل دولة متعاقدة عضوا، وباتفاق مشترك، يعين العضوان مواطنا من دولة ثالثة يعين كرئيس من قبل الدولتين المتعاقدتين.

ويجب أن يعين العضوان في مدى شهرين ابتداء من تاريخ اشعار احدى الدولتين المتعاقدتين الدولة المتعاقدة الأخرى عن رغبتها في رفع النزاع أمام التحكيم.

يتم تعيين الرئيس في مدى شهرين ابتداء من تاريخ تعيين العضوين الآخرين.

4 – في حالة ما اذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فانه وفي غياب كل اتفاق قابل للتطبيق تقوم احدى الدولتين المتعاقدتين باستدعاء الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة للقيام بالتعيينات الضرورية. واذا كان الأمين العام من رعايا احدى الدولتين المتعاقدتين أو لا يمكنه القيام بهذه المهمة لسبب آخر، فان الأمين العام المساعد، الأكثر اقدمية والذي لا يتمتع بجنسية أو مواطنة احدى الدولتين المتعاقدتين، يقوم بالتعيينات الضرورية.

5 – تتخذ المحكمة التحكيمية قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون هذه القرارات نهائية ونافذة بقوة القانون بالنسبة للدولتين المتعاقدتين.

تحدد المحكمة بنفسها نظامها، وتفسر الحكم بطلب من احدى الدولتين المتعاقدتين ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، ونظرا للظروف الخاصة، فان تكاليف اجراءات التحكيم بما فيها مرتبات الحكام، توزع بطريقة متساوية ما بين الدولتين المتعاقدتين.

6 – يسوى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، الطرف في النزاع والتي يوجد الاستثمار على اقليمها، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، أحكام هذا الاتفاق، بنود الاتفاق الخاص الذي قد يتم وضعه بخصوص الاستثمار الى جانب مبادىء القانون الدولي.

تعتبر قرارات التحكيم نهائية وملزمة لطرفي النزاع وتلتزم الدولتان المتعاقدتان بتنفيذ القرارات طبقا لتشريعاتهما الوطنية على التوالي والاتفاقيات الدولية في هذا المجال والتي يكونان طرفا فيها.

28-

مرسوم رئاسي رقم 06 - 102 مؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1426 الموافق 18 مايو سنة 2006، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة يوم 15 سبتمبر سنة 2004.

المادة 8

تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين

1 – تتم تسوية الخلافات بين الطرفين المتعاقدين المتعلقة بتفسير أو بتطبيق هذا الاتفاق، إذا كان ممكنا بالطرق الدبلوماسية.

2) وإذا لم يسو الخلاف في مدة أقصاها ستة (6) أشهر، ابتداء من اليوم الذي رفع فيه الخلاف من قبل أحد الطرفين المتعاقدين، يعرض ويطلب من أحد الطرفين المتعاقدين إلى محكمة تحكيم.

3) تشكل محكمة التحكيم هذه، لكل حالة على حدى، بالشكل التالي :

يعين كل طرف متعاقد عضوا، ويعين العضوان، باتفاق مشترك، مواطنا من دولة ثالثة يعين رئيسا من الطرفين المتعاقدين، ويتم تعيين كل الأعضاء في مدة شهرين والرئيس في مدة ثلاثة (3) أشهر ابتداء من التاريخ الذي أعرب فيه أحد الطرفين المتعاقدين للطرف المتعاقد الآخر عن نيته في إحالة الخلاف على التحكيم.

4) إذا لم تحترم الآجال المشار إليها في الفقرة الثالثة أعلاه وفي غياب كل اتفاق آخر يقوم أحد الطرفين المتعاقدين، بدعوة رئيس محكمة العدل الدولية للقيام بالتعيينات الضرورية. وإذا كان الرئيس من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين، أو إذا تعذر عليه ممارسة هذه الوظيفة لسبب آخر، يطلب من نائب الرئيس القيام بالتعيينات اللازمة. إذا كان نائب الرئيس هو الآخر من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين أو إذا تعذر عليه أيضا ممارسة هذه المهمة لسبب آخر يطلب من عضو محكمة العدل الدولية الذي يلي مباشرة في سلم الترتيب والذي ليس هو من رعايا أحد الطرفين المتعاقدين للقيام بالتعيينات اللازمة.

يجب أن يكون رئيس محكمة التحكيم مواطنا لبلد تكون له مع الطرفان المتعاقدان علاقات دبلوماسية.

5) تتخذ محكمة التحكيم قراراتها بأغلبية الأصوات وتكون هذه القرارات نهائية وملزمة للطرفين المتعاقدين.

6) تحدد المحكمة قواعد إجراءاتها بنفسها، كما تفسر قراراتها بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين.

7) يتحمل كل طرف متعاقد مصاريف ممثله وكذا مصاريف تمثيله خلال المحاكمة، أمام محكمة التحكيم. إن المصاريف الخاصة بالرئيس والمصاريف الأخرى يتحملها الطرفان بالتساوي، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك نظرا لظروف خاصة.

المادة 9

تسوية الخلافات بين مستثمر وطرف متعاقد

1 – تتم تسوية خلاف متعلق بالاستثمارات بين أحد الطرفين المتعاقدين وأحد مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، قدر المستطاع بالتراضي بين الأطراف المعنية.

2 – إذا لم يتوصل إلى حل هذا الخلاف بالتراضي خلال ستة (6) أشهر من تاريخ عرضه من قبل أحد الطرفين في الخلاف فيمكن للمستثمر أن يحيل هذا النزاع إما إلى الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المعني بالخلاف أو إلى التحكيم الدولي ويكون اختيار أحد هذين الإجراءين نهائيا.

3 – في حالة ما إذا أحيل الخلاف إلى التحكيم الدولي فإنه يمكن للمستثمر وللطرف المتعاقد المعني بالخلاف الاتفاق على إحالة هذا الخلاف، لأحد الإجراءات الثلاثة التالية :

أ) إما للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) مع الأخذ بعين الاعتبار، عند الاقتضاء، بأحكام "الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 بالتسهيل الإضافي بإدارة إجراءات التوفيق والتحكيم والتحقيق.

ب) وإما إلى محكمة تحكيم خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

ج) وإما للغرفة التجارية الدولية.

4 – ولتسوية الخلاف يؤخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق وأحكام الترتيب الخاص الذي يمكن أن يكون موقع بخصوص الاستثمار والقانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالخلاف بما في ذلك قواعد تنازع القوانين.

5 – يكون قرار التحكيم المتخذ في إطار هذه المادة ملزما لطرفي الخلاف ويطبق في إقليمي الطرفين المتعاقدين.

6 – لا ينبغي لأي من الطرفين المتعاقدين متابعة، عبر القناة الدبلوماسية الخلاف الذي عرض على التحكيم الدولي إلا في حالة عدم احترام أو عدم تنفيذ الطرف المتعاقد الآخر القرار الصادر عن محكمة التحكيم.

-29

مرسوم رئاسي رقم 95 - 306 مؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1416 الموافق 7 أكتوبر سنة 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية

لسنة 1982.

المادّة 24

إذا ما دفعت أيّة دولة طرف أو جهة عربيّة مبلغا من أضرار تعرّض لها المستثمر العربيّ نتيجة ضمان كانت قد قدّمته له منفردة أو بالاشتراك مع المؤسّسة العربيّة لضمان الاستثمار أو مع جهة أخرى أو نتيجة أيّ تدابير تأميميّة، يحلّ الدّافع محلّ المستثمر تجاه الدّولة الّتي يقع فيها الاستثمار في حدود مادفعه على أن لا يتعدّى في ذلك الحقوق المقرّرة قانونيّا للمستثمر تجاه تلك الدّولة. وتظلّ حقوق المستثمر تجاه الدّولة المذكورة قائمة فيما يتجاوز المبالغ الّتي دفعت له.

الفصل السّادس

تسوية المنازعات

المادّة 25

تتمّ تسوية المنازعات النّاشئة من تطبيق هذه الاتّفاقيّة من طريق التّوفيق أو التّحكيم أو اللّجوء إلى محكمة الاستثمار العربيّة.

المادّة 26

يكون التّوفيق والتّحكيم وفقا للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الاتّفاقيّة والّذي يعتبر جزءا لا يتجزأ منها.

المادّة 27

يكون لكلّ طرف حقّ اللّجوء إلى القضاء للفصل في النّزاع في الحالات الآتيّة :

1 - عدم اتّفاق الطّرفين على اللّجوء إلى التّوفيق.

2 - عدم تمكّن الموفّق من إصدار تقريره في المدّة المحدّدة.

3 - عدم اتّفاق الطّرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفّق.

4 - عدم اتّفاق الطّرفين على اللّجوء إلى التّحكيم.

5 - عدم صدور قرار هيئة التّحكيم في المدّة المقرّرة لأيّ سبب من الأسباب.

المادّة 28

1 - لحين إنشاء محكمة العدل العربيّة وتحديد اختصاصاتها تنشأ محكمة للاستثمار العربيّ.

2 – تتكوّن المحكمة من خمسة قضاة على الأقلّ وعدد من الأعضاء الاحتياطيّين ينتمي كلّ منهم إلى جنسيّة عربيّة مختلفة، يختارهم المجلس من بين قائمة من القانونيّين العرب تعدّ خصيصا لهذا الغرض ترشّح كلّ دولة طرف اثنين منهم ممن تؤهّلهم صفاتهم الخلقيّة والعلميّة لتولّي المناصب القضائيّة الرّفيعة ويسمّي المجلس من بين أعضاء المحكمة رئيسا لها.

3 – يكون أعضاء المحكمة متفرّغين إذا تطلّبت حاجة العمل ذلك، وتكون مدّة العضويّة ثلاث سنوات يجوز تجديدها.

4 – يحدّد المجلس مكافآت الرّئيس والأعضاء ويعاملون معاملة أعضاء المجلس فيما يتعلّق بالحصانات الدّبلوماسيّة. وتعفى الرّواتب والمكافآت والتّعويضات الخاصّة بهم من الضّرائب كافّة.

5 – يكون مقرّ المحكمة في المقرّ الدّائم لجامعة الدّول العربيّة، ولا يحوّل ذلك دون أن تقرّر المحكمة عقد جلساتها أو أن تقوم بوظائفها في محلّ آخر بقرار مسبّب.

6 – تعدّ المحكمة لائحة بقواعد العمل والإجراءات فيها وتشكيل دوائرها على ألاّ يقلّ عدد أعضاء الدّائرة عن ثلاثة.

المادّة 29

1 – تختصّ المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من المنازعات المتعلّقة بتطبيق أحكام الاتّفاقيّة أو النّاتجة عنها.

2 – يشترط في النّزاع أن يكون قائما :

أ – بين أيّة دولة طرف ودولة طرف أخرى أو بين دولة طرف وبين المؤسّسات والهيئات العامّة التّابعة للأطراف الأخرى أو بين المؤسّسات والهيئات العامّة التّابعة لأكثر من دولة طرف.

ب – بين الأشخاص المذكورين في الفقرة (1) وبين المستثمرين العرب.

ج – بين الأشخاص المذكورين في الفقرتين (1) و(2) وبين الجهات الّتي توفّر ضمانات للاستثمار طبقا لهذه الاتّفاقيّة.

المادّة 30

إذا ضمّت اتّفاقيّة عربيّة دوليّة تنشىء استثمارا عربيّا أو أيّ اتّفاق يتعلّق بالاستثمار ضمن نطاق

جامعة الدّول العربيّة أو فيما بين أعضائها على إحالة مسألة أو نزاع ما إلى تحكيم دوليّ أو قضاء دوليّ جاز باتّفاق أطرافه اعتباره داخلا ضمن ولاية المحكمة.

المادّة 31

للمستثمر العربيّ أن يلجأ إلى قضاء الدّولة الّتي يقع فيها الاستثمار طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور الّتي تدخل في اختصاص المحكمة على أنّه إذا رفع المستثمر العربيّ الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى.

المادّة 32

في حالة تنازع الاختصاص بين المحكمة ومحاكم دولة طرف، يكون قرار المحكمة بشأن ذلك حاسما.

المادّة 33

1 – للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تقرّر التّدابير المؤقّتة الّتي يجب اتّخاذها لحفظ حقوقه إذا رأت ذلك ضروريّا.

2 – إذا رأى أحد من غير أطراف الدّعوى ممن تشملهم ولاية المحكمة أنّ له مصلحة يؤثّر عليها الحكم في الدّعوى جاز له أن يقدّم طلب تدخّل فيها وتبتّ المحكمة في الطّلب.

المادّة 34

1 – لا يكون للحكم قوّة الإلزام إلاّ بالنّسبة لأطرافه وفي خصوص ما فصل فيه من نزاع.

2 – يكون الحكم نهائيّا غير قابل للطّعن. وعند التّنازع في معناه أو مدلوله تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أيّ من الأطراف.

3 – يكون للحكم الّذي تصدره المحكمة قوّة النّفاذ في الدّول الأطراف ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيّا قابلا للنّفاذ صادرا من قضائها المختصّ.

المادّة 35

للمحكمة أن تقبل التماس إعادة النّظر في الحكم إذا تضمّن تجاوزا خطيرا لقاعدة أساسيّة في الاتّفاقيّة أو في إجراءات التّقاضي أو عند تكشّف واقعة حاسمة

في الدّعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كلّ من المحكمة والطّرف الّذي يلتمس إعادة النّظر على ألاّ يكون جهل الطّرف المذكور بهذه الواقعة ناشئا عن إهمال منه، ويجب أن يقدّم الالتماس خلال ستّة أشهر من تكشّف الواقعة الجديدة وقبل انقضاء خمس سنوات على صدور الحكم. وتفتح إجراءات إعادة النّظر بقرار من المحكمة يثبت فيه صراحة وجود الواقعة الجديدة وتستظهر فيه صفاتها الّتي تبرّر إعادة النّظر ويعلن به أنّ الالتماس بناء على ذلك جائز القبول. ويجوز للمحكمة أن توقف تنفيذ حكمها الّذي أصدرته قبل أن تقرّر فتح إجراءات إعادة النّظر.

المادّة 36

للمحكمة أن تفتي برأي استشاريّ غير ملزم في أيّة مسألة قانونيّة تدخل ضمن اختصاصها وبناء على طلب دولة طرف أو الأمين العامّ لجامعة الدّول العربيّة أو المجلس.

30-

مرسوم رئاسي رقم: 90-420 مؤرخ في 05 جمادى الثانيةعام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990 يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعةبالجزائر بتاريخ أول محرم عام 1411 الموافق 23 يوليو سنة 1990.

الفصل الخامس
الضمانات القضائية وتسوية النزاعات

المادة 19

تقبل الأطراف المتعاقدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية ينشأ بين أحدهم ومستثمر أحد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي أو محكمة الاستثمار العربية طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية أوهيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة الأطراف في النزاع.

المادة 20

1 – يقع بقدر الامكان تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة أو الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بالطرق الودية.

2 – وإذا تعذر تسوية الخلاف بتلك الطرق يتم عرضه بطلب من أحد الأطراف المتعاقدة أمام الهيئة القضائية لدول الاتحاد أو على هيئة تحكيم

3 – تتكون هيئة التحكيم حسب كل حالة خاصة كما يلي :

يعين كل طرف خلال شهرين ابتداء من تاريخ تسليم طلب التحكيم عضوا بالهيئة ويختار هؤلاء الاعضاء خلال الثلاثين يوما من تاريخ تعيين آخرهم رئيسا لهيئة التحكيم على أن يكون من مواطني إحدى الدول الاطراف طرف في النزاع.

– وإذا لم يتم القيام بالتعيينات اللازمة خلال الآجال المقررة لذلك وفي صورة انعدام أي اتفاق آخر يمكن أي طرف دعوة رئيس الهيئة القضائية لدول الاتحاد للقيام بالتعيينات اللازمة.

فاذا كان رئيس الهيئة مواطن إحدى الاطراف المتعاقدة طرفا في النزاع أو تعذر عليه القيام بالمهام المذكورة لأي سبب من الأسباب يدعى نائب رئيس الهيئة القضائية للقيام بالتعيينات اللازمة وإذا كان نائب رئيس الهيئة القضائية من مواطني إحدى الاطراف طرفا في النزاع أو تعذر عليه هو أيضا القيام بالمهام المذكورة يدعى عضوا الهيئة القضائية لدول الاتحاد الذي يليه مباشرة في الرتبة والذي لايحمل جنسية أحد الاطراف في الخلاف للقيام بالتعيينات اللازمة.

4 – تتخذ هيئة التحكيم قراراتها بأغلبية الاصوات ويكون للرئيس صوت مرجح عند تساوي الاصوات.

يكون قرار هيئة التحكيم نهائيا وملزما للاطراف.

الملحق رقم 2:

– اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 95–346 المؤرخ في: 30–10–1995.

اتّفاقيّة تسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدّول ورعايا الدّول الأخرى

المقدّمة :

إنّ الدّول المتعاقدة،

إذ تقدّر ضرورة التّعاون الدّوليّ من أجل التّنمية الاقتصاديّة، والدّور الّذي تلعبه الاستثمارات الخاصّة الدّوليّة في هذا المجال،

وإذ تأخذ في الاعتبار أنّ المنازعات يمكن أن تنشأ في أيّ وقت بشأن مثل هذه الاستثمارات بين الدّول المتعاقدة ورعايا الدّول المتعاقدة الأخرى،

وإذ تعترف بأنّه إذا كانت هذه المنازعات يجب كقاعدة عامّة أن تطرح على القضاء الدّاخليّ، فإنّ الالتجاء إلى طرق التّسوية الدّوليّة في شأن هذه المنازعات يمكن أن يكون مناسبا في بعض الأحيان،

وإذ تقدّر أهمّيّة إنشاء نظام للتّوفيق والتّحكيم الدّوليّ، يمكن للدّول المتعاقدة وكذلك لرعايا الدّول الأخرى الالتجاء إليه لتسوية منازعاتها متى رغبت في ذلك،

وإذ ترى إقامة هذا النّظام تحت إشراف البنك الدّوليّ للإنشاء والتّعمير،

وإذ تقرّر أن الموافقة المشتركة لطرفي النّزاع على طرح نزاعهما للتّوفيق أو التّحكيم في مجال الالتجاء إلى هذا النّظام، تشكّل اتّفاقا يتمتّع بالقوّة القانونيّة الملزمة، الأمر الّذي ينبني عليه بوجه خاصّ أنّ كلّ توصية يصدرها الموفّقون ينبغي أن تؤخذ في الاعتبار وأنّ كلّ حكم يصدره المحكّمون يجب أن ينفّذ،

وإذ تعلن أنّ مجرّد قبول هذه الاتّفاقيّة أو التّصديق عليها أو الانضمام لها من جانب أيّة دولة، لا ينطوي على أيّ التزام بالنّسبة لهذه الدّولة بالالتجاء إلى التّوفيق أو التّحكيم في أيّ حالة خاصّة،

وفي ضوء ما تقدّم اتّفقت الدّول المتعاقدة على ما يأتي :

الفصل الأوّل

المركز الدّوليّ لتسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات

القسم الأوّل

إنشاء المركز وتشكيله

المادّة الأولى

1 – ينشأ، بمقتضى هذه الاتّفاقيّة، مركز دوليّ لتسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات (والّذي يسمّى فيما يلي – المركز).

2 – وغرض المركز هو توفير طريقي التّوفيق والتّحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمارات، الّتي تقوم بين الدّول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدّول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية، طبقا لأحكام الاتّفاقيّة الحالية.

المادّة 2

مقرّ المركز هو مقرّ البنك العالميّ للإنشاء والتّعمير (والّذي يسمّى فيما يلي بالبنك العالمي) ومع ذلك يمكن نقل مقرّ المركز إلى أيّ مكان آخر بقرار من المجلس الإداريّ للمركز يصدر بأغلبيّة ثلثي أعضائه.

المادّة 3

يتألّف المركز من مجلس إداريّ وسكرتاريّة. ويحتفظ المركز بقائمة تضمّ عددا من الموفّقين وأخرى تضمّ عددا من المحكّمين.

القسم الثّاني

المجلس الإداريّ

المادّة 4

1 – يضمّ المجلس الإداريّ ممثّلا عن كلّ دولة متعاقدة. ويمكن لنائب هذا الممثّل أو من يقوم مقامه أن يجلس باعتباره ممثّل الدّولة، في حالة غياب الأخير أو مرضه.

2 – وما لم يكن هناك تعيين آخر، فإنّ محافظ البنك ونائب المحافظ اللّذين تعيّنهما الدّولة المتعاقدة، يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصّة بممثّل الدّولة ونائبه.

