جامعة مولود معمري – تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور اتفاقيات الاستثمار في الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبة :

مباركي سهيلة زوجة حميدي

تحت إشراف الأستاذ:

أ.د إقلولي محمّد

لجنة المناقشة:

أ.د– شيخ ناجية، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....رئيسة

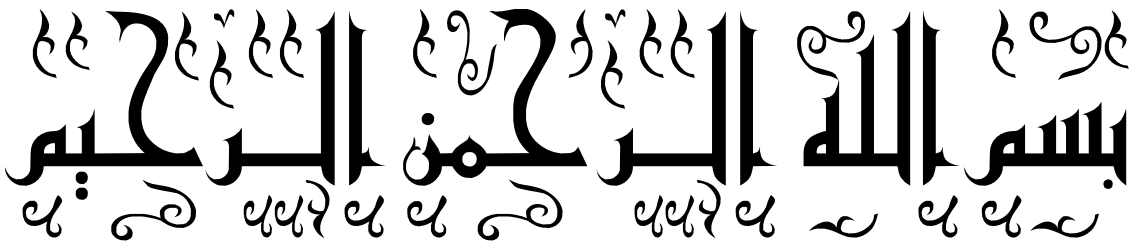
أ.د– إقلولي محمّد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،..... مشرفا ومقررا

د– سعد الدين أمحمد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،..... ممتحنا

د– رحماني حسيبة، أستاذ محاضر أ، جامعة البويرة،.....ممتحنة

د– بن بريح أمال، أستاذ، جامعة البليدة،.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2022/11/17


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

أمّي أطال اللّه في عمرها،

وإلى روح أبي وجدتي رحمهما الله.

إلى كلّ أفراد عائلتي، الصّغير والكبير منهم.

إلى زوجي توفيق وكل أفراد عائلته.

إلى أصدقائي، وفقني ووفقهم الله عزّ وجلّ.

وإلى كلّ من قدّم لي النّصح والمعونة، من قريب أو بعيد.

سهيلة

كلمة شكر

أتقدم بالشكر أوّلا للمولى عزّ وجلّ، الذّي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع، فكما قال في محكم تنزيله،

"لئن شكرتم لأزيدنّكم"

وأتقدم بالشّكر الجزيل للأستاذ المشرف

"د. إقلولي محمد"

الذي قبل الإشراف على أطروحتي هذه، ولم يبخل علي بنصائحه.

كما أتقدم بالشّكر إلى كلّ أساتذة وعمال كليّة الحقوق لجامعة مولود معمري، تيزي وزو.

سهيلة.

قائمة لأهم المختصرات

- **ج.:** الجزء.
- **ج.ر.ج.ج.:** الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
- **د.:** الدورة.
- **د.د.ن:** دون دار النشر.
- **د.س.ن.:** دون سنة النشر.

Principales abréviations

ALENA.: L'accord de libre-échange nord-américain.
AMGI.: Agence multilatérale de garantie des investissements.
AMI.: L'accord multilatéral sur l'investissement.
CASS.: Cour de cassation.
CCI.: Chambre de commerce internationale.
CIJ.: Cour internationale du justice.
CIRDI.: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
CNUCED.: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.
CPJI.: Cour permanente de justice internationale.
FMI.: Fond monétaire international.
GATT.: General agreement on tariffs and trade.
OCDE.:Organisation de coopération et de développement économiques.
OMC.: Organisation mondiale du commerce.
UNCTAD.: United nations conference on trade and development.

مقدمة:

شهت العلاقات الاقتصادية الدولية تطورات مهمة خاصة منذ القرن التاسع عشر (19)، وهي المرحلة التي عرفت انتشارا واسعا للأفكار الليبرالية الداعية لحرية المبادلات التجارية. كما تميّزت بعدم تدخل الدولة في تسيير العلاقات الاقتصادية الدولية واكتفائها بضمان احترام قواعد السوق. هذا ما أدّى إلى ظهور متعاملين اقتصاديين جدد في الساحة الاقتصادية أبرزهم "الشركات المتعدّدة الجنسيات"، التي تعاظم دورها وتأثيرها سواء بالنسبة للاقتصاد الدولي أو بالنسبة للبلدان الأصلية أو المستقبلة لها. فقد أصبحت هذه الشركات تؤثر على العلاقات الاقتصادية والسّياسية بشكل يفوق تأثير البلدان صاحبة السّيادة، وجعلت لنفسها مكانة رئيسية في المعاملات التجارية الدولية، حيث تتمتّع بمركز قانوني استطاعت به التأثير على الإطار القانوني الحاكم للعلاقات الاقتصادية الدولية في مختلف المجالات خاصة مجال الاستثمارات.

نظرا لتعاظم دور الاستثمارات على الصعيد العالمي، سعت معظم بلدان العالم لاستقطابها والتي أضحت من أهم أدوات التمويل بالنسبة للبلدان النامية، والتي تسعى من ورائها تحقيق التنمية الاقتصادية واستغلال طاقاتها الإنتاجية وتوفير فرص الشغل لمواطنيها، إضافة إلى زيادة فرص نقل التكنولوجيا الحديثة. وحسب تعريف صندوق النقد الدولي FMI ومنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE فإنّ الاستثمار الأجنبي المباشر هو ***:"نوع من الاستثمار الدولي الذي يعكس هدف حصول كيان مقيم في اقتصاد ما (المستثمر المباشر) على مصلحة دائمة في مؤسسة مقيمة في اقتصاد آخر (مؤسسة الاستثمار المباشر)، وتنطوي هذه المصلحة على وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة، بالإضافة إلى تمتع المستثمر المباشر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة"*** [1].

1- **صياد شهيناز**، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في النمو الاقتصادي -دراسة حالة الجزائر-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد، تخصص: مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2012-2013، ص 11.

لكن إزاء قصور قواعد القانون الدولي عن توفير الحماية والضمانات التي تطمح لها البلدان المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية، وهو ما أدّى إلى عدم ثقة المستثمر الأجنبي بالتشريعات الداخلية للبلدان المضيفة ما جعلها أداة قانونية غير فعالة في نظر هذا المستثمر، وفي ظل سعي البلدان المضيفة خاصة البلدان النامية منها لجذب الاستثمارات، لم يكن أمام هذه البلدان خيار إلاّ السعي نحو تنظيم الاستثمارات، وذلك عن طريق إبرام اتفاقيات منها اتفاقيات متعدّدة الأطراف واتفاقيات ثنائية بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة فيما بينها، ومن خلال إبرام اتفاقيات استثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي في إطار ما يعرف بـــ "عقود الدولة".

شهد الاستثمار تطوّرا ملحوظا ابتداء من مرحلة القانون الدولي العرفي وصولا إلى مرحلة القانون الدولي الاتّفاقي، حيث كان لاتفاقيات الاستثمار إسهاما كبيرا في تطوير الأحكام الخاصة به، خاصة الاتفاقيات الثنائية منها نظرا لكثرة عددها ولكونها مقبولة جدّا لدى المجتمع الدولي، ولأن أغلب بلدان العالم سواء كانت بلدان متقدمة أم نامية اشتراكية أم رأسمالية تعدّ طرفا في اتفاقية من هذه الاتفاقيات.

هذا وقد باءت المحاولات التي بذلت لإبرام اتفاقية متعددة الأطراف لتنظيم الاستثمار بالفشل للأسباب التالية:

1. الاختلاف في وجهات النظر بين مجموعة البلدان المتقدمة ومجموعة البلدان النامية، فبشكل عام يعدّ موضوع التنظيم القانوني للاستثمارات وحمايتها من أكثر الموضوعات المتنازع عليها فيما بين المجموعتين، إذ أنّ كلّ مجموعة تسعى لتحقيق مصالحها ما ولّد تعارض في المواقف بين هاتين المجموعتين. فمن جهة نجد البلدان المصدرة لرأس المال تؤمن بمبدأ حريّة التجارة الدولية والتّخصص وتقسيم العمل الدولي القائم على اختلاف التكاليف النسبية للسلع، وبناء على ذلك فهي ترى أنّ الانتقال الحرّ لرؤوس الأموال الخاصة على أسس تجارية يؤدي إلى النّمو المتوازن للاقتصاد العالمي، كما يدعّم مجهودات التنمية الاقتصادية في البلدان النامية، لذا فهذه البلدان ترفض وبشدة محاولات البلدان النامية لإخضاع الاستثمار لرقابتها أو فرض قيود عليه.

من جهة أخرى نجد البلدان المستوردة لرأس المال تعتبر أن إطلاق حريّة الاستثمارات في أراضيها يشكّل ضررا لمصالحها الوطنية، لأنّه يؤدي إلى التضخم وخلق منافسة غير متكافئة مع رأس المال الوطني، لذا فهذه البلدان تؤمن بأن تشجيع الاستثمارات لابدّ أن يقترن دائما بفرض قيود عليها، لتضمن إنجازها في إطار الخطة الاقتصادية للبلدان المضيفة لها.

2. عدم رغبة غالبية البلدان المستوردة لرأس المال في تقييد نفسها بأيّ التزام اتجاه البلدان المصدّرة لرأس المال وذلك بعد أن نالت استقلالها، فهي ترى أنّه إذا كان هناك محلّ للالتزام يجب أن يكون خاصا في مواجهة دولة معيّنة. ففي الاتّفاقيات الثنائية يخضع الأمر لتقدير البلدان النامية وحدها حيث تسمح للاستثمارات بالولوج إليها بحسب حاجتها وفي المجالات التي تريدها، أمّا في الاتّفاقيات الجماعية فالأمر مختلف لأن هذه البلدان ستكون أمام التزام عام فلن تستطيع أن ترفض الاستثمار.

3. عدم رغبة البلدان المصدرة لرأس المال في الدخول في مفاوضات حول الاتفاقيات الجماعية، لأنّها تعلم جيدا أنّه بإمكانها أن تملي الشروط التي تحقق مصالحها عن طريق الاتفاقيات الثنائية.

4. سمو مصالح الشركات المتعدّدة الجنسيات على مصالح البلدان، ما يجعلها في مركز قويّ ومقاومة لأيّ تقييد لحريّتها سواء من قبل البلدان أو من قبل المنظمات الدولية.

5. نجاح المجتمع الدولي في الوصول إلى اتفاقية جماعية متعدّدة الأطراف بشأن منظمة التجارة العالمية، يثبت أنّه غير مؤهّل لوضع اتفاقية مماثلة بشأن الاستثمار، فلم يكن هناك ما يمنع البلدان المتفاوضة في إطار جولة الأوروغواي من إدخال القواعد المنظمة للاستثمار بكافة جوانبه ضمن الموضوعات التي جرى التّفاوض عليها، خاصة

وأنه تمّ إدخال أحد مجالات الاستثمار في هذه المفاوضات وهو الاستثمار في مجال السلع[1].

مع ذلك نجح المجتمع الدولي في إبرام العديد من الاتفاقيات الجماعية والثنائية، والتي كان لها أثر كبير في تحديد مصير العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي، ومع التّفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية بين هذين الطرفين، فمن جهة نجد الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي وتتمتّع بمزايا سيادية استثنائية، تسعى لجلب الاستثمارات لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها، فكما قال CHARVIN Robert ***"الاستثمار الدولي هو مفتاح التنمية"*** [2]. نجد من جهة أخرى المستثمر الأجنبي والذي يكون في الغالب شخصا أجنبيّا خاصا يتمتّع بقوة اقتصادية تفوق في بعض الأحيان اقتصاد البلدان النامية، فقد يصعب التوفيق بين الأهداف والمصالح العامة التي تعمل الدولة المضيفة على تحقيقها من خلال ممارستها لحقوقها السيادية، وبين الأهداف والمصالح الشخصية التي يسعى المستثمر الأجنبي لتحقيقها، ما يجعله يؤمّن نفسه بضمانات قانونية حماية لحقوقه ومصالحه واجتنابا لاختلال التوازن العقدي جرّاء بعض تصرفات الدولة المضيفة، خاصة ما تعلق بممارسة هذه الدولة لنفوذها في المجال التشريعي والتنفيذي والقضائي.

أمام هذه المصالح المتضاربة للأطراف المتعاقدة، فإنّ التّساؤل الذي يفرض نفسه بإلحاح هو: ***هل الأحكام التي تضمّنتها الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالاستثمار عملت على الحدّ من المصالح المتعارضة بين الأطراف المبرمة لعقود الاستثمار في ظل التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية فيما بينها؟.***

للإجابة على هذا التساؤل يقتضي الأمر إتباع المنهج الاستقرائي الذي يعتمد على التّحليل والمنهج الوصفي، فطبيعة الموضوع تقتضي منّا عرض مختلف الآراء المتّصلة بالموضوع وإبراز الرأي الشخصي في كل مسألة. وبما أن موضوع الأطروحة يرتبط

1- **محمد يونس يحي الصائغ**، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه فلسفة في القانون العام، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2005، ص ص 2 و 3.

2- ***«L'investissement international est la clé du développement »***. Voir: **CHARVIN Robert** , L'investissement international et le droit au développement, L'Harmattan, Paris, 2002 , P 19.

بواقع عملي وهو جلب الاستثمارات، ارتأينا إلى تدعيم هذا الموضوع ببعض التطبيقات المستمدة من اتفاقيات الاستثمار وعقود الاستثمار وأحكام التحكيم.

من أجل معالجة الإشكالية المطروحة، ركّزنا على تبيان مدى تكريس الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر من خلال آليتي المعاملة والتحفيز، من خلال التعرّض لدراسة المعاملة والحوافز في اتفاقيات الاستثمار، وتبيان مدى تحقيقها للتوازن بين مصالح هذه الأطراف **(الباب الأول)**. ثمّ مدى تكريس الموازنة بين الدولة والمستثمر من خلال آلية تسوية الخلافات، من خلال دراستنا لطرق تسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر في ظل اتفاقيات الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها، وتبيان مدى تحقيقها للتوازن بين هذه الأطراف، مع استعراض أهم القضايا التحكيمية المشهورة في هذا المجال لاسيما تجربة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI **(الباب الثاني)**.

الباب الأول

تكريس الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر من خلال آليتي المعاملة والتحفيز

تعاني البلدان النامية من مشكل التخلف والتراجع في التنمية الاقتصادية، بسبب انعدام رؤوس الأموال الباعثة لهذه التنمية، ونقص التكنولوجية المتطوّرة، ما أدّى بها إلى اللجوء إلى الاقتراض كحلّ أخير لتمويل مشاريعها الاقتصادية[1]، لكن هذا الملجأ أثقل كاهلها وزاد من تخلفها ومديونيتها، فكان لزاما عليها البحث عن مصادر تمويلية أخرى تسهّل انسياب رؤوس الأموال إليها، وذلك عن طريق سعيها لجذب الاستثمارات من خلال التقليل من العوائق والعراقيل التي قد تعيق انسيابها إليها، فعملت هذه البلدان على إبرام اتفاقيات مع غيرها من البلدان خاصة المتقدمة منها، تتضمن أحكاما خاصة بمعاملة وحماية وضمان هذه الاستثمارات وتسهيل قدومها إليها[2].

تهدف اتفاقيات الاستثمار عامة إلى تشجيع الاستثمار من جهة، وحماية المستثمر الأجنبي من الأخطار التي قد يتعرّض لها في البلد المضيف من جهة أخرى، هذا ما يتطلب إرادة مشتركة من طرف البلدان المتقدمة والنامية من أجل توفير المناخ الملائم للاستثمارات. عليه تعتبر اتفاقيات الاستثمار الوسيلة القانونية الأمثل والأكثر ملائمة لتحقيق ذلك، نظرا لما تتضمّنه من الأحكام والمبادئ العرفية الدولية التي تساهم في إزالة العراقيل القانونية التي قد تتضمّنها تشريعات الدولة المضيفة.

تتضمن اتفاقيات الاستثمار أحكاما خاصة بأمن الاستثمارات، تتعلّق بمعاملة هذه الاستثمارات على أساس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، مبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، إضافة إلى تكريس شرط الاستقرار التشريعي **(الفصل الأول)**.

وأحكاما تتعلّق بمنح تحفيزات ومزايا مالية وضريبية **(الفصل الثاني)**.

1 - **BENCO François**, «Les investissement en capitaux et le progrès économique dans les payes du tiers monde», In : Population, 20e année, N° 3, 1965, P 457.

2- **عزه الأزهر، ميرة محمد لمين**، "الاستثمار الأجنبي المباشر كآلية إستراتيجية لدعم التنمية الاقتصادية"، مؤتمر دولي خامس حول: "الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومستقبل المناطق الحرّة الصناعية للتصدير"، أيّام 25-26 ماي 2016، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية، وعلوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، ص 2.

الفصل الأول

دور المعاملة الاتفاقية في تحقيق الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر

يعتبر الاستثمار حاجة ملحة للبلدان المصدرة لرأس المال والبلدان المضيفة له على حد سواء، فسعي البلدان المضيفة لاستقطاب رأس المال الأجنبي والخبرة الفنية يقابله سعي البلدان المصدرة لإيجاد أسواق تستثمر فيها رؤوس الأموال الفائضة لديها. وإشباع هذه الحاجات لا يمكن أن يتحقق من دون إيجاد بيئة ملائمة مناسبة للاستثمار، حتّى يمارس هذا النشاط بعيدا عن التردّد والخشية، لذلك ظهرت الحاجة إلى إبرام اتفاقيات فيما بين البلدان خاصة بين البلدان المتقدمة والنامية، لوضع مبادئ وقواعد تضبط مجال الاستثمار، وتمنح مختلف المزايا والحوافز التي تساهم في تسهيل ممارسة هذا النشاط ما يوفّر أمنه وحمايته.

إنّ أمن الاستثمار يقتضي تقرير نوعية من الوسائل الخاصة بمعاملته في إطار ما يعرف بالمعاملة الاتفاقية للاستثمار، والتي تقررها الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بالاستثمار من خلال ما تتضمّنه من مبادئ خاصة بمعاملة هذا النوع من الاستثمار، والتي تتمثّل في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية. إضافة إلى تكريس شرط الثبات التشريعي الذي يعدّ من الضمانات الأساسية بالنسبة للمستثمر الأجنبي ووسيلة هامة لجذب الاستثمارات إلى الدولة المضيفة **(المبحث الأول)**. ونظرا لتضارب المصالح بين الدولة المضيفة والمستثمر ترد على هذه المعاملة الاتفاقية استثناءات لصالح هذه الدولة، وإن كانت هذه المعاملة تخدم مصالح المستثمر الأجنبي أكثر من مصالح الدولة المضيفة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

المعاملة الاتفاقية بين متطلبات حماية المستثمر والسياسة التنموية للدولة المضيفة

تتضمّن الاتفاقيات المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار قواعد موضوعية خاصة بمعاملة رعايا كل طرف متعاقد لدى الطرف الآخر المتعاقد معه، فالدولة وإن كانت في الأصل ليست ملزمة بتحقيق المساواة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين فيما يتعلّق بالحقوق والالتزامات، إلاّ أنّ سلطتها ليست مطلقة فهي مجبرة على احترام ما استقر عليه العرف الدولي من ضرورة وجوب احترام الحدّ الأدنى من المعاملة، والذي لا يزال الخلاف بشأنه قائما باعتباره قاعدة دولية معترف بها في القانون الدولي المعاصر.

إنّ المعاملة التي نصّت عليها اتفاقيات الاستثمار، تبرّر التّحول الذي حصل في مسألة المعاملة والتي أصبح ينظر إليها وفق معايير دولية، من خلال تكريس مبدأ عدم جواز معاملة المستثمر الأجنبي معاملة تمييزية غير مبرّرة بالمصلحة العامة ودون تعويض مناسب، ومبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ المعاملة استنادا لشرط الدولة الأولى بالرعاية، والتي يرجع فيها عند الخلاف للقانون الدولي[1] **(المطلب الأول)**. كما يقتضي الأمر تكريس شرط الثبات التشريعي الذي يعدّ من أهم الضمانات التي يتمسّك بها المستثمر الأجنبي ويطالب بإدراجها في عقود الاستثمار التي يبرمها مع الدولة المضيفة **(المطلب الثاني)**.

1- **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007، ص ص 217 و 218.

المطلب الأول

تطبيق مبادئ القانون الدولي حماية لمصالح المستثمر الأجنبي

تظهر أهمية تحديد وتضمين الاتفاقيات الدولية لقواعد معاملة الاستثمارات في استكمال ما لم تستطع القواعد العرفية الدولية تحقيقه في مجال حماية هذه الاستثمارات، والسعي لتحقيق نوع من التوازن بين المصالح المتضاربة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي. وفي سبيل تحقيق ذلك تضمّنت هذه الاتفاقيات مجموعة من المبادئ الخاصة بمعاملة الاستثمارات والتي تتمثّل في: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة **(الفرع الأول)**، ومبدأ المعاملة الوطنية **(الفرع الثاني)**، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية **(الفرع الثالث)**، وكل هذه الأنواع من المعاملة تصب أكثر في مصلحة المستثمر الأجنبي.

الفرع الأول

مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

يعود أصل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة le principe de traitement juste et équitable إلى ميثاق هافانا المؤسّس للمنظمة الدولية للتجارة سنة 1948[1] أين تمّ ذكره لأوّل مرّة، حيث نصّت المادة 1/1 منه على وجوب معاملة الاستثمارات الأجنبية معاملة

1- عقد المجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي انبثق عن تأسيس منظمة الأمم المتحدة عدّة اجتماعات كان آخرها بهافانا الكوبية في 21 نوفمبر 1947، أين تم التوقيع على اتفاق تحت مسمّى **"ميثاق هافانا للتجارة والعمالة"**، الذي نصّ على إنشاء منظمة جديدة تعرف بمنظمة التجارة الدولية، وبعد المفاوضات التي جرت في جنيف السويسرية سنة 1947 تمّ التّوصل إلى تأسيس الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية والتجارة **"الجات"** في 30 أكتوبر 1947، والتي دخلت حيّز التنفيذ في جانفي 1948. وبعد عدّة جولات كان آخرها جولة الأوروغواي (1986-1994) تمّ إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، والتي تعمل ضمن منظومة النظام الاقتصادي العالمي الجديد، وتقوم بتنظيم التجارة بين البلدان الأعضاء فيها. أنظر: **قطافي السعيد**، "تحديات وآفاق انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة"،
Revue d'Economie et de Statistique Appliquée, N° 22, 2014, P P 50 et 51, Disponible sur le site: www.asjp.cerist.dz.

عادلة ومنصفة[1]. ورغم أهمية هذا الميثاق إلاّ أنّ بعض البلدان المتقدّمة لم تصادق عليه، ما أدّى إلى فشل أوّل محاولة لإيجاد اتّفاق ينظّم المسائل متعدّدة الأطراف المرتبطة بالتجارة والاستثمار[2].

تضمّنت اتّفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة التي وضعتها و.م.أ بعد الحرب العالمية الثانية[3] في مجملها أحكام القانون الدولي المتعلّق بحماية الرعايا الأجانب وممتلكاتهم، هذا خلال المرحلة التي تلت إعداد ميثاق هافانا فقد كانت المصطلحات "عادلة" و "معاملة عادلة ومنصفة" مدرجة في بعض هذه الاتّفاقيات التي كان لها تأثير كبير في مجال الاستثمار[4]. كما ورد مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في مشروع الاتفاقية متعدّدة الأطراف حول حماية الأملاك الأجنبية الذي أعدّته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) عام 1967[5].

عرف مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة استعمالا واسعا من طرف الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، بعد تكريسه من طرف مختلف المنظمات الدولية والنصوص القانونية التي تمّ إبرامها لتنظيم عمليات الاستثمار[6]. فقد أصبح هذا المبدأ من الأحكام التقليدية التي لا يكاد يخلو منه أي اتفاق ثنائي، فحتى بلدان أمريكا اللاتينية التي كانت تعرف بتمسكها بفقه

1- **حرزي لوناس**، "مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسات التحكيمية الدولية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، الجزء (2)، 2017، ص 667، متوفر على الموقعين:
www.asjp.cerist.dz.
www.univ-oeb.dz.

2- **OCDE**, « La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissement », Document du travail sur l'investissement international, N° 4, 2004, P P 3 et 4, Sur le site: www.oecd.org/investissement/, Consultation le: 15/03/2017, A 13:00.

3- هذا لا يعني أنّ اتّفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة لم تكن معروفة منذ القدم بل كانت موجودة حتّى قبل الحرب العالمية الثانية، لكن المقصود هنا النموذج الأمريكي المتعلّق باتّفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة المعروف في تلك الفترة.

4- **OCDE**, « La norme du traitement juste et équitable … », Op.cit, P 4.

5- **عيبوط محند وعلي**، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 5، العدد 1، ص 103. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz.

6- **حرزي لوناس**، "مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار..."، مرجع سابق، ص 669.

CALVO منذ بداية القرن العشرين والتي كانت تتجنب منح المستثمر الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة، أصبحت في السنوات الأخيرة تأخذ بهذا المبدأ[1].

نصّت أيضا الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين البلدان العربية والمتعلّقة بحماية وتشجيع الاستثمار على قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة، كالاتفاقية المبرمة بين عمان ومصر والتي نصّت على أنّه: ***"يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بمنح معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر..."*** [2].

تضمنت العديد من الاتفاقيات متعددة الأطراف مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، فبالرجوع إلى اتفاقية سيول (Seoul) لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة متعددة الأطراف لضمان الاستثمارات[3] نجدها تنص على أنه، عند ضمان الاستثمارات فهذه الوكالة تضمن أيضا ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك معاملة هذه الاستثمارات معاملة عادلة ومنصفة، وأن يمنح لها حماية قانونية هذا حسب ما جاء في نص المادة 12/د منها[4]. منها[4]. هذا ما يجعل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس فقط مبدأ حذر ووقاية تعتمده هذه هذه الوكالة متعددة الأطراف، إنّما تهدف أيضا من وراء تكريسها لهذا المبدأ الوفاء بالتزاماتها، والمتمثلة في تعزيز تدفق الاستثمارات في البلدان النامية وبين البلدان الأعضاء في إطار ما يعرف بـــ "حماية و تشجيع الاستثمارات".

1- أشار الأستاذ LEBEN Charles في المؤتمر الذي أنعقد تحت عنوان (تطور القانون الدولي للاستثمارات) إلى شرط كالفو، والذي يقضي بأن يتم حل جميع النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي من طرف المحاكم الوطنية، وفق ما يقتضيه القانون الوطني للدولة المضيفة وليس وفق ما يقرره القانون الدولي، أي استبعاد تدويل النزاع عن طريق اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية. أنظر: **حرزي لوناس**، دور الاتّفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "القانون الدولي للأعمال"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 21.

2- **شريفي راضية**، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017، ص 246.

3- صادقت الجزائر على اتفاقية سيول لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج عدد 66، الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

4- L'article 12\d de la convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements **(AMGI)** stipule :

« ***d)- L'orsqu' elle garantit un investissement, l'Agence s'assure :….***

iv)- des conditions offertes aux investissements dans les pays d'accueil et notamment, de l'existence d'un régime juste et équitable et de protection juridiques **».** Disponible sur le site : www.admin.ch.opc/fr/classified-compilation/19850217/20101018000010.975.1. Consultation le: 20/03/2017, A 10:20.

كما نصّت اتفاقية التجارة الحرة بين بلدان رابطة التجارة الحرة الأوروبية Association européenne de libre-échange (AELE) وجمهورية سنغافورة المبرمة عام 2002، على أن كل طرف متعاقد يتعهد بمعاملة الاستثمارات المنجزة من طرف مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة ومنصفة[1].

كرّست الجزائر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في معظم الاتفاقيات التي أبرمتها مع مختلف البلدان، باعتباره من أهم الضمانات والحوافز المكرّسة في مجال الاستثمار[2]، فمثلا نجد الاتفاق المبرم بين الجزائر والجمهورية المصرية ينصّ على أنّه: ***"يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بضمان معاملة عادلة ومنصفة على إقليمه ومنطقته البحرية لاستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر..."*** [3].

كما نصت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[4] في المادة 3 منها على أنّه : ***"يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بحيث أن ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على التسيير والصيانة والاستعمال والتمتع بهذه الاستثمارات أو تصفيتها"***.

رغم أهمية مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إلاّ أنّه لم يتّم وضع تعريف دقيق له سواء على المستوى الداخلي من طرف التشريعات الوطنية للبلدان، أو على مستوى القانون

1- **OCDE**, Droit international de l'investissement : Un domaine en mouvement Complément aux Perspectives de l'investissement, Editions OCDE, 2006, P P 88 et 89. Disponible sur le site : oecd-ilibrary.org.

2- **حساييني لامية**، "واقع مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين الاستثمارات في ضوء قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09"، مجلة القانون والتنمية، جامعة طاهري محمد، بشار، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص 4، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

3- أنظر المادة 3 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320، المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 1998، ج ر ج ج عدد 76، الصادر بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1998.

4- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري سنة 1993، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01، المؤرخ في 2 جانفي سنة 1994، ج.ر.ج.ج عدد01، الصادر بتاريخ 2 جانفي سنة 1994.

الدولي من طرف المنظمات الدولية أو مختلف الاتّفاقيات المبرمة فيما بين البلدان في مجال الاستثمار[1]. إلاّ أنّه يمكن القول أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يقصد به معاملة الاستثمارات معاملة تقوم على أساس مبدأ المساواة والعدل بعيدا عن أيّ تمييز أو تطرّف، وأن تقوم الدولة باحترام هذه الاستثمارات وحمايتها في قوانينها الوطنية بضمان عدم المساس بها، وفي حالة مخالفة ذلك يتّم إقرار تعويض فعّال ومناسب لصالح المستثمر الأجنبي[2].

يرتبط مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بالوضع السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[3]، ولقد اختلف الفقهاء في تحديد مصدره إذ يعتبره البعض ذو مصدر عرفي مكرّس ضمن المبادئ العرفية الدولية في حين يعتبره البعض الأخر ذو مصدر اتّفاقي مكرّس ضمن الاتّفاقيات الدولية، إلاّ أنّ الراجح يقضي بأنّ هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون الدولي[4]، يتضمن بعض القواعد التي تسمح بتطبيقه على المعاملات التي تربط بين البلدان فيما بينها أو بين البلدان والخواص خاصة في مجال الاستثمار[5]، نظرا لما يمثّله من حماية لهذا الاستثمار، فهو ذو جانبين ايجابيين.

فالجانب الأول خاص بالمستثمر الأجنبي فهذا المبدأ يحميه من مخاطر نزع الملكية سواء بصفة كلية أو جزئية، والمصادرة، والتأميم، ومن أيّ إجراء يمسّ هذا المستثمر دون المستثمر الوطني، كما يقضي على أيّ شكل من أشكال التمييز واللاّمساواة التي قد تمارس من طرف الدولة المضيفة دون وجود مبرّر شرعي وقانوني، هذا ما سيعزّز الثقة والأمان لدى هذا المستثمر، ويدفعه لاستثمار رأس ماله داخل إقليم هذه الدولة التي ستستفيد هي الأخرى بجلب واستقطاب الرأسمال الأجنبي، ما سيساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية بها

1- لم تهتم الاتّفاقيات المتعلّقة بالاستثمار بوضع تعريف دقيق و واضح لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة حتّى لا يتّم التضييق من مجال تطبيق هذه المبدأ، إذ أنّ حصره في مفهوم واحد سيؤدي إلى التضييق من مجال التعامل به، ما جعل هذه الاتّفاقيات تتبنّى هذا المبدأ وتحيل إلى القانون الدولي العرفي لتحديد مفهومه ومضمونه كونه مبدأ من مبادئ هذا القانون، ما أكسبه نوعا من المرونة والاستمرار في التعامل به.