المادّة 5

يعتبر رئيس البنك العالميّ بحكم وظيفته رئيسا للمجلس الإداريّ (المسمّى فيما يلي بالرّئيس) بغير أن يكون له حقّ التّصويت. وإذا كان هذا الرّئيس غائبا أو مريضا أو كانت وظيفة رئيس البنك شاغرة، فانّ الشّخص الّذي يحلّ محلّه في البنك يقوم بوظيفة رئيس المجلس الإداريّ.

المادّة 6

1 – مع عدم الإخلال بالاختصاصات الّتي يمكن أن تمنح إلى المجلس الإداريّ بمقتضى النّصوص الأخرى في هذه الاتّفاقيّة، فإنّه يختصّ بما يأتي :

(أ) تبنّي اللاّئحة الإداريّة واللاّئحة الماليّة للمركز.

(ب) تبنّي لائحة الإجراءات المتعلّقة بتقديم المنازعات إلى التّوفيق والتّحكيم.

(ج) تبنّي لائحتي الإجراءات المتعلّقتين بدعاوى التّوفيق والتّحكيم (المسمّيتين فيما بعد لائحة التّوفيق ولائحة التّحكيم).

(د) الموافقة على كافّة التّرتيبات الّتي تتّخذ مع البنك العالميّ بغرض استخدام أمكنته وخدماته الإداريّة.

(هـ) تحديد شروط تعيين السّكرتير العامّ والسّكرتيرين العامّين المساعدين.

(و) إقرار الميزانيّة السّنويّة لإيرادات ومصروفات المركز.

(ز) الموافقة على التّقرير السّنويّ بشأن أوجه نشاط المركز – ونلاحظ أنّ القرارات الّتي تتّخذ في المسائل الواردة بالفقرات "أ، ب، ج، و" يجب أن تصدر بأغلبيّة ثلثي أعضاء المجلس الإداريّ.

2 – للمجلس الإداريّ أن ينشىء أيّة لجان يراها ضروريّة لإنجاز أعمال المركز.

3 – ويباشر المجلس الإداريّ كافّة الاختصاصات الأخرى الّتي يراها ضروريّة من أجل وضع أحكام هذه الاتّفاقيّة موضع التّطبيق.

المادّة 7

1 – يعقد المجلس الإداريّ دورة عاديّة سنويّة. كما يعقد أيّة دورات أخرى سواء بقرار خاصّ منه، أو بناء على دعوة الرّئيس، أو دعوة السّكرتير العامّ بناء على طلب خمسة أعضاء بالمجلس على الأقلّ.

2 – ولكلّ عضو بالمجلس الإداريّ صوت واحد. ومع مراعاة أيّة استثناءات تقرّرها الاتّفاقيّة الحالية، فإنّ كافّة المسائل الّتي تعرض على المجلس، يفصل فيها بأغلبيّة الأصوات المعبّر عنها. (بمعنى أغلبيّة الأعضاء الحاضرين المشتركين في التّصويت).

3 – وفي جميع دورات المجلس الإداريّ، يتألّف النّصاب من نصف عدد أعضائه زائد واحد.

4 – ويمكن للمجلس الإداريّ أن يتبنّى بأغلبيّة ثلثي أعضائه قرارا يخوّل الرّئيس أن يطلب من المجلس إجراء التّصويت بالمراسلة (بالتّمرير) في شأن موضوع معيّن على أن مثل هذا التّصويت لا يكون صحيحا إلاّ إذا شاركت فيه أغلبيّة أعضاء المجلس خلال المدّة المحدّدة في القرار المشار إليه.

المادّة 8

لا يمنح المركز أيّة مكافآت لأعضاء المجلس الإداريّ أو الرّئيس مقابل تأدية أعمال وظائفهم هذه.

القسم الثّالث

السّكرتاريّة

المادّة 9

تشمل السّكرتاريّة على سكرتير عامّ، وسكرتير عامّ مساعد واحد أو أكثر بالإضافة إلى مجموعة من الموظّفين والمستخدمين.

المادّة 10

1 – يتمّ اختيار السّكرتير العامّ والسّكرتيرين العامّين المساعدين بواسطة الانتخاب بناء على ترشيح الرّئيس، من قبل المجلس الإداريّ بأغلبيّة ثلثي أعضائه، لمدّة لا تتجاوز ستّ سنوات مع جواز إعادة انتخابهم لمدد أخرى. ويقدّم الرّئيس – بعد التّشاور مع أعضاء المجلس الإداريّ – مرشّحا أو أكثر لكلّ وظيفة.

2 – ولا يجوز للسكرتير العامّ أو السكرتيرين العامّين المساعدين، ممارسة أيّة وظيفة سياسيّة. ومع عدم الإخلال بأيّة استثناءات يمكن أن يقرّرها المجلس الإداريّ في هذا الصّدد، فلايجوز للسكرتير العامّ أو السكرتيرين العامّين المساعدين شغل أيّة وظائف أخرى أو ممارسة أيّة أنشطة مهنيّة أخرى.

3 – في حالة غياب السكرتير العامّ أو مرضه، أو خلو منصبه، يؤدّي السكرتير العامّ المساعد أعمال وظيفة السكرتير العامّ. وإذا كان يوجد أكثر من سكرتير عامّ مساعد واحد، فإنّ المجلس الإداريّ يحدّد مقدّما النّظام الّذي بموجبه يؤدّون أعمال الوظيفة المشار إليها.

المادّة 11

يمثّل السكرتير العامّ المركز قانونا. ويتولّى توجيهه ويكون مسؤولا عن إدارته بما في ذلك تعيين الموظّفين طبقا لأحكام الاتّفاقيّة الحالية واللّوائح الّتي يقرّها المجلس الإداريّ. كما يقوم بعمل مسجّل المحكمة. وله سلطة التّصديق على القرارات التّحكيميّة الصّادرة بمقتضى هذه الاتّفاقيّة، واعتماد صورها.

القسم الرّابع

القوائم

المادّة 12

تضمّ كلّ من قائمة الموفّقين وقائمة المحكّمين ثمة أشخاص مؤهّلين معيّنين على نحو ما يلي، ويقبلون إدراج أسمائهم في هاتين القائمتين.

المادّة 13

1 – يجوز لكلّ دولة متعاقدة أن تعيّن أربعة أشخاص لكلّ قائمة، ولا يلزم بالضّرورة أن يكونوا من رعاياها.

2 – يجوز للرّئيس أن يعيّن عشرة أشخاص لكلّ قائمة، ويتعيّن أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنّسبة للقائمة الواحدة.

المادّة 14

1 – يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتّعين بمركز أدبيّ رفيع ومن المشهود لهم بتخصّصهم وكفاءتهم في المجالات القانونيّة أو التّجاريّة أو الصّناعيّة أو الماليّة. وأن تتوافر لديهم ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفهم مع ملاحظة أنّ التّخصّص القانونيّ بالنّسبة للأشخاص المعيّنين لقائمة التّحكيم يعتبر شرطا جوهريّا.

2 – وعلى الرّئيس أن يأخذ في اعتباره في مجال تعيين هؤلاء الأشخاص أنّه من الأهمّيّة بمكان أن تمثّل في هذه القوائم الأنظمة القانونيّة الرّئيسيّة في العالم بالإضافة إلى تمثيل القطاعات الرّئيسيّة للنّشاط الاقتصاديّ العالميّ.

المادّة 15

1 – يجري تعيين هؤلاء الأشخاص لمدّة عشر سنوات قابلة للتّجديد.

2 – وفي حالة وفاة أو استقالة أحد الأشخاص المدرجة أسماؤهم على هذه القائمة أو تلك، فإنّ الجهة الّتي عيّنت هذا الشّخص تستطيع أن تعيّن بديلا، عن المدّة الباقية له.

3 – والأشخاص الّذين تدرج أسماؤهم على هذه القوائم، يستمرّون في هذا الوضع إلى أن يتمّ تعيين خلفاء لهم.

المادّة 16

1 – يجوز للشّخص الواحد أن يوضع اسمه على القائمتين، قائمة التّوفيق وقائمة التّحكيم في وقت واحد.

2 – وإذا عيّن شخص لإدراج اسمه على إحدى القائمتين من قبل عدّة دول متعاقدة، أو من قبل دولة متعاقدة أو أكثر وأيضا من الرّئيس فإنّ مثل هذا الشّخص يعتبر أنّه معيّن من قبل الجهة الّتي عيّنته أوّلا (سبقت في تعيينه). ومع ذلك إذا كان هذا الشّخص، أحد رعايا دولة اشتركت في هذا التّعيين، فإنّه يعتبر معيّنا من قبل هذه الدّولة.

3 – وتبلّغ جميع التّعيينات إلى السكرتير العامّ، وتحسب مدّة التّعيين من تاريخ تسلّم التّبليغ.

القسم الخامس

تمويل المركز

المادّة 17

إذا لم تغط الرّسوم الّتي تدفع للمركز الدّوليّ مقابل الانتفاع بخدماته، أو مصادر الدّخل الأخرى، تكاليف مباشرة المركز لوظائفه، فإنّ المبالغ الزّائدة عن مصادر الدّخل هذه، تتحمّلها الدّول المتعاقدة الأعضاء في البنك العالميّ كلّ بنسبة حصّتها في رأس مال البنك، وأيضا الدّول غير الأعضاء في البنك طبقا للّوائح الّتي يضعها المجلس الإداريّ.

القسم السّادس

المركز القانونيّ والحصانات والامتيازات

المادّة 18

يتمتّع المركز بالشّخصيّة القانونيّة الدّوليّة الكاملة وله على سبيل المثال :

(أ) أهليّة التّعاقد.

(ب) أهليّة تملّك الأموال المنقولة والعقاريّة.

(ج) أهليّة التّقاضي.

المادّة 19

من أجل أن يتمكّن المركز من تأدية وظائفه، فإنّه يتمتّع على أراضي كلّ دولة متعاقدة بالحصانات والامتيازات المبيّنة في هذا القسم.

المادّة 20

يتمتّع المركز بالحصانة القضائيّة، فلا يجوز أن يكون المركز أو ممتلكاته أو أرصدته محلاّ لأيّ عمل قضائيّ، إلاّ إذا تنازل المركز عن هذه الحصانة.

المادّة 21

بالنّسبة للرّئيس، وأعضاء المجلس الإداريّ والموظّفين والمحكّمين، وأعضاء اللّجنة المنصوص عليها في المادّة 52 – 3 وموظّفي السّكرتاريّة، فإنّه :

(أ) لا يجوز مطاردة أيّ من هؤلاء، بسبب أعمال ارتكبها في مجال ممارسة وظائفه، إلاّ إذا رفع المركز عنه هذه الحصانة.

(ب) يستفيدون، متى كانوا من غير رعايا الدّولة الّتي يمارسون وظائفهم على أراضيها، بالامتيازات المقرّرة في مجال الهجرة، وتسجيل الأجانب والواجبات العسكريّة وأيضا بالتّسهيلات المعترف بها في شأن مبادلة العملة وتمويلها.

المادّة 22

ينطبق حكم المادّة (21) السّالفة الذّكر، على الأشخاص الّذين يشاركون في الدّعاوى المطروحة بمقتضى هذه الاتّفاقيّة، بصفتهم أطرافا في الدّعوى أو وكلاء عن الأطراف، أو مستشارين أو محامين أو شهودا أو خبراء.

المادّة 23

1 – يتمتّع أرشيف المركز بالحصانة، في كلّ بلد يوجد به.

2 – تمنح الدّول المتعاقدة المركز في مجال اتّصالاته الرّسميّة ذات المعاملة المميّزة الّتي تمنحها للمنظّمات الدّوليّة.

المادّة 24

1– يعفى المركز وأرصدته وممتلكاته المنقولة والعقاريّة ومصادر دخله، وكذلك مشروعاته الّتي تقرّها الاتّفاقيّة، من كافّة أنواع الضّرائب والرّسوم الجمركيّة.

2– ولا يجوز فرض أيّة ضرائب على التّعويضات الّتي يدفعها المركز للرّئيس أو أعضاء المجلس الإداريّ. وأيضا لا يجوز فرض مثل هذه الضّرائب على المرتّبات الّتي تدفع للموظّفين ومستخدمي السّكرتاريّة، إلاّ إذا كان المستفيدون من رعايا الدّولة الّتي يمارسون وظائفهم داخل أراضيها.

3- ولا يجوز فرض أيّة ضرائب على الاتعاب والتّعويضات الّتي تدفع للموظّفين أو المحكّمين أو أعضاء اللّجنة المنصوص عليها في المادّة 52 – 3 العاملين في الدّعاوى المطروحة بمقتضى هذه الاتّفاقيّة، متى كانت هذه الضّرائب لا تقوم إلاّ على أساس الموقع الّذي يوجد به المركز، أو تباشر فيه الدّعوى أو تدفع فيه مثل هذه الاتعاب والتّعويضات.

الفصل الثّاني
اختصاص المركز

المادّة 25

1 – يمتدّ اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطّابع القانونيّ الّتي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والّتي تتّصل اتّصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النّزاع كتابة على طرحها على المركز. ومتى أبدى طرفا النّزاع موافقتهما المشتركة فإنّه لا يجوز لأيّ منهما أن يسحبها بمفرده.

2 – ويقصد بعبارة " أحد رعايا الدّولة المتعاقدة الأخرى " ما يأتي :

(أ) كلّ شخص طبيعيّ يحمل جنسيّة إحدى الدّول المتعاقدة الأخرى خلاف الدّولة الطّرف في النّزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النّزاع على التّوفيق أو التّحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطّلب طبقا للمادّة 28 – 3 أو المادّة 36 – 3، مع استبعاد أيّ شخص كان يحمل في هذا التّاريخ أو ذاك جنسيّة الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع.

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

3 – موافقة المؤسّسات العامّة والأجهزة التّابعة للدّول المتعاقدة، لا تكتمل إلاّ بعد إقرارها من تلك الدّولة، فيما عدا لو أوضحت الدّولة المذكورة للمركز أنّ مثل هذا الإقرار غير ضروريّ.

4 – تستطيع كلّ دولة متعاقدة، عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتّفاقيّة أو في أيّ وقت لا حق، أن تبلّغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات الّتي تقدّر أنّه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتّوفيق أو التّحكيم، وعلى السّكرتير العامّ أن ينقل فورا هذا التّبليغ إلى جميع الدّول المتعاقدة الأخرى. ولا يشكّل هذا التّبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى.

المادّة 26

موافقة أطراف النّزاع على طرحه على التّحكيم في نطاق هذه الاتّفاقيّة يعتبر ما لم ينصّ على غير ذلك – تخلّيا عن مباشرة أيّ طريق آخر للتّسوية ويجوز للدّولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النّزاع على التّحكيم في نطاق هذه الاتّفاقيّة، استيفاء طرق التّسوية الدّاخليّة سواء الإداريّة أو القضائيّة.

المادّة 27

1 – لا يجوز لأيّة دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدّبلوماسيّة أو ترفع قضيّة دوليّة في خصوص أيّ نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدّولة الأخرى على طرحه على التّحكيم أو تمّ طرحه بالفعل على التّحكيم في نطاق هذه الاتّفاقيّة، إلاّ إذا رفضت الدّولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصّادر في النّزاع.

2 – وفي خصوص تطبيق الفقرة السّابقة، فإنّ مفهوم الحماية الدّبلوماسيّة لا يشمل المساعي الدّبلوماسيّة البسيطة الّتي تهدف إلى تسهيل تسوية النّزاع.

الفصل الثّالث
التّوفيق
القسم الأوّل
الطّلب في التّوفيق

المادّة 28

1 – الدّولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة، الّذي يرغب في اتّخاذ إجراءات التّوفيق، يتعيّن عليه أن يقدّم طلبا كتابيّا لهذا الغرض إلى السّكرتير العامّ الّذي يرسل صورة منه إلى الطّرف الآخر.

2 – ويجب أن يشتمل الطّلب على بيانات تتعلّق بموضوع النّزاع، وهويّة الأطراف، وموافقتهم على تقديمه إلى التّوفيق طبقا للائحة الإجراءات المتعلّقة بطرح المنازعات على التّوفيق والتّحكيم.

3 – يتعيّن على السّكرتير العامّ تسجيل الطّلب، إلاّ إذا قدّر في ضوء البيانات الواردة بالطّلب، أنّ النّزاع يخرج بشكل جليّ من اختصاص المركز، ويتعيّن عليه أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطّلب أو رفض تسجيله.

القسم الثّاني

تشكيل لجنة التّوفيق

المادّة 29

1 – تشكّل لجنة التّوفيق (والمسّماة فيما يأتي باللّجنة) بقدر الإمكان عقب تسجيل الطّلب طبقا للمادّة 28.

2 – (أ) تتألّف اللّجنة من موفّق واحد أو من عدد فرديّ من الموفّقين، يعيّنون طبقا لاتّفاق الأطراف.

(ب) في حالة عدم وجود اتّفاق بين الأطراف بشأن عدد الموفّقين وطريقة تعيينهم، تضمّ اللّجنة ثلاثة (3) موفّقين يعيّن كلّ طرف موفّقا واحدا (1) أمّا الموفّق الثّالث والّذي هو رئيس اللّجنة، فإنّه يعيّن بالاتّفاق مع الطّرفين.

المادّة 30

إذا لم تشكّل اللّجنة خلال التّسعين (90) يوما التّالية للإخطار بتسجيل الطّلب بواسطة السّكرتير العامّ طبقا للمادّة 28 – 3، أو خلال أيّة مدّة أخرى يتّفق عليها الطّرفان، يقوم الرّئيس، بناء على طلب الطّرف صاحب المصلحة في التّعجيل، وتعذر الإمكان بعد التّشاور مع الأطراف، بتعيين الموفّق أو الموفّقين الّذين لم يعيّنوا بعد.

المادّة 31

1 – يمكن أن يختار الموفّقون من خارج قائمة الموفّقين، على أنّ هذا الحكم لا يسري في حالة تعيينهم بواسطة الرّئيس على النّحو المنصوص عليه في المادّة (30).

2 – يجب أن تتوفّر في الموفّقين المعيّنين من خارج القائمة الشّروط والمؤهّلات المبيّنة بالمادّة 14 – أ.

القسم الثّالث

الإجراءات أمام اللّجنة

المادّة 32

1 – إن اللّجنة محكومة باختصاصها.

2 – إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف، يقوم على الادّعاء بعدم دخول النّزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أيّ سبب آخر يتعلّق باللّجنة، فإنّ اللّجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرّر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكليّة، أو أنّ فحصه يجب أن يلحق بفحص النّقاط الموضوعيّة.

المادّة 33

تدار جميع إجراءات التّوفيق طبقا لأحكام هذا القسم، وما لم يتّفق الأطراف على غير ذلك، طبقا للائحة التّوفيق المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التّوفيق. وإذا ثارت مسألة إجرائيّة لم ينصّ عليها بمقتضى هذا القسم، أو بموجب لائحة التّوفيق أو أيّ لائحة أخرى يتبنّاها الأطراف، تتولّى اللّجنة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما.

المادّة 34

1 – تتمثّل وظيفة اللّجنة في توضيح النّقاط محلّ النّزاع من الأطراف، وعليها أن تبذل قصارى جهدها في توجيههم نحو الحلّ الّذي يقبلانه. ولهذا الغرض يجوز للّجنة في أيّة مرحلة من الإجراءات، أن توصي الأطراف بشروط التّسوية ويتعيّن على الأطراف التّعاون بحسن نيّة مع اللّجنة بغرض تمكينها من تأديّة وظائفها، ويجب عليهم أن يأخذوا توصياتها بأكثر قدر من الجدّيّة والاعتبار.

2 – وإذا توصّل الأطراف إلى اتّفاق، تعدّ اللّجنة محضرا رسميّا يتناول عرضا لوقائع النّزاع ويثبّت فيه اتّفاق الأطراف. وإذا قدّرت اللّجنة في مرحلة من مراحل إجراءات التّوفيق أنّه لا تتوفّر أيّة إمكانيّة للتّوصل إلى اتّفاق بين الأطراف، فإنّها تنهي الإجراءات وتحرّر محضرا رسميّا تقرّر فيه أنّ النّزاع طرح على

التّوفيق ولم يتوصّل الأطراف إلى اتّفاق بشأنه. وإذا تغيّب أحد الطّرفين أو امتنع عن المساهمة في الإجراءات، تنهي اللّجنة الإجراءات وتحرّر محضرا رسميّا تقرّر فيه أنّ أحد الطّرفين تغيّب أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات.

المادّة 35

وما لم يتّفق على غير ذلك، فإنّه لا يجوز لأيّ من الطّرفين بمناسبة أيّة إجراءات أخرى تتّخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو بأيّة صورة أخرى، أن يستند إلى الآراء الّتي أعرب عنها أو التّصريحات أو عروض التّسوية الّتي قدّمت من جانب الطّرف الآخر خلال إجراءات التّوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرّسميّ أو توصيات اللّجنة.

الفصل الرّابع

التّحكيم

القسم الأوّل

طلب التّحكيم

المادّة 36

1 – الدّولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الّذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التّحكيم، يتعيّن عليه أن يقدّم طلبا كتابيّا لهذا الغرض إلى السكرتير العامّ، الّذي يقوم بإرسال صورة منه إلى الطّرف الآخر.

2 – ويجب أن يشتمل الطّلب على بيانات تتعلّق بموضوع النّزاع وهويّة الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتّحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلّقة بطرح المنازعات على التّوفيق والتّحكيم.

3 – يتعيّن على السكرتير العامّ تسجيل الطّلب، إلاّ إذا قدّر في ضوء البيانات الواردة بالطّلب، أنّ النّزاع يخرج بشكل جليّ عن اختصاص المركز. ويجب على السكرتير العامّ أن يخطر الأطراف على الفور بتسجيل الطّلب أو رفض تسجيله.

القسم الثاني
تشكيل المحكمة

المادّة 37

1 – تشكّل المحكمة التّحكيميّة (المسمّاة فيما يأتي بالمحكمة) بقدر الإمكان عقب تسجيل الطّلب طبقا للمادّة (36).

2 – (أ) تتألّف المحكمة من محكّم واحد أو من عدد من المحكّمين يعيّنون طبقا لاتّفاق الأطراف.

(ب) في حالة عدم الاتّفاق بين الأطراف بشأن عدد المحكّمين وطريقة تعيينهم، تضمّ المحكمة ثلاثة محكّمين. يعيّن كلّ طرف محكّما واحدا. أمّا المحكّم الثّالث والّذي هو رئيس المحكمة، فإنّه يعيّن بالاتّفاق بين الطّرفين.

المادّة 38

إذا لم تشكّل المحكمة خلال التّسعين (90) يوما التّاليّة للإخطار بتسجيل الطّلب بواسطة السّكرتير العامّ طبقا للمادّة (36 – 3) أو خلال أيّة مدّة أخرى يتّفق عليها الطّرفان، يقوم الرّئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التّعجيل، وبقدر الإمكان بعد التّشاور مع الأطراف بتعيين المحكّم أو المحكّمين الّذين لم يعيّنوا بعد.

ولايجوز أن يكون المحكّمون المعيّنون بواسطة الرّئيس طبقا لأحكام هذه المادّة، من رعايا الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع، أو الدّولة المتعاقدة الّتي يكون أحد رعاياها طرفا في النّزاع.

المادّة 39

والمحكّمون الّذين يؤلّفون الأغلبيّة يجب أن يكونوا من رعايا دول أخرى خلاف الدّول المتعاقدة، الطّرف في النّزاع أو الدّولة المتعاقدة الّتي أحد رعاياها طرف في النّزاع. مع ملاحظة أنّ هذا الحكم لا ينطبق في حالة ما يقوم الأطراف باتّفاق مشترك بتعيين المحكّم الوحيد أو كلّ من المحكّمين أعضاء المحكمة.

المادّة 40

1 – يمكن أن يختار المحكّمون من خارج قائمة التّحكيم، على أنّ هذا الحكم لا يسري في حالة تعيينهم بواسطة الرّئيس طبقا للمادّة (38).

2 – ويجب أن تتوفّر في المحكّمين المعيّنين من خارج القائمة الشّروط والمؤهّلات المبيّنة بالمادّة 14 – 1.

القسم الثّالث

سلطات ووظائف المحكمة

المادّة 41

1 – إنّ المحكمة محكومة باختصاصها.

2 – إذا أثير دفع بعدم الاختصاص، من قبل أحد الأطراف يقوم على الادّعاء بعدم دخول النّزاع في نطاق اختصاص المركز، أو من أجل أيّ سبب آخر يتعلّق باللّجنة، فانّ اللّجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرّر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكليّة أو أنّ فحصه يجب أن يلحق بفحص النّقاط الموضوعيّة.

المادّة 42

1 – تفصل المحكمة في النّزاع طبقا للقواعد القانونيّة الّتي يقرّها طرفا النّزاع. وإذا لم يتّفق الطّرفان على مثل هذه المبادىء، فإنّ المحكمة تطبّق قانون الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادىء القانون الدّوليّ المتعلّقة بالموضوع.

2 – ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم في النّزاع بحجّة عدم وجود نصوص قانونيّة أو مثل هذه النّصوص.

3 – ولا تخلّ أحكام الفقرتين السّابقتين بما للمحكمة من سلطة إذا ما اتّفق الطّرفان على ذلك – في الحكم بموجب مبادىء العدل والإنصاف.

المادّة 4 3

وما لم يتّفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة – متى قدّرت ذلك ضروريًا – في أيّ وقت وخلال المرافعات أن :

(أ) تطلب من الأطراف تقديم كافّة الوثائق ووسائل الإثبات الأخرى.

(ب) تنتقل إلى الموقع وتجري التّحقيقات الّتي تراها ضروريّة.

المادّة 4 4

تدار جميع إجراءات التّحكيم طبقًا لأحكام هذا القسم، وما لم يتّفق الأطراف على غير ذلك، طبقًا للائحة التّحكيم المعمول بها في تاريخ موافقة الأطراف على التّحكيم. وإذا ثارت مسألة إجرائيّة لم ينصّ عليها في هذا القسم أو في لائحة التّحكيم أو أيّ لائحة أخرى يتبنّاها الأطراف، تتولّى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائما.

المادّة 4 5

1 – إذا تغيّب أحد الطّرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه فإنّه لا يعدّ لهذا السّبب في حدّ ذاته، مسلّما بادّعاءات الطّرف الآخر.

2 – إذا تغيّب أحد الطّرفين أو امتنع عن تقديم أوجه دفاعه في أيّ مرحلة من مراحل الخصومة، يجوز للطّرف الآخر أن يطلب من المحكمة الاكتفاء بما تمّ وإصدار حكمها بناء على ذلك. ويجب على المحكمة – مع إخطارها الطّرف المتغيّب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه بالطّلب الّذي تلقّته – أن تمنح هذا الطّرف مهلة لتدبّر الأمر قبل إصدار حكمها، ما لم تقدّر المحكمة عدم توافر النّيّة لديه للحضور إلى المحكمة أو السّير في الخصومة.

المادّة 4 6

ما لم يتّفق على غير ذلك، يجب على المحكمة، بناء على طلب الخصوم، أن تفصل في كافّة الطّلبات العارضة والإضافيّة والمقابلة، الّتي ترتبط بشكل مباشر بموضوع النّزاع، بشرط أن تكون مثل هذه الطّلبات مغطّاة بموافقة الأطراف وداخلة في اختصاص المركز.

المادّة 47

وما لم يتّفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة، متى قدّرت أنّ الظّروف تتطلّب ذلك، أن توصي بكافّة التّدابير التّحفظيّة الّتي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف.

القسم الرّابع

الحكم

المادّة 48

1 – تفصل المحكمة في كلّ مسألة بأغلبيّة أصوات أعضائها.

2 – ويصدر الحكم كتابة، ويوقّع عليه من قبل أعضاء المحكمة الموافقين عليه.

3 – ويجب أن يردّ الحكم على كافّة الطّلبات الموجبة في الدّعوى، كما يجب أن يكون مسبّبا.

4 – ويجوز لكلّ عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاصّ سواء كان يشاطر فيه أو لا يشاطر رأي أغلبيّة أعضاء المحكمة، مع بيان أسباب الخلاف إن وجد.

5 – ولا ينشر المركز أيّة أحكام بدون موافقة أطراف النّزاع.

المادّة 49

1 – يرسل السكرتير العامّ بدون تأخير إلى أطراف النّزاع صوَرا معتمدة من الحكم. ويعتبر الحكم أنّه صدر في يوم إرسال الصوَر المذكورة.

2 – بناء على طلب أحد الخصوم الّذي يقدّم خلال خمسة وأربعين يوما من صدور الحكم، تستطيع المحكمة بعد إخطار الطّرف الآخر، أن تفصل في أيّة مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند إصدار حكمها وكذلك أن تصحّح أيّة أخطاء ماديّة واردة في الحكم. ويعتبر قرارها في هذا الشّأن جزءا لا يتجزأ من الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقرّرة لذلك. وتبدأ المدد المنصوص عليها بالمادّة 51 – 2 والمادّة 52 – 2 اعتبارا من تاريخ القرار المقابل (المطابق).

القسم الخامس

تفسير الحكم وإعادة النّظر فيه وإلغائه

المادّة 50

1 – إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلّق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنّه يمكن للخصم صاحب الشّأن أن يتقدّم كتابة إلى السّكرتير العامّ يطلب تفسير الحكم.

2 – ويعرض الطّلب بقدر الإمكان على المحكمة الّتي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره. وإذا تعذّر ذلك، تشكّل محكمة جديدة للنّظر فيه طبقا للقسم الثّاني من هذا الفصل. ويجوز للمحكمة متى قدّرت أنّ الظّروف تتطلّب ذلك أن تقرّر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب التّفسير المعروض عليها.

المادّة 51

1 – يجوز لكلّ من الأطراف أن يطلب كتابة إلى السّكرتير العامّ إعادة النّظر في الحكم بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن تؤثّر بشكل قاطع في الحكم، بشرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النّطق بالحكم من قبل كلّ من المحكمة والطّرف الطّالب إعادة النّظر في الحكم، بحيث أنّ تجاهلها لم يكن راجعا إلى خطإ الطّالب.

2 – يجب أن يقدّم طلب إعادة النّظر خلال التّسعين (90) يوما التّاليّة لاكتشاف الواقعة الجديدة، وفي جميع الأحوال خلال السّنوات الثّلاث التّاليّة لصدور الحكم.

3 – ويجب أن يعرض الطّلب بقدر الإمكان على ذات المحكمة الّتي أصدرت الحكم المطلوب إعادة النّظر فيه. وإذا تعذّر ذلك تشكّل محكمة جديدة للنّظر فيه طبقا للقسم الثّاني من هذا الفصل.

4 – ويجوز للمحكمة متى قدّرت أنّ الظّروف تتطلّب ذلك، أن تقرّر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب إعادة النّظر. وإذا طلب الخصم – في صدد إعادة النّظر – وقف تنفيذ الحكم فإنّ التّنفيذ يوقف مؤقّتا حتّى تفصل المحكمة في هذا الطّلب.

المادّة 52

1 – يجوز لكلّ من الطّرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العامّ إلغاء الحكم لأحد الأسباب الآتيّة :

(أ) عيب في تكوين المحكمة.

(ب) تجاوز المحكمة حدود سلطاتها بشكل واضح.

(ج) رشوة أحد أعضاء المحكمة.

(د) التّجاهل الجسيم لقاعدة إجرائيّة أساسيّة.

(هـ) خلوّ الحكم من الأسباب.

2 – ويجب أن يقدّم طلب إلغاء الحكم خلال المائة وعشرين (120) يوما التّاليّة لصدور الحكم. إلاّ أنّه إذا استند طلب الإلغاء إلى الرّشوة، فإنّه في مثل هذه الحالة يجب أن يقدّم الطّلب خلال المائة وعشرين (120) يوما التّاليّة لاكتشاف الرّشوة. وفي جميع الأحوال خلال السّنوات الثّلاث التّاليّة لتاريخ الحكم.

3 – على إثر تسلّم الطّلب، يعيّن الرّئيس على الفور من بين الأشخاص المدرجة أسماؤهم على قائمة المحكّمين، لجنة خاصّة من ثلاثة أعضاء ولايجوز أن يكون أيّ عضو في هذه اللّجنة، من أعضاء المحكمة الّتي أصدرت الحكم. ولا أن تحمل ذات جنسيّة أيّ عضو من أعضاء المحكمة المذكورة. وأيضا لا يحمل ذات جنسيّة الدّول الطّرف في النّزاع، أو جنسيّة الدّول الّتي أحد رعاياها طرف في النّزاع. ولا أن يكون قد عيّن لإدراج اسمه على قائمة المحكّمين من قبل الدّولتين المشار إليهما، ولا أن يكون قد قام بدور المستشار في ذات القضيّة. وتملك هذه اللّجنة سلطة إلغاء الحكم كلّيّا أو جزئيّا من أجل أحد الأسباب الواردة بالفقرة 1 من هذه المادّة.

4 – وتنطبق أحكام المواد 41 إلى 45 و48 و49 و 53 و54 والفصلين السّادس والسّابع، مع التّعديلات الواجبة حسب الأحوال على الإجراءات الّتي تتبع أمام اللّجنة.

5 – ويجوز للّجنة، متى قدّرت أيّة ظروف تتطلّب ذلك، أن تقرّر وقف تنفيذ الحكم، إلى أن تفصل في طلب إلغاء الحكم. وإذا طلب الخصم، في صدد طلب الإلغاء، وقف تنفيذ الحكم، فإنّ التّنفيذ يوقف مؤقّتا إلى أن تفصل اللّجنة في هذا الطّلب.

6 – وإذا أعلن بطلان الحكم، يعرض النّزاع بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التّعجيل، على محكمة جديدة تتألّف طبقا للقسم الثّاني من هذا الفصل.

القسم السّادس

الاعتراف بالحكم وتنفيذه

المادّة 53

1 – يكون الحكم ملزما بالنّسبة لأطرافه، ولا يجوز أن يكون محلاّ لأيّة طريق من طرق الطّعن خلاف ما ورد في هذه الاتّفاقيّة. ويتعيّن على كلّ طرف أن ينفّذ الحكم بحسب منطوقه، إلاّ إذا كان تنفيذه موقوفا بمقتضى الأحكام المناسبة في هذه الاتّفاقيّة.

2 – يتضمّن " الحكم " لأغراض هذا القسم، كلّ قرار يتعلّق بتفسير الحكم المتّخذ بموجب المواد 50 و51 أو 52، أو مراجعته، أو إلغائه.

المادّة 54

1 – يتعيّن على كلّ دولة متعاقدة أن تعترف بأيّ حكم يصدر في نطاق هذه الاتّفاقيّة باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات الماليّة الّتي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنّسبة للأحكام الصّادرة من محاكم هذه الدّولة. وإذا كانت الدّولة المتعاقدة ذات نظام فيدراليّ فإنّها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخّل محاكمها الفيدراليّة.

2 – من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه على أراضي دولة متعاقدة يتعيّن على الخصم صاحب الشّأن أن يقدّم صورة من الحكم معتمدة من السّكرتير العامّ إلى المحكمة الوطنيّة المختصّة أو إلى أيّة سلطة أخرى تعيّنها الدّولة المتعاقدة لهذا الغرض. ويجب على كلّ دولة متعاقدة أن تخطر السّكرتير العامّ بالمحكمة المختصّة أو أيّة سلطات تعيّنها لهذا الغرض، وبأيّة تغييرات لاحقة في هذا الأمر.

3 – ويحكم تنفيذ هذا الحكم التّشريع الوطنيّ المتعلّق بتنفيذ الأحكام المعمول به في الدّولة الّتي يسعى المحكوم له تنفيذ الحكم على أراضيها.

المادّة 55

ولايجوز تفسير عبارات المادّة (54) على أنّها تدخل استثناء على القواعد القانونيّة السّارية في أراضي الدّولة المتعاقدة فيما يتعلّق بحصانة التّنفيذ للدّولة المذكورة أو لأيّة دولة أجنبيّة.

الفصل الخامس

استبدال الموفّقين والمحكّمين أو ردّهم

المادّة 56

1 – متى شكّلت لجنة التّوفيق أو محكمة التّحكيم وبدأت الإجراءات، لا يجوز تعديل التّشكيل. ومع ذلك فإنّه في حالة الوفاة أو العجز أو الاستقالة بالنّسبة لأحد الموفّقين أو المحكّمين، فإنّه يتمّ شغل المنصب الشّاغر طبقا لأحكام الفصل الثّالث القسم الثّاني أو الفصل الرّابع القسم الثّاني.

2 – يستمرّ كلّ من عضو لجنة التّوفيق وعضو محكمة التّحكيم في تأديّة وظائفه بصفته هذه، بصرف النّظر عن واقعة استبعاد اسمه من القائمة.

3 – إذا استقال موفّق أو محكّم، وكان معيّنا من قبل الدّولة المتعاقدة الطّرف في النّزاع، بدون موافقة اللّجنة أو المحكمة الّتي هو عضو فيها، يقوم الرّئيس بملء المنصب الشّاغر عن طريق اختيار أحد الأشخاص الواردة أسماؤهم بالقائمة المناسبة (أيّ قائمة الموفّقين أو المحكّمين حسب الأحوال).

المادّة 57

يجوز للخصم أن يطلب من لجنة التّوفيق أو محكمة التّحكيم ردّ أحد أعضائها من أجل أيّ سبب ينطوي على فقدان أكيد للصّفات الّتي تتطلّبها المادّة 14 / 1. فضلا عن ذلك يجوز للخصم في دعوى التّحكيم أن يطلب ردّ أحد المحكّمين بسبب عدم استيفاء الشّروط المحدّدة بالقسم الثّاني من الفصل الرّابع بشأن تعيين محكمة التّحكيم.

المادّة 58

يفصل الأعضاء الآخرون في اللّجنة أو المحكمة، حسب الأحوال في طلبات ردّ الموفّقين أو المحكّمين. ومع ذلك فإنّه في حالة تساوي الأصوات، أو إذا كان طلب

الرّدّ يتناول موفّقا أو محكّما وحيدا أو غالبيّة أعضاء اللّجنة أو المحكمة، في هذه الحالة يصدر القرار من الرّئيس. وإذا توافر لطلب الرّدّ السّبب الصّحيح فإنّ الموفّق أو المحكّم المعني بالقرار يستبدل طبقا لأحكام الفصل الثالث القسم الثاني أو الفصل الرابع القسم الثاني.

الفصل السّادس

مصاريف الدّعوى

المادّة 59

يحدّد السكرتير العامّ الرّسوم والمصاريف الّتي يتحمّلها الأطراف مقابل الانتفاع بخدمات المركز وذلك طبقا للّوائح المقرّرة في هذا الصّدد من قبل المجلس الإداريّ.

المادّة 60

1 – تحدّد كلّ لجنة توفيق وكلّ محكمة تحكيم أتعاب ومصاريف أعضائها في الحدود الّتي يقرّرها المجلس الإداريّ، وذلك بعد التّشاور مع السكرتير العامّ.

2 – وبصرف النّظر عن أحكام الفقرة السّابقة، يجوز للخصوم أن يحدّدوا مقدّما، بالاتّفاق مع لجنة التّوفيق أو محكمة التّحكيم، أتعاب ومصاريف أعضائها.

المادّة 61

1 – في حالة دعوى التّوفيق، فإنّ أتعاب ومصاريف أعضاء اللّجنة وكذلك الرّسوم الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز، يتحمّلها طرفا النّزاع مناصفة.

2 – في حالة دعوى التّحكيم، تحدّد المحكمة، ما لم يتّفق الخصوم على غير ذلك، إجمالي المصاريف المطلوبة، وتحدّد كيفيّة سداد هذه المصاريف بالإضافة إلى أتعاب ومصاريف أعضاء المحكمة والرّسوم الواجبة مقابل الانتفاع بخدمات المركز. ويعتبر القرار الصّادر في هذا الشّأن جزءا لا يتجزأ من الحكم الصّادر في دعوى التّحكيم.

الفصل السّابع

محلّ الدّعوى

المادّة 62

تجرى عمليّة التّوفيق والتّحكيم في مقرّ المركز، مع مراعاة الأحكام التّاليّة.

المادّة 6 3

بناء على طلب الخصوم، يمكن أن تجرى عمليّة التّوفيق والتّحكيم في :

(أ) سواء في مقرّ المحكمة الدّائمة للتّحكيم أو أيّة مؤسّسة أخرى ملائمة، سواء عامّة أو خاصّة، متى كان المركز قد أجرى معها التّرتيبات اللاّزمة في هذا الصّدد.

(ب) وفي أيّ مكان آخر، توافق عليه لجنة التّوفيق أو محكمة التّحكيم بعد التّشاور مع السكرتير العامّ.