2- **العايب عبد العزيز**، النظام الاتفاقي في مجال الاستثمار (نموذج اتّفاقية أوراسكوم تليكوم الجزائر – OTA -)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "القانون العام"، تخصص "القانون العام للأعمال"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009/2008، ص 17.

3- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص ص 267 و 268.

4- **العايب عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 17.

5- **حرزي لوناس**، دور الاتّفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 23.

وهو الجانب الايجابي الثاني. ما يثبت أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يخدم مصالح الأطراف المتعاقدة معا سواء الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي[1]، لكن نرى أنّ هذا المبدأ يخدم أكثر مصالح هذا المستثمر من خلال الحماية التي يوفّرها له من أيّ إجراء قد تقوم به الدولة ضدّه.

يعتبر مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة مثل الأمن الكامل ومختلف الأحكام الاتفاقية المتعلقة بالتزامات الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي[2]، ورغم إجماع البلدان حول أهمية هذا المبدأ في منع كل الإجراءات التمييزية أو غير العادلة التي قد تطبق في مجال الاستثمار، إلاّ أنّه يعاب عليه، أنّه لا يوجد له مفهوم موحّد فليس له كيان مستقل أو مضمون يبيّن قواعد العدل والإنصاف، كما لا يوجد أيّ معيار محدّد يسمح بتحديد ما إذا كانت المعاملة عادلة أم لا، وأنّها لا تتعدّى أن تكون مجرد مصطلحات فلسفية لا أكثر[3].

لكن حسب ما تراه بلدان الشمال، هناك ما يعرف بـــ "حدّ المعاملة العادلة والمنصفة" Standard du traitement juste et équitable في القانون الدولي، والذي يلعب دور الموجّه والمصحّح لقواعد معاملة المستثمر الأجنبي التي تضعها الدولة المضيفة[4].

يعتبر جانب من الفقه أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يرتبط ارتباطا وثيقا بالحد الأدنى من المعاملة[5]، ومفاد ذلك أن تلتزم الدولة المضيفة بضمان نمط من المعاملة للمستثمر الأجنبي مطابق لقواعد القانون الدولي العرفي، ولمقتضيات العدل والإنصاف بغض النظر عن المعاملة الممنوحة للمستثمر الوطني، وهو ما يمنع هذه الدولة من اتّخاذ أية تدابير تعسفية من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه.

1- **العايب عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 18.

2 - **NOUVEL Yves**, Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Edition A. Pedone , Paris, 2015, P 287.

3- **بقة حسان**، دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 16، العدد 02، 2017، ص 104، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

4- **CARREAU Dominique** & **JUILLARD Patrick**, Droit international économique, 2eme édition, Dalloz, 2005, P 439.

5- يعرّف نمط الحدّ الأدنى، أنّه القاعدة التي من خلالها يحدّد المستوى الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب طبقا للقانون الدولي، وطبقا لهذا النّمط يتمتع هؤلاء المستثمرين بجملة من الحقوق الشخصية، الإجرائية، والاقتصادية فيما يتعلّق بشخصهم وممتلكاتهم. أنظر: دليل الاتّفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدّة، 2011، ص ص 98 و 99، متوفر على الموقع: E-ESCWA-EDGD-2011-1-MAUAL-AR-. تم الاطلاع عليه يوم 2017/03/25، على الساعة: 11:00.

على خلاف الرأي الأول، هناك من يرى أنّ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة عبارة عن التزام اتفاقي، يتحدّد محتواه على أساس القواعد المتّفق عليه بين الأطراف المتعاقدة، بمعنى هذا المبدأ يجد أساسه في إطار الاتفاقية التّي تتضمّن التزامات الأطراف وكلّ ما له صلة بعملية الاستثمار، ما يجعل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة مستقل عن الحدّ الأدنى من المعاملة أو مبادئ القانون الدولي العرفي[1].

رغم اختلاف الآراء حول محتوى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، نقول أنّ الدولة ليس لها مطلق الحرية في معاملة المستثمرين الأجانب الموجودين على إقليمها، بل هي ملزمة بمعاملتهم وفق ما تتضمنه الاتفاقيات الدولية التي تبرمها في هذا المجال، ومراعاة الحد الأدنى من المعاملة الذي يفرضه القانون الدولي كالتزام لا يمكن للدولة التنازل عنه في معاملة الأجانب، حتى وإن لم تحترم هذا الحد في معاملة رعاياها[2].

الفرع الثاني

مبدأ المعاملة الوطنية

من الفقه من يرجع نشأة قاعدة المعاملة الوطنية Le traitement national إلى الفقيه الأرجنتيني "كالفو" باعتباره أول من نادي بفكرة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين، كتعبير عن موقف بلدان أمريكا اللاتينية الرافض لموقف البلدان المصدرة لرأس المال والمتمسكة بقاعدة "الحد الأدنى" المعترف بها في القانون الدولي العرفي، كأساس لترتيب المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق بالرعايا الأجانب في البلدان المضيفة[3].

كما حاول مجلس عصبة الأمم تكريس قاعدة المعاملة الوطنية في مجال الحقوق الجمركية عام 1929، نظرا لاهتمام البلدان المتقدمة بتطبيق هذه القاعدة خاصة في المجال التجاري، إلا أنه لم يتم الإعلان الرسمي عنها إلاّ بعد الحرب العالمية الثانية وذلك في إطار

1- **حساييني لامية**، "واقع مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين الاستثمارات..."، مرجع سابق، ص 7.
2- **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1999، ص 479.
3- **كعباش عبد الله**، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 191.

الاتفاق العام للتعاريف الجمركية والتجارة The General Agreement on tarifs and trade لعام 1947 في المادة الأولى منه، لتعرف هذه القاعدة تطورا هاما بعد إعلان مراكش[1] والذي بموجبه تم إنشاء المنظمة العالمية للتجارة Organisation Mondiale du Commerce « OMC »[2]، والتي تضمنت اتفاقيات متعددة الأطراف خاصة بالتجارة في السلع من بينها اتفاق إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة المعروف باختصار في اللغة الانجليزية باتفاق «TRIMS»[3]، ومن أهم المبادئ التي تضمنها مبدأ المعاملة الوطنية[4]، وهو مبدأ تضمنته أيضا اتفاقيات الاستثمار سواء الثنائية منها أو متعددة الأطراف باعتباره من المبادئ الهامة لتحرير التجارة والاستثمار.

تبنّت أغلب اتفاقيات الاستثمار مبدأ المعاملة الوطنية في نصوصها، وإن اختلفت في الصيغ المستعملة فلا توجد صيغة قانونية موحّدة خاصة بهذا المبدأ، باعتبار السلطة التقديرية ترجع للبلدان المتعاقدة.

1- **حساييني لامية**، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 49.

2- تعتبر منظمة العالمية للتجارة «OMC»، منظمة اقتصادية عالمية ذات شخصية قانونية مستقلة، تعمل على تحرير التجارة الدولية بين أعضائها، كما تسعى إلى رسم و توجيه النشاط الاقتصادي العالمي، تأسّست في 01 جانفي 1995 بمدينة مراكش المغربية بعد جولة الأوروغواي الممتدة من 1986 إلى 1994، وهي تعد البديل العصري لاتفاق الجات لعام 1947.

لمزيد من التفاصيل حول المنظمة العالمية للتجارة أنظر:

جمال بوسته، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه L.M.D في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، 2017/2016، ص 115 وما يليها. أيضا:

CRAIG Van-Grasstek, Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce, Edition OMC, Genève, 2013, P 45 et ss.

3- للمزيد من التفاصيل حول اتفاق تريمس أنظر: **مباركي سهيلة**، "الاستثمار المباشر في ظل اتفاق المنظمة العالمية للتجارة المرتبط بالاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2017، ص ص 319-348.

4- يقتضي مبدأ المعاملة الوطنية فيما يتعلّق بالسلع، معاملة المنتوج الأجنبي المستورد نفس المعاملة التي يحظى بها المنتوج الوطني، سواء تعلق الأمر بالرسوم المطبقة عليه أو السماح لهذا المنتوج المستورد بالنفاذ إلى الأسواق الوطنية ومنافسة المنتوج الوطني. أنظر: **إرزيل الكاهنة**، "اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة الخاصة بالسلع والخدمات والمنظومة القانونية الجزائرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2009، ص 194. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

بالرجوع إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية نجد أكثر الصيغ شيوعا فيها هي "ذات المعاملة" و"معاملة تماثل في التفضيل" و"معاملة لا تقل تفضيلا"[1]، وأيّا كانت الصيغة المستعملة يبقى مبدأ المعاملة الوطنية من أهم المعايير التي يمكن أن تتبناها اتفاقيات الاستثمار الثنائية، فهو يحمي المستثمرين الأجانب من الإجراءات التمييزية التي يمكن أن تتخذها الدولة المضيفة ضدّهم[2].

بالرغم من أن أغلبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية تبنت مبدأ المعاملة الوطنية، إلاّ أنّه في المقابل من هذه الاتفاقيات من لم تدرج هذا المبدأ ضمن نصوصها وإن كانت نادرة، ويرجع سبب ذلك إلى عدم رغبة البلدان المتعاقدة منح نفس المعاملة التي يتمتع بها مستثمريها الوطنيين للمستثمرين الأجانب، بعبارة أخرى رفضها لاستفادة المستثمرين الأجانب من المعاملة التفضيلية التي يتمتع بها مستثمريها الوطنيين[3]، مثال عن ذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المتبادلة بين مصر والاتحاد الاقتصادي لبلجيكا ولوكسمبورغ المبرمة في 1999/02/28، والتي نصّت على أنّه: ***"تتساوى المعاملة والحماية التي تضمّنتها الفقرتين 1، 2 من هذه المادة على الأقل مع تلك التي يتمتع بها مستثمري أي دولة ثالثة، ولا تقل أفضلية بأي حال عن تلك المعترف بها طبقا للقانون الدولي"*** [4]، ما يؤكّد عدم تبني هذه الاتفاقية لمبدأ المعاملة الوطنية.

تضمنت بعض الاتفاقيات متعددة الأطراف مبدأ المعاملة الوطنية شأنها شأن الاتفاقيات الثنائية، فمثلا نجد اتفاق التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية (ALENA) نصّ في المادة 1102/1 منه تحت عنوان "المعاملة الوطنية" على أنّه: ***"كل طرف متعاقد يمنح لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل أفضلية عن تلك التي يمنحها بتوفر ظروف مماثلة***

1- **محمد عبد الودود أبو عمر**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية، أطروحة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2016، ص 52.

2- **بقة حسان**، مرجع سابق، ص 107.

3- **محمد عبد الودود أبو عمر**، مرجع سابق، ص ص 51 و 52.

4- أنظر المادة 3/3 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة المبرمة بين مصر والاتحاد الاقتصادي لبلجيكا ولوكسمبورغ، المنشورة على الموقع الالكتروني للأونكتاد: http://investmentpolicyhub.unctad.org. تم الاطلاع عليه يوم 2017/04/05، على الساعة: 10:10.

لمستثمريه فيما يتعلق بتأسيس، استحداث، توسيع، تسيير، إدارة، استغلال، أو بيع، أو أيّ تصرف متعلق بالاستثمار" [1].

لم تكتف الدولة الجزائرية بتضمين مبدأ المعاملة الوطنية في تشريعاتها الداخلية[2]، بل تعدّى الأمر ذلك لتنظمّ إلى العديد من الاتفاقيات الدولية التي نصّت على هذا المبدأ خاصة الثنائية منها، قصد توفير حماية قانونية كافية للمستثمر الأجنبي وجذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات نظرا لفعاليتها في النّهوض بالاقتصاد الوطني[3].

من بين هذه الاتفاقيات نجد الاتفاق المبرم بين الجزائر وفنلندا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات[4]، والذي نصّ في المادة 3/1 منه على أنّه: ***"يمنح كل طرف متعاقد لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر واستثماراتهم، معاملة لا تقل امتيازا عن تلك الممنوحة لمستثمريه واستثماراتهم فيما يتعلق بالحيازة، التوسيع، التسيير، الصيانة، الاستغلال، الانتفاع، البيع أو أي تنازل عن الاستثمارات"***، فهذا الاتفاق نصّ ضمنيا على مبدأ المعاملة الوطنية حيث نص على المعاملة غير التمييزية فيما بين الاستثمارات، وأن لا تكون معاملة المستثمر الأجنبي أقل امتيازا عن معاملة المستثمرين الوطنيين.

1- L'article 1102/1 de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Stipule : «***Chacune des parties accordera aux investisseurs d'une autre partie un traitement non moins favorable que celui quelle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements***». Disponible Sur le site : www.nafta-sec-alena.org, Consulté le: 25/O3/20117, A 11h30.

2- بالرجوع إلى المادة 14 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار (ملغى جزئيا) نجد أن المستثمر الأجنبي يتمتع بنفس الحقوق و يخضع لنفس الالتزامات التي يخضع لها نظيره الوطني، وهذه المادة تقابلها المادة 38 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار (ملغى). لكن بالنظر في قانون ترقية الاستثمار 16-09، نجده لم ينص على مبدأ المعاملة الوطنية بل نصّ فقط على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وهذا يعدّ تكريسا ضمنيا لمبدأ المعاملة الوطنية، كما أنّ معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من البلدان تتضمّن مبدأ المعاملة الوطنية، ما يجعل الدولة الجزائرية ملزمة بمعاملة المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي يتلقاها المستثمر الوطني تطبيقا لما جاء في هذه الاتفاقيات، والتي تعتبر بمثابة ضابط تتقيّد الدولة به لتحديد وتطبيق نظامها القانوني على الأجنبي من عدمه.

3- **بوبالو يمينة**، "عن واقع مبدأ المعاملة الوطنية المكرس للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 14، العدد 2، 2016، ص 437. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

4- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية فنلندا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 جانفي سنة 2005، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469، المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، ج.ر.ج.ج عدد 82، الصادر بتاريخ 17 ديسمبر سنة 2006.

وتحت عنوان: "المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية"، نصّت المادة 3/1 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وتونس، على أنّه: ***"1- يمنح كل طرف متعاقد في إقليمه، لاستثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي يمنحها لاستثمارات مستثمريه أو لاستثمارات مستثمري دولة أخرى، أيّهما تكون الأكثر أفضلية بالنسبة للمستثمر"*** [1]، فهذا النّوع من الاتفاقيات يجمع بين المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية ويمنح للمستثمر الأجنبي اختيار المعاملة الأفضل له.

من الاتفاقيات من نصّت على ضمان المعاملة العادلة والمنصفة الذي يعدّ تكريسا ضمينا لمبدأ المعاملة الوطنية، كالاتفاق المبرم بين الجزائر وإندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات[2]، والذي نصّ في المادة 2/2 منه على أنه: ***"تمنح لاستثمارات مستثمري كل طرف متعاقد، في كل الأوقات، معاملة عادلة ومنصفة، وتتمتع هذه الاستثمارات بحماية وأمن مناسبين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر"***.

ممّا سبق، يظهر أنّ الدولة الجزائرية تمنح للمستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي تمنحها للمستثمر الوطني، مع مراعاة ما تتضمنه الاتفاقيات التي تبرمها مع غيرها من البلدان، هذا ما سيجلب الاستثمارات إلى أراضيها. لكن على أرض الواقع لا نجد هذه المساواة فهناك معاملة تمييزية بين الاستثمارات الأجنبية والوطنية، وهو ما أثّر على مناخ الاستثمار بالجزائر والذي هو في تراجع مستمر، وأكبر دليل على ذلك تطبيق قاعدة الشراكة 51-49% منذ سنة 2009 أين تمّ إقرارها لأول مرة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 في المادة 58[3]، ورغم أنّها كانت من أبرز القيود المفروضة على المستثمر

1- أنظر المادة 3/1 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري سنة 2006، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404، المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، ج.ر.ج.ج عدد 73، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر سنة 2006.

2- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، مصادق عليه بموجب المرسوم رئاسي رقم 02-226، المؤرخ في 22 جوان سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 45، الصادر بتاريخ 30 جوان سنة 2002.

3- نصّت المادة 58 من الأمر رقم 09-01، المؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ح.ج عدد 44، الصادر بتاريخ 26 جويلية سنة 2009، على أنّه: ***"... لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلاّ في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء".***

الأجنبي تم الإبقاء عليها في قانون المالية لسنة 2016[1] حيث نصّت المادة 66/1 منه على ما يلي: ***"ترتبط ممارسة الأجانب لأنشطة إنتاج السلع والخدمات والاستيراد بتأسيس شركة تحوز المساهمة الوطنية المقيمة على نسبة 51 % على الأقل من رأسمالها"***، رغم سحبها من صلب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[2]، ما أدى إلى تراجع حجم الاستثمارات الوافدة إلى الجزائر.

لكن مؤخرا تتدارك المشرع الجزائري الأمر بصدور قانون المالية لسنة 2020[3] أين نصّ بصفة نهائية وصريحة على أنّ تطبيق شرط الشريك المحلي للمستثمر الأجنبي يكون في الأنشطة ذات الطابع الاستراتيجي وذلك في المادة 109 منه : ***"تعدّل أحكام المادة 66 من القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015 والمتضمن قانون المالية لسنة 2016، وتحرّر كما يأتي:***

" المادة 66: ترتبط ممارسة أنشطة إنتاج السلع والخدمات التي تكتسي طابعا استراتيجيا بالنسبة للاقتصاد الوطني، بتأسيس شركة خاضعة للقانون الجزائري يحوز المساهم الوطني المقيم نسبة 51% على الأقل من رأسمالها...".

أبقى المشرع الجزائري على شرط الشريك المحلي للمستثمر الأجنبي عند الاستثمار في القطاعات الإستراتيجية فقط والتي حدّدتها المادة 50 من قانون المالية التكميلي لسنة 2020[4]، ليفصّل فيها أكثر المرسوم التنفيذي رقم 21-145 وهي قطاع الصناعة الصيدلانية، قطاع الطاقة والمناجم، وقطاع النقل[5]، إضافة إلى الصناعات العسكرية[1]. كما

1- قانون رقم 15-18، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2015.

2- نصت المادة 37 من القانون رقم 16-09، المؤرخ في 3 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، الصادر بتاريخ 3 أوت سنة 2016، معدل ومتمم، على أنّه: ***"تلغى أحكام الأمر رقم 01-03المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافقة 20 أوت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، باستثناء أحكام المواد 6 و8 و22 منه، كما تلغى أحكام المادة 55 من القانون رقم 13-08 المؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، والمتضمن قانون المالية لسنة 2014"***.

3- قانون رقم 19-14، مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2019، يتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2019.

4- قانون رقم 20-07، مؤرخ في 4 جوان سنة 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 33، صادر بتاريخ 4 جوان سنة 2020.

5- أنظر الملحق المتضمن قائمة النشاطات التي تكتسي طابعا استراتيجيا المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 21-145، المؤرخ في 17 أفريل سنة 2021، يحدّد قائمة النشاطات التي تكتسي طابعا استراتيجيا، ج.ر.ج.ج عدد 30، الصادر بتاريخ 22 أفريل سنة 2021.

أضافت المادة 139 من قانون المالية لسنة 2021 المعدلة للمادة 49 من قانون المالية التكميلي لسنة 2020، نشاط استيراد المواد الأولية للسلع والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالها إلى قائمة الأنشطة التي تخضع لقاعدة الشراكة 51-49% [2]،
بهدف حماية الاقتصاد الوطني من الأضرار الناجمة عن تحويل العملة الصعبة إلى الخارج[3].

لا شكّ أنّ هذا التدبير سيحفز المستثمرين الأجانب على القدوم إلى الجزائر واستثمار أموالهم بها، لكن على الحكومة الجزائرية أن تعمل على إزالة القيود الأخرى التي تقف عائقا أمام الاستثمار الأجنبي لاسيما الإجراءات الإدارية المعقدة. وأمام إلغاء قاعدة الشراكة 51-49% وحصر تطبيقها فقط على القطاعات الإستراتيجية وأنشطة الاستيراد، أضحى تحديد نسبة الشراكة في المشاريع الاستثمارية المنجزة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين تخضع لمبدأ التفاوض، لذا على المستثمرين الوطنيين الراغبين في إبرام عقود شراكة مع المستثمرين الأجانب الاستعانة بالخبراء القانونيين عند صياغة تلك العقود لحماية لحقوقهم ومصالحهم[4].

يعتبر مبدأ المعاملة الوطنية، قاعدة قانونية اتفاقية يتم تضمينها في نصوص اتفاقيات الاستثمار، و التي تلتزم بموجبها الدولة المضيفة معاملة المستثمرين الأجانب نفس المعاملة التي تمنحها للمستثمرين الوطنيين، وحتىّ تتم معاملتهم على قدم المساواة يشترط تشابه

1- تنص المادة 2 من المرسوم نفسه على أنّه: ***"تكتسي طابعا استراتيجيا وتظل خاضعة لمشاركة المساهمين الوطنيين المقيمين بنسبة تبلغ51 %، الصناعات العسكرية المبادر بها أو المتعلقة بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي لوزارة الدفاع الوطني"***.

2- تنص المادة 139 من القانون رقم 20-16، المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2020، يتضمن قانون المالية لسنة 2021، ج.ر.ج عدد 83، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2020، على أنّه: ***"تعدل أحكام المادة 49 من القانون رقم 20-07 المؤرخ في 12 شوال عام 1441 الموافق 4 جوان سنة 2020 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020،*** **وتحرر كما يلي:**
"المادة 49: باستثناء أنشطة استيراد المواد الأولية والسلع والبضائع الموجهة للبيع على حالها وتلك التي تكتسي طابعا استراتيجيا، التابعة للقطاعات المحددة في المادة 50 من القانون رقم 20-07 المؤرخ في 12 شوال 1441 الموافق 4 جوان سنة 2020 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، والتي تظل خاضعة لمشاركة المساهمين الوطنيين المقيمين بنسبة تبلغ 51% ، فإنّ أي نشاط آخر لإنتاج السلع والخدمات مفتوح للاستثمار الأجنبي دون الالتزام بالشراكة مع طرف محلي...".

3- **خلاف فاتح**، "إلغاء قاعدة الشراكة الدنيا (51-49) في مجال الاستثمارات الأجنبية وفقا للقانون الجزائري"، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص 103. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

4- مرجع نفسه، ص 107.

الظروف وتلاؤمها بينهم حتّى يتم خضوعهم لنفس قواعد المعاملة[1]، إلاّ أن اتفاقيات الاستثمار لم تحدّد معيار يبيّن كيفية ملائمة الظروف بينهما للالتزام بهذا المبدأ لكن يمكن استنباط هذا المعيار من أحكام المحاكم الدولية، ففي قضية مؤسسة ميثانكس ضد الولايات المتحدة حول قيام ولاية كاليفورنيا بمنع بيع واستخدام مادة مضافة للبنزين تصنعها الشركة، اعتمدت هيئة التحكيم في الحكم الذي أصدرته في 3 أوت 2005 على معيار مقارنة النشاط الاقتصادي للمستثمر الأجنبي بالأنشطة الاقتصادية المتاحة للمستثمر الوطني[2]. رغم ذلك يبقى مبدأ المعاملة الوطنية يلزم الدولة المضيفة معاملة المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلا عن المعاملة الممنوحة للمستثمر الوطني، وليس بالضرورة معاملتهما على قدم المساواة إلاّ في بعض القطاعات التي تتطلب خضوعهما لنفس المعاملة[3].

باعتبار أن مبدأ المعاملة الوطنية جزء من مبدأ عدم التمييز، لا يجوز للدولة المضيفة اتخاذ إجراءات تمييزية ضد المستثمر الأجنبي كونه يتمتع بالصفة الأجنبية[4]، لكن إن حدث ذلك وتضمنت القوانين الداخلية لهذه الدولة منح حماية للمستثمرين الأجانب تقل عن تلك الممنوحة للمستثمرين الوطنيين، في هذه الحالة نكون أمام تعارض بين محتوى الاتفاقيات المصادق عليها والقوانين الداخلية[5]، هذا ما يرتب المسؤولية الدولية للدولة المضيفة نتيجة مخالفتها لالتزاماتها الدولية[6].

حسب ما أكدّت عليه منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية L'OCDE، فإن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هو مبدأ قانوني في حدّ ذاته ينتمي إلى المبادئ العامة للقانون الدولي، إلاّ أنّ هذا الأمر لا ينطبق على مبدأ المعاملة الوطنية الذي لا يمكن القول أنه مبدأ قائم في حدّ ذاته ولا يستمد وجوده من القانون الدولي العرفي، بل إن تكريسه يتم إمّا من

1- **محمد عبد الودود أبو عمر**، مرجع سابق، ص 51.

2- راجع نص الحكم المنشور عبر الموقع :
http://www.iisd.org/investment/dispute/methanex.asp.

3-**CAZALA Julien**, , Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Edition A. Pédone , Paris, 2015, P 266.

4- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1981، ص ص 52 و 53.

5- **SANTULLI Carlo**, Le statu international de l'ordre juridique étatique, Edition Pédone, Paris, 2001, P 219.

طرف الدولة المضيفة للاستثمار عن طريق فعل انفرادي، عندما تقوم بمنح أو ضمان تلك المعاملة في التشريع الوطني الخاص بالاستثمار، أو عن طريق اتفاقي بموجب تضمينه في اتفاقيات الاستثمار[1].

عليه، لا يمكن القول أن مبدأ المعاملة الوطنية مبدأ دولي قائم في حدّ ذاته بل هو عبارة عن قاعدة قانونية، ومفاد ذلك أنّه في حالة عدم وروده في نص مكتوب فإن الدولة المستقبلة للاستثمار لا تكون ملزمة بتطبيقه ولا تحاسب على ذلك دوليا، كما يعدّ هذا المبدأ قاعدة نسبية غير مطلقة يتحدّد محتواها من خلال ما تقره التشريعات الداخلية لكل دولة وأن الاتفاقيات لا يكون لها سوى دور "إسناد" فجميع الامتيازات والحقوق والالتزامات الخاصة بالاستثمار تحدّد وتمنح حسب السلطة التقديرية للدولة المضيفة[2].

رغم أهمية قاعدة المعاملة الوطنية في توفير المناخ المناسب للاستثمار، بقيت محل خلاف بين البلدان المصنعة التي لطالما تمسكت بهذه القاعدة من أجل تحقيق حماية فعالة لمواطنيها وأملاكهم في الخارج من خلال ضمان المساواة في المنافسة، والبلدان النامية التي تحاول دائما وضع حدود لهذه القاعدة من خلال منح بعض الامتيازات للوطنيين على حساب الأجانب نظرا لعدم المساواة التنافسية بينهم[3].

إلى جانب ذلك، تمتاز هذه القاعدة بعدم وضوح مضمون الحماية المقررة للأجانب باعتبار أنها تخضع لإرادة المشرّع الوطني والذي يمكن أن يغير من نطاق الحماية الممنوحة في أي وقت، مع صعوبة تحديد الأشخاص الاعتباريين المستفيدين منها. كما أن اقتران مبدأ المعاملة الوطنية بمبدأ المعاملة بالمثل (أو مبدأ التبادل) قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة فيها إذا لم يكن هناك تكافؤ في مركز الوطنيين بين البلدان المختلفة، فإذا كانت حقوق الوطنيين في الدولة المضيفة ضئيلة ودون المستوى العادي هذا سيلحق الغبن بالأجانب الذين ينتمون

1 - **حساييني لامية**، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 50 و 51.
2- **كعباش عبد الله**، مرجع سابق، ص 193.
3- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 274.

إلى دولة تكفل لمواطنيها قدرا كافيا من الحقوق، ما يجعلنا نكون أمام مساواة شكلية بين الأطراف وليس مساواة حقيقية[1].

بصفة عامة، نقول أن المعاملة الوطنية لا يمكن أن توفّر حماية مطلقة للمستثمر الأجنبي مثلما هو الحال بالنسبة للمعاملة العادلة والمنصفة، وذلك بهدف إعطاء نوع من حرية التصرف للدولة المضيفة اتجاه الاستثمارات التي تستقبلها على إقليمها.

الفرع الثالث

مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

يعدّ شرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم المبادئ الواردة في قواعد القانون الدولي والذي يسعى إلى تحقيق المساواة في المعاملة فيما بين البلدان، وقد ظهر الشكل متعدّد الأطراف لهذا المبدأ لأول مرة مع إبرام الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة «GATT» في 30 أكتوبر 1947[2]، ليطبّق فيما بعد في معظم المفاوضات التجارية متعدّدة الأطراف والتي أجريت إلى غاية جولة الأوروغواي عام 1994، ثمّ يتمّ تضمينه في اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة[3].

مع تطور العلاقات بين البلدان خاصة في مجال الاستثمار، أدرج هذا المبدأ ضمن اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار وإن كانت الاتفاقيات الثنائية هي الأكثر تكريسا لهذا الشرط إلى جانب مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ المعاملة الوطنية، مقارنة بالاتفاقيات متعددة الأطراف أين يمكن استبدال هذا الشرط بمبدأ عام يقضي بعدم التمييز بين مختلف المستثمرين الأجانب، وهذا التّكريس يوضّح ويفسّر الغايات والأهداف الاقتصادية للبلدان

1- **هشام خالد**، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة و النشر والتوزيع، الإسكندرية، 1988، ص 93 وما يليها.

2- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT 1947), in : http://www.wto.org /french/docs-f/legal-f/gatt47-01-f.htm. Consultation le 21/04/2017, A 14:00.

3- **أحمد صالح علي**، "خصوصية نظام شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار قانون منظمة التجارة العالمية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 55، العدد 2، ص ص 345 و 346، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

سواء المتطورة منها أو النامية، والتي تسعى إلى تحقيقها من خلال ضمان الاستفادة من مزايا هذا الشرط[1].

تضمّنت الاتفاقيات متعددة الأطراف مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، كاتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي[2] التي نصت في المادة 6 منها على أنّه: ***"يتمتع الاستثمار المنجز من قبل مستثمري بلدان اتحاد المغرب العربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد لمواطني أية دولة أخرى"*** [3]. فشرط الدولة الأولى بالرعاية حسب هذه الاتفاقية يتعلّق بالاستثمارات المنجزة من طرف المغاربة في بلدان اتحاد المغرب العربي، حيث يمكنهم الاستفادة من الامتيازات التي تقرها المعاهدات التجارية والملاحية والقنصلية، كالإعفاء من الضرائب الجمركية أو تخفيضها إضافة إلى إمكانية استفادتهم من المزايا الممنوحة للأجانب من حقوق عمل وإقامة، ويعدّ إدراج مثل هذا الشرط في اتفاقية مغاربية حافزا لتوطيد علاقات التعاون فيما بين بلدان المغرب العربي، وتحقيق التنمية بها من خلال تشجيع وزيادة تدفق الاستثمارات إليها[4].

كما نصّت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على هذا المبدأ[5].

1- **OCDE**, «Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements », document de travail sur l'investissement international, N°2 , 2002, P 4, disponible sur le site: www.oecd.org/investment/. Consultation le 20/10/2017, A 14:00.

2- تعتبر منظمة المغرب العربي منظمة هامة لاستقطاب الاستثمارات المختلفة، والتي أسفرت على إبرام اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420، إلى جانب كل من تونس، ليبيا، المغرب وموريتانيا. تهدف هذه الاتفاقية إلى تعزيز التعاون بين بلدان اتحاد المغرب العربي ومحاولة إنشاء منظمة تبادل حر وسوق مشتركة من خلال تشجيع الاستثمارات ومنحها مزايا ومعاملة أكثر أفضلية فيما بينها. أنظر: **لعماري وليد**، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص31.

3- أنظر المادة 6 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية سنة 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-424، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، ج.ر.ج.ج عدد 06، الصادر بتاريخ 6 فيفري 1991.

4- **عليوش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 80.

5- تنص المادة 5/1و2 من الاتفاقية الموحدة لاستثمارات رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المعدلة على أنّه:

"1- يتمتع المستثمر العربي بحرية الاستثمار في إقليم أيّة دولة طرف في المجالات المتاحة وفقا للأنظمة والقوانين في الدولة الطرف وذلك في حدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة الطرف، كما يتمتع المستثمر بالتسهيلات والامتيازات والضمانات وفقا لأحكام هذه الاتفاقية.

2- يعامل رأس المال العربي المستثمر في الدولة المضيفة معاملة لا تقل تفضيلا عن رأس المال المملوك لمواطني تلك الدولة أو دولة ثالثة أيّهما كان أفضل بلا تمييز."، مرجع سابق.

نصّت أيضا اتفاقيات الاستثمار الثنائية على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، فنجد مثلا اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين فرنسا والأردن المبرمة في 1978/02/23 تنص على أنّه: ***"كل طرف متعاقد يطبق على مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل عن معاملة مواطني وشركات الدول الأخرى"*** [1].

كما نصّت المادة 3 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الصين ولاتفيا المبرمة في 2004/04/15، على أنّه: ***"مع مراعاة قوانين وتشريعات الدولة المتعاقدة تمنح معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك التي تمنحها لاستثمارات ومستثمري دولة أخرى"*** [2].

يلاحظ من خلال هذه المادة، أنّ تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية يكون على أساس مراعاة القوانين والتشريعات الوطنية للدولة المتعاقدة، هذا ما يعطي الحرية لهذه الأخيرة في منح هذه المعاملة من عدمها.

تضمنت أغلب الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار شرط الدولة الأولى بالرعاية، سواء تعلق الأمر بالاتفاقيات التي أبرمتها مع البلدان العربية أو الأوروبية أو الإفريقية، فمثلا نجد: الاتفاقية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات المبرمة بين الجزائر ومصر جاء فيها ما يلي: ***" يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه استثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تكون أقل امتيازا من تلك التي تمنح لمواطنيه وشركاته أو مواطني وشركات دولة ثالثة"*** .

من خلال ما ورد في هذه الاتفاقية، نلاحظ أنه تم الجمع بين مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث لا يجب أن تكون المعاملة الممنوحة للاستثمارات المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد أقل من المعاملة الممنوحة لمواطني أو شركات هذا الطرف وهو تكريس لمبدأ المعاملة الوطنية، كما يجب أن لا تكون هذه المعاملة أقل امتيازا من المعاملة الممنوحة لمواطني أو شركات دولة ثالثة غير متعاقدة وهو تكريس لمبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية.

1- نقلا عن: **محمد عبد الودود أبو عمر**، مرجع سابق، ص 59.

2- أنظر المادة 4/1 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 29 مارس سنة 1997، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 98-320، المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 1998، ج.ر.ج.ج عدد 76، الصادر بتاريخ 11 أكتوبر سنة 1998.

أمّا الاتفاق المبرم بين الجزائر وإسبانيا[1] فقد نصّ في المادة 6 منه على أنّه: ***"إن مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين الذين تضرّرت استثماراتهم أو عائدات استثماراتهم المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بسبب حرب، نزاع مسلح، حالة طوارئ وطنية، أو ثورة حدثت على إقليم الطرف المتعاقد الآخر يستفيدون من هذا الأخير في إطار تصليح، تعويض، أو مقاصة، من معاملة لا تقل امتيازا من الذي يمنحه هذا الطرف المتعاقد الآخر لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة أخرى"***.

هذا ما يظهر تكريس هذه الاتفاقية لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية خاصة في حالة الحروب والاضطرابات الداخلية.

يعتبر شرط الدولة الأولى بالرعاية جزء أساسيا من مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات، لهذا حاولت لجنة القانون الدولي تعريفه في المادة 4 من مشروع المواد الذي قامت بإعداده، إلاّ أنّه من خلال استقراء نص هذه المادة نجدها تبين لنا طبيعة هذا المبدأ أكثر من تقديمها لتعريف محدّد له، فهي تنصّ على أنّ شرط الدولة الأولى بالرعاية هو حكم اتفاقي، تلتزم بموجبه دولة في مواجهة دولة أخرى بمنح معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال من مجالات العلاقات الدولية[2].

يقصد بشرط الدولة الأولى بالرعاية، أن تلتزم الدولة المضيفة بمنح رعايا الدولة المتعاقد معها كل المزايا التي سبق لها منحها أو التي ستمنحها مستقبلا لرعايا دولة أخرى بمقتضى اتفاقية ثنائية[3].

1- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج.ر.ج.ج عدد 23، الصادر بتاريخ 26 أفريل سنة 1995.

2- ورد في نص المادة 4 من مشروع لجنة القانون الدولي ما يلي:

«…une disposition conventionnelle par laquelle un Etat assume à l'égard d'un autre Etat l'obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée dans un domaine convenu de relations ». Voir **CNUCED**, « traitement de la nation la plus favorisée », Nations-Unies, New York et Genève, 2010, P 13. Disponible sur le site : Docs/diaeia20101_fr. Consultation le 25/10/2017, A 9:30.

3- **عيبوط محند وعلى**، "شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2010، ص 83. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

بمعنى أن يتمكّن رعايا الدولة المتعاقد معها من الحصول على الحماية التي قرّرتها أو ستقررها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى الأكثر رعاية، بالتالي هذا الشرط يستوجب وجود ثلاثة (03) عناصر:

- الدولة (أ) الملتزمة بمبدأ الدولة الأولى بالرعاية Etat concédant
- الدولة (ب) المستفيدة من هذا المبدأ Etat bénéficiaire

وهما الدولتان اللتان وقّعتا على الاتفاقية المتضمنة لشرط الدولة الأولى بالرعاية.

- الدولة الثالثة (ج) هي الدولة الأكثر رعاية، يتمتّع رعاياها بأفضل حماية يتلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة بالشرط، وهذه الدولة لا شأن لها بالعلاقة التي ترتبط بين الدولة الملتزمة بالشرط والدولة المستفيدة منه، إلاّ أنّ رعاياها سيستفيدون من نفس الحماية التي تمنحها أو ستمنحها الدولة (أ) للدولة (ب)[1].

يقتضي مبدأ الدولة الأولى بالرعاية ألاّ تقل حماية رعاية الدولة المتعاقد معها عن تلك الحماية الممنوحة لرعايا دولة أخرى، فهذا المبدأ يفعّل بتضمين حقوق للمستثمر الأجنبي وردت في اتفاقية بين الدولة المضيفة ودولة أخرى غير دولة جنسية المستثمر الأجنبي، حيث تتعهّد الدولة المضيفة بأن تمنح لهذا المستثمر معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك المعاملة التي تمنحها لمستثمرين أجانب يحملون جنسية أخرى[2].

تهدف قاعدة الدولة الأولى بالرعاية إلى حماية استثمارات الدولة المستفيدة من أيّ تمييز بينها وبين البلدان الأخرى، وحماية مستثمري هذه الدولة من سوء المعاملة التي قد يتعرّضون لها والتي قد تؤثّر على الوضعية التنافسية للدولة المستفيدة، ولمّا كان الهدف من هذه القاعدة في المعاملات التجارية هو حماية الفرص التنافسية، فإنّ الغرض منها في مجال

1- **أوديع نادية**، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الاتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 22.

2- **هبة نزاع**، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص ص 128 و 129.

الاستثمار يكمن في حماية حقوق المستثمرين الأجانب[1]. لكن هذه القاعدة لا تتضمن تحديدا مسبقا للحقوق والمزايا التي تلتزم الدولة المضيفة بمنحها للمستثمرين التابعين للدولة المستفيدة منها، بل تكتفي فقط بوضع مبدأ عام بموجبه تتعهد الدولة المضيفة بأن تمنح لهم تلقائيا نفس الحقوق والامتيازات التي استفادت منها دولة أخرى متعاقد معها[2].

بالرغم من كل ذلك، يبقى تطبيق قاعدة الدولة الأولى بالرعاية ليس بالأمر السهل نظرا لاتّساع مجال نشاط الشّركات المتعدّدة الجنسيات وصعوبة الاعتماد على معيار الجنسية كأساس للتمييز بينها، إضافة إلى صعوبة تحديد الدولة التي استفادت من أحسن التسهيلات والامتيازات وعدم وضوح مضمون الحماية التي توفرها للاستثمارات.

إلى جانب عدة انتقادات وجهت لهذه القاعدة أبرزها تكمن في:

- أن الجمع بين شرط المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية صعب التحقيق[3].

- أن هذا الشرط شامل، فهو لا يحدّد الحقوق والامتيازات بصفة مباشرة إنما يكتفي بالإقرار بها فقط.

- أن هذا المبدأ يرتبط بأفضل معاملة تتلقاها الاستثمارات في الدولة المضيفة وهذه المعاملة تختلف من دولة إلى أخرى، ما يجعله لا يحقق المساواة والتوازن في المعاملة بين استثمارات البلدان المتعاقدة.

- أن هذا المبدأ غير مباشر فهو لا يمنح للمستثمرين الأجانب الحقوق والضمانات المقررة لمستثمري دولة أخرى بصفة آلية، إنما يكفل لهم الحق بالمطالبة بها فقط.

- أن الدولة المضيفة قد تلجأ إلى سياسة الإجحاف في منح الامتيازات والضمانات لصالح مستثمري بلدان أخرى[4] .

1- **عماري محمد نذير**، "تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على منازعات عقود الاستثمار"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، ص 794، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

2-**CNUCED**, « Le traitement de la nation la plus favorisée », Op.cit, P 1.

3- **عيبوط محند وعلى**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية بالجزائر، مرجع سابق، ص 279.

4 - **العايب عبد العزيز**، مرجع سابق، ص ص 15 و 16.

قامت لجنة القانون الدولي بدراسة مسألة تحديد التاريخ الذي يبدأ فيه مبدأ الدولة الأولى بالرعاية في إنتاج آثاره القانونية اتّجاه أطرافه، وبعد دراسة مطولة للشرط المقترح توصّلت اللجنة إلى تبني نصّ المادة 15 من مشروع المواد المقترح عام 1974 والمثبت في المشروع النهائي عام 1978[1]، والذي جاء فيه أنّ الشرط لا ينتج آثاره إلاّ بتوافر عنصرين أساسيين هما: أن يكون شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتّفاق مكتوب لا يتخلّله أيّ عيب من عيوب الإرادة ساري المفعول ونافذا، وأن يقع التزام على الدولة المانحة بتقديم منح ومزايا أو معاملة تفضيلية لفائدة الدولة الغير. وفي حالة الشرط المشروط لا بدّ من توافر عنصر ثالث وهو تحقق شرط التبادلية[2].

تنتهي أو تتوقّف آثار شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط، من تاريخ انقضاء أو توقف تطبيقه في الاتفاقية الأساس المتضمنة للشرط، أو من تاريخ انقضاء أو توقف المعاملة التفضيلية الممنوحة من الدولة المانحة إلى الدولة الغير، إذا كان هذا التاريخ سابقا.
أمّا شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط، فتنقضي أو تتوقف آثاره من التاريخ المحدّد سابقا، أو من تاريخ انقضاء أو توقف المزايا التبادلية بين الدولة المانحة والدولة المستفيدة إذا كان هذا التاريخ سابقا[3].

لكن كثرة التّعامل بهذا الشرط سيؤدي إلى عدم المساواة مع البلدان الأخرى، ومن شأنه أن يمنع منح امتياز تريد الدولة منحه لدولة أخرى، لأنها ستضطر لمنح نفس الامتياز للدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية، وإن كانت هذه الأخيرة ليست المعنية بالامتياز أصلا. كما أنّ زيادة عدد البلدان الأجنبية المستفيدة من هذا الشرط سينتج عنه انحصار النصوص التي تحدّد نطاق هذا الشرط، إلى الحدّ الذي يصبح فيه خاليا من أيّ

1- **نجاح عصام & حوالة محمد الصالح**، "ماهية شرط الدولة الأولى بالرعاية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية، والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 57، العدد 4، 2020، ص 419. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2 -**USTOR Endre**, «Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée » Doc, A/CN.4/213, Annuaire de la C.D.I, Vol 02, 1969, P 121.

3- **Annuaire de la CDI**, Document A/C.N.U/SER.A/ADD, 1978, Vol 2, 12éme Partie, P P 19 et 20.

مضمون محددّ، والدولة المستفيدة لن تحصل إلاّ على الحدّ الأدنى من الحقوق والامتيازات المقرّرة لأيّ أجنبي في الدولة المضيفة والتي يضمنها العرف الدولي[1].

المطلب الثاني

تكريس شرط الاستقرار التشريعي خدمة لمصالح الأطراف في عقود الاستثمار

تتضمن اتفاقيات الاستثمار أحكاما تكفل للمستثمر الأجنبي الحماية القانونية، فهي تتضمن التزامات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة كشرط التجميد للنص التشريعي أو ما يعرف بـــ "شرط الاستقرار التشريعي". كما يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج هذا الشرط في عقد الاستثمار المبرم بينه وبين الدولة المضيفة، بحيث لا يسري على هذا العقد إلاّ القانون الذي كان ساريا وقت إبرام العقد، وتستبعد كافة التعديلات التي لحقت به، فالمستثمر الأجنبي يسعى دائما لعزل القانون عن العقد، حتّى لا تقوم الدولة المضيفة باعتبارها سلطة عامة بتعديل الحقوق التعاقدية لصالحها والإضرار بمصالح المستثمر، وحتّى يضمن هذا الأخير مردودية وأنّ الاستثمار يبقى خاضعا للشروط التي أنجز فيها[2].

إنّ الحديث عن تكريس شرط الاستقرار التشريعي في اتفاقيات وعقود الاستثمار، يتطلب التطرق إلى تحديد دور هذا الشرط في حماية المصالح المتعارضة للأطراف المتعاقدة (**الفرع الأول**)، وعرض أهم القضايا التحكيمية التي عالجت مسألة تأثير هذا الشرط على السلطة التشريعية للدولة المضيفة (**الفرع الثاني**).

1 - **نجاح عصام & حوالة محمد الصالح**، مرجع سابق، ص 421.
2- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 134.

الفرع الأول

دور شرط الاستقرار التشريعي في حماية المصالح المتعارضة بين الأطراف

يعتبر الحق في إصدار القوانين حق سيادي للدولة فهي تملك الحق في إصدار مختلف التشريعات التي تراها مناسبة وفي أي قطاع تريد، كما لها الحق في تعديل أو إلغاء هذه التشريعات، إلاّ أنّ المستثمر الأجنبي عادة ما يطالب بالاستقرار التشريعي ويتخوف من التعديلات المتكررة للنصوص القانونية خاصة تلك التي تتم بصورة عشوائية ودون دراسة مسبقة[1].

أمام هذه المطالب لم تجد البلدان المضيفة حلا بديلا سوى ضرورة تكريس شرط الاستقرار التشريعي في تشريعاتها الداخلية وفي اتفاقيات الاستثمار وحتى في عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمر الأجنبي لتوفير ضمانة أكثر لهذا المستثمر **(أولا)**. رغم اختلاف وجهات النظر حول فعالية هذا الشرط ومدى نجاعته في خدمة المصالح المتعارضة لكل من الدولة والمستثمر **(ثانيا)**.

أولا: شرط الاستقرار التشريعي ضمانة للمستثمر الأجنبي:

يعرّف شرط الاستقرار التشريعي أو ما يعرف بـــ "شرط الثبات التشريعي" على أنّه: ***"الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد، وفي تعديل القواعد القانونية النّافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام هذا العقد على نحو قد يخل بالتّوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية"*** [2].

1- **والي نادية**، مرجع سابق، ص 223.

2- نقلا عن **حديدي عنتر & عكروم عادل**، "شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، المجلد الثاني، العدد 8، 2017، ص 660. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

كما يعرّف على أنّه: ***"ذلك الشرط الذي تتعهّد به الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أيّ تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الأجنبية"*** [1].

يعتبر شرط الاستقرار التشريعي من الضمانات المكرّسة في اتفاقيات الاستثمار لصالح المستثمر الأجنبي، حيث يسمح له من الاستفادة من المزايا الممنوحة له أثناء إنشاء الاستثمار رغم التعديلات والمراجعات التي قد تطرأ على قانون الاستثمار بالدولة المضيفة. كما أنّ اتفاقيات الاستثمار الثنائية تنشئ حقوقا والتزامات بين الدولتين المتعاقدتين، فلا يمكن تعديل أو إلغاء محتواها بالإرادة المنفردة لإحدى الطرفين، وهو ما يفسّر تعاظم دور اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار[2].

من بين الاتفاقيات التي أدرجت شرط الاستقرار التشريعي ضمن نصوصها نجد الاتفاقية الجزائرية الفرنسية التي نصّت على ما يلي: ***"في حالة ما إذا كان تشريع أحد الطرفين المتعاقدين ينص على ضمان للاستثمارات التي تتم بالخارج، فإنّ هذا الضمان يمكن أن يمنح، من خلال دراسة كل حالة على حدة، للاستثمارات التي تتم من مواطني أو شركات هذا الطرف على الإقليم أو المنطقة البحرية للطرف الآخر.***

لا يمكن لاستثمارات مواطني أو شركات أحد الطرفين المتعاقدين على الإقليم أو المنطقة البحرية للطرف الآخر، الاستفادة من الضمان المشار إليه في الفقرة أعلاه إلا إذا حصلت مسبقا على موافقة هذا الطرف الأخير" [3].

نصّت أيضا المادة 21 من اتّفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي على أنّه: ***"يستمر نفاذ مفعول هذه الاتفاقية لمدة عشر سنوات بالنسبة للحقوق المكتسبة والالتزامات المترتبة في ظلها، في حالة حدوث أي نزاعات بين دول اتحاد المغرب العربي وعند انتهاء العمل بهذه الاتفاقية، وفي حالة وجود عقود في مرحلة***

1- نقلا عن **كسال سامية**، "التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي (مستجدات القانون رقم 16-09 لمواجهة هذا العائق)"، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، 2018، ص 452. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **والي نادية**، مرجع سابق، ص 235.

3- أنظر المادة 7 من الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية بشأن تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سابق.

التنفيذ اتفق عليها أثناء سريان مفعول الاتفاقية أو وجود مدفوعات تتعلّق بتلك العقود وتستحق التسديد، فإن تلك العقود والمدفوعات تخضع لأحكام هذه الاتفاقية وتتمتع بما تضمنه من حقوق وما ترتبه من التزامات".

يعدّ تكريس شرط الاستقرار التشريعي في الاتفاقيات المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات ضمانة إضافية للمستثمر الأجنبي، تضاف إلى الحقوق والمزايا الممنوحة له في إطار هذه الاتفاقيات. واستجابة لمطالبه فهو عادة ما ينادي بضرورة اعتماد الدولة لهذا الشرط، وهو ما سيخلق لديه نوعا من الثقة والاطمئنان عند قدومه للاستثمار في إقليم الدولة الطرف في الاتفاقية المتضمنة لشرط الاستقرار التشريعي، لأن خرق هذه الدولة لالتزامها التعاقدي سيرتب مسؤوليتها الدولية. كما يخدم هذا الشرط مصالح الدولة المضيفة إذ يشجع المستثمرين الأجانب للقدوم إليها واستثمار رؤوس أموالهم داخل إقليمها، ما سيساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها.

عُرفت شروط الاستقرار التشريعي أوّل مرّة في عقود التّنقيب عن البترول والغاز والتعدين، في السّتينيات من القرن الماضي، خاصة في عقود البلدان الرامية إلى تحقيق التّقدم. وهذه الشروط اعْتُمدت كوسيلة تقييد لسلطة الدولة في ممارسة سلطاتها التشريعية، نظرا لتأثير القوانين واللوائح التي يمكن أن تصدرها على النّظام المالي، ومن ثمّ على التوازن العقدي، من خلال زيادة الضرائب والرسوم المفروضة على المستثمر الأجنبي، بعد أن يثبت وجود مخزون نفطي أو معدني في المراحل التّي تلي الاكتشافات الأولية. ومع اتّساع عقود الدولة، اتّسع نطاق هذه الشروط ليشمل عقود إنشاء الطرق والمطارات والسكك الحديدية، وتراخيص إنشاء شبكات اتّصالات، ومشاريع المياه ومشاريع توليد الطاقة، ... وهو ما أدّى إلى تطوّر صياغة ونطاق هذه الشروط[1].

تتضمّن شروط الثبات التشريعي تعهّدا من قبل الدولة المضيفة الطرف في عقد الاستثمار، بتثبيت القواعد الواجبة التطبيق على هذا العقد سواءً القواعد القانونية، أو الاقتصادية أو المالية، فيكون المستثمر الأجنبي في منأى عن أيّ تعديل تشريعي لاحق قد

1- **هبة هزّاع**، مرجع سابق، ص ص137 و 138.

يمسّ هذه القواعد. ويمكن أن يمسّ هذا التّعهد (الثبات التشريعي) كافة القواعد المطبّقة على عقد الاستثمار أو البعض منها كأن يقتصر التثبيت على تصدير رأس المال، أو على النظام الضريبي للمشروع الاستثماري فلا يتم تعديل قواعد تحديد الوعاء الضريبي وتحصيله ومعدّله بعد إبرام العقد، كما لا يخضع المشروع للضرائب والرسوم المستحدثة أثناء سير عقد الاستثمار. ولشرط الثبات التشريعي تطبيقات عملية متعدّدة خاصة في عقود الاستثمار ذات الأهمية للاقتصاد الوطني (البترول، التعدين) [1]، ومن أمثلة ذلك العقد المبرم بين دولة توغو وشركة مناجم بينين الذي يقرّر أنّه: ***"في حالة التي تطرأ فيها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توغو المستقلة، فإنّ هذه الأخيرة تتعهّد بأن تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم بينين الاستفادة من الأحكام السابقة المتعلّقة بنظام المواد المنجميّة وحقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة، هذا ما لم تتمسّك تلك بالأحكام الجديدة"***، وكذلك العقد المبرم بين الكاميرون وإحدى شركات البحث عن النفط واستغلاله الذي ينص على أنّه: ***"لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة، التعديلات التي تطرأ على أحكام النّصوص المذكورة في ما بعد خلال مدّة الاتّفاق"*** [2].

يتخّذ شرط الثبات التشريعي أحد الشكلين: الشكل الأوّل، أن يكون شرطا تشريعيًّا clause législative، إذا ورد ضمن النّصوص التشريعية الخاصة بالاستثمار للدولة المضيفة التي ستبرم عقدًا أو اتفاقا مع الطرف الأجنبي، فتتعهّد بموجبه أن لا تعدّل أو تلغي أيّ قانون من القوانين الواجبة التطبيق على العقد أو الاتفاق.

فالدولة بإدراجها هذا الشرط ضمن نصوصهَا التشريعية، تعطي ضمانة للمستثمر الأجنبي ضدّ أيّ تغيّر قد يطرأ على تشريعاتها الداخلية في المستقبل[3]، وهو ما كرّسه المشرّع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، والذي نصّ فيه على أنّ المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل، لا تطبّق على

1- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، مرجع سابق، ص ص171 و 172.
2- لمزيد من التطبيقات، أنظر: **دريد محمود السامرائي**، مرجع سابق، ص 241.
3- **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار – دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 95.

الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي، إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحةً[1].

أكدّ المشرع على هذه الضمانة في الأمر رقم 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار (ملغى جزئيا)، بنصّه على: ***"يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخصّ المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير الاستثمارات، وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدّة وبالشروط التي منحت على أساسها"*** [2].

ليأتي قانون الاستثمار الجديد رقم 16-09، ويؤكّد مرّة أخرى على تكريس هذه الضمانة لطمأنة المستثمرين وإزالة المخاوف التي قد تراودهم إزاء مصير استثماراتهم، من خلال ما نصّت عليه المادة 22 منه: ***"لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"***.

من خلال هذه المادة، يتضّح أن المشرّع الجزائري لم يكتف بضمان الاستقرار التشريعي للمستثمر، من خلال الامتناع عن تطبيق أيّ تعديل أو إلغاء للقانون على الاستثمار المنجز في إطاره، بل أضاف ضمانة أخرى وهي إمكانية استفادة المستثمر من التشريع الجديد إذا تضمّن امتيازات إضافية، وذلك بطلب من المستثمر نفسه، بمعنى تطبيق القانون الأصلح له، إذا طلب ذلك صراحة[3].

أمّا الشكل الثاني، أن يكون شرطا عقديًّا أو اتفاقيًّا clause conventionnelle إذا ورد ضمن بنود عقد الاستثمار ذاته، فينصُّ صراحة أنّ القانون الواجب التطبيق على العقد عندما

1- تنص المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 64، صادرة بتاريخ 10 أكتوبرى1993 (ملغى)، على أنّه: ***"لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلاّ إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"***.

2- أنظر المادة 29 من الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001،يتعلّق تطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 (ملغى جزئيا).

3- **حديدي عنتر & عكروم عادل**، مرجع سابق، ص661.

يثار نزاع بين طرفيه، هو ذلك القانون بأحكامه وقواعده النافذة أو السارية وقت إبرام العقد محل المنازعة، ولا يطبق عليه أيّ تعديل أو إلغاء لاحق قد يطرأ على هذا القانون[1].

تلتزم الدولة المضيفة طيلة مدّة العقد بغلّ يدها، فلا تجري أيّ تعديل على العقد، فهذا الأخير يحكمه القانون الذي أبرم في ظلّه، ولا يطبّق عليه القانون الجديد ولو كان أصلح للمستثمر، إلاّ إذا وجد اتّفاق يقضي بغير ذلك[2]. ومن أمثلة ذلك اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر مع بعض المستثمرين الأجانب كاتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيلكوم[3]، والتي نصّت في المادة 6/1 منها على أنّهُ: ***"إذا تضمّنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النّظام المقرّر في هذه الاتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النّظام شريطة استيفاء الشروط المقرّرة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية"***. كما تمّ التوقيع على اتفاقية للاستثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (A.P.S.I)، وشركة LNM :Holding N.V في سنة 2002[4]، إلاّ أنّه لم ينشر مضمونها.

إن الالتزامات والتعهّدات التي وردت في نصوص الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع بعض المستثمرين الأجانب، والمتعلقة بشروط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالعقد، تعدّ التزامات صادرة عن الدولة الجزائرية نفسها، وليست صادرة عن مجرّد أجهزة أو هيئات أو مؤسّسات أو شركات تابعة لها، وهي تدخل ضمن مسعى الدولة لتحفيز المستثمرين الأجانب على القدوم للاستثمار في الجزائر من خلال منحهم حماية وضمانة أكثر، كما تعدّ تعهدّا من جانب هذه الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي بعدم تطبيق القوانين

1- **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ...، مرجع سابق، ، ص 94.
2- **كسال سامية**، "التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار..."، مرجع سابق، ص 454.
3- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها من جهة، وبين شركة أوراسكوم تيلكوم الجزائر، موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 0101-416، المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2001، ج.ر.ج.ج عدد 80، الصادرة بتاريخ 26 ديسمبر سنة 2001.
4- اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (A.P.S.I) و شركة LNM :HOLDING N.V، موافق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-08، المؤرخ في 03 أفريل سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 22، الصادرة بتاريخ 03 أفريل سنة 2002.

الجديدة على الاستثمارات التي شُرع في إنجازها، وعدم المساس بأحكام العقد المبرم[1]، إلاّ إذا اتفّق على غير ذلك.

هذا من شأنه الحدّ من السلطات والصلاحيات السيادية للدولة المضيفة في إصدارها أو تعديلها للقوانين التي تراها مناسبة لتنفيذ وتطوير سياستها التنموية، ما يعكس القوة الاقتصادية والوزن الثقيل للمستثمر الأجنبي الذي قد يفوقها نظرا لما يملكه من رأس مال ضخم وتكنولوجيا عالية، هذا ما يبرّر رضوخ الدولة لشروطه[2].

ثانيا: مدى فعالية شرط الاستقرار التشريعي في تحقيق الموازنة بين الأطراف في عقود الاستثمار:

إنّ الحديث عن دور شرط الثبات التشريعي، وعن مدى اعتباره تكريسا لمبدأ الحرّية التعاقدية، أم قيدا على سيادة الدولة وممارسة سلطاتها، يستوجب التّساؤل حول مدى صحة هذا الشرط وفعاليته وآثاره[3]، وهي مسألة أثارت جدلا كبيرا في الأوساط الفقهية وأمام هيئات التحكيم، باعتبار أن الأمر يتطلب التوفيق بين الحق السيادي للدولة المضيفة الذي يخوّل لها سلطة تعديل أو إلغاء مختلف التشريعات والقوانين من جهة، واحترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الحقوق المكتسبة من جهة أخرى، ما يعني احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية اتجاه المستثمر الأجنبي وتجريدها من ممارسة سلطاتها ومختلف صلاحياتها[4].

1- **إقلولي محمّد**، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2006، ص ص 102 و 103. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **كسال سامية**، "دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجا"، الملتقى الدولي السادس عشر حول "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربيّة" المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التّشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة خضير، بسكرة، ص ص 184 و 185.

3- **بن احمد الحاج**، "شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 05، المجلد 02، 2017، ص 536. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

4- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 192.

لدراسة مدى صحة وفعالية شرط الثبات التشريعي، ظهرت ثلاث اتجاهات هي: اتّجاه مدافع عن صحة هذا الشرط باعتباره محققا للأمان القانوني، اتّجاه معارض له واعتباره قيدًا يحدّ من سيادة الدولة وصلاحياتها، واتجاه توفيقي بينهما.

1- **الاتجاه المدافع عن شرط الثبات التشريعي:** ينتمي هذا الاتجاه إلى فئة المدافعين عن المستثمر الأجنبي والمطالبين بتدويل عقود التجارة الدولية[1]. فحسب هذا الاتجاه تكمن الغاية من إدراج شرط الثبات التشريعي في تحقيق الاستقرار والأمان القانونيين، والحفاظ على توقعات الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة، فكلّ تعديل أو إلغاء للقانون الساري وقت إبرام العقد، قد ينتّج عنهُ قلب موازين التوازن العقدي لصالح الدولة وإلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي.

وباعتبار أنّ نية الأطراف المتعاقدة وقت إبرام العقد، اتّجهت إلى اختيار قانون معيّن، فإنّ القواعد الجديدة التي تطرأ على القانون الساري تعتبر قواعد غير مألوفة بالنسبة للطرف الأجنبي، كما أنّ الأخذ بالتعديلات والإلغاءات التي قد تطرأ على القانون الساري تجعل المتعاقدين أمام قانون آخر بمضمون وأحكام جديدة، غير تلك المختارة وقت إبرامهم للعقد، وربما لو كان القانون بعد تعديله أو إلغائه هو القانون الساري لحظة إبرام العقد، لرفضه المستثمر الأجنبي ليكون قانون العقد، أو رفض حتّى الاستثمار والتعاقد من البداية، لعدم تماشي تلك الأحكام مع مصالحه الاقتصادية[2].