الفصل الثّامن

الخلافات بين الدّول المتعاقدة

المادّة 6 4

أيّ نزاع يمكن أن ينشأ بين الدّول المتعاقدة، من حيث تفسير أو تطبيق الاتّفاقيّة الحالية، ولم يتسنّ حلّه بالطّرق الوديّة، يعرض على محكمة العدل الدّوليّة بناء على طلب أيّ طرف في النّزاع، وذلك ما لم يتّفق الأطراف المعنيّة على طريق آخر لتسويته.

الفصل التّاسع

التّعديلات

المادّة 6 5

يجوز لكلّ دولة متعاقدة أن تقترح أيّة تعديلات تراها على الاتّفاقيّة الحالية، ويجب أن يقدّم نصّ التّعديل إلى السكرتير العامّ خلال تسعين (90) يوما السّابقة على اجتماع المجلس الإداريّ الّذي يجب أن يفحص التّعديل المقترح فيه. ويجب على السكرتير العامّ أن يخطر جميع أعضاء المجلس الإداريّ بهذا التّعديل على الفور.

المادّة 6 6

1 – إذا أقرّ المجلس الإداريّ مشروع التّعديل بأغلبيّة ثلثي أعضائه يوزّع التّعديل على جميع الدّول المتعاقدة بغرض التّصديق عليه. ويدخل هذا التّعديل دور النّفاذ بمضي ثلاثين (30) يوما على قيام الدّولة المودع لديها، بإرسال مذكّرة إلى الدّول المتعاقدة تتضمّن أنّ جميع هذه الدّول قد صدّقت على التّعديل.

2 – ولا يجوز أن يخلّ التّعديل بحقوق والتزامات أيّة دولة متعاقدة طبقا لأحكام الاتّفاقيّة الحالية، والنّاشئة عن موافقة الأطراف على اختصاص المركز، المعبّر عنها قبل تاريخ دخول التّعديل دور النّفاذ.

الفصل العاشر

أحكام نهائيّة

المادّة 67

هذه الاتّفاقيّة مفتوحة للتّوقيع عليها من قبل الدّول الأعضاء في البنك الدّوليّ للإنشاء والتّعمير، وكذلك الدّول الأطراف في النّظام الأساسيّ لمحكمة العدل الدّوليّة وأيضا الدّول الّتي يقرّر المجلس الإداريّ بأغلبيّة ثلثي أعضائه دعوتها للتّوقيع على الاتّفاقيّة.

المادّة 68

1 – تخضع الاتّفاقيّة الحالية للتّصديق عليها من قبل الدّول الموقّعة طبقا لأنظمتها الدّستوريّة.

2 – تدخل الاتّفاقيّة الحالية دور النّفاذ بمضي ثلاثين (30) يوما من تاريخ إيداع عشرين (20) وثيقة تصديق. وبالنّسبة لأيّة دولة تودع وثيقة تصديقها فيما بعد، تدخل الاتّفاقيّة دور النّفاذ بمضي ثلاثين (30) يوما على الإيداع.

المادّة 69

يتعيّن على كلّ دولة متعاقدة، اتّخاذ التّرتيبات التّشريعيّة وغيرها ممّا هو ضروريّ لوضع أحكام هذه الاتّفاقيّة موضع التّطبيق داخل أراضيها.

المادّة 70

يتطبيق هذه الاتّفاقيّة على جميع الأراضي الّتي تمثلها الدّول المتعاقدة على المستوى الدّوليّ، باستثناء الأراضي الّتي تستبعدها الدّولة عن طريق إخطار المودع لديه هذه الاتّفاقيّة لذلك الاستبعاد سواء وقت التّصديق أو بعد ذلك.

المادّة 71

يجوز لكلّ دولة متعاقدة أن تنسحب من الاتّفاقيّة وذلك بإخطار موجّه إلى المودع لديه، ويتمّ الانسحاب بعد ستّة (6) أشهر من استلام الإخطار المشار إليه.

المادّة 72

كلّ إخطار صادر من دولة متعاقدة بموجب المادّتين 70 و71، لا يمكنه أن يلحق مساسا بالحقوق والالتزامات الخاصّة بتلك الدّولة، أو جماعة عموميّة أو هيئة تابعة لها، أو أحد رعاياها، حسب مفهوم هذه الاتّفاقيّة، والنّاشئة عن الموافقة على اختصاص المركز، المعبّر عنها قبل استلام المودع لديه الإخطار المذكور.

المادّة 73

تودع كافّة وثائق التّصديق والقبول والانضمام لهذه الاتّفاقيّة بالإضافة إلى كافّة التّعديلات الّتي ترد عليها لدى البنك الدّوليّ للإنشاء والتّعمير، الّذي يقوم بدور المودع للاتّفاقيّة الحالية. ويرسل المودع صورًا معتمدة من الاتّفاقيّة إلى الدّول الأعضاء بالبنك الدّوليّ وإلى جميع الدّول الأخرى الدعوة إلى التّوقيع على الاتّفاقيّة.

المادّة 74

يقوم المودع بتسجيل هذه الاتّفاقيّة لدى سكرتاريّة الأمم المتّحدة طبقا للمادّة 102 من ميثاق الأمم المتّحدة واللّوائح الّتي أقرّتها الجمعيّة العامّة للأمم المتّحدة في هذا الشّأن.

المادّة 75

يقوم المودع بإخطار كافّة الدّول الموقّعة بمعلومات فيما يأتي:

(أ) الموقّعون طبقا للمادّة 67.

(ب) إيداع وثائق التّصديق والقبول والانضمام طبقا للمادّة 73.

(ج) تاريخ دخول الاتّفاقيّة الحالية دور النّفاذ طبقا للمادّة 68.

(د) الاستثناءات الواردة على نطاق التّطبيق الإقليميّ للاتّفاقيّة الحالية طبقا للمادّة 70.

(هـ) تاريخ دخول كلّ تعديل يرد على الاتّفاقيّة دور النّفاذ طبقا للمادّة 66.

(و) انسحاب بعض الدّول من الاتّفاقيّة طبقا للمادّة 71.

حرّرت في واشنطن باللّغات الإنجليزيّة والإسبانيّة والفرنسيّة والنّصوص الثّلاثة تتمتّع بحجيّة متساوية. وأودعت أرشيف البنك الدّوليّ للإنشاء والتّعمير، الّذي أقرّ بقبوله القيام بالوظائف الملقاة على عاتقه بموجب هذه الاتّفاقيّة.

فهرس القضايا

الرقم	إسم القضية	الصفحة
01	قضية الشركة الأمريكية Chromalloy **ضد** الحكومة المصرية	102
02	قضية الشركة الإيطالية ايتالوك **ضد** الحكومة المصرية	103
03	قضية الشركة الأمريكية **(Hampurna)** ضد الحكومة الأندونيسية	159
04	قضية شركة **klockner** الألمانية **ضد** دولة الكاميرون	172
05	قضية الشركة الأمريكية **AMINOIL** **ضد** دولة الكويت	206
06	قضية شركة **ARAMCO** **ضد** الحكومة السعودية	222
07	قضية الشركة الأمريكية **TEXACO** **ضد** الحكومة الليبية	223
08	قضية هضبة الهرم المصرية شركة **SPP** **ضد** الحكومة المصرية	230
09	قضية **AGIP SPA** **ضد** حكومة الكونغو	235
10	الشركات الأوربية يوروسيب **ضد** الحكومة المصرية	283
11	قضية نوتباوم **Nottebohm** **ضد** جواتيمالا	315
12	قضية شركة برشلونة المحدودة لمعدات الجر والإنارة والطاقة **ضد** اسبانيا	316
13	شركة اسمنت الشرق الأوسط للشحن والتفريغ **ضد** الحكومة المصرية	330
14	Salini Construttori S.PA and Italstrade S.P.A.**v**.Kingdom of moroco	353
15	قضية الشركة البريطانية **APPL** للمنتجات الزراعية **ضد** دولة سيريلانكا	358
16	قضية:- **ATA CONSTRUCTION ,INDUSTRIAL AND TRADING COMPANY- V- THE HASHEMITE KINGDOM OF JORDAN**	431
17	قضية شركة B.P.British **ضد** الحكومة الليبية	455

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- المصادر الدينية:

1- القرآن الكريم.

2-الأحاديث النبوية الشريفة.

2- الكتب:

أ- المعاجم والقواميس:

3- ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار الصادر، بيروت، مجلد 3، ط 2000.

4- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشرق الدولية، مصر، طبعة 4، 2004.

5- معجم المعاني المجاني، معجم عربي عربي، على الموقع الإلكتروني: www.almaany.com.

ب- الكتب العامة:

6- أحمد زكرياء صيام، مبادئ الاستثمار، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2، 2003.

07- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالدول العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين،، مطبعة الكاهنة، الجزائر، ط 1، 2000.

08- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 2001.

09- الياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2011.

10- أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

11- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين قانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقاديه، دار النضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.

12- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 11، 2009.

13- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية- القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2001.

14- أحمد عبد كريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

15- احمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1975.

16- إبراهيم محمد الدغمة، القانون الدولي الجديد للبحار ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983.

17- ابراهيم محمد العناني، قانون البحار، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.

18- أكثم خولي، خلقيات التحكيم وأدابه ،المكتبة القانونية ، دمشق، سوريا، ط1، 2008.

19- أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط4، 2013.

20- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1981.

21- أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية، المنصورة، مصر، 1984.

22- إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

23- بريش السعيد، الاقتصاد الكلي، دار العلوم للنشر، عنابة، الجزائر، 2007.

24- بن زغيوة محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، دار النعمان للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.

25- بدران لافي سلطان البدراني، الاستثمار الاخضر في الشركات المعاصرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، الدار الجزائرية، بير خادم، الجزائر، 2015.

26- ثامر كامل الخزرجي، العلاقات السياسية الدولية وإدارة الأزمات، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

27- جمال سلامة أحمد الوقيد، تعدد الجنسية في القوانين العربية وآثاره الأمنية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2015.

28- حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

29- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

30- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

31- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط 2008.

32- رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، جامعة عين الشمس، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2003.

33- زينب محمد عبد السلام، الشركات المتعددة الجنسيات ومعايير سيادة الدول وفق القانون الدولي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط 1، 2014.

34- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

35- شعبان رأفت، التشريعات الاقتصادية، مركز القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، مصر، 2007.

36- صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية نشأتها ومفهومها ونطاقها واهميتها وتكييفها وتنظيمها وحمايتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2006.

37- صلاح الدين عامر، القانون الدولي للبحار، دراسة لأهم أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2000.

38- طاهر حيدر حردان، مبادئ الاستثمار، دار المستقبل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1 1997.

39- طالب عبد الله فهد العلواني، نظرية التأميم "الأصول الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للتأميم- طبيعة تنفيذ الإلتزامات الدولية ومبدأ حسن النية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

40- عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

41- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2009.

42- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2003.

43- عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2002.

44- عبد السلام أبو قحف، الأشكال والسياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، مصر 2003.

45- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاقتصاد الدولي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ط 2002.

46- عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الأعمال والاستثمار الأجنبي، بدون دار النشر، ط1، 2001.

47- عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولي، العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزاريطة، الإسكندرية، 2012.

48- علیوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، ط 2، 2007، ص 320.

49- عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ط1، 1984.

50- عمر حلمي، معايير تمييز العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

51- عتو الموسوسّ، النظام القانوني لفروع الشركات الأجنبية في الجزائر، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2010.

52- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

53- عقبة خصراوي، قوانين التحكيم في الدول العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2014.

54- غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي، نموذج العقد النفطي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2008.

55- فاضل حمة صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقا لقانون الاستثمار، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، العراق، 1990.

56- فاضلي ادريس، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2013.

57- فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 2006.

58- فؤاد علي القهالي، النظام القانوني لتنفيذ أحكام المحكمين الداخلية، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، ط1، 2013.

59- فؤاد عبد المنعم، رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

60- مروان شموط، وكنجو عبود كنجو، أسس الاستثمار، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، مصر، 2008.

61- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009.

62- محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط 2، 2015.

63- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2005.

64- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي، اتفاقية فينا عام 1980، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ط 1998.

65- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية، بيروت، لبنان، ط3، 1988.

66- مصطفى ابو الخير، القانون الدولي المعاصر، دار الجنان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2017.

67- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.

68- مجدي إبراهيم، هل تجيد التفاوض، أهميته، عناصره، استراتجيته، شخصية وخصائص المفاوض الناجح، شركة ماهي للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، 2014.

69- مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005.

70- محمود السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، ط 1، 2007.

71- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.

72- نزيه عبد المقصود مبروك، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1 2011.

73- نبيل عبد الجبار الجمرد، المتغيرات المؤثرة على استثمار القطاع المحلي في الأردن، مركز الدراسات الجامعية الأردنية، الأردن، 1990.

74- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، قانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، مليلة، الجزائر، 2008.

75- نادر محمد ابراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الإقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المتصله به، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002.

76- هشام صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.

ج- الكتب الخاصة:

77- أميرة جعفر شريف، تسوية المنازعات الاستثمارية، دراسة قانونية تحليلية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ط 2016.

78- أحمد سمير أبو الفتوح يوسف خلاف، دور القوانين والتشريعات في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر منذ سنة 2001، المكتب العربي للمعارف، القاهرة، مصر، 2015.

79- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوبك لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية المصرية، 2001.

80- أحمد عبد اللاه المراغي، القانون الدولي الاستثماري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2015.

81- احمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، مصر، 1990.

82- إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط، 1973.

83- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988.

84- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2005.

85- ايناس خلف الخالدي، التحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات، دراسة سعودية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، الأردن، 2016.

86- أزاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

87- أحمد عبد اللاه المراغي، دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الكتب والوقائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2014.

88- العلا أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1،2000.

89- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2010.

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

91- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.

92- بسمان نواف فتحي حسين الراشدي، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية النفطية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2014.

93- جيل برتان، ترجمة علي مقلد، علي زمور، الاستثمار الدولي، منشورات عويدات، بيروت، لبنان، ط 1، 1970.

94- جلاء وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، القواعد- الاجراءات- الاتجاهات الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2001.

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

96- جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني ، بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2014.

97- جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، 2003.

98- **حفيظة السيد الحداد،** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط 2007.

99- **حفيظة السيد الحداد،** العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2001.

100- **حسين بني هاني،** حوافز الاستثمار في النظام الاقتصادي الإسلامي، دار الكندي، الأردن، 2004.

101- **حسين الموجي،** دور الاتفاقيات الثنائية، في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1992.

102- **حسين أحمد الجندي،** النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2005.

103- **حسن النمر،** الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ط 1، 2017.

104- **حمادة عبد الرزاق حمادة،** عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.

105- **حفيظة الحداد،** العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

106- **حسان نوفل،** التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

107- **حميد عبد الوهاب سنان،** الوسائل الودية لتسوية منازعات التجارة والاستثمار وفقا للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015.

108- **حفيظة السيد الحداد،** الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2004.

109- **حمزة أحمد حداد،** التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2007.

110- **حفيظة السيد الحداد،** الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية الخاصة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2000.

111- **حفيظة السيد الحداد،** الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1997.

112- **خالد كمال عكاشة،** دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة لبعض التشريعات في الدول العربية والاتفاقيات الدولية وخصوصية مركز واشنطن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2014.

113- رضا السيد عبد المجيد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

114- دلال بن سمينة، الاستثمارات الأجنبية المباشرة، محدداتها، آثارها وتوجهاتها، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2017.

115- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، ط 1، 2006.

116- دارا رمزي توفيق، الآثار القانونية المترتبة على عقود الاستثمار النفطي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2017.

117- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة، ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2011.

118- سليمان عمر الهادي، الاستثمار الأجنبي المباشر وحقوق البيئة في الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2009.

119- سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

120- سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الاقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 1986.

121- صلاح الدين جمال الدين، عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

122- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2005.

123- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2004.

124- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2005.

125- صالح محمد محمود بدر الدين، النظام القانوني لتسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

126- صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى 2018.

127- طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.

128- طالب براهيم سليمان، الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الأجنبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2016.

129- عبد الله عبد كريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

130- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

131- عبد الله سعيد البرواري، تسوية منازعات عقود استغلال الثروات الطبيعية، عقود البترول نموذجاً، تطبيقات من خلال المركز الدولي ICSID، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2015.

132- عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 1972.

133- عبد الرحمن محمد العقيل، ضمانات الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ط1 2016.

134- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

135- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محكمة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،الازاريطة، مصر، 2008.

136- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

137- عميروش محند شلغوم، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مكتبة حسن العصرية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2012.

138- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

139- عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993.

140- عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

141- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، 1991.

142- عجة الجيلالي، منازعات الملكية الفكرية الصناعية والتجارية، دراسة مقارنة، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، الجزء السادس، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2015.

143- **عجة الجيلالي،** الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006.

144- **علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد،** التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ظل القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، 2008.

145- **عبد الرؤوف جابر،** الوجيز في عقود التنمية التقنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2004.

146- **علاء أباريان،** الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.

147- **عمار محمد خضير الجبوري،** ضمانات الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2017.

148- **عبد الستار أحمد مجيد الحوري،** الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.

149- **عبد الكريم أحمد أحمد الثلاياء،** تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.

150- **عبد الحميد المنشاوي،** التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية، طبقاً للقانون رقم: 27 لسنة 1994، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1995.

151- **عبد الله ناصر أبو جما العجمي،** الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار النفطي وتسوية منازعاتها، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2016.

152- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة،** التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2006.

153- **عامر فتحي البطاينة،** دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2008.

154- **عبد الباسط محمد عبد الواسع،** شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ط 2014.

155- **عبد المنعم حسون عنوز،** كتاب شرط القوة القاهرة في العقود الدولية، على شبكة الانترنيت، على الرابط الالكتروني للاكاديمية العربية في الدنمارك، www.ao.academu.org/wesima_articles/library-20070824-1417.html.

156- **عزت محمد البحيري،** تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

157- غبراهيم شحاتة، معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.

158- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مع الاشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط، 2006.

159- فهد بن بجاد بن ملافح العتيبي، التنظيم القانوني لتسوية منازعات عقود نقل التكنولوجيا وفقا لنظام التحكيم السعودي لعام 1433 هـ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، ط 1، 2015.

160- فؤاد محمد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.

161- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2004.

162- كريستوفرومور، عملية الوساطة، استراتيجيات عملية لحل النزاعات، ترجمة فؤاد سروجي، الأهلية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2007.

163- كمال عبد العزيز ناجي، دور المنظمات الدولية في تنفيذ قرارات التحكيم الدولي، سلسلة اطروحات دكتوراه (68)، مركز دراسات الوحدة العربية، ط 1، 2007.

164- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

165- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الاجراءات المدنية والادارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2012.

166- محمد حسين طه منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.

167- محمد عبد العزيز سعد النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2002.

168- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر،1997.

169- منصوري الزين، تشجيع الاستثمار وأثره على التنمية الاقتصادية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2013.

170- م بودهان، الأسس والأطر الجديدة للاستثمار في الجزائر، الملكية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2000.

171- مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008.

172- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2010.

173- محمد عبد المجيد إسماعيل، العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2014.

174- محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000.

175- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1990.

176- محمد الرويي، عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.

177- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة، الأردن، ط 1، 2010.

178- محمد موسى خلف الجبوري، النظام القانوني لعقد الاستثمار في تصفية النفط الخام، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.

179- معاوية عثمان الحداد، القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2015، مصر.

180- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الإمارات، 2016.

181- مصطفى محمد الدسوكي، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية ب الوسائل الودية والقضائية، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2016.

182- محمد شعبان امام سيد، التجكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2014.

183- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب أخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط 2010.

184- مصلح أحمد الطراونة، فاطمة الزهراء محمودي، التحكيم بين الدولة المضيفة للإستثمار والمستثمر الأجنبي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2013.

185- محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البينية الاساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2003.

186- محمد رويي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، بوت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2006.

187- **محمد مصطفى،** عكاشة محمد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1 1998.

188- **محمد حسن جاسم المعماري،** التحكيم التجاري وتدخلات القضاء الوطني، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ط1، 2013.

189- **محمد علي محمد بني مقداد،** المسلك السليم لاصدار وتنفيذ حكم التحكيم، دراسة نظرية تطبيقية، مؤسسة حمادة للدراسات الجامعية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2012.

190- **هفال صديق إسماعيل،** المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2015.

191- **هناء عبد الغفار السامرائي،** الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، بيت الحكمة، بغداد، العراق، 2002.