استند هذا الاتّجاه إلى فكرتين تقومان على استقلالية العقد ونظرية العقد الدولي الطليق ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فالدولة عند تعاقدها مع شخص أجنبي خاص فإنّها تتعاقد معه على قدم المساواة وتتنازل عن ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، وهو الدليل على وجود وصحة فعالية شرط الاستقرار التشريعي، والدولة التّي أدرجت هذا الشرط في العقد

1- **سعد الدين أمحمد**، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 200.
2- **بن احمد الحاج**، مرجع سابق، ص ص536 و 537.

المبرم مع الطرف الأجنبي، لا يمكنها المساس بهذا العقد، تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود[1].

كما أن البعض، يرى أنّ أيّ تعديل أو إلغاء انفرادي لشروط العقد يعدّ عملاً غير مشروع دوليًّا، باعتبار أنّ هذه العقود يحكمها القانون الدولي وليس القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وأيّ خرق لهذه الشروط يرتّب المسؤولية الدولية للدولة المضيفة. هذا ما جعل العديد من الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمارات تؤكد صحة وفعالية شروط الاستقرار في هذه العقود، ما يمثّل اعترافا وتكريسًا للممارسة التعاقدية في القانون الاتفاقي[2]. وإن كانت عقود الدولة في مجال الاستثمار تشير إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، إلاّ أنّه نادرا ما يتم ذلك خاصة إذا كانت دولة نامية، وذلك في سياق تطبيق المادة 42 من معاهدة واشنطن والتي تحيل إلى التحكيم الدولي لحلّ النزاعات المتعلقة بالاستثمار[3].

لم يسلم الاتّجاه المدافع عن شرط الثبات التّشريعي من الانتقاد، نظرا لاستناده على نظرية "العقد الطليق" أو ما يعرف بـــ "تحرير العقد من القانون"، فلا يمكن تصوّر عقد بلا قانون. وباعتبار أن هذا الاتّجاه يحرّر العقد من الخضوع لأيّ قانون خاصة قانون الدولة المضيفة، فهذا لا يمنع الدولة المضيفة من ممارسة سلطاتها وامتيازاتها، حتّى وإن أخضع العقد للقانون الدولي فشروط الثبات التشريعي لا يمكن أن تؤدي إلى تدويل عقود الدولة[4].

ومع التطوّر الذي شهدته الممارسة التعاقدية، أدّى ذلك إلى التقليل من تطبيق قواعد القانون الدولي التقليدي والتقليل من خطورة شروط الاستقرار التشريعي، فكون عقود الدولة تستغرق عملية تنفيذها مدّة طويلة، ويمكن أن تواجهها عدّة ظروف، هذا يجعل الأطراف

1- **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار...، مرجع سابق، ص 113.
2- **إقلولي محمّد**، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة..."، مرجع سابق، ص 108.
3- تنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"تفصل محكمة التحكيم في النّزاع وفقًا لقواعد القانون المختارة من الأطراف. وفي حالة عدم وجود اتّفاق بين الأطراف، فإنّ المحكمة تطبّق قانون الدولة المتعاقدة الطرّف في المنازعة، بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدولي المتعلّقة بالمنازعة المعروضة عليها"***، مرجع سابق.
4- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار...، مرجع سابق، ص 193.

المتعاقدة تتفّق على إعادة التّفاوض بشأنها بعد مدّة معيّنة[1]، وهو ما يوافق نوعا ما الاتّجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي.

2- **الاتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي:** يستند الاتّجاه الرافض لشرط الثبات التشريعي على طبيعة العقود محلّ الدراسة، فباعتبار الدولة احد أطرافها الأولى تغليب الاعتبارات السّيادية، ما يعطي للدولة المضيفة الحق في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة كلّما اقتضت المصلحة العامة ذلك، بغضّ النظر عن ما إذا كان العقد تضمن شروط الاستقرار التشريعي، فهذه الأخيرة لا تشكل قيدًا على إرادة الدولة المضيفة وممارستها لسلطاتها[2].

على عكس الاتجاه الأوّل الذي يعطي الأولوية لاحترام مبدأ سلطان الإرادة وفردية العقود وثباتها، نجد هذا الاتّجاه يستند على أسس متنوعة سياسية، وقانونية، واقتصادية، وأهمّ نقطة يرتكز عليها تتمثل في هدف الدولة من وراء إبرام هذه العقود، وهو تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال السيطرة الكاملة على مواردها، والاستفادة من التكنولوجيا المتقدمة التي هي بحوزة البلدان المتقدمة، وهو أمر لا يمكن تحقيقه إلاّ من خلال تجاوز النظريات القانونية التقليدية، أو على الأقل تعديلها وإحلال مكانها نظريات جديدة تتماشى مع التطوّرات الحاصلة في مختلف الميادين، وتحقيق المساواة بين الأطراف المتعاقدة[3].

يرى الأستاذ أحمد محيو أن شروط الاستقرار التشريعي أصبحت غير مؤثرة، وإدراجها في العقود قد يبعث الشكّ وعدم الثقة بين الأطراف المتعاقدة، فالطرف الأجنبي قد يعتقد أنّ الدولة الطرف ستلجأ إلى تعديل تشريعاتها لتحقيق مصالحها ولو على حسابه، ما قد يخلق جوّ غير مناسب بينهما ولا يساعد على اللجوء إلى التحكيم[4]، وحتّى أصحاب الرأي القائل أنّ هذه الشروط من النّظام العام الاقتصادي، وهي من مظاهر القانون المادي

1- **إقلولي محمد**، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة..."، مرجع سابق، ص 113.
2- **سعد الدين أمحمد**، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، مرجع سابق، ص 202.
3- **سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007، ص 60.
4- **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار...، مرجع سابق، ص 118.

أو الموضوعي للتجارة الدولية، أصبحوا ينادون بعدم أهمّيتها في العقود وأنّ مصيرهَا الزوال[1].

رغم وجاهة هذه الآراء، إلاّ أنّ هذا الاتّجاه لم يسلم هو الآخر من النّقد، حيث اعتبر الفقيه Jean Flavien Lalive النظام الذي يجيز لأحد الأطراف المتعاقدة التنصّل من كامل الالتزامات الملقاة عليه وبكلّ حرّية، يؤدي في نهاية الأمر إلى حلول رابطة التبعية والخضوع محل الرابطة العقدية، ويكون ضحيتها الطرف الضعيف في العلاقة، ما يؤدي إلى ظهور نوع جديد من أشكال النظام الإقطاعي، لذا وصف هذا الاتّجاه بالهدّام، نظرًا لتأثيره السلبي على ترقية التجارة الدولية وعلى التنمية[2] ، ما سيؤثر سلبًا أيضًا على المعاملات الاقتصادية الدولية.

والأجدر على الدولة المضيفة أن لا تمارس حقّها في التعديل أو الإلغاء بصفة مطلقة، إلاّ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وأن لا تلحق الضرر بالطرف الأجنبي، إذ يجب أن يتمّ وفق مفاوضات بين الطرفين في إطار التعاون وضرورة التوفيق بين المصالح المتضاربة، وفي حالة ما لجأت لذلك، وجب عليها تقديم تعويض عادل للمستثمر الأجنبي جرّاء ما لحقه من خسائر[3] ، وهو ما ينادي إليه أنصار الاتّجاه الثالث.

3- **الاتجاه التوفيقي بين سيادة الدولة والحرية التعاقدية:** أقرّ جانب من الفقه والقضاء حديثًا، أنّ الحلّ الأمثل الذي من شأنهِ التوفيق بين مصالح الأطراف المتعاقدة، لا يكون بمعارضة شرط الثبات التشريعي والإقرار ببطلانه، كما لا يكون بإنكار حق الدولة في المساس بالعقد من خلال تعديل أو إلغاء تشريعاتها، إنّما يكون بتحويل دور هذا الشرط من شرط يهدف إلى تجميد دور الدولة وتقييد سلطاتها إلى شرط يلعب دور الشرط الجزائي المعروف في إطار النظرية العامة للالتزامات.

1- **إقلولي محمّد،** "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة..."، مرجع سابق، ص 117.
2- **سعد الدين أمحمد،** العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مرجع سابق، ص 60.
3- **إقلولي محمّد،** النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 245 و 246.

بالتالي، فإن أيّ تدخل من قبل الدولة المتعاقدة والذي من شأنه المساس ببنود العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي، يجب أن يقابلهُ تعويض عادل للمستثمر الأجنبي لتغطية الضرر الذي لحقه، وهو الأمر الذي يحدث عند لجوء الدولة إلى إجراء تأميم المشروعات الأجنبية القائمة على أراضيها[1].

كما حاول البعض وعلى رأسهم الأستاذ WEIL، التوفيق بين مسألة سيادة الدولة ومسألة الحرية التعاقدية، من خلال طرح فرضيتين هما:

الفرضية الأولى: في حالة ما إذا كان العقد المبرم يخضع للنظام القانوني الوطني للدولة المضيفة ويستمد قوته منهُ، فإن النظام الواجب التطبيق على العقد هو الذي يحدّد القيمة القانونية لشرط الثبات التشريعي ومدى صحته، وفعاليته، والآثار المترتبة عليه، كما أن التعديلات الجديدة للقوانين تطبق بأثر فوري على هذا العقد، وفي حالة خرق الدولة لهذا الشرط تترتّب مسؤوليتها الدولية.

الفرضية الثانية: في حالة ما إذا كان العقد المبرم يخضع للقانون الدولي، فإنّ هذا الأخير هو الذي يحدد القيمة القانونية لهذا الشرط والآثار المترتبة على عدم احترامه من قبل الدولة المتعاقدة، ويرى الأستاذ WEIL أنّ عدم احترام الدولة لشروط الاستقرار يترتّب عنه المسؤولية الدولية لهذه الدولة اتّجاه المستثمر الأجنبي، باعتبار أن الدولة مسؤولة دوليا عن خرقها لالتزاماتها الدولية، ما يظهر القيمة القانونية الملزمة لهذهِ الشروط[2].

في إطار التوفيق بين الحق السيادي لدولة من جهة، وحماية حقوق المستثمرين الجانب من جهة أخرى، ذهب غالبية الفقه إلى ضرورة اللجوء إلى "إعادة التفاوض"، حيث يرى الأستاذ "عيبوط محند وعلي" أنّه: **"إذا كانت شروط التجميد التشريعي تندرج في إطار سيادة الدولة التشريعية ويمكن للدولة الاعتماد عليها كضمانة إضافية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية للتنمية الاقتصادية، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، يمكن**

1- **بن أحمد الحاج**، مرجع سابق، ص ص 539 و 540.
2- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 193 و 194.

للدولة في مجال العلاقة العقدية اشتراط إعادة التّفاوض حول بعض بنود العقد وذلك بإدراج شرط "إعادة التفاوض" من أجل الحفاظ على المصلحة العمومية من جهة وضمان استقرار العلاقة العقدية في العقود الطويلة الأمد من جهة أخرى.

من أجل منح المستثمرين الأجانب ضمانات في إطار العلاقة العقدية، يمكن الاتفاق حول احترام المبادئ العامة عند تنفيذ التزام إعادة التّفاوض، كما يمكن الاستفادة من الشروط المعمول بها في مجال القوّة القاهرة التي تعتبر شرط لإعادة التفاوض في التجارة الدولية، ممّا سيسمح للأطراف المتعاقدة بتحقيق تطابق بين العقد والمعطيات الجديدة وتغيّر الظروف وبالتالي تسهيل عملية تنفيذ العقد"[1].

نحن نضمّ رأينا لرأي الأستاذ عيبوط، فبدلا من تجميد النظام القانوني للدولة المضيفة عند إبرامها لعقود أو اتفاقيات الاستثمار، يمكن الاعتماد على شروط أخرى للحفاظ والتوفيق بين مصالح الأطراف المتعاقدة كشرط إعادة التفاوض حول شروط العقد، وشرط الدولة الأولى بالرعاية.

الفرع الثاني

أهم القضايا التحكيمية المعالجة لشرط الاستقرار التشريعي

تعتبر الغاية من إدراج شرط الثبات التشريعي سواء في اتفاقيات أو عقود الاستثمار هي تحقيق الاستقرار والأمان القانونيين وحفظ توقعات المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة، فأيّ تعديل أو إلغاء القانون الساري وقت إبرام العقد قد يؤدي إلى قلب التوازن العقدي وتوجيه اقتصاديات العقد لصالح الدولة وإلحاق الضرر بالمستثمر[2].

لكن رغم تكريس هذا الشرط ذلك لم يمنع البلدان من تعديل قوانينها كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، وسريان تلك التعديلات في مواجهة المستثمرين الأجانب، وهو ما لمسناه في

1- **عيبوط محمد وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص129.

2- **رحموني عبد الرزاق & والي عبد اللطيف**، "شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار"، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، العدد الثاني، 2020، ص ص 143 و 144، متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz.

الكثير من عقود الاستثمار وأكّدت عليه أحكام التحكيم كحكم تحكيم Texaco لسنة 1977 **(أولا)**، وقضية شركة سوناطراك الجزائرية مع شركة أناداركو الأمريكية **(ثانيا)**.

أولا: قضية Texaco

تعتبر قضية Texaco من أشهر القضايا التي تطرّقت لشرط الثبات التشريعي، حيث تتلخص وقائعها في أنّ الحكومة الليبية أبرمت مجموعة من عقود الامتياز مع شركتين أمريكيتين California asiatic oil company et Texaco overseas petroleum company في الفترة الممتدة من ديسمبر 1955 إلى غاية أفريل 1971. وقد نصّ العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي الصادر سنة 1955 في المادة 16 منه على أنّه: ***"الحكومة الليبية سوف تتّخذ كل الإجراءات الضرورية بقصد ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخوّلها لها هذا الاتفاق، وأنّ الحقوق التعاقدية المنشأة صراحة بموجب الامتياز الحالي لا يمكن تعديلها بدون الموافقة المتبادلة بين الأطراف، ويتم تفسير هذا الامتياز وفقا للقانون الحاكم للبترول واللوائح النافذة وقت التوقيع على هذا الاتفاق... وكل تعديل أو إلغاء لهذه القوانين واللوائح لا تؤثر على الحقوق التعاقدية للشركة بدون موافقتها"*** [1].

أصدرت الحكومة الليبية سنة 1973 القانون رقم (66) الخاص بالتأميم، فتم بموجبه تأميم 51 بالمائة من كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة للشركتين الأمريكيتين، وفي سنة 1974 أصدرت القانون رقم (11) وبموجبه قامت بتأميم كل الأموال والحقوق والأصول المملوكة لنفس الشركتين الأمريكيتين.

أخطرت هاتان الشركتين الحكومة الليبية عزمهما على اللجوء إلى التحكيم تنديدا بإجراء التأميم المتّخذ ضدّهما ولحسم النزاع القائم، عملا بنص المادة 28 من عقود الامتياز المبرمة بينهما وبين الحكومة الليبية[2].

رفضت الحكومة الليبية اللجوء إلى التحكيم ما جعل الشركتان الأمريكيتان تعرضان النزاع على محكمة العدل الدولية، والتي عيّنت المحكم Dupuy للنظر في القضية. وهو

1- **عماني خديجة & علاق عبد القادر & بن شنوف فيروز**،"آثار مبدأ الثبات التشريعي على عقود استثمار البترول"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 7، العدد 1، 2021، ص 2805، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 186.

الذي تطرق إلى صحة شروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عليها وخلص إلى النتائج التالية:

- أنّ الدولة من حقّها اتخاذ إجراءات التأميم فهو حق من حقوقها السيادية، لكنّها مقيّدة بعدم الإخلال بالتزاماتها الدولية التي تعهّدت بها[1].
- أنّ قرار الدولة بإجراء التأميم وإن كان يعدّ ممارسة لاختصاصاتها من القانون الداخلي، إلاّ أنّه يتضمّن آثارا دولية لمساس إجراءات التأميم علاقة قانونية من علاقات القانون الدولي والتي تعدّ الدولة المؤممة طرفا فيها.
- أنّ الدولة لا يمكنها التمسّك بسيادتها من أجل خرق التعهّدات التي التزمت بها بحرية في إطار السيادة ذاتها، وفي نفس الوقت لا يمكنها التمسّك بإجراءات خاضعة لقانونها الداخلي للمساس بحقوق الطرف المتعاقد معها والذي قام بتنفيذ كامل الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد المبرم بينهما.
- أنّ الاعتراف بالتأميم من قبل القانون الدولي لا يكفي لمنح الدولة الحق في أن تتجاهل تعهداتها، فالقانون الدولي نفسه يعترف للدولة أيضا بإمكانية أن تتعهد دوليّا بعدم مباشرة حقا من حقوقها، في حالة قبولها إدراج شرط الثبات التشريعي في العقد المبرم مع شخص خاص أجنبي.
- أنّ الدولة الليبية قد التزمت بشرط الثبات التشريعي بكل حرية، كما أنّ هذا الشرط الذي يثبت النظام التشريعي واللائحي في مجال البترول منذ تاريخ التوقيع على الاتفاق، لا يمس من حيث المبدأ بالسيادة التشريعية واللائحية للحكومة الليبية.

وتطبيق المادة 16 السالفة الذكر ينحصر فقط على عدم الاحتجاج بمثل هذه الأعمال التشريعية واللائحية في مواجهة الأطراف، الذين التزمت الحكومة اتجاههم بمثل هذا الالتزام وذلك طوال الفترة المتّفق عليها لتنفيذ العقد.

- أنّ شروط الثبات التشريعي تتميّز بطبيعة خاصة استثنائية، ووجود هذا الشرط يرفع عن الدولة تلك السلطات التي يمنحها لها القانون الإداري. فالدولة تلتزم بشرط الاستقرار

1- **عماني خديجة & علاق عبد القادر & بن شنوف فيروز**، مرجع سابق، ص 2805.

والثبات التشريعي، وأيّ تعديل للعقد يرتّب مسؤوليتها ولا يمكنها التمسّك بسيادتها والاستناد إلى إجراءات القانون الدولي لتبرير خرقها للعقد المبرم[1].

انتهى التحكيم في قضية Texaco وصدر القرار بالاعتراف بالقوة الملزمة لشرط الثبات التشريعي، وبالنظر إلى القانون الدولي للعقود فإنّه لا يمكن التمسك بالتأميم ضد العقد المدوّل المبرم بين الحكومة والشركة الأجنبية، فالحكومة الليبية ملتزمة بموجب التزام دولي اتّجاه المستثمر والإخلال بالتزامها يستوجب مسؤوليتها الدولية.

انتقد هذا الحكم كونه يضفي على العقد المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي الصفة الدولية واعتباره يرقى لمرتبة المعاهدة الدولية وهو أمر ينافي الواقع، فالمستثمر الأجنبي سواء كان شخصا اعتباريا أو طبيعيا لا يتمتّع بالشخصية الدولية، بالتالي فالعقد الذي يبرمه مع الدولة لا يرقى إلى مرتبة المعاهدة الدولية، كما أنّه من غير المعقول إغفال إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم واستبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة وتطبيق القانون الدولي العام.

وقد ذهب البعض إلى القول أنّ: ***"النظر إلى المشكلة من منظور القانون الدولي العام تعدّ نظرة مصطنعة لا يبرّرها المنطق القانوني الصرف الذي أوجد عناصر طبيعة وشروط القانون الدولي، فكل ما أريد من طرح فكرة تطبيقه على الاستثمارات -لاسيما النفطية منها- هو محاولة جعل تلك المشاريع بعيدة كل البعد عن القانون الداخلي للدولة التي منحت الترخيص أو الامتياز بالاستثمار على مرفق من مرافقها العامة"*** [2].

ثانيا: قضية شركة "سوناطراك" الجزائرية مع شركة "أناداركو" الأمريكية

من أشهر القضايا التي أثيرت حول شرط الثبات التشريعي، نجد قضية شركة سوناطراك المعروفة في الجزائر مع شركة أناداركو الأمريكية. حيث تتلخص وقائع هذه

1- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات ... ، مرجع سابق، ص ص 186 و 187.
2- **المرضي عوض أميرة**، "النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد، المجلد الأول، العدد الأول، 2020، ص 21، متوفر على الموقع:
Alraafid.com

القضية في النزاع القائم بين الشركة الجزائرية للبترول "سوناطراك" والشركة الأمريكية "أناداركو" بسبب التعديلات التشريعية التي أصدرتها الجزائر بموجب تعديل قانون المحروقات سنة 2006، الذي نصّ على دفع رسوم إضافية عن الأرباح التي حققتها الشركات الأجنبية البترولية كلما تجاوزت أسعار النفط 30 دولار للبرميل، وقد تزامن هذا التعديل التشريعي مع الارتفاع الكبير في أسعار النفط[1].

أغفلت شركة سوناطراك إدراج هذه الرسوم الإضافية على الأرباح التي حقّقتها شركة أناداركو في محتوى العقد الأخير المبرم بينهما سنة 2004، ما جعل هذه الرسوم الإضافية سببا في نشوب النزاع بين الشريكتين منذ سنة 2007. وقد طالبت شركة أناداركو تعويضا ماليا قدره 3 ملايير دولار كانت قد دفعتها في إطار الرسوم على الفوائد الإضافية، على أساس أنّ هذه الرسوم لا تطبق عليها بأثر رجعي باعتبار أنّ عقد الشراكة تم إبرامه منذ سنة 1989 أي سبق تاريخ صدور هذا القرار[2].

شدّدت الشركات البترولية الأجنبية على رأسها شركة أناداركو على عدم قانونية الإجراء المتخذ من قبل شركة سوناطراك نظرا لتطبيقه بأثر رجعي. فسارعت هذه الشركات بعد فشل المفاوضات التي أجريت في 2007 و 2008 إلى اللجوء إلى التحكيم الدولي وبالضبط إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والمحكمة الدولية للتحكيم بباريس، أين طالبت الشركات الأجنبية خاصة شركة أناداركو و ميرسك بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها والتي تصل إلى 3 ملايير دولار على الأقل.

استمرت القضية سنتين لكن بحكم طول الإجراءات وتعقدها ارتأى الطرفان السعي نحو حلّ النزاع بالتراضي، خاصة وأن الجزائر كانت بصدد التحضير لتعديل قانون المحروقات مع نهاية سنة 2011 وفقا لمعطيات جديدة من شأنها تدعيم موقف الشركات الأجنبية، كما أنّ هذه الأخيرة تمتلك مصالح كبيرة بالجزائر يصعب أن تفرط فيها بسهولة[3].

1- **عماني خديجة & علاق عبد القادر & بن شنوف فيروز**، مرجع سابق، ص 2807.

2- **كسال سامية**، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 191.

3- **عبد اللاوي خديجة**، "الاستثناءات الواردة على مبدأ الثبات التشريعي في الاستثمار الأجنبي"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، 2016، ص ص 92 و 93، متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

انتهى النزاع القائم بالتسوية الودية بين الطرفين، حيث تم التوصل إلى اتفاق يقضي بتعويض شركة أناداركو من طرف الجزائر تعويضا عينيا وذلك بتزويدها بكميات إضافية من البترول بقيمة 18 مليار دولار خلال مدة 12 شهرا حسب بيان أصدرته الشركة[1].

كما اتفق الطرفان على تعديل عقد تقاسم الإنتاج الذي أصبح ينص على توفير كميات إضافية من النفط لصالح شركة أناداركو بمبلغ 26 مليار دولار، مع تمديد عقد الشراكة بينها وبين شركة سوناطراك لمدة 25 سنة تحسب من تاريخ إبرام العقد في 23 أكتوبر 1989، على أن تلتزم شركة أناداركو بمواصلة دفع الرسم على الأرباح الاستثنائية. وهذا الاتفاق المبرم بتاريخ 9 مارس 2012 يسري أيضا على باقي الشركات المتمثلة في شركة ميرسك وشركة إتي أوتيل[2].

من خلال ما سبق، نقول أن شركة سوناطراك لم تحترم التزامها بتجميد النص التشريعي الذي أنشأ في ظله العقد، ما أثّر على مصالح الشركات النفطية الأجنبية، فكما تبحث الدولة المضيفة عن جذب روؤس الأموال الأجنبية في مختلف القطاعات يبحث المستثمر الأجنبي عن الحماية والضمان بإدراج مثل هذه الشروط في عقود واتفاقيات الاستثمار.

حسب رأي الخبير الاقتصادي في مجال البترول PERRIN Francis فإنّ شركة سوناطراك لو تلجأ إلى التحكيم الدولي سوف تحكم محكمة التحكيم لصالح شركة أناداركو كونها تستند على أسس قانونية صحيحة وسليمة فهي تدافع عن شرط الثبات الضريبي الذي تضمنه العقد المبرم بينها وبين شركة سوناطراك، وهو نفس الشرط الذي لم تحترمه الجزائر عند فرضها لرسوم إضافية استثنائية بموجب قانون المحروقات لسنة 2006 وتطبيقه بأثر رجعي على عقود البترول[3].

1- **طوطاوي محمد أمين & بلغيث عمارة**، "تفعيل شرط الثبات التشريعي كضمانة حمائية لصالح المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، 2021، ص 726، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **عبد اللاوي خديجة**، مرجع سابق، ص 93.

3- **كسال سامية**، دور شروط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 192.

المبحث الثاني

عن اعتبار الاستثناءات الواردة على المعاملة الاتفاقية آلية لحماية مصالح الدولة المضيفة

لا يمكن أن يتحقق الدور الفعّال للاستثمار على مستوى الواقع إلاّ بضمان احترام معاملته، لذا نجد اتفاقيات الاستثمار تسعى لضمان هذا الاحترام بتخصيصها لنوع مميّز من المعاملات، والتّي يحظى بها المستثمر الأجنبي سواء من خلال تمتّعه بـــ "المعاملة الوطنية" أو "معاملة الدولة الأولى بالرعاية"، على أن تتم هاتين المعاملتين في إطار الاحترام الذي تفرضه "المعاملة العادلة والمنصفة".

مع ذلك فالتشجيع على الاستثمار لا يعني تحريره المطلق، فلا يمكن تطبيق مقولة "دعه يعمل، دعه يمرّ" بكل ما تعنيه من معنى، لأنّ ذلك سيؤدي إلى تهميش جهود البلدان المضيفة خاصة النامية منها، كما يؤدي إلى إفراغ الاستثمار من أهدافه التنموية ومن صبغته الشرعية، وأكثر من ذلك قد يشكّل هذا الشّعار مساسا بالمسائل المتعلقة بالنظام العام والصحة العامة.

عليه، بات من الضروري السعي نحو تكريس توازن بين متطلبات حماية المستثمر الأجنبي وبين السياسة التنموية للدولة المضيفة، وهو ما سعت إلى تجسيده اتفاقيات الاستثمار، من خلال تضمينها لبعض الاستثناءات الواردة على المعاملات التي يتمتّع بها المستثمر الأجنبي والتي يمكن تقسيمها إلى استثناءات عامة **(المطلب الأول)**؛ واستثناءات خاصة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الاستثناءات العامة الواردة على المعاملة الاتفاقية

تتضمن اتفاقيات الاستثمار استثناءات عامة ترد على المعاملة الاتفاقية للاستثمار، وهذه الاستثناءات لا تطبّق فقط على المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية، بل ترد على جميع الالتزامات الواردة في هذه الاتفاقيات، وهي بدورها تنقسم إلى استثناءات ذات

طبيعة تقليدية تتعلّق بحماية النظام العام وحقوق الإنسان والصحة العامة إلى جانب الحفاظ على الأمن الوطني **(الفرع الأول)**؛ واستثناءات أخرى تسمّى استثناءات **"الجيل الجديد"** تتصل بعدّة ميادين وهي: حماية البيئة والثروات الطبيعية والثروة الثقافية والملكية الفكرية، إلى جانب حماية المستهلك **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الاستثناءات التقليدية الواردة على المعاملة الاتفاقية

سنتطرق لدراسة الاستثناءات التقليدية الواردة على المعاملة الاتفاقية للاستثمار، والمتعلّقة أساسا بحماية النّظام العام **(أولا)**، وحماية حقوق الإنسان **(ثانيا)**، وحماية الصحة العامة **(ثالثا)**، والحفاظ على الأمن الوطني **(رابعا)**.

أولا: حماية النظام العام

يعتبر مصطلح النّظام العام مفهوم نسبي متغيّر في الزمان والمكان، نظرا لتعلّقه بعدّة عوامل كالنظام السياسي والاقتصادي في البلاد، مستوى الأخلاق والمشاعر الدّينية والروحية، المباح وغير المباح...، هذا ما جعل مسألة تحديد مفهومه تسند للفقه والقضاء.[1]

ظهرت عدّة محاولات في أوساط الفقه لوضع تعريف للنظام العام، حيث عرّفه الفقيه أحمد مسلم بأنّه: ***"النّظام العام في دولة ما، ما هو إلاّ الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات، تتعلّق بالأمن والحريّة والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلّق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معيّنة، أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك"*** [2].

1- **كحيل كمال**، "مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 42، 2018، ص 488، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- نقلا عن: **أحمد مسلم**، موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د،ت،ن، ص 203.

لم تهتم التشريعات الوطنية بإعطاء تعريف للنظام العام على غرار المشرّع الجزائري[1]، إلاّ أنّه نصّ في المادة 24/1 من القانون المدني على ما يلي: ***"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغشّ نحو القانون"***. هذا ما يدل على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.

تضمنت اتفاقيات الاستثمار المبرمة في إطار حماية وتشجيع الاستثمار مصطلح النظام العام، فسمحت للدولة المضيفة باتّخاذ الإجراءات الضرورية للحفاظ على النظام العام داخل إقليمها، حيث تحرص هذه الدولة على ألاّ تطغى المصالح الخاصة للمستثمر الأجنبي على المصالح العامة المشروعة، فإنشاء النظام العام يضمن للدولة المضيفة المرونة التنظيمية لحماية سيادتها الداخلية وضمان استقرار أمنها، والتّصدي لكلّ الأعمال أو العمليات والتي قد يقوم بها المستثمر الأجنبي بهدف الإخلال باستقرارها وأمنها الداخلي[2].

في هذا الصدد، نصّت الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وايطاليا[3] في المادة 4/1 منها على أنّه: ***"تستفيد الاستثمارات، التي يقوم بها المواطنون أو الأشخاص المعنويون لأحدى الدولتين المتعاقدتين على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى، من حماية وأمن ثابتين تامين وكاملين بعيدا عن كلّ إجراء غير مبرر أو تمييزي يمكن أن يعرقل، قانونيا أو فعليّا، تسييرها، صيانتها، استعمالها، الانتفاع بها أو تصفيتها، دون الإخلال بالإجراءات الضرورية للحفاظ على النّظام العام"***.

تتمتّع الدولة المضيفة بصلاحية فرض عقوبات على المستثمر الأجنبي المخل بالنّظام العام، لكن هذا لا يتيح لها التّصرف المطلق، إذ يمنع عليها اتّخاذ إجراءات تعسفية ضد المستثمر، والتي من شأنها أن تسبّب ضرر أو أذى له، كما يمنع على الدولة المضيفة أن تتصرّف على أساس التّمييز لاعتبارات سياسية أو دينية أو لخلفيات تاريخية لا مبرّر لها.

1- **كحيل كمال**، مرجع سابق، ص 488.

2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...، 2011، مرجع سابق، ص 115.

3- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991، ج،ر،ج،ج، عدد 46، الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1991.

فالدّولة يجب أن تتصرّف في إطار الشرعية الدولية، حتّى لا تؤدي الإجراءات التي تتخذها بذريعة حماية النظام العام إلى تعطيل الاستثمار، وقد تكون سببا لإثارة نزاعات بينها وبين المستثمر الأجنبي[1].

ثانيا: حماية حقوق الإنسان

تهدف البلدان النامية من خلال فتح المجال للاستثمار، استعمال المستثمر الأجنبي للوسائل البشرية المحلية على مختلف المستويات، بما في ذلك مستوى المسيّرين والعمال، ما يسمح بخلق مناصب العمل[2]، وتكوين اليد العاملة المحلية، إلاّ أن المستثمر الأجنبي الذي يبحث عن تحقيق الأرباح بالدرجة الأولى، نجده لا يعطي أهمية للمبادئ الأساسية لحماية حقوق هؤلاء العمّال والمسيرين، لذا ألزمت الاتفاقيات المتعلقة بحماية الإنسان باحترام هذه الحقوق، إذ تدين هذه الاتّفاقيات والصكوك الدولية استغلال العمال وإجبارهم على العمل، بزيادة ساعات العمل وانخفاض الأجور، وعدم توفير لهم أدنى وسائل السلامة المهنيّة، وعدم تمكينهم من الحصول على إجازات سنوية، ومن الضمان الاجتماعي، إلى جانب منعهم من استرجاع حقوقهم في حال ما تمّ طردهم من العمل، كما تدين تشغيل الأطفال دون السنّ القانونية أو في الأنشطة الخطيرة كالمناجم.

أساسا وعلى الصعيد الدولي، تستند آليات مراقبة حقوق الإنسان إلى ميثاق الأمم المتّحدّة والمعاهدات الدولية والإقليمية، وبموجب المواد 62/2 و 68 من ميثاق الأمم المتحدة يعتبر المجلس الاقتصادي والاجتماعي **(ECOSOC)** المسؤول عن حقوق الإنسان، وطبقا لهذه الأحكام أنشأ لجنة حقوق الإنسان والتي أصبحت حاليا الهيئة الرئيسية المختصة بهذا المجال[3].

ثمّة قانون دولي عرفي ناشئ لحقوق الإنسان، يؤكّد على أنّ أحكام حقوق الإنسان في الاتفاقيات الدولية بما في ذلك اتفاقيات منظمة العمل الدولية ومنظمة الصحة العالمية، تشكّل نظاما قانونيا دوليا ملزما تترّتب عليه نتائج بالنسبة للكافة، ما جعل الخبير المستقل المعني

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 115.
2- **قادري عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 55.
3- **BACHAND Rémi & GALLIE Martin & ROUSSEAU Stéphanie**, «Droit de l'investissement et droits humains dans les Amériques», In :annuaire français de droit international, Volume 49, 2003, P 584.

بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف ألفريد موريس دي زاياس، يدعو لجان خبراء الأمم المتحدة فضلا عن المحاكم الإقليمية لحقوق الإنسان، أن تعيد تأكيد غلبة معاهدات حقوق الإنسان على غيرها من المعاهدات[1].

من بين الاتفاقيات التي نصّت على احترام حقوق الإنسان، نجد اتّفاقيات منظمة العمل الدولية، كاتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن ساعات العمل (الصناعة) لعام 1919، اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسنّ (الصناعة) لعام 1919، اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن التعويض عن حوادث العمل لعام 1925، وغيرها من الاتفاقيات التي نادت بحماية حقوق العمال والمسيّرين[2].

يقع على البلدان التزام قانوني باحترام وحماية وإعمال حقوق الإنسان المحدّدة في اتفاقيات حقوق الإنسان الدولية التي صادقت عليها، وإن كانت في العادة غير ملزمة قانونا بالإعلانات المتعلّقة بحقوق الإنسان وغيرها من الالتزامات السياسية التي تقطعها البلدان على نفسها.

يعني التزام البلدان باحترام حقوق الإنسان، أن تمتنع عن التدخل في التمتّع بحقوق الإنسان أو تقيّد ذلك التمتع، كما يجب عليها أن تحمي الأفراد والجماعات من انتهاكات حقوق الإنسان[3] بما فيها الانتهاكات التي ترتكبها الشركات الأجنبية في حقّ المسيّرين والعمال.

لاحظ المراقبون تراجعا في حماية حقوق الإنسان، بما في ذلك الحق في الحياة والغذاء والصحة والسكن وتحسين معايير العمل،...، كما لاحظوا أنّ اتفاقيات الاستثمار قد تفاقم المشاكل في مجال الفقر وحقوق الشعب الأصلية والأقلية، والفئات الضعيفة من ذوي الاحتياجات الخاصة والمسنين[4]، هذا ما جعل بعض النماذج التي أقرّتها بعض البلدان في مجال الاستثمار، تشير إلى بعض الالتزامات المتعلّقة بحقوق الإنسان، نذكر منها النموذج

1- تقرير الخبير المستقل المعني بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف ألفريد موريس دي زاياس، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثلاثون، البند 3 من جدول الأعمال "تعزيز حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، ، 2015، ص 2. متوفر على الموقع:
https://www.ohchr.org.A_HRC_30_44_ARA.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/10، على الساعة: 9:00

2- يمكن الاطّلاع على اتفاقيات منظمة العمل الدولية على الموقع: hrlibrary.umn.edu/arabic/ilo.html

3- مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان - دليل تفسيري -، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2012، ص 13.

4- تقرير الخبير المستقل المعني بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف، ...، مرجع سابق، ص ص 7 و 8.

النرويجي للاتفاقية الثنائية للاستثمار الذي نشر في 19 ديسمبر سنة 2008، والذي يؤكّد على "احترام حقوق العمال ومقتضيات الديمقراطية وحقوق الإنسان"، وبعض اتفاقيات التبادل الحر التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مثل: الاتفاق العام المبرم مع المغرب سنة 2003، والذي ينصّ على "ضرورة احترام حقوق العمال والتنمية المستدامة"، كما تسعى بعض المؤسسات الدولية والوطنية إلى دراسة العلاقة بين حقوق الإنسان واتفاقيات الاستثمار كالمعهد الدولي للتنمية المستدامة في كندا، والذي يهدف إلى مساعدة البلدان النامية في المفاوضات وإبرام اتفاقيات الاستثمار من خلال توفير لها نموذج اتفاقي ثنائي[1]، إلى جانب ذلك، هناك مركز متخصص هو مركز الموارد البشرية في ميدان الأعمال وحقوق الإنسان Business And Human Rights Resource Centre

يهتم بالتعريف في موقعه على شبكة الأنترنت بالقضايا المتعلّقة بانتهاكات حقوق الإنسان، والتي قد ترتكبها الشركات متعددة الجنسيات[2].

في هذا الصدد، نصّ مشروع قانون الاستثمار الإفريقي لسنة 2016[3] في المادة 24 منه تحت عنوان **"أخلاقيات العمل وحقوق الإنسان"** على ما يلي: ***"ينبغي للمستثمرين الامتثال لأخلاقيات العمل وحقوق الإنسان وفقا للمبادئ التالية:***

أ. دعم واحترام وحماية حقوق الإنسان المعترف بها دوليا،

ب. ضمان عدم ضلوعهم في أيّ انتهاكات لحقوق الإنسان،

ج. إنهاء كافة أشكال السخري والعمل القسري، بما في ذلك القضاء الفعلي على عمالة الأطفال،

د. القضاء على التمييز فيما يتعلق بالتوظيف والمناصب.

ه. ضمان التقاسم العادل للثروة التي تجلبها الاستثمارات".

باعتبار أن مسألة حقوق الإنسان تطرح بشدة في البلدان النامية أين تكثر اليد العاملة البخسة، هذا ما يستدعي التدخل الفعّال والدّائم لهذه البلدان المضيفة للاستثمار، واعتمادها

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...، 2011، ص 116.
2- أنظر موقعه على الأنترنت: www.business-human rights.org/légal portal
3- مشروع قانون الاستثمار الإفريقي لسنة 2016، متوفر على الموقع:
https://au.int.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/06/15، على الساعة: 09:30.

لوسائل الرقابة المستمرة للمستثمرين الأجانب، مع فرضها لعقوبات صارمة في حالة الإخلال بالمبادئ والأحكام المعمول بها في هذا المجال. والقانون الدولي من جهته يفرض على كلّ دولة مضيفة وكل دولة بصفة عامة، الالتزام الايجابي بحماية حقوق الإنسان، من خلال اتّخاذ جميع الإجراءات للتأكّد من أنّ الأنشطة الاقتصادية التي يقوم بها المستثمرون الأجانب لا تمس بهذه الحقوق.

ثالثا: حماية الصحة العامة

يقصد بالمحافظة على الصحة العامة، اتّخاذ كافة التدابير والإجراءات الوقائية للحد من مخاطر الأمراض والأوبئة ومن العدوى والتلوث ومكافحة مسبّباتها، من خلال تقديم الخدمات الطبية الوقائية والعلاجية واتّخاذ الإجراءات اللّازمة من الفحوص الطبية عند دخول العاملين الأجانب إلى داخل الوطن.

والمحافظة على الصحة العامة يشمل المحافظة على نظافة البلد أو المحيط، ومنع رمي النفايات في الأماكن العامة ونقلها إلى الأماكن المخصّصة لها أين يتم التّخلص منها، كما يمنع مزاولة الصناعات التي تلوّث البيئة بالقرب من المناطق السكنية، ويمنع أيضا تربية الحيوانات بالقرب من هذه المناطق[1]، وبصفة عامة فحماية الصحة العامة حماية للعمال والسكان في آن واحد.

في أغلب الأحيان، تعمل الحكومات على حظر دخول الحيوانات الغريبة والآفات النباتية وأمراض النباتات والحيوانات إلى إقليمها حيث تسمى هذه الوظيفة بـــ "الأمن البيولوجي"، وحسب منظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة (FAO) فإنّ الأمن البيولوجي هو مقاربة إستراتيجية متكاملة تضم السياسة والهياكل التنظيمية لتحليل وإدارة المخاطر في قطاعات السلامة الغذائية، وحياة وصحة الحيوان، وحياة وصحة النبات، بما في ذلك المخاطر البيئية المصاحبة[2].

1- **عدنان عمرو**، مبادئ القانون الإداري، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص ص 19 و20.
2- دليل الشركات المصّدرة الصغيرة والمتوسطة الحجم -إدارة جودة التصدير-، ط 2، مركز التجارة الدولي، جنيف، 2011، ص 61، متوفر على الموقع:
www.intracen.org.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/13، على الساعة: 14:00

تتضمن إجراءات حماية الصحة والصحة النباتية، جميع القوانين والمراسيم واللوائح والمتطلبات والإجراءات ذات الصلة التي قد تتخذها حكومات البلدان والتي قد تنصّ على مواصفات قياسية للمنتج النهائي، وعمليات وطرق الإنتاج، واختبارات وفحوصات وإجراءات للحصول على شهادات وموفقات، والحجر الصحي، ومتطلبات نقل الحيوانات أو النباتات ومواصفات المواد الضرورية لبقاء هذه الحيوانات والنباتات على قيد الحياة أثناء النقل، كما قد تفرض هذه الحكومات التزامات تتعلق بالطرق الإحصائية وإجراءات أخذ العينات وطرق تقدير المخاطر، إلى جانب وصف متطلبات التعبئة والتغليف والبطاقات التي تتعلّق مباشرة بالسلامة الغذائية.

تعتبر من الإجراءات التقليدية للصحّة والصحة النباتية: المواصفات القياسية للأغذية التي تفرضها الأجهزة الحكومية لضمان سلامة الأطعمة، ومراقبة الأمن البيولوجي المفروض عند الحدود الدولية لمنع دخول الحيوانات الغريبة والآفات والأمراض النباتية[1]، وفي حالة عدم احترام هذه المعايير من طرف المستثمر الأجنبي يحقّ للدولة المضيفة التدخل المباشر للتّصدي لمثل هذه الممارسات.

يتزايد الاهتمام بحماية الصحة العامة، نظرا لتفاقم الأمراض وظهور أنواع جديدة منها، ما أثّر على صحة الإنسان وأدّى إلى وفاته في بعض الأحيان، فبات من الضروري تكثيف الجهود الدولية للمحافظة على الصحة العامة، هذا ما دفع باتفاقيات الاستثمار إلى فرض ضرورة حماية الصحة العامة في البلدان المضيفة، وهو ما نصّت عليه المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين دولتي الكويت ومصر[2] والتي جاء فيها ما يلي: ***"لا يجوز إخضاع الاستثمارات في الدولة المتعاقدة المضيفة لمتطلبات أداء قد تلحق ضررا بها أو ذات أثر سلبي على استعمالها أو التّمتع بها أو إدارتها أو صيانتها أو توسعها أو على الأنشطة المرتبطة الأخرى، إلاّ إذا اعتبرت مثل هذه المتطلبات حيوية لاعتبارات الصحة العامة... وتم تطبيقها بموجب أداة قانونية عامة التطبيق"***.

1- دليل الشركات المصّدرة الصغيرة والمتوسطة الحجم ...، مرجع سابق، ص 61.

2- الاتفاقية المبرمة بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية مصر العربية، لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، الموقعة في 10/5/ 1989، متوفرة على الموقع:

ArbitrationlawEgypt20%.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2021/07/13، على الساعة 15:00.

وكل إجراء يتّخذ حماية للصحة العمومية لا يشكّل معاملة "أقل امتيازا"، وهو ما نصّت عليه المادة 3/3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر و النيجر[1]، حيث جاء فيها: ***"تعتبر بمعنى هذه المادة الثالثة كمعاملة "أقل امتيازا" خاصة: كلّ تقييد في التزويد بالمواد الأولية والاستهلاكية، التزويد بالطّاقة والمحروقات وكذلك كلّ عائق في بيع المواد في داخل وخارج البلد وكذلك كلّ إجراء له أثر مماثل، كلّ إجراء متّخذ بسبب الأمن والنظام العام، الصّحة العمومية،أو الآداب العامة لا يشكّل معاملة "أقل امتيازا"***.

يشهد العالم مؤخرا أزمة صحية أثّرت على تدفق الاستثمارات في كل بلدان العالم سواء المتقدمة منها أو النامية وهي جائحة كورونا أو ما يعرف بكوفيد 19، والتي أجبرت البلدان على تكثيف عمليات فرز الاستثمار في قطاع الصحة وغيره من القطاعات الإستراتيجية، حيث اتّخذت تسعة (09) بلدان على الأقل تدابير لحماية القدرات الإنتاجية المحلية في مجالات الرعاية الصحية والمستحضرات الصيدلانية واللوازم والمعدات الطبية، واعتمدت البلدان المتقدمة جميع هذه التدابير تقريبا.

تشمل أيضا التدخلات الحكومية في قطاع الصحة والتي أثّرت على المستثمرين، في إلزام الشركات الخاصة بتحويل الإنتاج إلى السلع اللازمة للتصدي لجائحة كوفيد 19، وإتاحة إمكانية مصادرة المصانع أو وحدات الإنتاج أو مرافق الرعاية الصحية الخاصة أو السلع ذات الصلة بالصحة العامة.

كما أثّرت جائحة كورونا وأبطأت من وتيرة المفاوضات بشأن اتفاقيات الاستثمار، حيث ألغيت أو أجلت عدّة جولات من المفاوضات بشأن معاهدات الاستثمار الثنائية والمعاهدات التي تتضمن أحكاما تتعلّق بالاستثمار، والتي كان من المقرر عقدها في 2020.

يمكن للمستثمر الأجنبي أن يعترض على بعض التدابير السياساتية المتخذة لمواجهة هذه الأزمة الصحية وما نتج عنها من انهيار للاقتصاد، من خلال اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقيات الاستثمار، هذا ما يظهر أهمية ضمان حيّز تنظيمي كاف في اتفاقيات

1- الاتّفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النيجر، المتعلّق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقّع في الجزائر يوم 16 مارس سنة 1998، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-247، المؤرخ في 22 أوت سنة 2000، ج.ر.ج.ج عدد 52، الصادر بتاريخ 23 أوت سنة 2000.

الاستثمار لحماية الصحة العامة والتقليل بقدر الإمكان من نشوب نزاعات بين البلدان المضيفة والمستثمرين الأجانب[1].

رابعا: الحفاظ على الأمن الوطني

يعرّف الدكتور علي الدين هلال الأمن الوطني على أنّه: ***"مفهوم شامل، ليس مسألة حماية للحدود وحسب، ولا قضية إقامة ترسانة من السلاح، إنّه يجمع كل هذه المتطلبات وغيرها، فهو قضية مجتمعية تشمل الكيان الاجتماعي بكافة جوانبه وعلاقاته لتأمين كيان الدولة ضدّ الأخطار التي تهدّدها داخليا وخارجيّا وتأمين مصالحها وتحقيق أهدافها وغاياتها القومية"***.

ويعرّفه ولتر ليبمان Walter Lippman بأنّه: ***"محافظة الدولة على قيمها الأساسية وقدرتها على الدفاع عنها، كما أنّ أمن الدولة هو مدى قوتها العسكرية التي تواجه بها أيّ هجوم مسلّح"*** [2]

من خلال هذه التعاريف، يظهر لنا أنّ الأمن الوطني هو مفهوم شامل، يرتبط بكيان الدولة ككل سواء الكيان السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي لها، والمحافظة على الأمن الوطني هو محافظة على الدولة ومصالحها وأهدافها. هذا ما يجعل اتفاقيات الاستثمار تهتم بهذا المصطلح وتتضمّن ما يسمى بـ "استثناء الأمن الوطني"، حيث تعفى الأطراف المتعاقدة من جميع التزامات المعاهدة أو من بعض موادها في حالة وجود خطر على الأمن الوطني للدولة المضيفة، ويتعلّق الأمر أساسا بالتهديدات العسكرية وكل ما له علاقة بالدفاع الوطني، وللدولة المضيفة السلطة التقديرية في اللّجوء إلى هذا الاستثناء، أين قد تختلط المصالح السياسية والاقتصادية والمرتبطة أساسا بحماية الصناعات الإستراتيجية بها[3].

1- تقرير الاستثمار العالمي 2020 - الإنتاج الدولي بعد الجائحة -، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد)، طبعة الذكرى السنوية الثلاثين، الأمم المتحدة، جنيف، 2020، ص ص 17 و 18.

2- نقلا عن: **هاني مطر أبو سعود & عباسة طاهر**، "ارتباطات الأمن المعلوماتي بالأمن القومي"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص 207، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

3- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص ص 116 و 117.

الفرع الثاني

استثناءات الجيل الجديد الواردة على المعاملة الاتفاقية

تمثّل استثناءات الجيل الجديد امتدادا لمقتضيات اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة والتي يطبق البعض منها في مجال الاستثمار، وهي تشمل: حماية البيئة **(أولا)**، حماية الثروات الطبيعية **(ثانيا)**، حماية الثروة الثقافية **(ثالثا)**، حماية الملكية الفكرية **(رابعا)**، وحماية المستهلك **(خامسا)**.

أولا: حماية البيئة

يقصد بالبيئة، مجموعة العوامل الطبيعية الحيّة وغير الحية التي تؤثر على الكائن الحيّ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهي المحيط الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمله من هواء، ماء، فضاء، تربة، كائنات حيّة، ومنشآت أقامها الإنسان لسدّ حاجاته المختلفة[1].

باعتبار أنّ البيئة هي الإطار المكاني لتجسيد الاستثمارات وتنفيذها على أرض الواقع، يمكن لهذه الاستثمارات أن تؤثر بشكل سلبي على البيئة[2] نظرا إلى التكنولوجيا التي تستخدمها لممارسة أنشطتها في الدولة المضيفة، والتي يمكن أن تؤدي إلى إحداث التّلوث البيئي، ما أدّى إلى ظهور الاهتمام الدولي بمسألة المحافظة على البيئة، فتضمّنت غالبية قوانين الاستثمار الصادرة نصوصًا تلزم المستثمر الأجنبي بالمحافظة على البيئة والمجتمع في الدولة المضيفة[3]، كما صادقت أغلبية البلدان على مختلف الاتفاقيات الدولية الخاصة

1- **حسين نوارة**، "حماية البيئة شرط لإنجاز الاستثمارات الأجنبية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 17، العدد1، 2018، ص 493. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **بركاني عبد الغاني**، سياسة الاستثمار وحماية البيئة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون العام، تخصص: تحولات الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 7.

3- **أحمد المصطفى محمّد صالح**، "المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في ضوء قانون الاستثمار السوداني 2013"، مجلة البحوث والدراسات الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة شندي، السودان، 2017، ص ص 16 و 17، متوفر على الموقع: repository.ush.sd.

بهذا المجال، وأصبحت معظم عقود الدولة في مجال الاستثمار تتضمن أحكامًا خاصة تلزم المستثمر الأجنبي بضرورة المحافظة على البيئة.

في هذا الصدد، نصّت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI والشركة الجزائرية للاسمنت ACC على أنّهُ : ***"تتعهد الشركة باحترام المقاييس والمواصفات التقنية والبيئة السارية والناتجة عن القوانين والتنظيمات والاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وعلى وجه الخصوص تتعهّد الشركة بإنجاز الاستثمارات الضرورية في مجال مكافحة التلوّث الصناعي وحماية البيئة"*** [1].

كما نصّت على أنّه: ***"ترخص الشركة للسلطات المحلية والوطنية المعنية باستعمال أفران مصنع الإسمنت لحرق النفايات، ويتمّ اتّخاذ هذا القرار على أساس دراسات تقنية تنجز من قبل السلطات المعنية"*** [2].

نصّت أيضا الاتفاقية المبرمة بين دولتي الكويت ومصر على أنّه: ***"لا يجوز إخضاع الاستثمارات في الدولة المتعاقدة المضيفة لمتطلبات أداء قد تلحق ضررا بها أو ذات أثر سلبي على استعمالها أو التّمتع بها أو إدارتها أو صيانتها أو توسعها أو على الأنشطة المرتبطة الأخرى، إلاّ إذا اعتبرت مثل هذه المتطلبات حيوية لاعتبارات ... البيئة وتم تطبيقها بموجب أداة قانونية عامة التطبيق"*** [3].

أكّد الاتفاق العالمي للأمم المتحدة على ضرورة دمج المشكلات البيئية ضمن عمليات الاستثمار حيث أصبحت مطلبا أساسيا في توجيه هذه العمليات، وذلك من خلال تسخير جملة من الإجراءات لتنفيذ هذه السياسة الجديدة، كدعم وتطوير الأدوات ووسائل القياس المتعلقة بالمشكلات البيئية في عمليات الاستثمار الاقتصادي[4].

1- أنظر المادة 9 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI والشركة الجزائرية للاسمنت **ACC**، مؤرخة في 30 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.

2- أنظر المادة 11 من الاتفاقية نفسها.

3-أنظر المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين دولتي الكويت ومصر، مرجع سابق.

4-**حميدة جميلة**، "إدراج البعد البيئي في القانون الجديد للاستثمار – دراسة على ضوء المادة الثانية من القانون 16-09"-، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية –مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية-، العدد الرابع، 2018، ص 12. متوفر على الموقع:

أدرج أيضا مشكل البيئة في موضوع الاستثمار في تكنولوجيا الطاقة المتجدّدة[1] والتي تعدّ بديلا للطاقة التقليدية التي تعتمد على النفط والغاز والفحم كمصادر لها، والاتجاه نحو هذه الطاقة المتجددة كان نتيجة للآثار السلبية للطاقة التقليدية (الأحفورية)، حيث أدّت إلى تلوث البيئة وتغير المناخ كما ساهمت في ظاهرة الاحتباس الحراري، وحسب الأبحاث والدراسات العلمية فإنّ مصادر الطاقة التقليدية معرّضة للنضوب، الأمر الذي يستدعي توفير مصادر بديلة للطاقة تحل محل مصادر الطاقة التقليدية، تكون غير ناضبة ومتجددة وتؤمن للأجيال القادمة مصدرا للطاقة غير ملوّث للبيئة[2].

أصبحت الشركات العالمية مهتمة بالاستثمار في مجال الطاقة المتجددة، حيث قامت بضخ استثمارات باهضة من أجل عمل مشاريع خاصة في هذا المجال، ومثال على ذلك تجربة شركة جوجل Google الأمريكية، حيث قررت هذه الشركة العملاقة ضخ استثمارات قدرها 915 مليون دولار أي ما يقارب 71.6 مليون يورو، من أجل إقامة استثمارات ومشاريع في محطات الطاقة الشمسية النظيفة، والتي بدأت عام 2010 ومن المقرر الانتهاء منها عام 2030.

صرّحت شركة Google أن استثماراتها في الطاقة النظيفة، هو جزء من مبادرة الشركة المستمرة في قطاع الطاقة المتجددة التي تعتبر صديقة البيئة وهي أقل تكلفة من الطاقة الأحفورية، كما أكّدت الشركة على استمرارها في مشاريع الطاقة النظيفة، من أجل جذب مصدر مالي جديد لمساعدة العالم في التوجه نحو مستقبل طاقة نظيف ودائم[3].

أقّر المشرع الجزائري أيضا في قانون ترقية الاستثمار لسنة 2016 إدراج البعد البيئي في كافة أنواع الاستثمار، حيث جاء فيه ما يلي: ***"تنجز الاستثمارات المذكورة في أحكام***

---

www.asjp.cerist.dz

1- عرّف برنامج الأمم المتحدة لحماية البيئة الطاقة المتجددة، على أنّها تلك الطاقة التي لا يكون مصدرها مخزون ثابت ومحدود في الطبيعة، فهي تتجدد بصفة دورية أسرع من وتيرة استهلاكها، وتظهر في الأشكال الخمسة التالية: الكتلة الحيوية، أشعة الشمس، الرياح، الطاقة الكهرومائية، وطاقة باطن الأرض. أنظر: **بن هني أحمد & زياد امحمد**، "الانتقال الطاقوي كمدخل لتعزيز البعد البيئي للتنمية المستدامة في الجزائر"، مجلة الاقتصاد والبيئة، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص 17. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

2- **محمد صلاح السباعي بكري الشربيني**، استثمارات الشركات متعددة الجنسيات في تكنولوجيا الطاقة المتجددة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017، ص ص 13 و 14.

3- **محمد صلاح السباعي بكري الشربيني** مرجع سابق، ص ص 179 و 180.

هذا القانون في ظل احترام القوانين والتنظيمات المعمول بها، لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الاقتصادية" [1].

يظهر من خلال نص هذه المادة، أنّ المشرع الجزائري قيّد عملية الاستثمار بضرورة احترام القوانين والتنظيمات الخاصة بحماية البيئة.

وضع المشرع أيضا قيودا صارمة على النشاطات التنموية التي هي مصدر خطر على البيئة، وذلك من خلال اعتماد مبدأ الوقاية، مبدأ الاستبدال والذي يتطلب استخدام التقنيات النظيفة في عمليات الإنتاج فمثلا: الاستثمار في الطاقات المتجددة يتطلب استبدال مصادر الطاقة التقليدية كالبترول والغاز المميع والفحم، بمصادر الطاقات المتجددة والنظيفة كالطاقة الشمسية والطاقة الناتجة عن حركة الرياح إضافة إلى الطاقة المستخرجة من الكتلة الحيوية، كما اعتمد مبدأ الملوث الدافع وهو تحميل المستثمر الذي يتسبب نشاطه في الإضرار بالبيئة، نفقات تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن إلى حالتها الأصلية.

اعتمد أيضا المشرع الجزائري إجراء دراسة التأثير على البيئة، والذي يعدّ آلية تقنية لتكريس الحماية الوقائية للبيئة، وإجراء دراسة الخطر المتعلق باستغلال بعض النشاطات الخطيرة من حيث طبيعتها[2].

ثانيا: حماية الثروات الطبيعية

يحرص المستثمر الأجنبي على استثمار أمواله في الدولة التي توفر حماية أفضل، فهو قبل أن يقدم على اتّخاذ قرار الاستثمار في دولة معيّنة والمخاطرة بمبالغ ضخمة وتكاليف عالية، يحرص على البحث عن المكان الذي يوفر حماية كافية للأموال الأجنبية المستثمرة، ويأخذ وقتا للتفكير والتأنّي في اتّخاذ قرار الاستثمار من عدمه.

غالبا ما تتضمن التشريعات الداخلية الخاصة بالاستثمار، واتفاقيات الاستثمار التي تبرمها الدولة مع غيرها من البلدان، شروطا خاصة تلزم الدولة المضيفة بتوفير الحماية

1- أنظر المادة 3 من القانون رقم 16-09، مرجع سابق.
2- لمزيد من التفاصيل حول هذه القيود، أنظر: **حميدة جميلة**، مرجع سابق، ص 18 وما يليها.

المناسبة والكافية للمستثمر الأجنبي ولاستثماراته[1]. في المقابل قد يستغل هذا المستثمر هذه الحماية والرعاية بشكل يخدم مصالحه الخاصة فقط دون مراعاة مصالح الدولة المضيفة، فيقوم باستغلال ثرواتها الطبيعية دون اكتراث وترشيد ما يؤدي حتما إلى استنزافها.

هذا الاستغلال العشوائي للثروات الطبيعية، يؤثر سلبا على التّوازن البيئي وتنوّعه، وينعكس على التّوازن الاقتصادي للدولة، ما أدّى بالعديد من البلدان إلى إدراج بند استثنائي في صلب اتفاقيات الاستثمار منذ السبعينات، حيث يضمن هذا البند حق البلدان المضيفة في أحكام سيادتها على ثرواتها الطبيعية، وبالأخص تلك المهدّدة بالانقراض، لتضع بذلك حدّا لاستهلاكها المفرط من قبل المستثمرين الأجانب، وهو ما نصّت عليه الاتفاقية المبرمة بين كندا وباربادوس عام 1998، واتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية NAFTA [2].

ثالثا: حماية الثروة الثقافية

يعبّر الموروث الثقافي عن الهوية الوطنية والإنسانية لأيّ بلد في مراحل زمنية وتاريخية مختلفة، وهو يشمل الموروث المادي وغير المادي، وقد ظهرت عدّة منظمات دولية تطالب بحماية الموروث الثقافي، كما تمّ إبرام اتفاقيات في هذا الشّأن، وأوكلت مهمة إحصاء وتصنيف الموروث الثقافي المادي وغير المادي لمنظمة اليونسكو[3].

يحتاج حماية التراث الثقافي إلى تكاثف وتضافر الجهود الدولية، والتي ظهرت في عدّة صور كجهود المنظمات الدولية الحكومية كمنظمة اليونسكو، والتي لعبت دورا مهما في حماية هذا التراث من خلال الاتفاقيات والتوصيات والمؤتمرات التي أشرفت على انعقادها.

من بين اتفاقيات منظمة اليونسكو في مجال حماية التراث الثقافي نجد: الاتفاقية بشأن الوسائل التي تستخدم لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية التراث الثقافي بطرق غير مشروعة، والتي اعتمدت في الجلسة الثانية والثلاثون بتاريخ 14 نوفمبر سنة 1970،

1- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها (FDI)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة،2011، ص 116.

2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 118.

3- **سويلم محمد & بوحادة محمد سعد**، "الحماية القانونية للموروث الثقافي المادي وأثرها في ترقية الاستثمار السياحي بالجزائر"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 05، 2018، ص 238. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي والطبيعي والتي أقرت بناء على تقرير لجنة شؤون البرامج العامة، في الجلستين الثانية والثلاثين والثالثة والثلاثين بتاريخ 16 نوفمبر سنة 1972[1].