192- **هاني محمود حمزة،** النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2008.

193- **هاني محمد كامل المنايلي،** اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

194- **هشام خالد،** ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الانظمة القانونية الانجلوساكسونية واللاتنية –العربية والاتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ط 2007.

195- **هشام خالد،** عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

196- **هشام خالد،** معيار دولية التحكيم التجاري، دراسة في الأنظمة القانونية اللاتنية والانجلوساكسونية والعربية. الاتفاقيات الدولية، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية،مصر، ط 2006.

197- **هشام علي صادق،** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1995.

198- **هشام علي صادق،** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2001.

199- **هشام علي صادق،** الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2002.

200- **هبة هزاع،** توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2016.

3- الموسوعات:

201- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إثارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط 1، 2002.

202- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، مصر، 1998.

203- فارس محمد عمران، موسوعة الفارس، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة، مصر، ط 2، 2015.

204- ماهر ملندي، العقود الدولية، بحث منشور في الموسوعة العربية على الموقع الإلكتروني: www.arab.encyclopedia.com .

205- محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط2 2009.

4- المقالات والمجلات:

206- **المؤسسة العربية لضمان الاستثمار**، مستجدات ونصوص وأحكام الاتفاقيات الثنائية المبرمة حديثاً في مجال الاستثمار، نشرة ضمان الاستثمار، السنة 15، ع: 2، أفريل/2007.

207- **المؤسسة العربية لضمان للاستثمار**، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول العربية، نشرة فصلية، السنة الرابعة والثلاثون، العدد الفصلي الثاني، ابريل- مايو، 2016.

208- **البنك الدولي**، أهداف التنمية للألفية الثالثة، منشورة على الرابط التالي:/www.albankaldawli.org/mdg .

209- **الأمم المتحدة**، أهداف التنمية المستدامة، تقرير على موقع الإلكتروني للأمم المتحدة، على الربط الإلكتروني التالي: http://www.un.org/sustainabledevelopment/ar/sustainable-development-goals/.

210- **الأمم المتحدة**، تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين، تقرير اللجنة السادسة، 26-11-2001، منشورات الأمم المتحدة، 2001.

211- أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ع: 2، 2003.

212- شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

213- إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمارات الدولية، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، ع: 7، ديسمبر 2015.

214- إيناس هاشم رشيد، وعود كاتب الانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة، ع: 1، 2015.

215- **أسامة محمد عثمان خليل،** تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، مجلة قانونية مغربية إلكترونية، منشور على شبكة الانترنيت عبر الموقع الإلكتروني www.9anonak.blogspot.com.

216- **إبراهيم القادري بوتشيش،** الشراكات العربية الاقتصادية وانعكاساتها على التنمية المستدامة، مجلة الجامعة المغاربية التابعة لاتحاد المغرب العربي، ع: 7، السنة الرابعة 2009، طرابلس، ليبيا.

217- **السعيد خويلدي، سمية صخري،** شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وآثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع: 15 جوان 2016.

218- **الطاهر برايك،** تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، ع: 2، قواعد البيانات الرقمية، المنهل، دار المنظومة، والمعرفة، المجلة موجودة على الموقع الالكتروني للبوابة الجزائرية للمجالات العلمية: www.asjp.cerist.dz، والمقال على الرابط الإلكتروني: https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31422.

219- **أحمد السعي شرف الدين،** دعوى بطلان حكم التحكيم، مقال منشور في سلسلة إصدارات التحكيم التجاري، الجزء الأول، سنة 2002، مجلة إتحاد المحامين العرب، وحدة التدريب و تكنولوجيا المعلومات، جامعة عين الشمس، مصر.

220- **بوحنيفة قوي، خميس محمد،** قانون المحروقات في الجزائر و إشكالية الرهانات المتضاربة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع: 9، جوان 2013.

221- **بغداد الصديق،** التحكيم التجاري الدولي في الملكية الصناعية والتجارية، المجلة الجزائرية للاقتصاد والادارة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر، الجزائر، ع: 07-جانفي 2016.

222- **بن صغير عبد المؤمن،** التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة حالة- واقع التحكيم في المنازعات البترولية في الجزائر، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية على الموقع الإلكتروني: www.majalah.new.ma .

223- **بلول فهيمة،** الخبرة القضائية كإجراء أساسي للتحقيق في المنازعة الضريبية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 15، ع1: -2017.

224- **بن نعمون حمادو،** تقييم برنامج خوصصة المؤسسات العمومية في الجزائر، مجلة الأصيل للبحوث الإقتصادية والإدارية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، ع: 2-2017.

225- **جورج حزبون،** النظام القانوني للتحكيم الأجنبي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، ع: 4، السنه الحادية عشرة، الكويت، 1987.

226- **جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير،** ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، ع: 11 جوان 2017.

227- حسان لخضر، الاستثمار الأجنبي المباشر تعاريف وقضايا، مجلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ع: 3، 2004.

228- حسين عبد المطلب الأسرج، سياسات تنمية الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مجلة رسائل البنك الصناعي، الكويت ع: 83، ديسمبر 2005.

229- دمانة محمد، معنصري مريم، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، ع: 4، جوان 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر.

230- مؤسسة التمويل الدولية، الاستثمار الأجنبي المباشر، صندوق النقد الدولي، ع: 5، واشنطن،1997.

231- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، تقرير الاستثمار العالمي لسنة 2014، الاستثمار في أهداف التنمية المستدامة، خطة عمل، ص07، منشور على الموقع الإلكتروني، www.unctad.org/diae.

232- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، العقود الحكومية، سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن قضايا اتفاقات الاستثمار الدولية، نيويورك وجونيف، 2004 على الرابط الإلكتروني: http://unctad.org/ar/docs/iteiit200411_ar.pdf.

233- دوفان ليدية، أهلية أشخاص القانون العام في اللجوء إلى التحكيم، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع: 16، جانفي 2017.

234- زينات أسماء، دور التحفيزات الجبائية في تعزيز فرص الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، الجزائر، ع: 17، السداسي الثاني 2017، ص 116.

235- زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامي، تمنغاست،ع: 8، جوان 2015.

236- سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة العربية المتحدة، ع: 52، أكتوبر 2012.

237- شريفة جعدي، محمد الخطيب نمر، محمد بركة، أثر استثمار الشركات المتعددة الجنسية على التنمية المحلية في الجنوب الجزائري خلال فترة 2006 – 2012، المجلة الجزائرية للتنمية الاقتصادية، ع:1 ديسمبر 2014.

238- شعران فاطمة، اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بتيسمسيلت، ع: 2، 2016.

239- صالح بودهان، حرية الاستثمار في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد والتقييد)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع: 18، 2018.

240- صوفيا شراد، أحكام إختصاص المحكمة الدولية لقانون البحار، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع: 09، 2013.

241- طلال زغبة، وعبد الحميد برحومة، الأشكال الجديدة لتدفقات الاستثمار الأجنبي غير القائم على المساهمة في رأس المال وأثارها على التنمية الاقتصادية في الدول النامية، مجلة العلوم الاقتصادية والتسيير، والعلوم التجارية، ع:11، 2014.

242- طلعت جياد لجي الحديدي، قادر أحمد عبد، مبادئ الاستثمار الدولي لقيعان البحار الدولية، مجلة كلية القانون، تصدر كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق ص 07، مقال منشور عبر الرابط الإلكتروني للمجالات العراقية الأكاديمية التالي: http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109158..

243- عالية يونس الدباغ، وونس مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت، جامعة الموصل، كلية القانون، العراق، المجلد 17، ع:2.

244- عبد المومن بن صغير، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتجية، الاقتصادية والسياسية، مقال على الموقع الرابط الإلكتروني: http://democraticac.de/?p=38256.

245- عبد الرسول عبد الرضا خير الدين كاظم عبيد، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد 1، ع: 1، 2009.

246- علي غسان أحمد، محمد عامر شنجار، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 18، ع: 2، 2016.

247- عامر بروروا، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 15-16 جوان 2008.

248- عبد المجيد غميجة، نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم ، المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالربط، ع: 4-2009.

249- عبد السلام ذيب، الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الجزء الثاني، جوان 2008.

250- علي الجاسم جميل الحوشام، تسوية المنازعات بين الشركة المتعددة الجنسيات والدول المضيفة، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (37)، ع: 03، 2015.

251- عمر الفلاح العطين، ريزان حمود، اتفاق التحكيم في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، ع: 08، جوان 2015.

252- عبد المنعم نعيمي، قراءة في أحكام غرامة الصلح كآلية لحماية المستهلك على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، الجزائر، العدد السابع، سبتمبر 2015.

253- **عبد العزيز خنفوسي،** القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع: 12 جانفي 2015.

254- **عمر بن سعيد،** تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الجزائر، المجلد 1، ع: 02، جويلية، 2014، جامعة خنشلة، الجزائر.

255- **علي عبدالقادر علي،** محددات الاستثمار الأجنبي المباشر، المعهد العربي للتخطيط، مجلة جسر التنمية، الكويت، المجلد: 3، ع: 34، 2004.

256- **غني ريسان الساعدي،** الضوابط القانونية لإتفاق التحكيم في عقد الاستثمار التكنولوجي، دراسة مقارنة، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، العراق، ع: 2015/17، ص 41، متاحة أيضا" على الموقع الإلكتروني العراقية للمجلات الأكاديمية العلمية، https://www.iasj.net/iasj?func=article&aId=109158.

257- **فنيش كمال،** الطرق البديلة لحل النزاعات- عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، جوان 2008، مجلة المحكمة العليا عدد خاص.

258- **فوزية خدا كرم،** التكتلات الاقتصادية وانعكاساتها على الدول النامية، مجلة العلوم السياسية، ع: 43، 2011، جامعة بغداد، العراق من ص 171، إلى ص 181، المقال موجود على الموقع الإلكتروني للعراقية للمجلات الأكاديمية العلمية للتحميل: http://www.iasj.net/iasj.

259- **قشي بلخير،** المنازعات القانونية والسياسية في قضاء محكمة العدل الدولية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، ع: 2، 1994.

260- **قادري عبد العزيز،** دراسة في العقود المبرمة بين الدول ورعايا الدول الأخرى، في مجال الاستثمارات الدولية، عقد الدولة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، ع: 1 لسنة 1991، ص 52.

261- **محمد يونس الصائغ،** أنماط عقود الاستثمارات النفطية، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، المجلد 12، ع: 46، 2010.

262- **ماجدة أبو زنط وعثمان محمد غنيم،** التنمية المستدامة من منظور الثقافة العربية الإسلامية، مجلة دراسات العلوم الإدارية، مجلة علمية محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، المجلد 36، ع: 1، جانفي 2009.

263- **محمد عبد الله المؤيد،** التكييف القانوني لعقود الاستثمار النفطي في اليمن، مجلة الدراسات الاجتماعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، اليمن، ع: 16-ديسمبر-يوليو-2003.

264- **محمد قبايلي،** الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمنغاست، الجزائر، ع: 11 جانفي 2017.

265- معين عمر المومني، هيئة التحكيم ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في التحكيم التجاري الدولي،" دراسة مقارنة بين قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والإنجليزي " ، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، ع: 19 نوفمبر 2017.

266- منور أوسرير، دراسة نظرية عن المناطق الحرة، مجلة الباحث، ع:2، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2003.

267- نور الدين بوالصلصال، التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد ونظام اليونيسترال، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزاءر، ع:10-2015.

268- هوام علاوة، قروي سميرة، أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لعباس لغرور، خنشلة، المجلد 11، ع: 14، جوان 2016.

269- وليد لعماري، استمرار القانون المطبق على الاستثمار كضمان للمستثمر الأجنبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، ع: 9، جوان 2016.

270- وليد حفاف، الاستثمار الأجنبي المباشر والمنظمة العالمية للتجارة، تحليل وتقييم اتفاقية إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة على الدول النامية، مجلة رؤى اقتصادية، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، ع: 11، ديسمبر 2016، ص 24، المجلة موجودة على الموقع الإلكتروني: www.asjp.dz .

271- وردة بلقاسم العياشي، التحكيم في عقود النفط، دراسة مقارنة بين قانون الجزائر وقانون الكويت، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، ع: 04، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، الجزائر.

272- وزارة الصناعة والمناجم الجزائرية، مقال عن أهم الاتفاقات الاستثمارية المبرمة من طرف الوكالة الوطنية للاستثمار، الرابط الإلكتروني: http://www.mipi.dz/?03.

273- يعقوبي محمد زيدان محمد، التعاون الاقتثادي جنوب، جنوب، بين معالم تطور اقتصاديات الجنوب واتجاهات تشكل الجغرافيا الجديدة للعلاقات الإقتصادية الدولية، مجلة الباحث الاقتصادي، ع: 05، جوان 2016، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة 20 أوت، سكيكدة، الجزائر.

5- المؤتمرات والندوات:

274- حسين فريحة""، أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، مداخلة في الملتقى الدولي الموسوم ب: الطرق البديلة لحل النزاعات، حوليات جامعة الجزائر 1، 2014.

275- خوادجية حنان، تقييد الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مداخلة بالملتقى الوطني الموسوم بالإطار القانوني للاستثمار الأجنبي، المنعقد يومي 18-19 نوفمبر 2015، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر.

276- عراب فاطيمة الزهراء، مداخلة موسومة بالمسؤولية الاجتماعية للاستثمار الأجنبي المباشر ودورها في التنمية، الملتقى الدولي الثالث حول منظمات الأعمال والمسؤولية الاجتماعية، جوان 14و15 فيفري 2011، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة بشار، منشورة عبر الموقع الإلكتروني www.iepedia.com.

277- عبد الرحمان المصباحي، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، مداخلة بالمؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية المنعقد بالدوحة، قطر، من 24 إلى 25 سبتمبر 2013.

278- عادل عبد العزيز علي السن، مداخلة موسومة ب: تسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة بين النظرية والتطبيق، المؤتمر العربي الرابع مستقبل مفاوضات تحرير التجارة في ظل منظمة التجارة العالمية " الفرص والتحديات أمام الدول العربية " بالتعاون مع وزارة الصناعة والتجارة اليمنية، والمنظمة العربية للتنمية الإدارية ودولة مصر والإمارات – الجمهورية اليمنية – 15-18 فبراير 2009.

279- كامران الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والإقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية، مؤتمر قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وأثرها في التنمية الإقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، أبو ظبي، 25-27 أفريل 2011، ص 1187.

280- لافي محمد دراركة، أهمية التحكيم التجاري في ظل الاتفاقيات والعقود الاستثمارية ومخاطره على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة كإحدى الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي، دراسة في الاتفاقيات والقواعد الدولية والعربية والتشريعات الداخلية وتطبيقاتها العملية، مداخلة في مؤتمر كلية القانون التاسع عشر الموشوم ب: قواعد الاستقمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها على التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، خلال الفترة الممتدة من 25 إلى 27 أفريل 2011، ، جامعة الامارات العربية المتحدة.

281- مظفر جابر الراوي، أثر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة، دراسة في ضوء التشريعين الأردني والجزائري، مداخلة في الملتقى العلمي الدولي الموسوم ب" إستراتجية الحوكمة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية ، جامعة المسيلة، الجزائر بالاشتراك مع مخبر الاستراتجيات والسياسات الاقتصادية، في الفترة الممتدة من 15-16 نوفمبر 2011.

282- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مداخلة في الملتقى الوطني الموسوم ب: الإطار القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، يومي 18، و19 نوفمبر 2015 بكلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بجامعة قاصدي مرباح بورقلة.

283- منى حسب الرسول حسن، تسوية منازعات الاستثمار في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مداخلة بالمؤتمر السنوي الدولي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والدولية وأثرها في التنمية في دولة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبو ظبي، 25-27 أفريل 2011.

284- محمد محمد السادات، آليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الفديك، المؤتمر الثامن عشر تحت عنوان عقود البناء والتشييد بين القواعد التقليدية والقواعد المستحدثة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، جمهورية مصر

العربية، من ص 592 إلى ص 596، مقال منشور على شبكة الانترنيت، عبر الموقع الإلكتروني لموسوعة الاقتصاد الاسلامي التالي: http://iefpedia.com/arab.

285- **يوسف سليمان عبد الرحمان حداد،** القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، بحث مقدم في المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية في الفترة من 26 إلى 27 أوت 2014 المنعقد في صلالة عمان، الكويت، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي، ص ض 7،8، والمنشور على الرابط www.gcccac.org/ar/training-programmes، تاريخ التصفح: 2016/12/26 على الساعة: 14:02 زوالا.

6- المقالات المنشورة على شبكة الأنترنت:

286- **جلال خشيب،** النمو الاقتصادي، مفاهيم ونظريات، بحث منشور على شبكة الألوكة عبر الموقع الإلكتروني للشبكة www.alucah.net ، تاريخ التصفح: 09-10-2016 على الساعة: 16:30.

287- **دغيش أحمد،** حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص لحكم النزاع الأجنبي أمام القضاء الجزائري، جامعة بشار، مقال منشور على شبكة الانترنيت، عبر الرابط الآتي: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/ ، قسم القانون الدولي الخاص، تاريخ التصفح:27-12-2016، على الساعة 13:38 صباحاً.

288- **عادل عامر،** النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر وفقاً لنظام البوت، مقال منشور على شبكة الأنترنيت بتاريخ 10-08-2012، عبر الموقع الإلكتروني،www.adelamer.com، تاريخ التصفح: 07-10-2016، الساعة، 15:55.

289- **محمد جابر،** استثمار في مواجهة العدالة، المبادرة المصرية للحقوق الشخصية، ط 1، 2016، مقال منشور على شبكة الانترنيت على الرابط الآتي:https://eipr.org/publications ، تاريخ الدخول والتصفح: 04-08-2017 على الساعة 11:39.

7- الرسائل العلمية:

أ- رسائل الدكتوراه:

290- **أمال بولغاب،** الإطار القانوني لفض منازعات عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2015-2016.

291- **اقلولي محمد،** النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، (التجربة الجزائرية نموذجاً)، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2006.

292- بلحسان هواري، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2016-2017.

293- بن هلال ندير، معاملة الاستثمار الأجنبي في ظل الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2016.

294- بسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، 2015.

295- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016-2017.

296- جمال عمورة، دراسة تحليلية وتقييميه لاتفاقيات الشراكة العربية الأورومتوسطية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2006.

297- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، 2006.

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

299- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة بالجزائر، كلية الحقوق، 2008-2009.

300- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، 2013، 2014.

301- عبد الكريم بعداش، الاستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1995 – 2005 ، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، نوقشت سنة 2008.

302- عدلي محمد عبد كريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.

303- عوض الله شيبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة آسيوط، مصر، 1992.

304- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

305- فتحي فتحي جاد الله الحوشي، التفرقة بين النزاع القانوني والسياسي في القانون الدولي ، دراسة تحليلية لنظريات الفقه وتطبيقات القضاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، رسالة دكتوراه 2007.

306- **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، 2012.

307- **لعشب بن حامد**، التحول الاشتراكي في الجزائر ومدى تأثيره على عقود الاستثمار، اطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر، جامعة الجزائر، 1988.

308- **لعماري عصاد**، الأحكام التوفيقية لاتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015.

309- **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، رسالة دكتوراه دولة، معهد علوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998.

310- **محي الدين حمداني**، حدود التنمية المستدامة في الاستجابة لتحديات الحاضر والمستقبل، دراسة حالة الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2008-2009.

ب- رسائل الماجستير:

311- **أنور بدر منيف العنزي**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر، دراسة في القانون الكويتي للاستثمار لسنة 2001، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2012.

312- **أحمد بوخلخل**، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.

313- **بن عباس حمودي**، دور الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية، دراسة حالة الصين، رسالة ماجستير، كلية علوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012.

314- **بيوض محمد العيد**، تقييم أثر الاستثمار الأجنبي المباشر على النمو الاقتصادي والتنمية المستدامة على اقتصاديات الدول المغاربية، دراسة مقارنة، (تونس، المغرب، الجزائر)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر،2010-2011.

315- **بولقواس سناء**، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، "التحكيم نموذجا"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجاج لخضر باتنة، 2010-2011.

316- **بوكريطة موسى**، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وفق القانون الجزائري، رسالة ماجستير نوقشت بجامعة البليدة كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2012.

317- **خالد بن سعود الرشود**، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، رسالة منشورة من برنامج دعم رسائل وأبحاث الدراسات العليا في كرسي سابك لدراسة الأسواق المالية الإسلامية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (المشروع رقم 40 – 23)، السعودية ، 2013.