بالرجوع إلى اتفاقيات الاستثمار، نجد أغلبها لم ينص على استثناءات ثقافية تطبّق على المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي، بهدف المحافظة على تقاليد الدولة المضيفة ذات الصبغة الفنية والدينية والفلسفية، إلاّ أنّه تعرّضت لهذه المسألة عدّة قضايا تحكيمية، منها قضية أهرام الجيزة بين مصر وشركة SPP (فرع الشرق الأوسط، ومركزها الرئيسي هونغ كونغ) عام 1984[2]، وقضايا أخرى في إطار اتفاقية التبادل الحرّ لأمريكا الشمالية، كما أشار النموذج النرويجي لاتفاقيات الاستثمار الثنائية على بند يتعلّق بحماية مقتضيات التنوّع الثقافي.

تجدر الإشارة، إلى أنّه من بين الأسباب التي أدّت إلى فشل اتفاقية الاستثمار متعدّدة الأطراف عام 1990، هو التباين في المواقف الثقافية في مرحلة ما قبل الاستثمار أو التأسيس[3].

رابعا: حماية الملكية الفكرية

تعتبر حقوق الملكية الفكرية ذات أهمية كبيرة في إطار العلاقات التجارية الدولية، فالابتكار والمنافسة عنصران أساسيان للتقدم الاقتصادي لأيّ مجتمع، ولاشك أنّ وجود نظام عالمي لحماية الملكية الفكرية يكون قويّ متكامل وقابل للتنفيذ، يعدّ من أهم عوامل ازدهار النموّ الاقتصادي للمجتمع الدولي[4].

1- **سعيدي كريم**، الحماية القانونية للتراث الثقافي في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص: قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، الجزائر، 2016/2015، ص 76 وما يليها.

2- لمزيد من التفاصيل حول القضية أنظر:

RAMBAUD Patrick, « l'affaire des « pyramides » : suite et fin »,In :Annuaire français de droit international ,Volume 39, 1993, P P 567-576.

3- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، ...2011، مرجع سابق، ص 119.

4- **سلامي ميلود & بوستة جمال**، " حماية حقوق الملكية الفكرية وفقا لاتفاقية التريبس وتأثيرها على استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، 2017، ص 550، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

قام الباحثون بوضع عدّة تقسيمات لمصطلح الملكية الفكرية، وأكثر هذه التقسيمات شيوعا تقع في ثلاث (03) مجموعات هي:

- الحقوق الإبداعية مثل براءة الاختراع وحقوق الطبع وحقوق التصاميم والدوائر المتكاملة وغيرها.
- الحقوق التي تشير إلى أصل السلعة أو الخدمة، مثل العلامة التجارية أو الاسم التجاري والعلامة الفارقة.
- حقوق المعلومات السرية والمعرفة الفنية[1].

انطلاقا من ذلك، يمكن تعريف حقوق الملكية الفكرية على أنّها مجموعة الضوابط التي تنظّم حقوق المؤلف للأعمال الفنية والأدبية، وما يماثلها من إبداعات وحقوق الملكية الصناعية بما تشمله من براءات الاختراع والنّماذج الصناعية والعلامات التجارية، بشكل يضمن احتفاظ صاحب الحق أو الإبداع في شتّى صوره لجميع الحقوق المتعلّقة باستغلال الآخرين لهذا الإبداع، بمعنى توفير الإطار القانوني اللّازم لحماية هذه الحقوق من المنافسة غير المشروعة[2].

نظرا للقيمة المميّزة والمهمة للملكية الفكرية تمّ إبرام اتفاقيات دولية عديدة، كان أوّلها "اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية" عام 1883 وشكّل إثرها اتّحاد حماية الملكية الفكرية، وفي عام 1887 أنشئت الجمعية الأدبية والفنية الدولية في باريس من أجل تقرير حقوق المؤلفين في مختلف البلدان والعمل على حمايتها، والتي أسفرت عن عقد اتفاقية **"برن"** المتعلقة بحماية المصنّفات الأدبية والفنية عام 1886 والتي عدّلت في باريس عام 1971، ونتج عن هذه الاتفاقية تأسيس المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) عام 1967 وفق اتّفاق ستوكهولم لتدخل حيّز التّنفيذ عام 1970، وينتقل مقرّ هذه المنظمة من

1- **الجازي عمر**، "دور القطاع الخاص في إنفاذ حقوق الملكية الفكرية"، دورة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، نظّمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو بالتعاون مع المعهد الدبلوماسي الأردني، من 15 إلى 17 أوت 2005، عمان، ص 2. متوفر على الموقع:
www.wipo.int.

2- **سلامي ميلود & بوستة جمال**، مرجع سابق، ص 551.

"برن" إلى "جنيف"، لتحصل عام 1974 على وضع وكالة متخصصة تابعة للأمم المتّحدة.[1]

حرصت البلدان المتقدمة وفي مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية على إدراج حقوق الملكية الفكرية ضمن موضوعات جولة الأوروغواي، لكن البلدان النامية رفضت هذا الاتّجاه في البداية، نظرا لتخوفها من تعديل قواعد الحّد الأدنى لحماية حقوق الملكية الفكرية وفرض مستوى أعلى لحماية هذه الحقوق، ومع تقدم سير المفاوضات بين البلدان المتقدمة والبلدان النّامية، تقاربت المواقف بين الطرفين بعد الاستجابة لمطالب البلدان النّامية والمتمثلة في تضمين الاتفاقية تدابير وقائية، ضدّ الحماية المغالى فيها لحقوق الملكية الفكرية وحق البلد في اللّجوء إلى الترخيص الإجباري فيما يخصّ براءة الاختراع، وأن يتم منحها فترة انتقالية لتنفيذ أحكام الاتفاقية التي سيتوصّل إليها. فانتهت المفاوضات بالتوصل إلى اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية (TRIPS)[2].

تجدر الإشارة إلى أنّ البلدان النامية عارضت إدراج استثناء حماية الملكية الفكرية سواء في الاتفاقيات التجارية العالمية أو اتفاقيات الاستثمار، ما يفسّر ندرتها نسبيّا في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، فهذه البلدان تسعى دائما لعرقلة والتهرّب من إبرام الاتفاقيات التي تنص على حماية حقوق الملكية الفكرية، خوفا من خسارتها لأرباح يمكن أن تجنيها الشركات والمصانع من تقليد وتزوير المنتجات الصناعية والعلامات التجارية الشهيرة، في حين تسعى البلدان الغنية والصناعية إلى إيجاد قوانين وأنظمة تتعدّى حدودها لحماية حقوق الملكية الفكرية بهدف حماية صناعاتها وتجارتها الدولية[3].

رغم ذلك نجد من الاتفاقيات ما نصّت على هذا النوع من الاستثناءات كمعاهدة ميثاق الطاقة والتي نصّت في المادة $10/_{10}$ على أنّ: ***"المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية لن تطبّق على حماية الملكية الفكرية، وعوضا عن ذلك، فإنّ المعاملة لابدّ***

1- **جموح سهيلة**، "اتّفاقية حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)،تأثيرها على الاقتصاد العربي واتّجاه العلاقات التجارية (الأردنية- الأمريكية)"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 17، 2017، ص 103.متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **سلامي ميلود & بوستة جمال**، مرجع سابق، ص 555.

3- **موزاوي عائشة**، "حماية حقوق الملكية الفكرية بين استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر وأداة في التجارة الدولية -مع الإشارة لحالة الصين-"، مجلة المعيار في الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، المركز الجامعي الونشريسي، تيسمسيلت، المجلد الحادي عشر، العدد 02، 2020، ص 119. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

أن تكون محدّدة بالأحكام المناسبة من الاتفاقيات الدولية المطبّقة لحماية حقوق الملكية الفكرية التي تكون الأطراف المتعاقدة أطرافا فيها" [1]. أيضا اتفاقيات التبادل الحرّ كاتفاق التجارة الحرّة لأمريكا الشمالية، والذي أقصى المعاملة الوطنية من الالتزامات المتعلّقة بالملكية الفكرية[2].

نجد الكثير من الاتفاقيات المتصلة بالاستثمار تجد نفسها أمام مطلب ملح وهو حماية الملكية الفكرية، إلاّ أنها تكتفي بتحديد التوجه العام للسياسة التشريعية المحلية، تاركة تفصيلات الحماية القانونية الملكية الفكرية للنظم القانونية الوطنية[3].

خامسا: حماية المستهلك

ازداد الوعي بضرورة حماية المستهلك مع ظهور الثورة الصناعية وزيادة الإنتاج بصورة رهيبة، وباعتبار الولايات المتحدة الأمريكية دولة صناعية رائدة فقد نمى الوعي الاستهلاكي فيها قبل غيرها من البلدان، حيث ظهرت عدّة جمعيات ومنظمات تنادي بضرورة حماية المستهلك، فتمّ إنشاء أوّل منظمة دولية وهي "المنظمة الدولية للمستهلكين لمختلف الدول" في أفريل 1960، والتي يديرها مجلس يتكون من خمسة عشر عضوا، من أجل تحقيق أهداف تتمحور أساسا حول حماية مصالح المستهلك المادية والمعنوية، وهذه المنظمة تعدّ مستشار لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الأمم المتّحدة، ومنظمة الأمم المتحدة للثقافة والعلوم "UNSECO"، ومنظمة التغذية العالمية "FAO"[4].

بالرجوع إلى القانون الاتفاقي، نجد أنّ اتفاقيات الاستثمار تبنّت استثناء حماية المستهلك، لكن بتحفظ من خلال إدراجه بصفة غير مباشرة ضمن نصوصها، وذلك في البند العام المتعلق بحماية الصحة العامة.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 120.

2- L'article 1108/5 de l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA), Stipule: ***«Les articles 1102 et 1103 ne s'appliquent pas à une mesure qui est une exception ou une dérogation aux obligations prévues par l'article 1703 (propriété intellectuelle-traitement national), si l'exception ou la dérogation est expressément mentionnée dans ledit article.»***, Op.cit.

3- **أيمن أحمد محمد الدلوع**، "أثر حماية الملكية الفكرية على تشجيع الاستثمار"، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان "القانون والاستثمار"، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، في الفترة من 29-30 أفريل 2015، ص ص 15 و 16.

4- **صياد الصادق**، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم: 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغّش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013، ص ص 26 و27.

يتعلق استثناء حماية المستهلك في مجال الاستثمار، بالاستثمارات التي لا تصدّر منتجاتها كليّا إلى الخارج أو تلك التي يكون جزء منها موجّها للاستهلاك المحلي في الدولة المضيفة، وهذا الاستثناء يهدف أساسا لحماية مصالح الدولة المضيفة، والتي يمكن أن تتدخل في هذا الإطار من خلال اتخاذ بعض الإجراءات الضّرورية لتحقيق نوع من التوازن بين العلاقة التي تربط المستهلك المحلي والمستثمر الأجنبي باعتباره المنتج والمزوّد، وهذه الموازنة من شأنها أن تحسّن بين العرض والطلب القدرة الشرائية للمستهلك المحلي، كما تتدخل الدولة لكبح الارتفاع السريع لأسعار المنتجات النادرة في السوق المحلية، أو تلك التي يحتكر المستثمر الأجنبي إنتاجها، إضافة إلى مراقبتها لجودة منتجات المستثمرين الأجانب وخدماتهم، ومدى مطابقتها لقواعد السلامة وحفظ الصحة.

والدولة تتصدّى لعمليات الاحتكار وتمنع كل العمليات غير القانونية التي قد يقوم بها المستثمر الأجنبي شأنه شأن المستثمر المحلي، كما يخضع للقوانين المتعلّقة بحماية المنافسة الشريفة[1].

المطلب الثاني

الاستثناءات الخاصة الواردة على المعاملة الاتفاقية

لا تنطبق الاستثناءات الخاصة الواردة على المعاملة الاتفاقية على جميع المعاملات التفضيلية التي يتمتّع بها المستثمر الأجنبي، إنّما تنطبق على البعض منها فقط، هذا على عكس الاستثناءات العامة التي تنطبق على كلّ ما تتضمنه اتفاقيات الاستثمار.

تصنف الاستثناءات الخاصة إلى استثناءات خاصة مرتبطة بالمصلحة العامة **(الفرع الأول)**؛ واستثناءات خاصة مرتبطة بمصلحة معينة **(الفرع الثاني)**.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 120.

الفرع الأول

الاستثناءات الخاصة المرتبطة بالمصلحة العامة

تتعلق الاستثناءات الخاصة المرتبطة بالمصلحة العامة، بعمليات الانتزاع للمصلحة العامة **(أولا)**، وحالة الضرورة **(ثانيا)**، والمساعدات التنموية **(ثالثا)**، وتحويل مال المستثمر وأرباحه إلى الخارج **(رابعا)**.

أولا: الانتزاع للمصلحة العامة

تتمتع الدولة المضيفة في إطار سيادتها بسلطة الرقابة على الاستثمارات المنجزة داخل إقليمها، بهدف توجيه هذه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية والمصلحة العامة بها، فتضطر هذه الدولة إلى اتّخاذ بعض الإجراءات التشريعية والتنظيمية، والتي قد تكون في بعض الأحيان إجراءات تحكمية أو تمييزية أو غير مشروعة، من شأنها المساس بمصالح المستثمر الأجنبي وتهميش حقوقه[1]، كالانتزاع للمصلحة العامة.

قصد الموازنة بين المصالح العامة للدولة المضيفة والمصالح الخاصة للمستثمر الأجنبي، عمدت البلدان الأطراف في اتفاقيات الاستثمار إلى فرض شروط محدّدة حتى يكون الانتزاع مشروعا، فالدولة لا يحق لها أن تقوم بعمليات الانتزاع إلا إذا تمّت بصفة شرعية طبقا للمنفعة العامة ودون أي تمييز وشريطة أن تدفع هذه الدولة تعويضا مناسبا وعادلا[2].

يتمثل الانتزاع للمصلحة العامة في كلّ إجراء تقوم به الدولة المضيفة، والذي يحرم المستثمر الأجنبي من تملك استثماره أو التصرف فيه أو التّمتع العادي به، كإجراء التأميم، نزع الملكية، أو أيّ إجراء مماثل، والتي أصبحت من قواعد النظام العام الدولي، فلا توجد أيّة اتفاقية ثنائية في مجال حماية الاستثمارات تمنع هذه الإجراءات، إنّما تكتفي فقط بتحديد شروط صحتها، لأنّ الدولة رغم انسحابها من المجال الاقتصادي لا تزال تحتفظ بدور

1- **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، ط 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 178.
2- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص 98.

المراقب والموجّه لمختلف النشاطات الاقتصادية المنجزة على إقليمها، وذلك من أجل ضمان تحقيق أهدافها في مختلف المجالات[1].

ثانيا: حالة الضرورة

لم يتم إدماج استثناء حالة الضرورة ضمن الاستثناءات الواردة على المعاملة الاتفاقية للاستثمار، نظرا لصبغته الاحتمالية وحتّى لا يكون مبرّر تلجأ إليه الدولة المضيفة كلما وجدت نفسها في ضائقة اقتصادية ترجعها أزمة اقتصادية حقيقية، وهذا العزوف عن إدراج هذا الاستثناء، سمح للتحكيم بالتدخل المباشر والمطلق لدراسة كل قضية على حدى، من زاوية وجود أزمة اقتصادية أو غيابها تبرّر حالة الضرورة أو لا تبرّرها، وفي حالة وجود نصّ صريح في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، فإنّ المحكّمون يؤسّسون قراراتهم على القواعد العرفية التي قنّنتها لجنة الأمم المتّحدة في مشروعها المتعلّق بالإعفاء من المسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة دوليّا[2].

نظرت محكمة التحكيم الدولية في إطار اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في عدّة قضايا تتعلّق بخرق الالتزامات اعتبارا لوقوع حالة الضرورة، كقضية شركة (CMS Gas Transmission Company) ضد الأرجنتين، حيث أنّ هذه الأخيرة اتّخذت عدّة تدابير مضرة بالمستثمرين الأجانب، نتيجة للأزمة الاقتصادية التي عاشتها، وحماية لأمنها الداخلي، وتفاديا لأيّ اضطرابات داخلية أو اتّساع للتوترات الاجتماعية الحاصلة آنذاك[3].

بيّنت المحكمة أنّ التدابير التي اتّخذتها الأرجنتين غيّرت كثيرا البيئة القانونية التي أوجدتها للاستثمار في قطاع الغاز[4]، في حين طالبت الأرجنتين بإعفائها من المسؤولية لخرقها لمعاهدة الاستثمار الثنائية المبرمة بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية عام

1- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 176.
2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 122.
3- الجمعية العامة للأمم المتحدة، مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليّا، الدورة الثانية والستون، 2007، ص 80، متوفر على الموقع:
Undocs.org.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/15، على الساعة: 9:30.
4- **الساعدي أحمد كاظم**، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 3.

1991، اعتبارا لوقوع حالة الضرورة أو الطوارئ الناجمة عن الأزمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها الدولة ابتداء من عام 2000، وقد أقامت الأرجنتين مرافعتها على أساس المادة 25 التّي اعتمدتها لجنة القانون الدولي بصيغتها النهائية عام 2001[1] والتي نصّت على أنّه:

"1- لا يجوز لدولة أن تحتج بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية عن فعل غير مطابق لالتزام دولي لتلك الدولة إلاّ في الحالتين التاليتين:

(أ) في حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك يتهدّدها، و

(ب) في حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيرا جسيما على مصلحة أساسية للدولة أو للدول التي كان الالتزام قائما اتجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل.

2- لا يجوز في أيّة حال أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفي عدم المشروعية:

(أ) إذا كان الالتزام الدولي المعني ينفي إمكانية الاحتجاج بالضرورة، أو

(ب) إذا كانت الدولة قد أسهمت في حدوث حالة الضرورة" [2].

لم تعط القرارات التحكيمية إجابة واضحة بشأن هذه القضية، فالبعض منها أكّد أن الأرجنتين محقة في الاستناد على الحجّة المتعلقة بالأمن الوطني في سياق معاهدة الاستثمار التي أبرمتها مع الولايات المتحدة الأمريكية، كما أكّد أنّ البلد يعيش أزمة اقتصادية حقيقية دفعته إلى اتّخاذ إجراءات استثنائية، في حين أكّد البعض الآخر أنّ حالة الضرورة لا تعفي الأرجنتين من المسئولية ودفع التعويض[3].

ثالثا: المساعدات التنموية

تكمن أهمية الاستثمار في إعطاء قوة دفع للاقتصاد المحلي لتحسين قدرته على التفاعل مع الاقتصاد العالمي والمشاركة في العملية الإنتاجية الدولية، حتّى يكون اقتصاد

1 - الجمعية العامة للأمم المتحدة، مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة ...، مرجع سابق، ص 80.
2- نقلا عن: حولية لجنة القانون الدولي 2001، منشورات الأمم المتحدة، المجلد الثاني، الجزء الثاني، 2007، ص 103، متوفر على الموقع: .legal.un.org . تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/15، على الساعة: 10:30.
3- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 122.

أكثر كفاءة[1]، لكن هذا الاستثمار يمكن أن يؤثر بشكل سلبي على المجال الاقتصادي للدولة المضيفة خاصة من زاوية المساس بقواعد المنافسة بسبب احتكار الشركات الأجنبية لبعض القطاعات الاقتصادية على حساب الشركات المحلية، وعدم مراعاة الأهداف التنموية لهذه الدولة[2]، هذا ما دفع بعض البلدان خاصة النامية منها لانتهاج سياسة دعم الاستثمار المحلي وبالأخص الفتّي منه، أو الذي يتعرّض لمنافسة أجنبية شديدة.

كان استثناء المساعدات التنموية محل نقاش بين البلدان المتقدمة والبلدان النامية، فمن جهة اعتبرته البلدان المتقدمة وسيلة لإفراغ مبدأ المعاملة الوطنية من محتواه، وتطبيقه بشكل مطلق وأوسع لا تبرير له، في حين اعتبرته البلدان النامية وسيلة للحفاظ على أمن اقتصادها الداخلي، فضمان عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني قد يؤدي إلى نتائج وخيمة على المستثمر الوطني والشركات الوطنية، نظرا لما يتميز به المستثمر الأجنبي من قدرات فنية ومالية تفوق قدرات المستثمر الوطني[3].

رغم هذا التعارض في المواقف، أشارت بعض اتفاقيات الاستثمار إلى استثناء المساعدات التنموية بهدف دعم السياسة الاقتصادية والإنمائية للبلدان النامية، والتي تسعى من خلال توفير مثل هذه المساعدات للمستثمر المحلي تدعيم بعض الصناعات المحلية، وتجاوز مبدأ التمييز بينه وبين المستثمر الأجنبي[4]. من بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية التجارة الحرّة لأمريكا الشمالية.[5]

رابعا: الاستثناءات المتعلقة بتحويل المال المستثمر إلى الخارج

تلجأ البلدان المصدرة لرؤوس الأموال إلى إبرام اتّفاقيات منظمة لتحويل الأصول المستثمرة والأرباح المحققة في البلدان المضيفة نحو أراضيها، لتضمن الإبقاء الدائم على

1- **معاوية أحمد حسين**، "الاستثمار الأجنبي المباشر وأثره على النموّ والتكامل الاقتصادي بمجلس التعاون لدول الخليج العربي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد والإدارة، م 28 ع2، 2014، ص 105.
2- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 103.
3- **محمد سارة**، الاستثمار الأجنبي في الجزائر - دراسة حالة أوراسكوم-، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010/2009، ص 92.
4- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص ص 122 و 123.
5- أنظر المادة 1108 من اتفاقية التبادل الحرّ لأمريكا الشمالية، مرجع سابق.

إمكانية تحويل الأموال المستثمرة وما تحققه من أرباح إلى دورتها الاقتصادية، ولتتجنب بذلك الآثار السّلبية للتغيّرات القانونية التي قد تلحق بتشريع الدولة المضيفة[1].

يعدّ تحويل المال المستثمر وأرباحه من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، وبهدف إرضاء الأطراف المتعاقدة سعت اتفاقيات الاستثمار إلى إيجاد حلّ توفيقي، فمن جهة أقرّت بحقّ المستثمرين في تحويل أموالهم المستثمرة وأرباحهم المحقّقة في البلدان المضيفة إلى الخارج[2]، ومن جهة أخرى، أقرّت للبلدان المضيفة الحقّ في التّمتّع ببعض الاستثناءات، إذ يمكنها منع هذا التحويل في حال تطبيقها المنصف والعادل لقوانينها أي دون تمييز وعن حسن نية، فيما يتعلق بإفلاس الاستثمار وعدم إيفائه لديونه، أو لحماية حقوق الدائنين، أو بسبب المخالفات الجنائية، أو تطبيق العقوبات، أو تنفيذ الأحكام القضائية[3].

قد تمنع الدولة المضيفة تحويل المال المستثمر بسبب وجود صعوبات في ميزان المدفوعات أو في توقع حدوثه، وهذا السبب لا يرتبط باتفاقيات الاستثمار، ففي هذه الحالة تفرض الدولة المضيفة قيودا على حرية التحويل طبقا لقواعد مجموعة الاتّفاق العام بشأن التّعريفات الجمركية والتجارة وصندوق النقد الدولي، ولمدّة محدّدة زمنيّا لا يمكن أن تتجاوز المدّة اللاّزمة لإصلاح وضعية ميزان المدفوعات[4]. (سنتعرض إلى ضمان تحويل المال المستثمر وأرباحه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب).

1- **علة عمر**، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي " دراسة مقارنة"، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 135.

2- **برايك الطاهر & جعيرن بشير**، "ضمانات تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة في عقود الدولة الاستثمارية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول، 2017، ص ص 36 و 37، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

3 - **BONZONE Anne Juliette**, Op.cit, P 137 et ss.

4 -L'article 29 de l'accord de libre-échange entre les Etats de l'association Européenne de libre-échange (l'AELE) et la République Tunisienne stipule : ***«Si un ou plusieurs Etat de l'AELE ou la Tunisie rencontre des difficultés en matière de balance des paiement ou en sont menacés, les Etat de l'AELE ou la Tunisie peuvent , le cas échéant, conformément aux conditions prévues par le GATT 1994 et aux articles VIII et XIV des articles de l'accord sur le Fonds monétaire international, adopter des restrictions sur les transactions courantes qui doivent être de duré limitée et qui ne pourront pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour remédier la situation de la balance des paiement …*** ». Disponible sur le site : http://www.commerce.gov.tn. Consultation le 17/07/2021, A 10:20.

الفرع الثاني

الاستثناءات الخاصة المرتبطة بمصلحة معينة

تتعلق الاستثناءات الخاصة المرتبطة بمصلحة معيّنة، بـــ: الاتّحاد الاقتصادي والمجموعات الاقتصادية **(أولا)**، ومنع الازدواج الضريبي **(ثانيا)**، واللّوائح السّلبية والإيجابية **(ثالثا)**.

أولا: الاتحاد الاقتصادي والمجموعات الاقتصادية

بعد تحوّل البلدان من الاقتصاد المخطط والمسيّر مركزيّا إلى اقتصاد السوق، سعت للبحث عن موقع اقتصادي داخل التكتلات والمجموعات الاقتصادية، في إطار اقتصادي عالمي يدخلها ضمن العولمة[1]. ولقد اختلف الاقتصاديون حول تحديد مفهوم التكامل الاقتصادي، حيث استخدمت عدّة مصطلحات للتعبير عن التكامل الاقتصادي فاستعمل البعض مصطلح "الاندماج" وآخرون استخدموا مصطلحات أخرى كـ "التعاون"، وهذا الاختلاف يرجع إلى نوعية التكامل الاقتصادي ودرجته، هل هو تكامل جزئي أم كلي، وهل هو واقع بين دولتين على شكل اتفاقيات ثنائية أم واقع بين مجموعة من البلدان على شكل تكامل إقليمي[2].

يقصد بالتكامل الاقتصادي، تلك العملية التي تؤدي إلى تجمع عدّة اقتصاديات لتشكيل اقتصاد موحد، وهو ما يؤدي إلى تطوير الدور الذي تلعبه الشركات متعدّدة الجنسيات في الاقتصاد العالمي أي النمو السريع للتجارة ومخزون الاستثمار في جميع أنحاء العالم[3].

1- **كساب علي & راتول محمد**، " التكامل الاقتصادي العربي والتنمية الاقتصادية في إطار التدافع الاقتصادي والشراكة"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الأول، ص 8، متوفر على الموقع: ebook.univeyes.com.

2- **خاطر إسمهان**، دور التكامل الاقتصادي في تفعيل الاستثمار الأجنبي المباشر -دراسة حالة دول مجلس التعاون الخليجي-، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص: اقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم: العلوم الاقتصادية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012، ص 2.

3-**KOKOZI Charles Katembo**, Impacte territoriaux différenciés de l'ouverture national aux marchés mondiaux : Le cas de l'ALENA au QUEBEC, Thèse présentée comme exigence partielle du programme de doctorat en développement régional, Université de Québec, Canada, 2012, P 8.

يعرّف التكامل الاقتصادي أيضا على أنّه: **"تجمع بين مجموعة من البلدان المتجانسة اقتصاديا وجغرافيا وتاريخيا وثقافيا واجتماعيا، والتي تجمعها مجموعة من المصالح الاقتصادية المشتركة، بهدف تعظيم تلك المصالح وزيادة التجارة الدولية البينية لتحقيق أكبر عائد ممكن من التبادل فيما بينها، ومن ثم الوصول إلى أقصى درجة من الرفاهية الاقتصادية لشعوب تلك البلدان"**[1].

يشهد العالم العديد من مبادرات التكامل الاقتصادي الإقليمي فيما بين البلدان باختلاف درجة تقدمها، وهذا من شأنه زيادة الاستثمار من خلال فتح قطاعات جديدة للاستثمار، وتنسيق القواعد الخاصة بمعاملة المستثمرين الأجانب ينبع أساسا بشكل مباشر أو غير مباشر من تحرير التجارة والاستثمار وتكامل السوق، وتنسيق الأطر السياسية للبلدان المشاركة في التكامل[2].

يؤدي الاندماج في مثل هذه الاتّحاديات والمجموعات استثناء تطبيق "المعاملة الوطنية" أو **"**معاملة الدولة الأولى بالرعاية" على رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية الثنائية للاستثمار، لأسباب تتعلّق بالاندماج الاقتصادي والتّعاون الإقليمي مع بلدان المنطقة، وهو ما نصت عليه الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وصربيا عام 2013 والتي جاء فيها: ***"3- لا ينبغي تفسير أحكام الفقرتين 1و2 من هذه المادة على نحو يرغم أحد الطرفين المتعاقدين أن يشمل مستثمري الطرف المتعاقد الآخر الاستفادة من أيّ معاملة أو تفضيل أو امتياز يمكن للطرف المتعاقد الأخير منحه لأيّ دولة ثالثة وفقا لـ:***

أ) "أيّ اتّفاق بشأن العضوية في اتّحاد اقتصادي، اتّحاد جمركي، منطقة تجارة حرّة، اتّحاد نقدي أو أيّ اتفاق دولي مماثل ينشئ مثل هذه الاتّحادات أو غيرها من أشكال التّعاون الإقليمي يكون أو قد يصبح أحد الطرفين المتعاقدين طرفا فيها" [3].

1-**عبد المطلب عبد الحميد**، اقتصاديات المشاركة الدولية: من التكتلات الاقتصادية حتى الكويز، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 21.

2 -**CNUCED**, «Intégration régionale et investissement étranger directe dans les payes en développement et les payes en transition », Nations Unies, 2012, P 3.

3- أنظر المادة 3/3 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية وحكومة جمهورية صربيا، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 فيفري سنة 2012، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334، المؤرخ في 30 سبتمبر سنة 2013، ج.ر.ج.ج. عدد 49، صادر بتاريخ 2 أكتوبر سنة 2013.

أمّا الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسلطنة عمان عام 2002 فقد نصّت على أنّه:
"2- يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه، لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر، لاسيما فيما يخص، إدارة الاستثمارات أو التّمتع بها، معاملة لن تكون أقل امتيازا (أفضلية) من تلك التي تخصّص لمستثمري دولة ثالثة.
3- لا تمتد هذه المعاملة إلى الامتيازات التي يمنحها طرف متعاقد إلى مستثمري دولة ثالثة بموجب عضويتها في منطقة تجارة حرّة أو اتّحاد جمركي أو اقتصادي أو سوق مشترك، أو مشاركتها في إحدى هذه الأنواع من المنظمات" [1].

ثانيا: منع الازدواج الضريبي

قد تكون الاستثناءات المقرّرة على المعاملة الاتفاقية، استثناءات تتعلق بمواضيع محدّدة كالضرائب، فيستثنى تطبيق هذه المعاملة على أيّة حوافز ضريبية يتم منحها لدولة ثالثة بناء على اتفاقيات منع الازدواج الضريبي مثلا[2]، وهو ما نصّت عليه اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين تونس ولبنان في 1998/06/24[3]، كما نصّت المادة 4/4 من الاتفاقية الجزائرية السويسرية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات عام 2005 على أنّه: ***"إذا منح طرف متعاقد مزايا خاصة لمستثمري أيّة دولة أخرى بموجب اتّفاق...، أو بموجب اتّفاق لتفادي الازدواج الضريبي، لا يكون مرغما على منح هذه المزايا لمستثمر الطرف المتعاقد الآخر"***.

على الرّغم من أهمية هذا الاستثناء، لم تهتم الكثير من اتفاقيات الاستثمار على إدراجه ضمن نصوصها، كما أنّه لا يطبق عادة إلاّ على أساس المعاملة بالمثل، إضافة إلى الغموض والتعقيد الذي يصاحبه نظرا للصعوبات التي تعطّل تطبيقه العادي بسبب اختلاف في الأنظمة الوطنية وافتقار وجود نظام قانوني خاص بالضرائب، هذا ما جعل منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية تحثّ البلدان على اعتماد مشروع "الاتّفاق بشأن منع الازدواج

1- أنظر المادة 4/2 من الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشّعبية وحكومة سلطنة عمان، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر بتاريخ 9 أفريل سنة 2000، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-223، المؤرخ في 22 جوان سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان سنة 2002.

2- **محمد عبد الودود أبو عمر**، مرجع سابق، ص ص 59 و 60.

3- تنصّ المادة 3 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين تونس ولبنان، والمنشورة على الموقع الالكتروني للأونكتاد على أنّه: ***" لا تشمل هذه المعاملة أيّ ميزة يوليها أيّ من الطرفين المتعاقدين لمستثمرين من دولة ثالثة بموجب اتفاقية حول الازدواج الضريبي أو اتفاقيات أخرى على أساس متبادل تتعلّق بالضرائب"***.

الضريبي في مادة الضريبة على الفوائد والثروة"، والذي وضعته لجنة المنظمة عام 1976.[1]

ثالثا: اللّوائح السلبية والايجابية

نظرا لحاجة البلدان النامية لرؤوس الأموال الأجنبية، أصبحت هي التي تبادر عادة بإبرام اتفاقيات دولية تسمح لها بنقل مبادئ وقواعد حماية الاستثمار من المستوى الداخلي إلى المستوى الدولي[2]، وتسعى هذه البلدان لإبرام اتّفاقيات تتماشى وسياستها التّنموية، من خلال اعتماد نوعين من اللّوائح والمتمثّلة في اللّوائح السلبية واللّوائح الايجابية، وذلك بهدف الحدّ من نطاق المعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب.

يقصد باللّائحة السلبية، أن تمنح الدولة الطرف في الاتفاقية، المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية، لرعايا البلدان الأعضاء الأخرى وذلك في كلّ المجالات باستثناء بعض المجالات الخاصة، وعادة ما يتم إدراج هذه اللاّئحة في ملاحق تتضمن المواد التي لا يشملها مبدأ عدم التمييز.

تشمل اللائحة السلبية الأنشطة غير المصرّح بها لمشاريع الاستثمار، ويسمح هذا النوع من الاستثناءات بتحسين مناخ الاستثمار، ودعم الشفافية في المعاملات إذ يكون المستثمر الأجنبي على دراية بالمجالات المسموح الاستثمار فيها[3]، كما يسمح للدولة المضيفة بإدخال قطاعات أخرى في لائحتها السلبية خاصة ما تعلّق بالقطاعات الحسّاسة أو الإستراتيجية كالدفاع والطاقة الذرية[4].

أمّا اللائحة الايجابية، فهي تشمل الأنشطة المصرّح بها لمشاريع الاستثمار، حيث تحتوي على الالتزامات الخاصة بكل دولة طرف في الاتفاقية اتّجاه البلدان الأعضاء الأخرى، فيما يتعلّق بتحديد المجالات التي يسمح الاستثمار فيها، وتطبيق مبدأ عدم التمييز عليها.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 125.
2- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 237.
3- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص 125.
4- **WANNOUS Nawwar**, «Le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations Tunisienne, Egyptienne, et Saoudienne », Revue québécoise de droit international, V 29, N° 2, 2016, P 279.

يمكن للدولة أن توسّع من هذه القائمة، لتعزّز قدرتها على جذب الاستثمارات خصوصا استقطاب الشركات الكبرى والاستثمارات النوعية لتشمل العديد من القطاعات الاقتصادية الحيوية، والتي تتكامل مع الرؤية والخطط الإستراتيجية للدولة وترسخ الثقة لدى المستثمر الأجنبي، باعتبار الدولة وجهة استثمارية جاذبة وآمنة في المنطقة. وهو ما سعت إلى تجسيده دولة الإمارات، ففي سنة 2020 صدر قرار من مجلس الوزراء يحدد القائمة الايجابية للقطاعات والأنشطة الاقتصادية التي يجوز الاستثمار فيها ونسب تملّكها، حيث تضمّن القرار 122 نشاطا اقتصاديا رئيسيا وفرعيا يسمح للأجانب التملك بها بنسبة 100%، وتكمن هذه الأنشطة في: قطاع الزراعة، قطاع الصناعة، وقطاع الخدمات[1].

يظهر العمل بنظام القائمة الايجابية أكثر في الاتّفاقية العامة المتعلّقة بتجارة الخدمات GATS، حيث تتخذ الاتفاقية هذا الأسلوب لتغطية قطاعات خدمية معيّنة، ويتضمن جدول الالتزامات لأية دولة قسمين: قسم أفقي يحتوي على تعريف بالقوانين والتشريعات واللوائح النافذة، والتي تتعلق بكافة قطاعات الخدمات مثل: قانون الدولة، قانون العمل، وقانون الشركات...، وقسم رأسي يحدّد القطاعات الخدمية التي تريد الدولة الدخول بها في الاتفاقية والارتباطات المحدّدة لكل قطاع[2]، أمّا العمل بالقائمة الايجابية في الاتّفاقيات الثنائية للاستثمار فهو نادر جدّا.

1- أنظر قرار مجلس الوزراء رقم (16) لسنة 2020 لدولة الإمارات، في شأن تحديد القائمة الايجابية للقطاعات والأنشطة الاقتصادية التي يجوز الاستثمار الأجنبي المباشر فيها ونسب تملكها. متوفر على الموقع:
https://u.ae.finance-and –investment
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/09، على الساعة: 14:20.

2- **هناء اللافي سالم محمد**، الاتفاقية الدولية لتحرير تجارة الخدمات المالية وآثارها على اقتصاديات البلدان النامية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الإجازة العالمية (الماجستير) في الاقتصاد، كلية الاقتصاد، جامعة بنغازي، ليبيا، 2015، ص 42.

الفصل الثاني

دور الحوافز والمزايا الاتفاقية في تحقيق الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر

تتنافس البلدان على جلب الاستثمارات مزيلة للعراقيل المحلية التي قد تواجه هذه الاستثمارات، وذلك من خلال تقديمها لمختلف الحوافز والمزايا، والتي من شأنها جذب المستثمر الأجنبي، باعتبار أنّ هذا الأخير يهتم بحجم المساعدات والإعفاءات التي سيتلقاها من الدولة المضيفة، وبحجم الأعباء التي ستقع عليه.

تتضمن اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها الدولة مع غيرها من البلدان ضمانات وحوافز لصالح المستثمر الأجنبي متعلّقة بالجانب المالي، والتي تتمثّل أساسا في ضمان تحويل الأرباح ورأس المال المستثمر وضمان التعويض عن المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها هذا المستثمر في إقليم الدولة المضيفة، ولتدعيم هذه الضمانات أنشئت هيئات خاصة مكلّفة بالضمان ضدّ هذه المخاطر كالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات والوكالة الدولية لضمان الاستثمار **(المبحث الأول)**. وغالبا ما تلجأ الدولة المضيفة إلى منح تحفيزات لا تقل أهمية عن الحوافز والضمانات المالية الممنوحة للمستثمر بل تكملها، والتي تتمثل في الحوافز الضريبية في إطار اتفاقيات الاستثمار والاتفاقيات التي تبرمها في هذا المجال **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول
عن اعتبار الحوافز المالية آلية لإيجاد التوازن بين المصالح المتعارضة

سعت اتفاقيات الاستثمار إلى بثّ روح الثقة والاطمئنان لدى المستثمرين من خلال ما تضمّنته من ضمانات تقضي بمبدأ حصانة أموالهم، والسماح لهم بتحويل رؤوس أموالهم وأرباحهم إلى الخارج، كما غطّت هذه الضمانات الأضرار التي قد تلحق بهؤلاء المستثمرين في الاستيلاء على ملكيتهم وفي حالة الحروب الأجنبية ومختلف الاضطرابات الداخلية، وإن كانت ترد على هذه الضمانات بعض الاستثناءات مراعاة للمصالح المتضاربة بين الأطراف في عقود الاستثمار، وسعيًا لإيجاد نوعٍ من التوازن بين هذه المصالح **(المطلب الأول)**.

لم يتوقّف الأمر عند هذه الحدّ، بل أنشأت البلدان فيما بينها وذلك في إطار التعاون الإقليمي والدولي، هيئات لضمان الاستثمارات من المخاطر غير التجارية التي قد تتعرّض لها، كالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
وضع نظام للتحفيز المالي محاولة لإيجاد الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر

يعدّ تحويل رؤوس الأموال الأجنبية من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، فلا تتحقق الحماية الفعلية له إن لم يتمكن من تحويل أمواله المستثمرة في إقليم الدولة المضيفة، وعلى الرغم مما نصّت عليه التشريعات الوطنية للبلدان المضيفة من إمكانية فرض قيود على تحويلات رؤوس الأموال كلما اقتضت الظروف المالية والاقتصادية ذلك، نجد أن اتفاقيات الاستثمار لا تكاد تخلو من نصوص تؤكد على تحويل أو إعادة تصدير رأس المال المستثمر، لتحقيق نوع من التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر، فمنع هذا الأخير

من تحويل أرباحه إلى الخارج يعدّ بمثابة حرمانه من الانتفاع باستثماراته وعوائدها **(الفرع الأول)**. كما تضمن هذه الاتفاقيات للمستثمر التعويض عن المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها في إقليم الدولة المضيفة، لأن هذه المخاطر خارجة عن إرادته وليس لديه أي استعداد لتحمل تبعاتها، كما يعدّ دليلا ومؤشرا على عدم توفر المناخ الملائم لاستثماراته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

ضمان حرية تحويل الأرباح ورأس المال المستثمر

لا توفر قواعد القانون الدولي العرفي للمستثمر الأجنبي في مجال الرقابة على الصرف الأجنبي ومنع التحويل أيّة حماية، باعتبار أن القانون الدولي يعترفُ بحقّ كل دولة ذات سيادة في تنظيم شؤونها النقدية وفرض ما تراه مناسبًا من قيود على التحويلات النقدية الواردة إلى داخل إقليمها أو خارجه، هذا من جهة.

من جهة أخرى، فاللجوء إلى القانون الداخلي لتنظيم هذه المسائل لا يعتبرهُ المستثمر الأجنبي ضمانة حقيقية لأمواله ومشاريعه، لذلك اعتمدت البلدان المصدّرة لرأس المال على القانون الدولي الاتفاقي لحماية رعاياها من مخاطر عدم التحويل[1] ومواجهة معوقات الرقابة على النقد الأجنبي في البلدان المضيفة. مثال على ذلك ما نصّت عليه المادة 6 من الاتفاقية المبرمة بين إيطاليا ومصر لعام 1979 -المذكورة آنفًا-: ***"تضمن كلّ من الدولتين المتعاقدتين تحويل البنود التالية بأيّة عملة قابلة للتحويل دون تأخير لا مبرّر لهُ، وبعد الوفاء بالالتزامات المالية كافة"***.

نصّت أيضًا المادة 4 من مشروع الاتفاقية الخاصة بحماية الأموال الأجنبية الذي أعدّته منظمة OCDE سنة 1967 على أنّه: ***"لكل دولة طرف في الاتفاقية لها أن تعترف بحريّة موطني الدول الأطراف الأخرى في تحويل دخولهم الجارية وناتج تصفية أموالهم***

1- تشمل مخاطر التحويل، التأخير في الموافقة على التحويل وذلك بتجاوز الفترة المعقولة للتحويل، إضافة إلى فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف مميّز ضد المستثمر الأجنبي لا يخدم مصالحه. أنظر: **أحمد عبد اللاه المراغي**، مرجع سابق، ص ص 49 و 50.

الموجودة في إقليمها، وأن تسعى كلّ دولة طرف إلى اتّخاذ الخطوات الكفيلة بتيسير إتمام هذه التحويلات إلى دولة إقامة صاحب المصلحة وبعملاتها".

ما يلاحظ على هذا النّص، أنّه جاء على شكل توصية للبلدان الأطراف بضمان والاعتراف لمواطني البلدان الأطراف الأخرى بتحويل أموالهم الموجودة في إقليمها، وليس إلزام قانوني، ما أدّى بالبعض إلى القول بأنّه: ***"لا يوجد تعارض بين قيود الصرف المفروضة عن حسن النية والتزامات البلدان الأطراف بموجب الاتفاقية"***، وطالبوا بإعادة صياغة نص المادة 4 وتضمنيها قواعد ملزمة تضبط هذهِ المسألة[1].

لضمان حريّة المستثمر في تحويل أرباحه ورأسماله، أصبحت بلدان الجنوب تتعامل بالاتفاقيات الثنائية والتي تتضمن أحكاما تضمن لهذا المستثمر حرية تحويل الأموال وحرية الصرف أيضًا[2]، ولاشكّ أنّ هذا الضمان يعبّر عن حسن نية البلد المضيف في التعامل مع المستثمر الأجنبي، فمنع هذا الأخير من تحويل أمواله وأرباحه إلى بلده الأصلي أو أيّ بلد يختاره، يعتبر بمثابة حرمانه من استغلال أمواله واستثماره، ويعبّر عن سوء نية البلد المضيف في التعامل معه، لاسيما وأن عملية الاستثمار تتضمّن بالضرورة عملية تحويل رؤوس الأموال والأرباح من و إلى خارج البلد المضيف[3].

من بين هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومملكة السويد[4] والتي نصّت في المادة 6 منها على أنّه: ***"يسمح كل طرف متعاقد و بدون تأخير بتحويل المدفوعات المتعلقة باستثمار، بحرية وبعملة قابلة للتحويل..."***.

كما حدّدت ذات المادة الأموال التي يمكن للمستثمر الأجنبي تحويلها حيث نصّت:

" ويشمل ذلك (حرّية تحويل الأموال) على وجه الخصوص لا الحصر:

1- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص ص 135 و 136.

2- **TERKI Nour Eddine**, «La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASHEP, Vol 39, N° 02, 2001, P 15.

3- في هذا الصدد يشير الأستاذ مهدي هارون إلى أنّه، لا يمكن تصوّر عملية استثمار بدون وجود حركة لرؤوس الأموال من وإلى الخارج إقليم البلد المضيف، فعملية الاستثمار أصلاً مبنية على حركة رؤوس الأموال، غير أنّ العكس لا يمكن أن يكون صحيحًا، فمجرّد وجود حركة رؤوس الأموال من و إلى البلد المضيف لا يشكل بالضرورة عملية الاستثمار، بالتالي يمكن القول أنّ التشريع الخاص بالصرف يشكل جزءً أساسيًّا من قانون الاستثمار ومن مجموع التشريعات والتنظيمات التي تنظم مجال الأعمال في دولة معيّنة. نقلا عن **حرزي لوناس**، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 98.

4- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15 فيفري سنة 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-431، المؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 84، الصادر بتاريخ 29 ديسمبر سنة 2004.

أ- المداخيل،

ب- العائدات الناجمة عن بيع أو تصفية كلية أو جزئية لأيّ استثمار لمستثمر طرف متعاقد،

ت- الأموال المستعملة لتسديد القروض والمبالغ الأخرى الموجهة لتغطية النفقات الخاصة بتسيير الاستثمار،

ث- التعويض المدفوع طبقًا للمادة 4 أو 5، و،

ج- أجور الأشخاص، من غير مواطنيهَا، الذين يسمحُ لهم بالعمل في استثمار على إقليمهِ".

تجدر الإشارة، إلى أن هذه الأموال القابلة للتحويل ذكرت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، فالاتفاقيات الثنائية عامة لا تحصر هذه الأموال في أصناف معيّنة، بالتالي يمكن للمستثمر الأجنبي أن يقوم بتحويل أموال أخرى كالأموال المترتبة عن استغلال حقوق الملكية الفكرية والصناعية، كما نصّ عليه الاتفاق المبرم بين الجزائر والمجلس الفيدرالي السويسري، حيث تضمّنت المادة 5/1 منه على مجموعة من الضمانات المالية للمستثمر دون حصرها، منها الحقّ في تحويل الإتاوات والتسديدات الأخرى الناجمة عن حقوق الملكية الفكرية والصناعية والمطالبات بالمال والامتيازات[1].

قد تواجهُ البلدان المتعاقدة مشكلة عدم التوازن في ميزان مدفوعاتها، وإخراج كميات كبيرة من العملات الصعبة القابلة للتحويل قد يؤثر سلبًا على ميزان مدفوعاتها، لذا وضعت أغلبية الاتفاقيات استثناء على مبدأ حرية التحويل دفعةً واحدةً، فأجازت للبلدان الأطراف

1- تنص المادة 5 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمجلس الفيدرالي السويسري حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقّع ببيرن في 30 نوفمبر سنة 2004، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-235، المؤرّخ في 23 جوان سنة 2005، ج.ر.ج.ج عدد 45، الصادر بتاريخ 29 جوان سنة 2005، على أنّه: ***"1- يمنح كل طرف متعاقد لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر، الذين أنجزوا استثمارات على إقليمه، التحويل بدون أجل وبعملة قابلة للتحويل بحرية، للمبالغ المتعلّقة بهذه الاستثمارات وبالأخص:***

(أ) العائدات،

(ب) التسديدات المرتبطة بالقروض أو بالتزامات أخرى مبرمة لهذه الاستثمارات،

(ج) حصيلة البيع أو التصفية الجزئية أو الكلية للاستثمارات، بما في ذلك القيمة المضافة المحتملة،

(د) الإتاوات والتسديدات الاخرى الناجمة عن الحقوق المشار إليها في المادة الأولى فقرة (2)، الحروف (ج) و (د) و (ه) من هذا الاتفاق.

(ه)المبالغ الضرورية لصيانة ولتنمية الاستثمارات.".

التي تعاني من مشكلات اقتصادية ناجمة عن اختلال في ميزان مدفوعاتها، السماح للمستثمر بتحويل أمواله لكن على شكل أقساط موزعة على عدّة سنوات حفاظًا على مصالح هذه البلدان، وهو ما نصّت عليه المادة 3/2 من القواعد الإرشادية للبنك الدولي لعام 1992 بقولها: ***"إلاّ أنّه في الأحوال الاستثنائية التّي تواجه فيها الدولة صعوبات في توفير النقد الأجنبي يجوز استثناء أن يتم تحويل هذه المبالغ على أقساط خلال مدّة تكوين قصيرة، بقدر الإمكان، ولا تتجاوز في أيّة حال خمس سنوات من تاريخ التصفية أو البيع مع استحقاق الفوائد المنصوص عليها في البند الثالث من الفقرة السادسة من هذه المادة"***[1].

لا يمكن أن يتم تطبيق مبدأ حريّة تحويل رؤوس الأموال بكيفية مطلقة فهناك عدّة شروط يجب توفّرها، وهنا يثار التساؤل عن نوع العملة التي يجري بها التحويل؟ والمدّة الزمنية اللازمة لإجرائه؟.

تضمّنت بعض الاتفاقيات نصّا عاما بأن يجري التحويل بدون تأخير غير مبرّر وبأيّة عملة قابلة للتحويل، من هذه الاتفاقيات نجد الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الحكومة الجزائرية وجنوب إفريقيا[2] والتي نصّت في المادة 6/2 منها على أنّه: ***"تتم كلّ التحويلات دون تأخير بأيّ عملة قابلة للتحويل..."***. فهذه الاتفاقيات لم تحدّد نوعًا معيّنا للعملة التي يجب استخدامها في التحويل، إنما اشترطت أن تكون العملة من النوع الذي يمكن تحويله إلى العملات الأخرى بسهولة، ويمكن اعتبار ذلك يخدم مصالح المستثمر الأجنبي أكثر من مصالح الدولة المضيفة باعتبار أنّ أغلب البلدان المضيفة لرأس المال هي بلدان نامية تعاني أصلاً من ندرة العملات الأجنبية.

ذهبت اتفاقيات أخرى إلى النّص على أنّ التحويل يجري بنفس العملة التي تمّ بها الاستثمار[3].

1- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص ص 137 و 138.

2- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 24 سبتمبر سنة 2000، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-206، المؤرخ في 23 جويلية سنة 2001، ج.ر.ج.ج عدد 41، الصادر بتاريخ 29 جويلية سنة 2001.

3- أنظر المادة 7 فقرة د من اتفاق التبادل التجاري والتعاون الاقتصادي والتقني وتشجيع الاستثمار بين حكومة دولة قطر وحكومة جمهورية مصر العربية، متوفر على الموقع الإلكتروني: www.almeezan.qa. تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/08/20، على الساعة: 09:30.

بالنسبة لسعر صرف العملة الوطنية الواجب تطبيقه أثناء التحويل، فقد نصّت المادة 6 من الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر وإندونيسيا[1] على أنّه: ***"يتم هذا التحويل بسعر الصرف السائد بتاريخ التحويل..."***. ما يبيّن أنّ سعر الصرف المعتمد لتحويل العملة الوطنية للدولة التي ينجز فيها الاستثمار هو سعر الصرف السائد في السوق يوم التحويل.

في حالة غياب سوق الصرف، يتم اعتماد سعر الصرف الأحدث لتحويل العملات إلى حقوق السحب الخاصة، وهو ما نصّت عليه المادة 6/3 من الاتفاق الثنائي المبرم بين الجزائر والنّمسا[2]. بينما أحالت اتفاقيات أخرى مسألة تحديد سعر الصرف إلى صندوق النقد الدولي، حيث نصّت المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية العربية المتحدّة والكويت عام 1966 على أنّهُ: ***"يحدّد لأغراض هذا الاتفاق سعر الصرف وفق الأسعار الرسمية المحدّدة من قبل صندوق النقد الدولي، وفي حالة عدم توفرها يستخدم سعر الصرف الرسمي بالذهب أو بالدولار أو بأيّة عملة قابلة للتحويل"*** [3].

يتضّح ممّا سبق، أن اتفاقيات الاستثمار قد كفلت حرية المستثمر في تحويل رأسمال مشروعه والفوائد المحققة، ومن جانب آخر فقد أقامت هذه الاتفاقيات نوعًا من التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر، عندما منعت هذا الأخير من تحويل أمواله بشكل كلي، إنّما أوجبت أن يتم ذلك على شكل أقساط موزعة على مدة زمنية معقولة، مراعاة للظروف الاقتصادية الاستثنائية التي قد تمرّ بها الدولة المضيفة المتعاقدة كما سمحت بعض الاتفاقيات للبلدان المتعاقدة فرض بعض القيود على عملية التحويل، بشرط أن تنفّذ تلك القيود بحسن نية ودون تمييز وبشكل يتفق مع قوانينها السارية المفعول، وذلك في حالات الحفاظ على

1- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-226، المؤرخ في 22 جوان سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 45، الصادر بتاريخ 30 جوان سنة 2002.

2- تنص المادة 6/3 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النّمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بفيينا في 17 جوان سنة 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327، المؤرخ في 10 أكتوبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 65، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر سنة 2004، على أنّه: ***"في غياب سوق للصرف، يطبّق سعر الصرف الأحدث لتحويل العملات إلى حقوق السحب الخاصة"***.

3- منشورات الهيئة العامة للاستثمار في مصر، بدون تاريخ، ص 125. نقلا عن **محمّد يونس يحيى الصائغ**، مرجع سابق، ص 139.

حقوق الدائنين، أو تنفيذ الالتزامات المالية التي تفرضها الأحكام القضائية، أو من أجل حماية عملتها من التدهور[1].

الفرع الثاني

ضمان التعويض عن المخاطر غير التجارية

التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي

نصّت اتفاقيات الاستثمار على ضمان تعويض المستثمر الأجنبي عن المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها سواء تعلّق الأمر بمخاطر الاستيلاء على ملكيته **(أولا)**، أو أخطار الحروب الأجنبية والاضطرابات الداخلية **(ثانيا)**.

أولا: الضمان ضد مخاطر الاستيلاء على ملكية الأجانب

تمثّل اتفاقيات الاستثمار ضمانة قوية لأموال المستثمرين الأجانب من حيث أنّها تقضي على الجدل القائم بين البلدان المتقدمة والنامية حول بعض القواعد الدولية العرفية المتعلقة بالاستثمار، كما أنّها وبلا استثناء تنطلق من مبدأ أساسي وهو مبدأ حصانة أموال المستثمرين الأجانب ضد إجراءات نزع الملكية والتأميم وغيرها من الإجراءات ذات الطبيعة المماثلة **(1)**، إلاّ أنّ هذا المبدأ يرد عليه استثناء وضعته هذه الاتفاقيات لإيجاد نوع من التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر، إذ يسمح لهذه الدولة أنّ تتّخذ إجراءات الاستيلاء إذا توفّرت شروط معيّنة **(2)**.

1- مبدأ حصانة أموال المستثمرين الأجانب:

تعتبر اتفاقيات الاستثمار كمظلة تحمي المستثمر الأجنبي من التصرفات التي قد تقوم بها الدولة المضيفة وتفرضها عليه[1] خاصة ما تعلق بالمساس بأمواله، لذا تأخذ أغلبية

1- مثلا الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر ودولة الكويت، تنص على ضمان حرية تحويل أموال المستثمر الأجنبي من كلا الطرفين المتعاقدين، وذلك بعد وفاء هذا المستثمر بكل الالتزامات الجبائية التي تقع على عاتقه، فجاءت المادة 7/1 من هذه الاتفاقية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-370، المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 66، الصادر بتاريخ 2 نوفمبر سنة 2003، كما يلي: ***"1- يضمن كل من الطرفين المتعاقدين للمستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر التحويل الحر لمدفوعات متعلّقة باستثمار داخل وخارج إقليمه، بعد الوفاء بكل الالتزامات الجبائية ..."***.

الاتفاقيات الثنائية بمبدأ حماية أموال المستثمرين الأجانب وضمانها في أراضي كل طرف متعاقد، من ذلك ما نصّت عليه المادة 5/1 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والأردن عام 1996 حيث جاء فيها: ***"تستفيد استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين، إلى جانب عوائد هذه الاستثمارات المنجزة على الإقليم أو المنطقة البحرية للطرف المتعاقد الآخر من حماية وأمن تأمين كاملين"*** [2].

والمادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين اليابان ومصر عام 1977 والتي جاء فيها: ***"سوف تتمتّع استثمارات وعوائد مواطني وشركات كل من الطرفين المتعاقدين بالحماية والأمن الدائمين في أراضي الطرف المتعاقد الآخر"*** [3].

تقوم الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار في سبيل ضمان مبدأ حماية وحصانة أموال المستثمرين الأجانب، وذلك بتحديد الإجراءات الحكومية التّي يمكن أن تمّس بالاستثمارات التي تشملها الحماية الاتفاقية، حيث يمنع على الدولة المضيفة اتّخاذها، مثال على ذلك ما نصّت عليه المادة 5 من الاتفاقية المبرمة بين بريطانيا وبنما لعام 1983: ***"لن تؤمم أو تنزع ملكية استثمارات رعايا وشركات أيّ من الطرفين المتعاقدين أو تخضع لأيّ إجراء له نفس الأثر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر"*** [4].

أكثر من ذلك، فقد أخذت هذه الاتفاقيات الثنائية بالمفهوم الواسع لعبارة (أخذ الملكية)، فلم تقتصر على منع الإجراءات التقليدية التي تتخذها الدولة المضيفة اتّجاه المستثمر والتي تجرّدهُ من ملكيته كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة، إنّما يشمل المنع كلّ صور المساس

1- **JACKET Jean Michel & DELEBECQUE Philipe & CARNELOUP Sabine**, Droit du commerce international, Dalloz, Paris, 2007, P 551.

2- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ في 5 أفريل سنة 1997، يتضمن المصادقة على الاتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في عمان بتاريخ 1 أوت سنة 1996، ج.ر.ج.ج عدد 20، صادر بتاريخ 6 أفريل سنة 1997.

3- اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات بين حكومتي جمهورية مصر العربية واليابان، الموقعة في طوكيو بتاريخ 1977/01/28. متوفرة على الموقع الإلكتروني: East Laws.com. . تم الإطلاع عليها بتاريخ 2018/06/17 على الساعة 11:00.

4- **شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي**، الاستثمار الأجنبي المباشر -ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية-، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2019، ص 147.

بالحقوق المكتسبة للأشخاص المستفيدين من الحماية الاتفاقية سواءً كان المساس بهذه الحقوق بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[1].

تطابقت الاتفاقيات الجماعية مع الاتفاقيات الثنائية في معالجتها لهذا الموضوع، إذ نصّت هي الأخرى على حماية وحصانة أموال المستثمرين الأجانب، فعلى سبيل المثال نجد أنّ الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية نصّت على ما يلي: ***"لا يخضع رأس المال العربي المستثمر بموجب أحكام هذه الاتفاقية لأيّة تدابير خاصة أو عامة، دائمة أو مؤقتة، مهما كانت صيغتها القانونية تلحق أيّا من أصوله أو احتياطياته أو عوائده، كلّيًا أو جزئيًا، وتؤدي إلى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية أو التأميم أو التصفية أو الحلّ أو انتزاع أو تبديد أسرار الملكية الفنية أو الحقوق العينية الأخرى، أو منع سداد الديون أو تأجيلها جبرًا أو أيّة تدابير أخرى تؤدي إلى الحجز أو التجميد أو الحراسة، أو غيرها ذلكَ من صور المساس بحق الملكية في ذاته أو الإخلال بما يترتّب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثّل في سيطرته على الاستثمار وحيازته وحقوق إدارته وحصوله على عوائدهِ أو استفاء حقوقه والوفاء بالتزاماته"*** [2].

تنوّعت الأساليب التي تعتمدها البلدان المضيفة للاستيلاء على حقوق ملكية المستثمر الأجنبي، والتي يمكن حصرها حسب أحكام اتفاقيات بالاستثمار في الإجراءات التقليدية المعروفة في القانون الدولي تحت مسمّى "صور نزع الملكية" وهي: التأميم، نزع الملكية للمنفعة العامة، والمصادرة.

التأميم: Nationalisation: يعتبر التأميم مصطلح حديث نسبيًّا، فهو من النظم القانونية الحديثة والتي وضعت مبادئه البلدان الرأسمالية التي تقدّس الملكية الفكرية وتهتمّ بحماية حقّ هذه الملكية كإحدى واجبات الدولة، فسعت لوضع كل الاحتياطات التي تمنع المساس بالملكية الخاصة، بعد أن كان هذا الحقّ مهمّشا من قبل القانون الدولي الكلاسيكي[3].

1- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص 96.

2- أنظر المادة 9/1 من الاتفاقية الموحدّة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مرجع سابق.

3- **قرفي إدريس**، "ضمان حماية ملكية المستثمر في التشريع الجزائري"، الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية"، المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، ص 65.

للتأميم تعريفات عديدة، فهو يعرّف بأنّه: ***"تحويل مال معيّن أو نشاط ما من أجل المصلحة العليا إلى ملكية جماعية أو نشاط بقصد استعمال هذه الملكية أو ذلك النشاط في الحال أو الاستقبال لتحقيق المصلحة العامة وليس في سبيل المصلحة الفردية الخاصة"*** [1].

يعرّف أيضا: ***"عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول وممارسة أنشطة معيّنة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية"*** [2].

نزع الملكية للمنفعة العامة :L'expropriation pour cause d'utilité publique

يعتبر إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة، امتيازا ممنوحا للإدارة من خلاله تحرم مالك العقار من ملكه جبرا من أجل تحقيق المنفعة العامة مقابل تعويض مناسب، وهو ما يمثل اعتداء صريح على الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب.