318- **زيري زهية،** الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015.

319- **سالم ليلى،** الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2012.

320- **صبوع صهيب،** النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطنة، 2012-2013.

321- **عبابسة حمزة،** وسائل نقل التكنولوجيا ووسائل تسوية منازعاتها في ضوء القانون الدولي، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والادارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف ، الجزائر، 2007-2008.

322- **علة عمر،** حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008.

323- **عبد الوهاب عجيري،** شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، الجزائر، 2013-2014.

324- **علاق عبد القادر،** أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، 2008.

325- **علي شريف سعيدة،** القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013-2014.

326- **كمال سمية،** النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2002، 2003.

327- **كريمة قويدري،** الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر،2010-2011.

328- **لحسن زايدي،** الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

329- **مصباح بلقاسم،** أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في تحقيق التنمية المستدامة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإقتصادية والتسيير، جامعة الجزائر، 2005-2006.

330- **منى بوختالة،** التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطنة1، الجزائر، 2013-2014.

331- **محمد بلاق،** التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010، 2011.

332- **ناصري نفيسة،** دور الاستثمار الأجنبي المباشر في تمويل التنمية الاقتصادية في البلدان النامية، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة تلمسان 2014.

333- **والي نادية،** التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2005-2006.

334- **ولد بوخطين عبد القادر،** الدول النامية والنظام القانوني لاستكشاف واستغلال التراث المشترك للإنسانية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2004/2003.

8- الدساتير والاتفاقيات الدولية المصادق عليها:

أ- الدساتير:

335- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لعام 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 76 المؤرخة في 08-12-1996، والمعدل بالقانون رقم: 02-03 المؤرخ في 10-04-2002، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 25 المؤرخة في 14-04-2002، وبالقانون رقم: 08-19 المؤرخ في 15-11-2008، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 63 المؤرخة في 16-11-2008.

ب- الاتفاقيات الدولية المصادق عليها:

336- الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع عليه في واشنطن يوم 22 يونيو 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 45 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1990 (ص 1407 إلى 1409).

337- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 46 الصادرة بتاريخ 06 أكتوبر 1991 (ص. 1775 إلى 1779).

338- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 46 الصادرة بتاريخ 06 أكتوبر 1991 (ص 1780 إلى 1784).

339- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعان بمدينة الجزائر في 13 فبراير 1993، والمنشوران في ج.ر.ج.ج العدد الأول الصادرة بتاريخ 02 يناير 1994(ص. 4 إلى 10).

340- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر 1994، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 23 الصادرة بتاريخ 26 أبريل 1995 (ص. 5 إلى 9).

341- الاتفاقية الجزائرية القطرية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بمدينة الدوحة بتاريخ: 24-10-1996، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 97-229 المؤرخ في 23-06-1997، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 43 لعام 1997.

342- الاتفاقية الجزائرية الأردنية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 20 المؤرخة في 06 افريل 1997، ص 05، كذلك مانصت عليه المادة/ف1 من الاتفاقية الجزائرية المصرية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ع: 76 المؤرخة في 11 أكتوبر 1998.

343- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 76 الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 1998 (ص. 6 إلى 9).

344- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية العربية السورية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في دمشق بتاريخ 14 سبتمبر 1997، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 97 الصادرة بتاريخ 27 ديسمبر 1998 (ص. 4 إلى 8).

345- الاتفاقية الجزائرية الجنوب إفريقية حول تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب الضريبي في ميدان الضريبة على الدخل والثروة، الموقعة في الجزائر في 28 أبريل 1998، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-95 المؤرخ في 04 مايو 2000، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 26 لعام 1998 ص12.

346- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في باماكو بتاريخ 11 يوليو 1996، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 97 الصادرة بتاريخ 27 ديسمبر 1998 (ص. 9 إلى 13).

347- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في باماكو بتاريخ 11 يوليو 1996، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 97 الصادرة بتاريخ 27 ديسمبر 1998 (ص. 9 إلى 13).

348- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية قصد تجنب الإزدواج الضريبي وتفادي التهرب والغش الجبائي ووضع قواعد المساعدة المتابدلة في ميدان الضريبة، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 02-121 المؤرخ في 07 أفريل 2002، والموقعة بالجزائر في 17 أكتوبر 1999، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 24 الصادرة بتاريخ: 10 أبريل 2002.

349- الاتفاق والبرتوكول الإضافي المتعلقان بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر وألمانيا الموقعين في الجزائر بتاريخ: 11 مارس 1996، والمصادق عليهما بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 2000-280 المؤرخ في 07 أكتوبر 2000- ج.ج.ج.د.ش.رقم:58 المؤرخة في 08 أكتوبر 2000.

350- الاتفاقية الجزائرية الجنوب إفريقية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر بتاريخ: 24-09-2000، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:01-206 المؤرخ في 23-07-2001، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 41 الصادر بتاريخ 2001-07/29.

351- الاتفاقية الموقعة بين الدولة الجزائرية والمستثمر المتمثل في شركة أوراسكوم تليكوم، والمصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج.ر.ج.ج، ع، 80 الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

352- الاتفاقية الجزائرية الاماراتية للتشجيع والحماية المتبادلتان الموقعة بالجزائر سنة 2001، والمصادق عليها سنة 2002، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:45، الصادرة بتاريخ 30-06-2002.

353- الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر والجمهورية التشيكية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات تم المصادقة عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 02-124 المؤرخ في 07-04-2002، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:25 الصادرة بتاريخ:14-04-2002.

354- الاتفاقية الجزائرية الاماراتية للتشجيع والحماية المتبادلتان الموقعة بالجزائر سنة 2001، والمصادق عليها سنة 2002، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:45، الصادرة بتاريخ 30-06-2002.

355- الاتفاقية الجزائرية الكويتية المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في الكويت في 30-09-2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-370 المؤرخ في 23-10-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 66 الصادرة بتاريخ: 02-11-2003.

356- الاتفاقية الجزائرية المصرية حول تجنب الازدواج الضريبي وتفادي التهرب الجبائي في ميدان الضريبة على الدخل ورأس المال، الموقعة في الجزائر في 17 فبراير 2001، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-142 المؤرخ في 25-03-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 23 الصادرة بتاريخ: 02 أبريل 2006.

357- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، وشركة الاسمنت، الموقعة ب 30-10-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 72 الصادرة بتاريخ: 13-11-2004.

358- الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بلشبونة يوم 15 سبتمبر 2004، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 37 الصادرة بتاريخ 29 مايو 2005 (ص.17 إلى 21).

359- الاتفاق بين الجزائر والمجلس الفدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع ببيرن في 30 نوفمبر 2004، والمنشور في ج.ر.ج.ج عدد 45 الصادرة بتاريخ 29 يونيو 2005 (ص. 15 إلى 19).

360- الاتفاقية الجزائرية الدانماركية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات والموقعة في الجزائر بتاريخ: 25-01-199، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 03-325 المؤرخ في 30-12-2003، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:02 الصادرة بتاريخ: 07-01-2004.

361- الاتفاقية الجزائرية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بتونس في 14-11-2006، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 06-404 المؤرخ في 14-11-2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 77 الصادرة بتاريخ 19-11-2006.

362- اتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة الدار الدولية: (سيدار)، والاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وعدة شركات كالشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة وهي شركة ذات أسهم مسجلة في الكويت، واتصالات الجزائر للهاتف النقال موبليس وشركة حماواتر ديسلنايشن، وشركة أقواس دو سكيكدة وشركة كهرما، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 07 الصادر بتاريخ 28 جانفي2007، من ص 12 إلى ص 33.

363- اتفاقية انشاء الوكالة العربية لضمان الاستثمار والمصادق عليها بالأمر رقم: 72-16 المؤرخ في 07 يونيو 1972 ، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 53 لعام 1972.

364- الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم والملحق الموقع بباريس يوم 26-06-1963، والمصادق عليه بموجب المرسوم رقم: 63-364 مؤرخ في 14-09-1963، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 67 مكرر، الصادرة بتاريخ 17-09-1963.

365- اتفاقية نيويورك والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي صادق عليها مؤتمر نيويورك بتاريخ 10-06-1958، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم: 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:48 الصادرة بتاريخ 23-11-1988.

366- الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر في 23-07-1990، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 90-420 المؤرخ في 22-12-1990، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 69 لعام 1990.

367- اتفاقية فينا لحماية طبقة الأوزون والهواء الخارجي لعام 1985، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 92-354 المؤرخ في 23-09-1992، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 69 الصدر بتاريخ 27-09-1992.

368- الاتفاق التكميلي المنقح بشأن قيام الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتقديم المساعدة التقنية إلى حكومة الجزائر والموقع بفينا في 1 و6 سنة 1992، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 92-447 المؤرخ في 06-12-1992، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:88، الصادرة بتاريخ: 13-12-1992.

369- اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي والموقعة في ليبيا، والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 94-181 المؤرخ في 27-06-1994، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:43 الصادرة بتاريخ 03-07-1994.

370- الاتفاقية الجزائرية الرومانية الموقعة بالجزائر في 28 جوان 1994، والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، والمصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم: 94-328 المؤرخ في 22-10-1994، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 69 لعام 1995.

371- اتفاقية ريو ودي جانيرو المتعلقة بالتنوع البيولوجي الموقع عليها في 05 جوان 1995، والمصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم: 95-88 المؤرخ في 25 مارس 1995، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 32 الصادرة بتاريخ: 14-06-1995.

372- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس عام 1982، والمصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم: 95-306 المؤرخ في 07-10-1995، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:59 لعام 1995.

373- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في 18-03-1965 بواشنطن، والمصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم:95-346 المؤرخ في 30-10-1995، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 66 لعام 1995.

374- الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار وعلى ملحقيها والمحررة بسيول في 11-10-1985، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رئاسي رقم: 95-345 المؤرخ في 30-10- 1995، ج.ج.ج.د.ش.ع: 66 الصادرة بتاريخ: 06-11-1995.

375- اتفاقية قانون البحار لعام 1982، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم رئاسي رقم: 96-53 المؤرخ في 22 يناير 1996، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 06 الصادرة بتاريخ: 24 يناير 1996.

376- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 ابريل 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموافق عليه في 26-11-1997 من طرف مجلس وزراء العدل العرب في دورة انعقاده العادي الثالث عشر....، والمصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم: 01-47 المؤرخ في 11-02-2001، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 11 الصادرة في 12-02-2001.

377- الاتفاق المبرم بين الجزائر والأرجنتين حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات الموقع بالجزائر في 04 أكتوبر سنة 2000، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 01-366 المؤرخ في 13-11-2001، ج.ر.ج.ج.د.ش. ع: 69 الصادرة بتاريخ: 18-11-2001.

378- اتفاق التعاون بين الجزائر والولايات المتحدة الامريكية في مجال العلوم والتكنولوجيا، والموقع بالجزائر في 18-01-2006، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم: 06-402 المؤرخ في 14-11-2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 73، الصادرة بتاريخ: 19-11-2006.

9- النصوص القانونية الوطنية:

أ- القوانين العضوية:

379- قانون عضوي رقم: 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:37.

380- قانون عضوي رقم: 98-02 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:37.

ب- النصوص التشريعية:

381- قانون رقم 277/63 مؤرخ في 26 يوليو1963 يتضمن قانون الاستثمارات ج.ر.ج.ج، عدد 53، الصادرة بتاريخ 02 غشت 1963.

382- قانون رقم: 79-07 مؤرخ في 21 جويلية 1979 يتضمن قانون الجمارك ، ج.ر.ج.ج.د.ش، لعام 1979، معدل ومتمم يالقانون رقم: 17-04 المؤرخ في 16 فبراير 2017، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 11 الصادرة بتاريخ: 19-02-2017، وكذا للأمر 03-04 المؤرخ في 19-07-2003 والمتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 43 الصادرة بتاريخ: 20-07-2003.

383- قانون رقم 11/82 مؤرخ في 21 غشت 1982 يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني ج.ر.ج.ج، عدد 34، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1982.

384- قانون رقم 13/82 مؤرخ في 28 غشت 1982 يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط ج.ر.ج.ج، عدد 35، الصادرة بتاريخ 31 غشت 1982، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 13/86 المؤرخ في 19 غشت 1982، ج.ر.ج.ج، عدد 35، الصادرة بتاريخ 27 غشت 1986.

385- قانون رقم: 10/90 مؤرخ في 1990/04/18 والمتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 1990/04/18، المعدل والمتمم ب الأمر رقم: 01/01 المؤرخ في المؤرخ في 2001/02/27، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 14 الصادرة بتاريخ: 2001/2802، والملغى بالأمر رقم: 11/03 المؤرخ في 2003/08/26، والمتضمن قانون النقد والقرض، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 52 الصادرة بتاريخ: 2003/08/27، والمعدل والمتم بالأمر رقم: 04/10 المؤرخ في 2010/08/26، المعدل والمتمم لقانون النقد والقرض رقم: 11/03، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 50 الصادرة بتاريخ: 2010/09/01.

386- قانون رقم: 90-04 مؤرخ في 06-11-1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، معدل ومتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 06 لعام 1990.

387- قانون رقم 11/92 مؤرخ في 27 أبريل 1991 يتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، الصادرة بتاريخ 08 مايو 1991، والمتمم بموجب القانون رقم 08/13 المؤرخ في

30 ديسمبر 2013، المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ج.ر.ج.ج ع: 68 الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.

388- قانون رقم: 03-10 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 43 الصادرة بتاريخ: 20-07-2003.

389- قانون رقم: 04-20 مؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 14 الصادرة بتاريخ: 29-12-2004.

390- قانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 50 ،الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم: 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 11 الصادرة بتاريخ 24 فبراير 2013، ص 16.

391- قانون رقم:08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

392- قانون رقم: 13-01 مؤرخ في 20 فبراير 2013، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع 11 الصادرة بتاريخ: 24-02-2013، معدل ومتمم للقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 28 أبريل 2005 يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:50 الصادرة بتاريخ: 19-07-2005.

392- قانون رقم: 15-12 مؤرخ في 15-07-2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 39 الصادرة بتاريخ: 19-07-2015.

393- قانون رقم: 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 46 الصادرة بتاريخ: 3 أوت 2016.

394- قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة لعام 2018، المعدل والمتمم بقوانين المالية، القانون موجود على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/).

395- قانون الاجراءات الجبائية الجزائري لعام 2018، المعدل والمتمم بموجب قوانين المالية، القانون منشور على الرابط الالكتروني التالي:https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/.

396- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993 يعدل ويتمم الأمر الرقم 154/66 مؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 27، الصادرة بتاريخ 27 أبريل 1993.

397- المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج، عدد 64، الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

398- أمر رقم: 66-284 مؤرخ في 1966/09/15 يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 80 الصادرة بتاريخ: 17-09-1966.

399- أمر رقم: 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، معدل ومتمم، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر 1975.

400- أمر رقم: 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:101 الصادرة بتاريخ 19-12-1975.

401- أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 غشت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001، معدل ومتمم بموجب الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج.ر.ج.ج، عدد 47 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 2006، الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009، والأمر رقم 01/10 المؤرخ في 26 غشت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ج.ج عدد 49 الصادرة بتاريخ 29 غشت 2010، والقانون رقم 16/11 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ج.ج عدد 72 الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2011، والقانون رقم 12/12 مؤرخ في 12 صفر عام 1434 الموافق لـ 26 ديسمبر سنة 2012 يتضمن قانون المالية لسنة 2013 ج.ر.ج.ج عدد 72 الصادرة بتاريخ 16 صفر عام 1434 هـ الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2012، والقانون رقم 08/13 مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق لـ 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 ج.ر.ج.ج العدد 68 الصادرة بتاريخ 28 صفر عام 1435 هـ الموافق لـ 31 ديسمبر سنة 2013.

402- أمر رقم: 03-04 المؤرخ في 19-07-2003 يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 43 الصادرة بتاريخ: 20-07-2003.

403- أمر رقم: 06-10 مؤرخ في 29 يوليو 2006، يتضمن تعديل وإتمام القانون رقم:05-10 المؤرخ في 28 أبريل 2005، والمتعلق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع: 48، الصادرة بتاريخ: 30 يوليو 2006.

404- أمر رقم: 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والذي ألغى الأمر السابق 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 49، الصادرة بتاريخ: 03-09-2008.

405- أمر رقم: 15-02 مؤرخ في 23-07-2015 يتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزئية لسنة 1966، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 40 المؤرخة في 23 جويلية 2015.

ج- النصوص التنظيمية:

406- مرسوم تنفيذي رقم: 06-357 مؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتضمن تشكيل لجنة الطعن المختصة في مجال الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:64 الصادرة بتاريخ: 11-10-2006.

407- مرسوم تنفيذي رقم: 09-100 المؤرخ في 10-03-2009، يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر.ج.ج.د.ش ع: 16 الصادرة بتاريخ 15 مارس 2009.

408- مرسوم تنفيذي رقم: 15-249 مؤرخ في 29-09-2015 يحدد محتوى وتمحور وكذا شروط تسيير وتحيين مدونة الأنشطة الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع:52 الصادرة بتاريخ: 30-09-2015.

409- مرسوم تنفيذي رقم: 15-306 مؤرخ في 06-12-2015 يحدد شروط وكيفيات تطبيق أنظمة رخص الاستيراد أو التصدير للمنتوجات والبضائع، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 66 الصادرة بتاريخ: 09-12-2015.

410- مرسوم تنفيذي رقم: 17-100 مؤرخ في 05 مارس 2017 معدل ومتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 06-356 المؤرخ في: 09-10-2006، المحدد لصلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

411- مرسوم تنفيذي رقم: 17-101 مؤرخ في 05 مارس 2017 يتعلق بتحديد القوائم السلبية والمبالغ الدنيا للاستفادة من المزايا وكيفية تطبيق المزايا على مختلف أنواع الاستثمارات، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

412- مرسوم تنفيذي رقم:17-102 مؤرخ في 05 مارس 2017 يتعلق بتحديد كيفية تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

413- مرسوم تنفيذي رقم:17-103 مؤرخ في 05 مارس 2017 يتعلق بتحديد كيفيات تحصيل الرسوم الخاصة بمعالجة ملفات الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

414- مرسوم تنفيذي رقم: 17-104 مؤرخ في 05 مارس 2017 يتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات والواجبات المكتتبة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

415- مرسوم تنفيذي رقم: 17-105 مؤرخ في 05 مارس 2017 يتعلق بتحديد كيفيات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لأكثر من مائة (100) منصب شغل، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 16 الصادرة بتاريخ: 08-03-2017.

416- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 28 نوفمبر 2016 والمحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادتين 2 و51 من قانون المالية لسنة 2016 المتعلقتين بإعادة استثمار نسبة 30% من حصة الأرباح الموافقة للإعفاءات أو التخفيضات الضريبية الممنوحة في إطار أنظمة دعم الاستثمار، ج.ر.ج.ج.د.ش.ر: 71 المؤرخة في 11-12-2016.

417- نظام بنك الجزائر رقم: 07-01 الصادر في 03-02-2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات التجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ج.ج.د.ش، ع: 31 الصادرة بتاريخ 13-05-2007، معدل

ومتمم بالنظام رقم: 16-04 المؤرخ في في 17-11-2016، ج.ر.ج.ج.د.ش.ع:72 المؤرخة في 12/13-2016، الصادرة بتاريخ 13-12-2016.

10- النصوص القانونية الأجنبية:

418- قانون الاستثمار الكويتي رقم: (8) لعام 2001، الملغى بالقانون 116 لعام 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت. القانونين منشورين على شبكة الانترنيت على الرابط الإلكتروني: www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country.

419- قانون الاستثمار المصري رقم: 72، ج.ر.ع: 21 الصادرة بتاريخ: 31مايو سنة 2017، على الرابط الإلكتروني: https://drive.google.com/file/d/0B4YJKA6AJyQnajIyTEptLWdXdjQ/view

420- قانون رقم : 71 لعام 2016 المؤرخ في 30 سبتمبر 2016 يتضمن قانون الاستثمار التونسي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، ع: 82، الصادر بتاريخ 07-10-2016، موجود على الرابط الإلكتروني: http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date :11-03-2018 à 16:00.

421- قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006.

422- قانون تشجيع الاستثمار الأردني لسنة 1990 والمعدل سنة 2002.

423- قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة 1999.

424- المرسوم رقم : 48/2011 المؤرخ في 2011/01/13 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة بتاريخ 2011/01/14 منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل الفرنسية www.justice.gouv.fr.

425- قانون المرفعات المدنية الهولندي لسنة 1986 الصادر في 01 ديسمبر 1986، منشور على الرابط الإلكتروني:http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1735189 .

426- قانون المرفعات المدنية الهولندي لسنة 1986 الصادر في 01 ديسمبر 1986، منشور على الرابط الإلكتروني:http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1735189.

427- قانون الإجراءات أو المسطرة المدنية المغربي والمعدل بموجب القانون 08-05، منشور على الرابط الإلكتروني التالي:www.ism.ma/basic/web/ARABE/Textesdeloiarabe/ProcCivil/ProcCivil.pdf .

428- قانون التحكيم التونسي رقم: 42 لعام 1993 المؤرخ في 26 أفريل 1993، موجود على الرابط الإلكتروني: https://www.damascusbar.org/arabic/dbar/ar_law/tun.htm.

429- قانون التحكيم المصري رقم: 27 لعام 1994.

430- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لعام 2001.

431- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985: القانون منشور على شبكة الأنترنيت على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونيسترال: www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html .

432- قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017: منشورة على الموقع الالكتروني للغرفة التالي:www.iccwbo.org .

433- النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية: منشور على الرابط الإلكتروني الآتي: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtSystems.aspx.

434- اللائحة الداخلية لمحكمة الاستثمار العربية: منشورة على نفس الرابط الإلكتروني السابق: http://www.lasportal.org/ar/legalnetwork/Pages/Investment_CourtSystems.aspx.

435- مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في إطار المنظمة العالمية للتجارة لعام 1994.

436- قواعد تحكيم اليونيسترال بصيغتها المنقحة لعام 2010: منشورة على الرابط الإلكتروني التالي: https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-a.pdf.

437- قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 2017، ص 27، منشورة على الموقع الالكتروني للغرفة التالي:www.iccwbo.org .

438- قواعد الأونسيترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة في عام 2013: منشورة على الرابط الإلكتروني: http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-A.pdf.

439- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 المعدل والمتمم سنة 2006، القانون منشور على موقع: http://www.uncitral.org:UNCITRA .

440- قواعد التحكيم لعام 2014، لدى مركز المصالحة والوساطة والتحكيم التابع للغرفة الجزائرية للتجارة الصناعة: القواعد منشورة على الرابط الإلكتروني:https://www.caci.dz/ar/Arbitrage/Présent.

441- قانون اليونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشورات الأمم المتحدة، فينا، 2008.

11- الاتفاقيات الدولية:

442- الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، الاتفاقية منشورة من طرف المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي على شبكة الأنترنيت على الموقع الالكتروني: www.africa.com/category/for_judicial/trreaties.

443- اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة **(L'ALENA)** لسنة 1992، الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf .

444- اتفاق التجارة الحرة لعام 2004 (DR-CAFTA) على الرابط الإلكتروني التالي: //www.sice.oas.org/TPCStudies/USCAFTACh_e/Matrix10.htm:http

445- اتفاقية ميثاق الطاقة لعام 1994، الاتفاقية باللغة الإنجليزية على الرابط الإلكتروني التالي: .www.ena.lt/pdffai/Treaty.pdf.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

1- References in English:

A-Books

446- **Alfred vedross,** Quasi- international agreements, and international economic transaction, article publié dans : The Yearbook of world affairs, Stevens, london, 1964.

447-**Amirta Narlikar,** The word Trade Organization, A very Short Introduction, Oxford University Press , published, 2005.

448-**AnAsia-Pacific perspective,Simon Greenberg, Crestopher kree, G.Rmesh Weeramantry,** INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION , CAMBRIDGE, University press ,London,first published 2011.

449- **Alan Redfern, Martin Hunter and others,** Law and Practice of International Commercial arbitration, London, Sweet and Maxwell, 4th edition, 2004.

450- **Martindate (H),** International disputes resolution directory, william clowes LTD , London, 2002.

451- **Bettems, Denis,** The Contracts Between States and Foreign Enterprises, International Perspective, Lausanne, amaeta ,Edition, 1998.

452- **Bocktstiegel, Karl,** The State As Partner in Contract With Private Enterprise, Frankfurt, 1971.

453- **Cheshire and Fifoot,** Law of Contract, Lexis Nexis Butterworths, Australia, 2002.

454- **Fox, William,** International Commercial Agreement, Kluwer,Netherrlands, 1982.

455-**Jeswald,.W.Salacuse,**The Law of Investment Treaties, Second Edition ,2015, UniversitéOxford.

456- **Higgins,B,** Economic Devellopment Principale problems and policies, India, Central Book Depot.Allahabad, 1966.

457- **Hans Van Houtte,** the law of international Trade , Sweet Maxwelle, 1995, London.

458- **HORATIA MUIR WATT and DIEGO P FERNANDEZ ARROYO,** Private International Law and Global Governance , Oxford University press, London, edition published 2014.

459- **Karl. J.Mackie,** Ahand book of dispute resotion, ADR in Action, Routledge and Sweet, Maxwell, London and Newark, First Publshed, 1991.

460- **Lew, Julian D.M,** Applicable law in international comercial arbitration,Astudy in Comercial arbitration Awards, pereface by Francois Rigaux,Oceana Publications,Inc.Dobbs Ferry,New York, Sijthoff& Noordhof international Bublishers BV ? Nethulands,1978.

461- **Gordon, Robert J,** Macro economics,Wesley,U.S.A,8 th addistiont , 2000.

462- **Georgios I.Zekos,** International Comercial and Marine arbitration,Routledge-Gavendish, Abinggom, 2008.

463- **Peter (W),** Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreement, Kluwer Law, London, Sweet, Maxwell, 1999.

464- **Peter Turner,** Resolution of international Disputes through Arbitration or ADR ,Lawyers for the New Millennium, The Syrian bar association, Damascus 2003.

465- paulsson (J) and other, The Freshfields Guide to the arbitration and ADR, Clauses in international Contracts 2nd ed, The Hague, Kluwer, 1999.
466- Sorna Rajah, The international law on foriegn, Cambridge, London, 2004.
467- Sornarajah (M), The Settlement of Foreing Investment Disputes, The Hague, Kluwer, 2000.

B-Periodicals and Conferences:

468- ABS et Shawscross, The proposed Convention to Protect Foreign Investiment cite dans "la norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investisments", Document OCDE, September, 2004.
469- Amerasinghe,C.F, Issues of Compensation for The Taking of Alien Proberty in The Light of Recent Cases an practice, i,ternational law Quarterly.
470- Bourquin, Maurice, Arbitration and Economic Development Agreement , Business law journal, selected Readings on protection by law of private Investments, 1964.
471- Broches, Aron, The Experience of the International Centre of Investment Disputes, Icsid Review, Holtzman, Wise & Shepard of New York, 1985.
472- CAMPBELL McLACHLAN, Lis Pendens in international Litigation, HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW published in , New Zelan, 2009.
473- Delaume, Georges R, The Proper Law of Statee Contracts and the Lex Mercatoria,A Reappraisal,3 ICSID, rev,FILJ 1988.
474- Bubb.R.J, and Rose -Ackerman, BITS and bargains, Strategic aspects of bilateral and multilateral regulation of foreign investment, international Review of Law and Economics, 2007.
475- Delaume (G.R.), The Proper Law of State Contracts and The Lex Mercatoria A Reappraisal,ICSID, Rev, F.I.L.G, vol 3, no1, 1988, p 91.
476- El- kosheri (A.S) and Riad (T.F), The Law Governing a New Generation of Petroleum Algreement: Changes in the Arbitration Proces, ICSID, Rev, F.I.L.J, vol1, No 2, 1986.
477- Khan, Phillippe, The Law Applicable to Foreign Investments, the Contribution of the World Bank Convention On The Settlement of Investment Disputes", Indian Law Journal, vol, 44, 1968.
478- Gaillard,Emmanuel, The enforcement of ICSID awards in France, The decision of the paris court of appeal in the SOABI case, ICSID,Revue, F.I.L.J,vol,5,No 1,1990.
479- Yehyia Badr, The *concept* of *investment* in Article 25 of the *Washington Convention* 1965, International Review of Lawsu: http://www.academia.edu/5891032 .
480- Olmstead, Cecil,J, Nationalization of Foreign Proberty Interests, Particularly Those Subject to Agreements with The Stsate, New York Investment Law Review.
481- Man , F.A, the theoretical Approach Towards The Law Governing Contracts Between States and private persons, Revue Belge de Droit International, 1975.

2- Références en français:

A-Livres

482- Amadio, M, Le Contentieux international de l'investissement privé et la convention de la Banque Mondiale du 18 Mars 1965, L.G.D.J. Paris, 1967.
483- Bouzana. B, Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères, PUPublisud, Alger, 1985.

484- Bertrand Moreu EtThierry Bernard, Droit Interen Et Droit Interratio Del arbitrage (2em) Edition ‹ Parise ‹1985.

485- Boudahan Mohamed, Le nouveau fondement et cadre de L'investissement en Algérie, Al Malakia, Alger, 2000.

486-Bettems Denis, Les Contrats entre Etats et entreprises étrangères, perspectives internationales, le Moni sur lausanne, Meta Editions sa, 1989.

487- Cristhophe degryse, l'èconomie en cent et quelques nots d'actualité, Edition de boech, paris, 2007.

488- C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction, L.G.D.J., E.J.A. Paris, 1995.

489- Dominique Carreau, Jullard Patrick, Droit International économiques, 4eme edition, L.G.D.J.DELTA, 1998.

490- DE NANTEUIL, Droit International de l'Investissement, A. Pedone, Paris, 2014.

1Dominique Carreau, Investissements, répertoire de droit international, encyclopédie juridique , DALLOZ, 1999.

492- Jean- Pierre Regli, Contrats d'etat et arbitrage entre Etats et Personnes prives, Geneve, 1983.

493- Jean Pierre ANCEL, La cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in Le juge entre deux millénaires, Mélange Pierre Drai, Dalloz, Paris, 2000.

494- H.J.Hougein, et ph. Genin, Guide pratque de l'arbitrage et de la mediation Comerciale, paris, Litec, 2004, No, 230.

495- KOVAR Robert, Guide pratque de l'arbitrage et de la mediation Comerciale, paris, Litec, 2004, No, 230.

496- Lindert Peter, thomas.A.Pugel, Economie international, Economica,paris, 10éme édition, 1996.

497- Leboulanger Philip, Les contract enter etats et enter prises economic ‹Parise ‹1985.

498- LEBEN Charles, La théorie de contrat d'Etat et l'évolution de droit international des investissement, RCADI, Tome 302, 2003.

499- Mehdi Harone, le régime des investissements en Algérie (à la lumière des conventions franco-algérienne) litec, paris, 2000.

500- Mallaurie.ph, Aynes.L- Munck.ph, Droit civil, les obligation, Defrénois, Paris, 2eme éd , 2005.

501- MOREAU Bertrand & BERNARD Thierry, Droit interne et droit international de l'arbitrage ‹J.DELMAS ‹Paris ‹1985.

502- Mostefa trari tani, droit algerien de l'arbitrage comercial international, premier édition, berti edition, alger, 2007.

503- Nour Eddine Terki, les sociétés étrangères en Algérie, O.P.U Alger, 1976.

504- Nour- Eddine Terki, l'arbitrage commercial international en algerie, office des publications universitaire, Ben Aknoun, alger, 1999 .

505- Ph. Leboulanger, les contrats entrre Etats et Entreprises Etrangers,Economica, paris, france, 1985.

506- Pascal Schonard, La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ?, ENA, France 2003.

507- pierre Mayer, L'application par l'arbitre de conventions internationales de droit privé in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994.

508- Glavinis panayotis, le contrat international de construction, GLN,Joly édition, paris, 1993.

509- Goldman, Berthold, Le Droit Applicable Selon la convention De la B.I.R.D, Du 18 Mars 1965, pour le Règlement des Différends Relatifs Aux Investissent Entre Etas et Ressortissants" Investment Etrangers, Paris, Pedon,1969.

510- REUTER Paul, Réflexion sur la compétence du centre crée par la convention pour le règlement des -différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, in "Investissement étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privée", Pedone, Paris 1969.

511- Ranjeva Raymond et Cadoux Charles, Droit International public,1er édition, 1992, EDICEF, France.

512- R.Ranjeva, le reglement des differends relatfs au nouveau droit de la mer, in Traite du nouveau droit de la mer, paris Economica/Brylant, 1985.

B-Articles et Conferences:

413- Augusto Durán Martínez, L'Uruguay dans le cadre du MERCOSUR." Revue générale de droit,2017 , p70, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1996 271 (1996): 69–81. DOI : 10.7202/1035841ar, sur le lieu électronique suivant: https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/.

514- CIRDI, Affaires du CIRDI-Revue Statistidues, (Numéro 2017-01).

515-CIRDI, Affaires du CIRDI-Revue Statistidues, (Numéro 2017-02).

516- CIRDI, Affaires du CIRDI-Revue Statistidues, (Numéro 2018-01).

517- Emmanuel Gaillard, Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements, Chronique des Sentences arbitrales", Journal du Clunet, 1994

518- Elizabeth Walsh, CHRONIQUE, Les enjeux du Traité de libre-échange avec l'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR), Centre d'études interaméricaines 14 octobre 2005,article sur le lien électronique suivant: http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_20_ewcaftaoctobre2005.pdf.

519- Emmanuel Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence **»,** in Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François POUDRET, Faculté de droit de l'université de Lausanne, Lausanne, 1999..

520- Fouchart Ph, Aspects philosophiques du droit de l' arbitrage international, Académie de droit international de la Haye 2008.

521- Horchani.F, Le Reglement des différendes dans la législatio, Tunisienne relative à L'investissement » in R.T.D, 1991.

522- Mohand Issaad, la nouvelle loi algérienne sur l'arbitrage internationale , Revue , arbitrage , Comité francaise ,Paris,France,No: 3 , 2008.

523- LATOURNOURIE. P, Les Modes alternatifs de reglement des conflits , i, la reforme du code procédure civile autour du rapport coulon, sous l'égide de la revue dile de France, Dalloz, 1997.

524- OCDE, Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Rapport du comité des affaires fiscales de l'OCDE, paris OCDE, 1977.

525- OCDE, Organisation de coopération et de développement économiques ,perspectives d'investissement international, OCDE, 2006 .

526- ONU, Modèle de convention des Nations-Unies concernant les doubles impositions entre pays dévloppés et pays en dévelopement, Neww-York, Unies, 1980.

527- Pierre Mayer, La liberté de l'arbitre, revue de l'arbitrage, bultin du comité francais de l'arbitrage, numiro 2- Avril-Juin, 2013.
528- Goldman, Berthold, frontières du droit et Lex mercatoria, arth, ph, Dr, Tix, 1964.
529- Géraldine Chavrier, Réflexion sur la transaction administrative, Revue francaise de droit administratif, Dalloz, Paris, N°3, 2000.
530- Van Den berg, Albert J,
Some Recent Problems in the Practice of Enforcement under the New York ICSID Convention, ICSID Revue, F.I.L.J.Vol.2, n° 2, fall 1987.
531- Weil prosper, Problems Relatif Aux Contrats Passe Entre Un Etat et un Particulier , Rec de cours, 1969.

C-Colloques:

532-Fouchard.ph, La rédaction des conventions d'arbitrage, Colloque international, sur les entreprises Tunisiennes et arbitrage commercial international, tunis, 2-3-4 novembre, 1981, C.E.R.P ; Tunise.

D-Théses:

533- BEKEL Abdelhalim, L'etat Algérien et l'investissement international, de la défiance à la normalisation, aspects juridiques, Thése de doctorat en droit, Université de Saint-Denis, paris, 1996.
534- Berlin (D), Le Régime Juridique International des Accords Entre Etats et ressortissantes d'autres Etats, these, paris, 1981.

3- Sites d'internet:

535- www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/publication_view.aspx?fid=7&pubid=3: date visite: 08-22-2018 à:11:19
536- www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country : date visite: 31-05-2017 à: 10:00
537- www.almaany.com: date visite: 16-04-2016 à: 10:00.
538- www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country : date visite: 31-05-2017 à: 10:00.
539-http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date de navigation :11-03-2018 à 16:00.
540- www.arab.encyclopedia.com: date visite: 2909-2016 à: 10:20
541- http://www.un.org/sustainabledevelopment/ar/sustainable-development-goals/: date visite: 12-10-2016 à: 18:35.
542- www.mof.gov.iq: date visite: 31-08-2018 à:17:27.
543- www.adelamer.com: date visite: 07-10-2016 à: 10:00.
544- www.alucah.net: date visite: 09-10-2016 à:16:30.
545- www.unctad.org/diae: date visite: 12-10-2016 à:21:00.
546- www.africa.com/category/for_judicial/trreaties/: date visite: 08-12-2017 à: 10:25.
547-www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html: date visite: 08-12-2018 à:12:00.
548- www.gcccac.org/ar/training-programmes: date visite: 26-12-2016 à:14:02.
549- www.gcccac.org/ar/training-programmes: date visite: 26-12-2016 à:14:02.

550- www.gcccac.org/ar/training-programmes: date visite: 26-12-2016 à:14:02.
551- www.ao.academu.org/wesima_articles/library-20070824-1417.html: date visite: 23-07-2018 à:11:00.
552- www.9anonak.blogspot.com: date visite: 18-01-2017 à:09:50.
553- www.andi.dz.
554-http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date :11-03-2018 à 16:00.
555- www.albankaldawli.org/mdg/: date visite: 10-10-2016 à: 10:00.
556- http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=109158: date visite: 08-02-2017 à:09:10.
557- http://democraticac.de/?p=38256: date visite: 26-02-2018 à:11:50.
558- www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country: date visite: 31-05-2017 à: 10:00.
559- www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?country: date visite: 31-05-2017 à: 10:00.
560- www.gcc-legal.org/lawAsPDF.aspx?countr, date de navigation31-05-2017-à 10:00.
561-http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2016/2016A/082/Ta2016711.pdf- date :11-03-2018 à 16:00.
562-https://www.fjc.gov/sites/default/files/2014/Alternative-Dispute-Resolution--Arabic--11.19.2012.pdf , date d'entré: 18-04-2018 à: 10h:45.
563- http://www.almowazi.com/UnergisteredCompanies.aspx?Companyld=270: date visite: 19-07-2017 à: 10:00.
564- www.dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement/: date visite: 18-04-2018 à:12:30.
565-www.leagueofarabstates.net: Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:04.
566- www.légifrance.gouv.f: Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:05.
567- www.iccwbo.org: date visite: 14-06-2018 à: 14:00.
568- http://www.mipi.dz/?03: date visite: 24-04-2018 à:11:20.
569- https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/: date visite: 18-07-2017 à:14:00.
570- https://www.mfdgi.gov.dz/index.php/ar/: Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:05.
571-Salini Construttori S.PA and Italstrade S.P.A.v.Kingdom of moroco,ICSID: CaseNo.ARB/00/4: date visite: 20-08-2017 à:23:00(https://www.italaw.com/cases/958.
572- http://www.academia.edu/5891032 Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:10.
573-https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf: date visite: 23-08-2017 à:19:52.
574- https://www.miga.org/investment-guarantees/dispute-resolution/, date visite:26-08-2017 à 1627.
575- http://www.wipo.int/wipolex/ar/other_treaties/text.jsp?file_id=199227: date visite: 12-10-2017 à: 10:08.
576- www.isa.org.jm: date visite: 22-10-2017 à:09:54.
577- https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%86%D8%A7%D9%81%D8%AA%D8%A7: date visite: 24-08-2017 à:11:15.
578- https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017 à 12:25.
579- https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/ITA%20LAW%207029.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017 à 12:25.
580- http://www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/cei/fichiers/cei_20_ewcaftaoctobre2005.pdf, Date de navigation et de téléchargement: 24-08-2017à .16:21
581- http://www.sice.oas.org/TPCStudies/USCAFTACh_e/Matrix10.htm, History of the website: 24-08-2017- 19: 38.

582- www.ena.lt/pdffai/Treaty.pdf Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:15

583- https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/, date visite le: 25-08-2017 à : 20:28.

584- www.asjp.dz Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:12.

585- www.justice.gouv.fr www.justice.gouv.fr Dernier visite le 03-09-2018 à: 13:12.

586- www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/publication_view.aspx?fid=7&pubid=3: date visite: 08-22-2018 à:11:19.

فـهرس المحتويـات

فهرس المحتويات

المحتوى	رقم الصفحة
كلمة شكـر	
الإهــداء	
قائمة أهم المختصرات	
مقدمة	**1 – 20**
الباب الأول: **ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها**	**21– 252**
مقدمة الباب الأول	**21**
الفصل الأول	
الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر	**22**
المبحث الأول: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وخصوصيتها.....	**22**
المطلب الأول مفهوم عقود الاستثمار الأجنبي المباشر	**22**
الفرع (1): تعريف الاستثمار أنواعه وأشكاله.....	**23**
أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي والإسلامي للاستثمار.....	**23**
ثانياً : تعريف الاستثمار في الفقه الاقتصادي والفقه القانوني.....	**25**
ثالثاً: تعريف الاستثمار على صعيد الاتفاقيات الدولية.....	**28**
رابعاً: أنواع الاستثمارات.....	**31**
خامساً: تعريف الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**37**
سادساً: أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**42**
الفرع (2): تعريف عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**46**
أولاً: التعريفات المختلفة لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**47**
ثانياً: تنوع العقود الدولية وتمييزها عن العقود الداخلية والاتفاقيات الدولية.....	**50**
ثالثاً: عقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية.....	**50**
رابعاً: عقود الاستثمار وعقود الإدارية الدولية.....	**51**
خامساً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وعقود الدولة.....	**52**
سادساً: تصنيفات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ونماذجها.....	**53**
المطلب الثاني: خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ودورها في التنمية الاقتصادية.....	**62**
الفرع (1): خصوصية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**63**
أولاً: الدولة كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**64**

ثانياً: مدى تبعية أو استقلالية الجهاز عن الدولة في القانون الجزائري..... 68
ثالثاً: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر..... 71
رابعاً: مسألة تعدد جنسيات المستثمر الأجنبي أو انعدام جنسيته..... 77
خامساً: الشروط الخاصة المدرجة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 78
سادساً: الشروط التي تحد من سلطات الدولة..... 85
سابعاً: إدراج شروط لإعادة التفاوض في عقود الاستثمار الأجنبي لاستعادة التوازن العقدي..... 87
الفرع (2): دور عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية..... 89
ولاً: مفهوم التنمية الاقتصادية وأهدافها..... 89
ثانياً: دور عقود الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية..... 91
ثالثاً:الاستثمار الأجنبي المباشر وعلاقته بالبيئة..... 94
رابعاً:علاقة الاستثمار الأجنبي المباشر بالتنمية المستدامة..... 95
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي والحقوق والالتزامات الناشئة عنها..... 96
المطلب الأول: التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومعايير دوليتها..... 97
الفرع (1): الاختلاف الفقهي بشأن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 97
أولاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي اتفاقيات دولية..... 97
ثانياً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين العقود النموذجية وعقود الإذعان..... 99
ثالثاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود إدارية..... 100
رابعاً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود مدنية..... 103
خامساً: عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود ذات طبيعة مختلطة..... 103
سادساً: اعتبار عقود الاستثمار الأجنبي المباشر هي عقود حكومية..... 105
الفرع (2): معايير دولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 106
أولاً: المعيار القانوني..... 106
ثانياً: المعيار الاقتصادي..... 109
ثالثاً: المعيار المختلط..... 111
رابعاً: موقف المشرع الجزائري من تحديد الصفة الدولية لعقد الاستثمار الأجنبي المباشر..... 111
خامساً: المعيار المقترح لدولية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 112
المطلب الثاني: الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 113
الفرع (1): حقوق والتزامات الدولة المضيفة للاستثمارات..... 114
أولاً: الحق في الإشراف والرقابة..... 114
ثانياً: حق الدولة في إلغاء أو تعديل عقد الاستثمار الأجنبي المباشر..... 115
ثالثاً: التزام الدولة المضيفة بمساعدة المشروع الأجنبي من أجل قيامه بالاستثمار على إقليمها..... 117
رابعاً: التزام الدولة المضيفة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي..... 117

الفرع (2): حقوق والتزامات المستثمر الأجنبي 119
أولاً: الحق في استخدام الأجانب 119
ثانياً: الحق في تحويل رأس المال وعائداته 122
ثالثاً: الحق في الإعفاءات المالية الضريبية الجمركية وغير جمركية 130
رابعاً: الحق في التنازل عن العقد وإنهائه 136
خامساً: التزام المستثمر الأجنبي بالحد الأدنى من الاستثمار 138
سادساً: التزام المستثمر الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية 139
سابعاً: التزام المستثمر الأجنبي بالمحافظة على سلامة المجتمع والبيئة في الدولة المضيفة 140
ثامناً– التزام المستثمر الأجنبي بالمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية 141
تاسعاً: التزام المستثمر الأجنبي بإعلام الدولة المضيفة بكافة الظروف المحيطة بالمشروع الاستثماري 146

الفصل الثاني:

منازعات عقود الاستثمار الأجنبي والقانون الواجب التطبيق عليها 150

المبحث الأول: طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأسبابها 150
المطلب الأول: أسباب المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 150
الفرع (1): الأسباب الأجنبية 151
أولاً: القوة القاهرة 151
ثانياً: الظروف الطارئة 156
ثالثاً: أثر القوة القاهرة والظروف الطارئة على عقد الاستثمار الأجنبي المباشر 159
الفرع (2): الأسباب التي ترجع إلى أحد طرفي عقد الاستثمار الأجنبي المباشر 160
أولاً: نزع الملكية للمنفعة العامة 161
ثانياً: التأميم 165
ثالثاً: إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته التعاقدية 172
المطلب الثاني : طبيعة المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 174
الفرع (1): الطابع السياسي والقانوني والاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 175
أولاً: دور العمل الاتفاقي الدولي في التمييز بين المنازعة القانونية والسياسية 175
ثانياً: تعريفات الفقه للمنازعة القانونية وتمييزها عن المنازعة السياسية 176
ثالثاً: الطابع الاقتصادي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 179
الفرع (2): الطابع الدولي لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 180
أولاً: الاتجاه المنكر للطابع الدولي للمنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 180
ثانياً: الاتجاه المؤيد للطابع الدولي للمنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 181
ثالثاً: مسؤولية الدولة المضيفة نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 183
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر 190

المطلب الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق..... 191
الفرع (1): اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار وأهم القيود الواردة عليه..... 191
أولاً: مفهوم فكرة قانون الإرادة ومعالمها..... 192
ثانياً: تكريس قانون الإرادة في العلاقة العقدية الدولية..... 192
ثالثاً: عملية تحديد قانون الإرادة في عقود الاستثمار..... 195
رابعاً: مدى التزام المحكم أو القاضي بالقانون المختار صراحة أو ضمنا..... 198
الفرع (2): الاختيارات المتاحة لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق..... 200
أولاً: اختيار الأطراف لأحد القوانين الداخلية..... 202
ثانياً: اختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الدولي العام..... 208
ثالثاً: اختيار الأطراف للقانون عبر الدولي (قانون التجارة الدولية)..... 213
رابعاً: اندماج قانون الإرادة في العقد (تحويل قانون الإرادة)..... 215
خامساً: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة و مبدأ الكفاية الذاتية..... 217
المطلب الثاني: حالة عدم اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق وموقف المشرع الجزائري..... 220
الفرع (1): الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في حالة انعدام اختيار المتعاقدين له وتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص..... 220
أولاً: عرض الرأي المنادي بإخضاع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً لتكييفها كعقود إدارية..... 220
ثانياً: عرض الرأي المنادي بإخضاع عقود الاستثمار الأجنبي المباشر للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة..... 224
ثالثاً: عرض الاتجاه القائل بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة استنادا للاتفاقيات الدولية..... 227
رابعاً: المنهج التشريعي أو نظرية التركيز التشريعي أو منهج الإسناد الجامد..... 238
خامساً: نظرية التركيز الموضوعي أو منهج الإسناد المرن..... 239
سادساً: نظرية الأداء المميز..... 240
الفرع (2): موقف المشرع الجزائري من مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبي..... 243
أولاً: تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار الأجنبي المباشر كقاعدة عامة..... 244
ثانياً: الاستثناءات الواردة على تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار الأجنبي..... 245
خلاصة الباب الأول:..... 249

الباب الثاني **منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر بين التسوية الداخلية والدولية**	**525-253**
مقدمة الباب الثاني	**253**
الفصل الأول **الآليات الودية والقضائية والدولية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي**	**254**
المبحث الأول: الآليات الودية والقضائية لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**255**
المطلب الأول: القواعد العامة للآليات البديلة لفض المنازعة وأنواعها.....	**255**
الفرع (1): مفهوم الآليات البديلة لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**257**
أولاً: تعريف الطرق البديلة لفض المنازعة وتطورها.....	**257**
ثانياً: تكريس الطرق البديلة لفض المنازعة في التشريعات الوطنية.....	**258**
ثالثاً: تكريس الطرق البديلة لفض المنازعة في الاتفاقيات والمنظمات الدولية.....	**260**
رابعاً: مميزات الآليات البديلة.....	**262**
الفرع (2): أنواع الآليات البديلة بخلاف التحكيم.....	**263**
أولاً: المفاوضات.....	**263**
ثانياً: الوساطة.....	**269**
ثالثاً: التوفيق.....	**273**
رابعاً: دور الطرق البديلة في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**284**
المطلب الثاني: الآليات القضائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**284**
الفرع (1): آلية القضاء الوطني.....	**285**
أولاً: مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**285**
ثانياً: الاختصاص النوعي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري.....	**292**
ثالثا: خضوع النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار إلى المحاكم الإدارية.....	**294**
رابعاً: الطعن الإداري والقضائي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري.....	**297**
خامساً: النزاع الضريبي اللصيق بعقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التشريع الجزائري.....	**301**
رابعاً: خضوع النزاعات الناشئة عن نشاط الشركات الأجنبية ذات الأسهم في الجزائر للمحاكم العادية.....	**306**
خامساً: العوائق التي تواجه المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني.....	**308**
الفرع (2): آلية القضاء الدولي.....	**309**
أولاً: الحماية الموضوعية والإجرائية.....	**310**
ثانياً: الحماية الدبلوماسية وشروطها.....	**312**
ثالثاً: مدى فاعلية نظرية الحماية الدبلوماسية في فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر.....	**318**
المبحث الثاني: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار الاتفاقيات والمنظمات الدولية....	**320**
المطلب الأول: آليات فض منازعات عقود الاستثمار في إطار الاتفاقيات الثنائية والإقليمية العربية.....	**320**

الفرع (1): آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية..... 320
أولاً: مفهوم الاتفاقيات الثنائية..... 322
ثانياً: فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في ظل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر..... 324
الفرع (2): آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الإقليمية العربية..... 333
أولاً: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات العربية الصادرة عام 1971..... 334
ثانياً: اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى لسنة 1974..... 337
ثالثاً: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980..... 339
رابعاً: الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي لسنة 1990..... 347
المطلب الثاني: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في الاتفاقيات العالمية والتكتلات الاقتصادية والمنظمات الدولية..... 349
الفرع الأول: آليات تسوية منازعات عقود الاستثمار في ظل الاتفاقيات العالمية..... 350
أولاً: اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات لعام 1965 والمنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CRDI)..... 350
ثانياً: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA)..... 363
ثالثا: اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982..... 369
الفرع الثاني: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل التكتلات الاقتصادية الإقليمية والمنظمات الدولية.. 378
أولاً: اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة (NAFTA)..... 378
ثانياً: اتفاق التجارة الحرة (DR–CAFTA)..... 379
ثالثاً: اتفاقية ميثاق الطاقة (ECT)..... 380
رابعاً: تسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقية ترمس لمنظمة التجارة العالمية (OMC).... 384
الفصل الثاني: 394
آلية التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر
المبحث الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي 395
المطلب الأول: مفهوم التحكيم الدولي ومبررات اللجوء إليه في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 395
الفرع (1): تعريف التحكيم الدولي، طبيعته القانونية، صوره وأنواعه..... 396
أولاً: تعريف التحكيم الدولي..... 396
ثانياً: الطبيعة القانونية للتحكيم..... 400
ثالثاً: صور اتفاق التحكيم وشروطه في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 402
رابعاً: أنواع التحكيم..... 411
الفرع (2): مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتمييز عن غيره من النظم الخاصة لتسوية النزاعات..... 420

أولاً: مبررات اللجوء إلى التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 420
ثانياً: تمييز التحكيم عن غيره من النظم الخاصة بتسوية المنازعات..... 424
المطلب الثاني: المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر والقانون الواجب التطبيق عليه..... 429
الفرع (1): المبادئ اللازمة لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار..... 430
أولاً: مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم..... 430
ثانياً: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي..... 434
ثالثا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص..... 436
الفرع (2): القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم..... 440
أولاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 440
ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الحر والمؤسسي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي..... 447
ثالثاً: نطاق القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم وإجراءاته..... 457
المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 461
المطلب الأول: إجراءات التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتشكيل هيئة التحكيم..... 462
الفرع الأول: إجراءات التحكيم..... 462
أولاً: بدأ إجراءات التحكيم..... 462
ثانياً: تشكيل هيئة التحكيم..... 464
الفرع الثاني: إجراءات سير النزاع التي تتبعها هيئة التحكيم وأهمها..... 474
أولاً: لغة التحكيم..... 476
ثانياً: ميعاد صدور الحكم..... 478
ثالثاً: المداولة..... 479
رابعا: صدور حكم التحكيم..... 481
المطلب الثاني: حكم التحكيم في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وطرق الطعن فيه..... 486
الفرع الأول: مفهوم حكم التحكيم وآثاره في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 486
أولاً: مفهوم حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وأنواعه..... 487
ثانياً: حجية حكم التحكيم الصادر في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 488
ثالثاً: مسألة الاعتراف والتنفيذ لحكم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 493
الفرع (2): طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر..... 507
أولاً: طرق الطعن في التشريع الوطني والمقارن..... 507
ثانياً: الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي طبقاً للاتفاقيات والمنظمات الدولية..... 513
خلاصة الباب الثاني 522

الخاتمة..... 526

الملاحق

الملحق رقم:01..... 535

الملحق رقم: 02..... 596

قائمة القضايا..... 621

قائمة المراجع..... 622

فهرس المحتويات 664

آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر

الملخص:

نظرا للدور الذي تقوم به عقود الاستثمار الأجنبي المباشر في التنمية الاقتصادية، خاصة في الدول النامية، من خلال ما يقدمه المستثمر الأجنبي من رأس مال وخبرات فنية وإدارية وتكنولوجية حديثة للدولة المضيفة للاستثمار فإن ذلك يحتاج إلى مناخ استثماري جاذب ومشجع من خلال توفير ضمانات قانونية واقتصادية كفيلة لتوفير الأمان الاقتصادي والقانوني للمستثمر الأجنبي.

كما أن هذه العقود عادة ما تبرم بين طرفين غير متكافئين من الناحية الاقتصادية والسياسية والقانونية وهما: الدولة المضيفة للاستثمار أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها والمستثمر الأجنبي الخاص شخصاً طبيعيا أو معنوياً، إلا أن التعامل في إطارها يطرح الكثير من المنازعات، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين أطرافها.

لذلك وتفادياً للمنازعة فيها أوجد مبدأ سلطان الإرادة والقانون الوطني والدولي مجموعة من الآليات لفضها، والتي تتماشى وخصوصية هذه العقود، وطبيعتها القانونية وما يترتب عنها من حقوق والتزامات وشروط خاصة يتفق عليها الطرفين، وهذه الآليات هي: الآليات الوقائية التي تجنب المنازعة في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر وتعتبر في الوقت ذاته من بين الأسباب التي تؤدي إلى نشوب المنازعة في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر إذا لم تدرج فيه، ومنها: شرط الثبات التشريعي، شرط إعادة التفاوض، وشرط القوة القاهرة...الخ، وهناك آليات أخرى تعمل على تقديم الحلول لحسم ما قد يثور من منازعات بين المستثمر والدولة المستقطبة للاستثمار الأجنبي المباشر ومنها: الآليات الودية أو الدبلوماسية كالمفاوضات والوساطة والتوفيق والآليات القضائية والتحكيمية كآلية القضاء الوطني أو الدولي، وآلية التحكيم التجاري الدولي، وعلى هذا الأساس طرحت الإشكالية الرئيسية التالية: ماهية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، وآليات فضها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت موضوع هذه الدراسة إلى مقدمة، وبابين، خصصت الباب الأول لدراسة ماهية عقود الاستثمار الأجنبي المباشر ومنازعاتها، وتطرقت في الباب الثاني إلى التسوية الداخلية والدولية لمنازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، واختتمت هذه الدراسة بأهم النتائج المتوصل إليها من هذا البحث، وأهم الاقتراحات المقدمة في هذا المجال.

Mécanismes de règlement des contentieux relatifs aux contrats d'investissements étrangers directs

Résumé:

Compte tenu du rôle joué par les contrats d'investissements étrangers directs dans le développement économique, surtout dans les pays sous développés, et ce à travers ce qui est proposé par l'investisseur étranger en matière de capital d'investissement, d'expertise technique, administratif et de technologies moderne pour le pays d'accueil. Tout ceci devon doive crée d'un climat d'investissement attrayant et encourageant couronné par des garanties juridiques et économiques capables d'assurer une sécurité économique et juridique à l'investisseur étranger.

Étant donné que ces contrats sont généralement conclus entre deux partenaires totalement différents aux plans économiques, politiques et juridiques, Ces deux parties sont le pays d'accueil ou une personne moral public susceptible de la représenté et l'investisseur étranger privé, personne physique ou morale. Néanmoins la relation entre ces deux parties crée beaucoup de conflit ce qui déséquilibre les rapports des forces entre eux.

Par conséquent, et pour éviter le conflit a été décidé la création de principe de L'autonomie de la volonté, la création de la législation national international comme un ensemble de mécanismes afin de procéder à la résolution de us conflits,

Les mécanismes s'adaptent avec ces contrats et avec leur spécificité législatif, et surtout avec la nature du droit et obligations des conditions particulières convenues par les parties, les mécanismes sont : les mécanismes de prévention qui évite le conflit dans les contrats d'investissements étrangers directs, ils sont considères en même temps comme des causes qui engendrent le contrat d'investissement étranger direct si non inclus dans celui-ci, y compris: exigence de stabilité législative, l'obligation de renégocier, et l'état de force majeure ... etc., il existe d'autres mécanismes pour fournir des solutions âpres l'apparition du conflit parmi les quels il ya les mécanismes à l'amiable ou diplomatique, par exemple la négociation, la médiation, et la conciliation, et des mécanismes judiciaires et d'arbitrage comme les mécanisme de justice nationale ou internationale, et le mécanisme de l'arbitrage commercial international.

Fonction de tout ce qui a précédé, nous avons formule, la problématique suivant: Quels sont les conflits des contrats d'investissements étrangers directs, et les mécanismes de leur règlement ?

Pour répondre à cette problématique, nous avons divisé le sujet de cette étude en deux parties, la première partie traitera les contrats d'investissements étrangers directs et les conflits qui découlent, la deuxième partie prendre en charge l'étude des mécanismes de règlements des ces conflits.

En conclusion, nous livrons les résultats aux quelles nous sommes arrivés avec les propositions dégagés tout au long de cette étude.

Dispute Settlement Mechanisms for Foreign Direct Investment Contracts

abstract:

Thanks to the role played by foreign direct investment contracts in economic growth, especially in developing countries, throughout the foreign investor's capital and technical skill, recent management and technology of the congregation country for investment, it involves a smart and cheering investment environment by providing sufficient legal and economic warranty to provide economic and legal security for the foreign investor.

These contracts are generally completed between two imbalanced parties in economic, political and legal terms: the congregation country or one of its lawful persons and the foreign private investor is an ordinary or legal person. However, dealing with it increases many disputes, which leads to inequity between two parties.

In order to pass up conflict, the principle of the authority of resolve and of national and international law has produced a set of mechanisms for determining them, which are in rank with the exactly of these contracts, their legal nature and the unique rights, obligations and conditions established by the parties.

These means are protective system that keep away from disputes in foreign direct investment contracts simultaneously, it is measured one of the reasons for the conflict in the foreign direct investment contracts, if it is not included, such as: the obligation of legislative stability, renegotiation clause, force majeure clause etc..., and other means which supply solutions to resolve what may it explode.

The first part of the study was constant to foreign direct investment contracts and their disagreement, while the second part dealt with interior and worldwide resolution of the argument of foreign direct investment contracts. This study accomplished with the most important results gained from this research.