يرد هذا الإجراء على العقارات فقط، ويجد استثنائه في تحقيق المنفعة العامة، فهو تمليك للدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة بهدف تحقيق الصالح العام مقابل دفع تعويض مناسب[3].

المصادرة: Confiscation: المصادرة عبارة عن إجراء تمارسهُ الدولة المضيفة باسم السيادة الوطنية،يترتّب عليه تحويل المال المصادر إلى الدولة المصادرة[4].

تعرّف المصادرة على أنّها: ***"إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أيّ مقابل"*** .

1- نقلا عن: **عمر هاشم محمد صدفة**، مرجع سابق، ص 40.

2- نقلا عن: **شعبان صوفيان**، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018، ص 79.

3- **شعبان صوفيان**، مرجع سابق، ص ص 80 و 81.

4- تتشابه المصادرة مع التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة، فجميعها تؤدي إلى الاستيلاء المباشر على الملكية ونقلها إلى الدولة المستولية، إلاّ أنّها تختلف عنها كونها عقوبة تتخذها السلطات المختصة ضد تصرّفات فردية والتي يعتبرها القانون مخالفات كالمخالفات الاقتصادية التي يرتكبها الشخص في المجال المصرفي، أو الجمركي،.... ويمكن أن تنصب المصادرة على كافة الأموال العقارية أو المنقولة وذلك دون مقابل. أنظر:

CARREAU Dominique & JUILLARD Patrick, Op.cit, P 523.

كما تعرّف بأنّها: ***"أخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض مهما يكن شكل ذلكَ وبموجب أيّ اسم ينفّذ"*** [1].

يمكن أن تتمّ المصادرة إمّا قضائيًّا أو إداريًّا، فتكون قضائية عندما تصدر عن جهة قضائية لحفظ الأمن في البلاد ومواجهة أعمال غير مشروعة يرتكبها أشخاص تمسّ بسلامة الدولة، ما يجعل مسألة ضمانها غير ممكنة.

أمّا المصادرة الإدارية فهي ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة التنفيذية والتي تمتلك حق مباشرتها دون اللجوء إلى القضاء طبقا لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتّع به السلطة العامة في تنفيذ قراراتها بالقوة إذا لزم الأمر[2].

إنّ النّص في اتفاقيات الاستثمار على منع الإجراءات التي تمسّ بملكية المستثمر الأجنبي بشكل مباشر أو غير مباشر، يدفعنا إلى طرح التّساؤل: هل تستطيع الدولة المتعاقدة أن تنتزع أو تؤمم ملكية المستثمر الأجنبي بالرّغم من وجود هذا النّص في الاتفاقيات؟.

إذا كان القانون الدولي العرفي يعترف بحقّ الدولة في اتّخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم ضد ممتلكات المستثمر الأجنبي المتواجدة على إقليمها، ويعتبره من الحقوق السيادية، إلاّ أنّه قيّد هذا الحقّ ببعض الشروط ما يجعل حق الاستيلاء على ملكية المستثمر الأجنبي غير مطلق بل مقيّد و لا تمارسه الدولة إلاّ لتحقيق مصلحة عامة، و مراعاة شرط عدم التمييز، وإتباع الشروط العامة مع مراعاة الالتزامات الخاصة، مع الالتزام بالتعويض وهي مسألة لازالت تثير جدلاً كبيرًا في القانون الدولي للاستثمار خاصة فيما يتعلق بتحديد مقدار التعويض، وكيفية أدائه[3]، ما يجعل حق الدولة في نزع الملكية والتأميم حقّ لا يقبل التنازل وإن قبل التّقييد[4]، مع ذلك لا يمكن تجريد النص الوارد في اتفاقيات الاستثمار من

1- نقلا عن: **قرفي إدريس**، مرجع سابق، ص 67.

2- **نزليوي صليحة**، النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص ص 100 و 101.

3- **BONZON Anne-Juliette**, La protection des investissements suisses à l'étranger dans le cadre des accords de promotion et de protection des investissements, Helbing Lichtenhahn, Bale, Suisse, 2012, P 140.

4- لقد ثار جدال فقهي حاد حول حقّ الدولة في التّصرف في ملكية الأجانب، حيث ظهر اتّجاهين متعارضين، اتجاه يرى أنّ أخذ ملكية المال الأجنبي يعدّ تصرفا ممنوعًا لأنّه سيؤدي إلى إفقار الدولة المصدرة لرأس المال وإثراء الدولة المستوردة لهُ، ما سيرتب آثار دولية متفاوتة الخطورة وشاسعة النطاق. واتجاه آخر يعتبرهُ عملا غير الوطنيين طبقا لنظرية "قرار الدولة" الواجب احترامها من قبل حكومات البلدان الأجنبية، والمستثمر الأجنبي عندما يقدم على استثمار أمواله في دولة أجنبية وهو يجازف أو يخاطر من أجل ممارسة نشاط اقتصادي خارج حدود دولته الأصلية، فيجب عليه أن يتحمل نتائج ذلك إمّا ربحا أو خسارة.

قيمته العملية إذ تنحصر قيمته في تأكيد عدم مشروعية الإجراء الذي قامت به الدولة المضيفة فهي خالفت أحكام الاتفاقية، ما يرتّب عليها دفع تعويض كامل وليس جزئي.

2- الاستثناء الوارد على مبدأ الحصانة:

استثناء على مبدأ حصانة أموال المستثمرين الأجانب ضدّ أيّ إجراء يمسّ ملكيتها، تسمحُ اتفاقيات الاستثمار بالاستيلاء على الاستثمارات التي تشملها الحماية الاتفاقية، وذلك بتوفر ثلاثة شروط أساسية تتمثل في:

- أن يتّخذ الإجراء لتحقيق مصلحة عامة.
- ألاّ ينطوي الإجراء على تمييز مجحف بالمستثمرين الأجانب.
- أن يقترن الإجراء بدفع تعويض حال وكاف وفعّال[1].

على سبيل المثال ما نصّت عليه المادة 3 من المعاهدة المبرمة بين مصر والمغرب عام 1976 والتي جاء فيها: ***"إنّ تدابير التأميم أو نزع الملكية التي يمكن أن يتّخذها أحد الطرفين بشأن الاستثمارات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين والمعنويين التابعين للطرف الآخر، يجب ألاّ تكتسب صبغة تمييز وألاّ يستند فيها إلى أسباب غير أسباب المصلحة العامة، ويتعهّد كلّ من الطرفين المتعاقدين بأن يدفع تعويضًا عادلاً وسديدًا لرعايا الطرف المتعاقد الآخر المعنيين بالأمر"*** [2].

يعتبر شرط المصلحة العامة أوّل شرط تشترطه الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار على البلد المضيف من أجل القيام بعملية نزع ملكية المستثمر الأجنبي، سواء تمّ ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. فالدولة المضيفة لا يمكنها حرمان المستثمر من ملكيته إلاّ إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وتأكّد حاجة هذه الدولة لهذا الإجراء[3].في هذا الصدد يرى الأستاذ (هوستيو) أنّ عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يعدّ إجراء قضائيًّا، تستعمل

Voir: **CARREAU Dominique & JUILLARD Patrick**, Op.cit, P 524.

1- **محمد يونس يحيى الصائغ**، مرجع سابق، ص 98.

2- أنظر أيضا الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيران، والذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-75، المؤرخ في 26 فيفري سنة 2005، ج.ر.ج.ج عدد 15.

3- **حرزي لوناس**، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 87.

فيه الإدارة سلطة الإكراه من أجل الحصول على ملكية مال معيّن، بهدف تحقيق منفعة عامة[1].

يلاحظ أنّ غالبية الاتفاقيات التي أخذت بشرط المصلحة العامة لم تحدّد مضمونه، ما يعني أن تلك الاتفاقيات تسير وفق الاتجاه الذي استقرّ عليه الفقه والعمل الدوليان، واللّذان اعترفا للدولة المضيفة بالسلطة التقديرية الواسعة في تحديد ما يعدّ من قبيل المصلحة العامة[2]، وهو ما حصل فعلاً في دولة المكسيك عام 1931 عندما قامّت بتأميم مستثمرات بعض المستثمرين الأمريكيين والبريطانيين، حيث أكّدت حكومة هذه الدولة أنّ المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التّي تقدّرها الدولة بحسب ما تراه، وهذا ردّا على حكومتي المستثمرين[3].

غير أن بعض الاتفاقيات قد جعلت كل ما يلي الحاجات الداخلية للدولة من قبيل المصلحة العامة وهو ما نصّت عليه المادة 5 من المعاهدة المبرمة بين مصر وبريطانيا عام 1975 -المذكورة آنفًا- بقولهَا: ***"لا يجوز نزع ملكية استثمارات مواطني وشركات أيّ من الطرفين المتعاقدين في أراضي الطرف المتعاقد الآخر، أو إخضاعها لإجراءات لها نفس آثار التأميم، إلاّ للمنفعة العامة التي تتعلّق بالحاجة الداخلية لهذا الطرف، ومقابل تعويض كافٍ و فوري ومجزٍ"***.

اتّجه جانب من الفقه إلى اعتبار المنفعة العامة تقتصر فقط على المنفعة ذات الصفة الاقتصادية فقط، بالتالي فالإجراء الذي يحقّق المصلحة السياسية للدولة لا يعدّ من قبيل المصلحة العامة.

بالنظر إلى أنّ الدولة هي الحكم الوحيد على صحة تصرّفاتها وما تتخّذه من إجراءات في إطار حدود التزاماتها الدولية، هذا أدّى إلى عدم وجوب رقابة حقيقية على هذه الدولة عند تقديرها لما تراه يحقق المصلحة العامة أو لا يحققها. لذا جانب من الفقه اتّجه للقول أنّه: ***"لا يستطيع أن يستلزم أو يتطلب شرط المصلحة العامة في إجراءات أخذ الملكية***

1- **حسين نوارة**، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 4، العدد الأول، 2009، ص ص 75 و 76. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **محمد يونس يحيى الصانغ**، مرجع سابق، ص 99.

3- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 37.

الأجنبية، وذلك لصعوبة إثبات عدم توافرها في الإجراء" [1]. وهو السبب وراء خلو بعض اتفاقيات الاستثمار من هذا الشرط واقتصارها على الأخذ بالشروط الأخرى.

في المقابل، فإنّ شرط عدم التّمييز أخذت به الاتفاقيات الدولية على إطلاقه دون أن تضع عليه قيودًا، فعلى سبيل المثال نصّت المادة 4 من الاتّفاق الثنائي المبرم بين الجزائر وجمهورية الصين الشعبية[2] على أنّه: ***"لن يقوم أيّ من الطرفين المتعاقدين من نزع ملكية استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه أو تأميمها أو اتّخاذ إجراءات مماثلة بشأنها (يشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) إلاّ إذا توفرت الشروط الآتية: ...، بدون تمييز، ..."***.

مع ذلك وفقا للرأي الفقهي الغالب، يمكن القول بمشروعية التمييز بين المستثمرين الأجانب والمستثمرين الوطنيين تأمينا للمصالح الاقتصادية للدولة المضيفة وتحقيقا لاحتياجاتها الوطنية، كما أنّهُ يجوز التّمييز بين المستثمرين الأجانب أنفسهم، بشرط أن يستند هذا التمييز إلى أسباب معقولة و لا يؤدي إلى الإخلال بأحكام العرف الدولي الخاصة بمعاملة المستثمرين الأجانب.

وإن كانت بعض الاتفاقيات لم تدرج هذا الشرط ضمن شروط نزع الملكية أو التأميم فهي تضمّنت نصًّا عامًا يلزم كل طرف متعاقد بعدم اتّخاذ إجراءات تمييزية أو استبدادية تخل بإدارة أو استخدام الاستثمارات التابعة لمواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر أو الانتفاع بها أو التصرّف فيها[3]. ولتوفير المزيد من الضمانات الموضوعية والتي تحمي الاستثمارات من المخاطر غير التجارية، تضمّنت بعض الاتّفاقيات الثنائية شروطًا إضافية لمشروعية إجراءات نزع الملكية، كأن تكون الإجراءات المتّخذة متفقة مع القواعد القانونية الوطنية أي لا تخالف القواعد القانونية النافذة في الدولة المضيفة[4].

1- **محمد يونس يحيى الصائغ**، مرجع سابق، ص ص 99 و 100.

2- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-392، المؤرخ في 25 نوفمبر سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 77، الصادر بتاريخ 26 نوفمبر سنة 2002.

3- **محمد يونس يحيى الصائغ**، مرجع سابق، ص ص 100 و 101.

4- تنص المادة 4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وجمهورية الصين الشعبية على أنّه: ***"لن يقوم أيّ من الطرفين المتعاقدين من نزع ملكية استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر... إلاّ إذا توفرت الشروط الآتية: المنفعة العامة، بناء على إجراء قانوني وطني،..."***، مرجع سابق.

يقرّ القانون الدولي العرفي بحق الدولة في نزع ملكية الأجانب أو التأميم، بشرط التزامها بدفع التعويض عن ذلك، والذي يمثّل التزام تفرضه قواعد هذا القانون وحق من الحقوق الأساسية التي تندرج ضمن "الحدّ الأدنى لحقوق الأجانب" المقررة بمقتضى العرف الدولي لكن لا تزال مسألة التعويض تثير نقاش حول كيفية تحديد مقداره وأوصافه وطريقة دائه، خصوصا وأنّ مفهوم التعويض المستحق لا يزال محل خلاف بين البلدان المصدرة والبلدان المستوردة لرأس المال.

عرفت مسألة احتساب مبلغ التعويض المستحق عن نزع الملكية أو التأميم في القانون الدولي مرحلتين هما: المرحلة التقليدية والمرحلة الحديثة.

أ – تقدير التعويض طبقا للمرحلة التقليدية: يشترط فيها أن يتضمن قرار نزع الملكية أو التأميم المعايير التي على أساسها يتم نزع الملكية وتحديد التعويض الذي يتّفق مع مقدار الضرر وأوصافه، فالتعويض يجب أن يكون فوريا وكافيا وفعالا[1].

أ-1- التعويض الفوري Prompte : وهو التعويض الذي يتم دفعه للمستثمر فور وقوع إجراءات. نزع الملكية ودون مهلة، وإذا حدث تأخر في دفعه يدفع مصحوبا بفائدة عن التأخير. وهناك جانب من الفقه يشترط دفع التعويض قبل اتّخاذ الدولة لإجراء نزع الملكية وهو ما يعرف بـــ "التعويض المسبق"Préalable [2].

أ-ب- التعويض الكاف Adéquate : وهو ما يعرف بالتعويض المناسب أو الملائم، وهذا التعويض يغطي الخسائر الفعلية التي تتحدّد غالبا بقيمة كافة الأموال التي انتزعت ملكيتها تبعا للسعر السائد في السوق وقت وقوع الإجراء، أو في الوقت السابق مباشرة على إعلان القرار بحصول الدولة على هذه الأموال، إضافة إلى الأرباح المستقبلية التي فاتت

1- **نزليوي صليحة**، عقد ضمان الاستثمار الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021، ص ص 221 و 222.

2- **معيفي لعزيز**، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري: آلية تفعيل العملية الاستثمارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 464. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

المستثمر، وفوائد الرأسمال الفعلي لمبلغ التعويض في حالة ما إذا أجّل الدفع أو لسبب آخر[1].

تمّ اعتماد هذه الطريقة في التعويض في قضية Liamco، حيث اعتمدت المحكمة عند فصلها في النزاع على الوثائق المحاسبية للشركة وقضت بأن التعويض يجب أن يشمل القيمة التجارية للأموال محل نزع الملكية، كما أكّدت المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE أنّ التعويض الملائم يكون "كاملا" Complet ومحدّدا على أساس "القيمة التجارية المنصفة" La valeur marchande équitable وذلك قبل نزع الملكية[2].

أ-3- التعويض الفعال Effective : وهو التعويض الذي يدفع إلى المستثمر بعملة ذات فائدة بالنسبة له، بمعنى أن يكون مبلغ التعويض مدفوعا بعملة قابلة للتحويل، أو عملة لها قيمة في السوق[3].

يشترط المفهوم التقليدي أن يكون التعويض فوريا وكافيا وفعالا، ومخالفة ذلك يشكل مخالفة للقانون الدولي ويعدّ تصرفا غير مشروع، وهو ما أخذت به البلدان الغربية، على عكس البلدان النامية التي ترى أن المفهوم التقليدي للتعويض يتعارض مع السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها، والذي يعطي لها الحق في التأميم وإصلاح منظومتها الاقتصادية حسب ما تراه ملائما، هذا ما أدّى إلى ظهور المرحلة الحديثة التي تقوم على مبدأ التعويض المناسب والملائم[4].

ب- تقدير التعويض طبقا للمرحلة الحديثة:

اعترضت البلدان النامية على قاعدة التعويض التقليدية كقاعدة دولية صالحة للتطبيق، فهي ترى أنّ التعويض المناسب والملائم الذي يتطلبه القانون الدولي يجب أن يحدّد وفق قوانين البلدان النازعة للملكية ووفق ظروفها الاقتصادية والمالية وغيرها من الظروف المحيطة بإجراء نزع الملكية[5]، مستندة في ذلك على قرارات الأمم المتحدة منها: قرار

1- **هشام صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 68.
2- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 213.
3- **معيفي لعزيز**، مرجع سابق، ص 466.
4- **نزليوي صليحة**، عقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص 223.
5- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص 113.

الجمعية العامة رقم 1803، الصادر في 14 ديسمبر 1962 المتعلّق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، والذي نصّ في المادة 4 منه على ما يلي: ***"يراعى إسناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس وأسباب المنفعة العامة والأمن والمصلحة الوطنية والتي تعتبر ذات أهمية تفوق المصالح الفردية أو الخاصة البحتة المحلية والأجنبية، ويدفع للمالك في هذه الحالات التعويض المناسب وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ تلك الإجراءات ممارسة منها لسيادتها وفقا للقانون الدولي***".

كما نجد التوصية رقم 3171 تقر بنفس المبدأ والشروط وتفتح المجال للدولة التي تتخذ إجراءات نزع الملكية في تحديد مقدار التعويض الملائم وكيفية أدائه، مادام أنّه يدخل ضمن اختصاصاتها وسلطاتها السيادية[1].

تقرّ البلدان النامية بمبدأ تعويض المستثمر الأجنبي مقابل إجراءات نزع الملكية التي تتخذها ضدّه، لكنها ترفض أن يتم التعويض حسب المفهوم التقليدي (التعويض الفوري والكافي والفعال)، إنّما يكون تعويضا مناسبا يراعى فيه الظروف الاقتصادية والمالية لهذه البلدان، ويتم حسب القوانين المعمول بها داخليا.

لكن في الواقع، يظهر أنّ التعويض المناسب أقل من التعويض الملائم الكامل، حيث يشمل القيمة الحقيقية في السوق مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تتم فيها إجراءات نزع الملكية، هذا ما يستدعي اعتماد هذا التعويض في حالة نزع الملكية لإعادة الهيكل الاقتصادي جذريا والقيام بإصلاحات اقتصادية واجتماعية، كما يجب التقليل من مقدار التعويض في حالة وجود ظروف خاصة تمر بها الدولة المضيفة[2].

لم يحدد القانون الدولي كيفية تقدير التعويض، حيث ترك السلطة التقديرية للدولة المضيفة لتحديد أوصاف التعويض والمعايير التي على أساسها يتم تحديد قيمة التعويض وطريقة أدائه وذلك وفقا لقوانينها الوطنية[3]، ويمكن أن تحيل هذه الأخيرة إلى اتفاقيات

1- **حسين نوارة**، "مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي"، مجلة الفقه والقانون، العدد 16، 2014، ص 44.
متوفر على الموقع:
academia-arabia.com.

2- **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 341.

3- بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده لم يعتمد موقفا واحدا فيما يخص أوصاف التعويض، ففي دستور 1989 نصّ على "التعويض القبلي العادل والمنصف"، فجاءت المادة 20 منه كما يلي: ***" لا يتم نزع الملكية إلاّ إطار القانون. ويترتّب***

الاستثمار التي تتضمن عادة عبارات تحدد أوصاف التعويض و أشكاله، وإن كانت تختلف من اتفاقية إلى أخرى حسب المصالح السياسية والاقتصادية للبلدان الأعضاء[1].

إنّ الاتفاقيات التّي أخذت بمبدأ التعويض العادل لم تحدّد مضمونه بصفة دقيقة، لكن من هذه الاتفاقيات من أشارت إلى أنّ التعويض العادل يجب أن يتناسب مع القيمة الحقيقية للاستثمار[2]، وأن يتم دفعه في مدة معقولة مع سداده بعملة قابلة للتحويل، أو اشتراط أن يكون التعويض ذات قيمة اقتصادية مفيدة للمالك[3]، وذلك بأن يشمل كل العناصر الاقتصادية المرتبطة بالاستثمار منها رأس المال، الفوائد والنتائج المحتملة وكذا أسهم المستثمر[4].

من الناحية العملية، نجد من البلدان من تكتفي بالوعد بالتعويض عند اتّخاذها لإجراءات التأميم أي الالتزام بأداء التعويض مستقبلا، مثل الجزائر التي تؤكّد أن مجرد الوعد بالتعويض كاف لشرعية التأميم ويرتب أثاره القانونية، وهو ما طبّقته المحاكم الفرنسية التي اقتدت بالتأميمات الجزائرية وأكّدت شرعيتها دوليّا.

كما يجوز أن يكون التعويض جزئيا يدفع على أقساط تمتد لعدّة سنوات، مثلما حدث في النزاع البترولي بين ليبيا والشركات الأمريكية، حيث لم تقم ليبيا بدفع التعويضات بالمبالغ التي طالبت بها هذه الشركات، وتم حل هذه القضية بتسوية أدّت إلى دفع تعويض عيني من

عليه تعويض قبلي عادل، ومنصف"، وهي نفس العبارة الواردة في دستور 1996 في المادة 20 منه. وفي ظل القانون رقم 91-11 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة نصّ المشرع على "التعويض العادل والمنصف" حيث جاءت المادة 21 منه كما يلي: ***"يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا، بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية"***، وهو ما ورد في القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016 بنص المادة 22 منه على ما يلي: ***"لا يتم نزع الملكية إلاّ في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف"***، هذا ما يظهر تراجع المؤسس الدستوري عن فكرة التعويض القبلي المسبق وأخذه بالتعويض العادل والمنصف.

1- **نزليوي صليحة**، عقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص 225.

2- تشمل القيمة الحقيقية للاستثمار، القيمة الحسابية الصافية وكل فائدة تحصّل عليها المستثمر، وكل فائدة أو خسارة محتملة، بالتالي كلّ مالهُ قيمة مالية في الاستثمار يدخل في حساب القيمة الحقيقية للاستثمار. أنظر: **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 209.

3- تنص المادة 5/و من الاتّفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة قطر، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بمدينة الدوحة بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1996، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-229، المؤرخ في 23 جوان سنة 1997، ج.ر.ج.ج عدد 43، الصادر بتاريخ 25 جوان سنة 1997، على أنّه: ***"كما يجب أن تؤدي تدابير نزع الملكية، إذا اتّخذت، إلى دفع تعويض مناسب وفعلي يحسب مبلغهُ على أساس القيمة الاقتصادية للاستثمارات المعنية والتي تقدر وفقًا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتّخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها"***.

4- **حسين نوارة**، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، مرجع سابق، ص 95.

البترول بمبلغ 151 مليون دولار على مدة خمسة عشر (15) شهرا، في حين أنّ تعويض مجموعة أوازيس OASIS يمتد على أربع (04) سنوات[1].

رغم اختلاف مواقف البلدان حول أوصاف التعويض وكيفية تقديره وأساليب دفعه، تبقى هذه البلدان ملزمة على دفع التعويض للمستثمر الأجنبي في حالة اتّخاذها لإجراءات نزع الملكية ضدّه، لأن هذا الالتزام هو التزام دولي ويمثّل ضمانة مالية قانونية لتشجيع وحماية الاستثمارات، وفي حالة عدم أداءها لالتزامها تترتّب مسؤوليتها الدولية.

ثانيا: ضمان التعويض عن أخطار الحروب الأجنبية والاضطرابات الداخلية

تضع البلدان في إطار اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها والتي تهدف إلى حماية وتشجيع الاستثمارات، قواعد لضمان الحماية الكافية لهذه الاستثمارات ولم تقتصر هذه الضمانات على مخاطر الاستيلاء على ملكية المستثمرين الأجانب، بل غطّت هذه الضمانات حتّى الأضرار التي قد تلحق بهؤلاء المستثمرين واستثماراتهم في حالة الحرب بين الدولة المضيفة لهم ودولة أخرى **(1)**، إضافة إلى الأضرار الناتجة عن الاضطرابات وأعمال العنف الداخلية في الدولة المضيفة **(2)**.

1- الضمان ضد الخسائر الناتجة عن الحروب الأجنبية:

قد تنشب حرب بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة أخرى غير دولة المستثمر الأجنبي[2]، وهو ما يندرج تحت مصطلح "الحروب الدولية" التي تعني كل نزاع مسلح يقوم بين القوات المسلحة لدولتين أو أكثر، متى توافرت لدى إحداهما أو كليهما نية إنهاء العلاقات السلمية التي كانت تجمع بينها والدخول في نزاع مسلح للدفاع عن مصالحها القومية.

تحرص اتفاقيات الاستثمار على توسيع حماية ممتلكات رعايا البلدان المتعاقدة، فأي ضرر يصيب المستثمرين الأجانب تلتزم فيه البلدان المضيفة بالضمان المالي، وهو ما

1- **بن الصغير عبد المؤمن**، "دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، 2013، ص 169.

2- يقصد بالحرب في هذه الحالة، تلك الحرب الدائرة بين الدولة المضيفة ودولة أخرى غير دولة المستثمر الأجنبي وليس الحرب الدائرة بين الدولة المضيفة والدولة الوطنية لهذا المستثمر، لأنّه في هذه الحالة تنقضي أو يُوقف تطبيق اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الطرفين كقاعدة عامة، ولن يستفيد المستثمر من أيّة حماية.

نصت عليه الاتفاقيات متعدّدة الأطراف كالاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي اعتبرت أنّ الأضرار التي تلحق المستثمر جرّاء الحروب الواقعة في إقليم الدولة المضيفة تدخل في إطار المخاطر غير التجارية الموجبة للضمان والتعويض المالي، وهو ما نصّت عليه الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات[1].

تنصّ أغلب الاتفاقيات الثنائية للاستثمار على ضرورة تعويض المستثمر الأجنبي على الخسائر التي قد تلحق به في حالة وقوع أحداث في الدولة المضيفة، فيمنح للمستثمر الذي لحقت استثماراته خسائر جرّاء حرب أو نزاع مسلح، تعويضا أو أيّة تسوية أخرى، كما تمنح له معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك التي تمنحها الدولة المضيفة لمستثمريها أو لمستثمري الدولة الأكثر رعاية ويؤخذ بالمعاملة الأكثر امتيازا حسب المستثمر[2].

بالرجوع إلى القانون الاتفاقي الجزائري، نجد من الاتفاقيات من لم تشمل أيّة حماية وضمان للاستثمار من مخاطر الحروب كالاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسمبرغي، فنص المادة 4 من هذا الاتفاق والتي جاءت تحت عنوان "إجراءات مانعة أو مقيّدة"، نجدها قد تطرّقت لمختلف المخاطر والشروط الواجب توافرها عند اللجوء لمثل هذه التدابير إضافة إلى إقرار التعويضات، دون أن تتضمن هذه المادة أيّة فقرة عن مخاطر الحروب التي يمكن أن تتعرض لها الدولتين المتعاقدتين[3].

في حين من هذه الاتفاقيات من غطّت هذه المخاطر لكن دون النّص على ضرورة تعويض أصحاب الممتلكات المتضرّرين، فمثلا نجد الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا نصّ في المادة 4/5 منه على أنّه: ***"يستفيد المواطنون أو الأشخاص المعنويون لأحد البلدين المتعاقدين الذين لحقت استثماراتهم خسائر ناجمة عن الحرب، ...، التي تقوم على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى من قبل هذه الأخيرة بمعاملة لا تقل امتيازًا عن تلك***

1- سنتعرّض إلى هذه المسألة بالتفصيل عند دراستنا لهيئات الضمان في المطلب الثاني.

2- **عكاكة فاطمة الزهراء & بن يحي رقية**، "أسباب وتقدير تعويض المستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص 967. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

3- تنصّ المادة 4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي على أنّه: ***"1- يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو لتأميمها، أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه وذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة ..."***، مرجع سابق.

الممنوحة لمواطنيها أو أشخاصها المعنويين أو أولئك الذين ينتمون للدولة الأكثر رعاية" [1].

في المقابل من هذه الاتفاقيات من نصّت على ضرورة تعويض المستثمرين الذين تتعرض استثماراتهم لخسائر ناجمة عن حالة الحروب، وإن لم تبيّن وصف التعويض اللاّزم ولا كيفية تقديره، مثال عن ذلك ما نصّت عليه المادة 4/3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا: ***"إذا تعرّضت استثمارات مواطني وشركات طرف متعاقد إلى خسائر إثر حرب، ...، على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، تستفيد هذه الاستثمارات من قبل هذا الأخير فيما يخصّ الاستيردادات بالتعويضات آو أيّ مقابل آخر بمعاملة لا تقل أفضلية عن تلك التي يمنحها لاستثمارات مواطنيه الأصليين أو شركاته أو لاستثمارات مواطني وشركات دولة ثالثة وتحوّل هذه التسديدات بحرية"*** [2].

ما يلاحظ بالنسبة للقانون الاتفاقي الجزائري، أنّه لم يولي أهمية لتغطية المخاطر الناجمة عن الحروب، بدليل أنّ فيه اتفاقيات أبرمتها الجزائر لم تنصّ حتّى على هذا النوع من المخاطر التي قد يتعرّض لها المستثمر الأجنبي، بهذا تكون الجزائر قد أغفلت تغطية مخاطر الأمن أو ما يسمّى بعولمة الأمن، فالاستثمارات يمكن أن تكون عرضة لهذه المخاطر لاسيما وأنّ هذه الظاهرة لا تعترف بالحدود على عكس المخاطر الأخرى التي يتم تنظيمها في إطار قانوني داخلي.

بالنظر إلى الاتفاقيات التي نصّت على ضرورة التعويض عن الخسائر والأضرار الناتجة عن الحرب، نجدها متفقة تمامًا مع ما تضمّنته القواعد العرفية الدولية والتي تقضي بمسؤولية الدولة المضيفة عن الأضرار التي تصيب الأجانب بسبب أعمال القوات المسلحة والتي تتخّذ خارج نطاق القتال، كأن تستولي هذه القوات على ممتلكات وأموال الأجانب كبعض المباني، وسائل النقل، ... لاستخدامها في العمليات العسكرية أو تقوم بتدمير ممتلكاتهم دون أن تكون هناك ضرورة حربية تستدعي ذلك، ففي هذه الحالات يتوّجب على

1- أنظر المادة 4/5 من الاتفاق المبرم ين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.
2- أنظر المادة 4/3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر وألمانيا، مرجع سابق.

الدولة المضيفة أن تقوم بدفع تعويض مناسب لأصحاب هذه الممتلكات، لأنّ الضرر اللاحق بهم يعدّ خروجًا عن مبدأ احترام حقوق الأفراد[1].

2- الضمان ضد الخسائر الناتجة عن الاضطرابات الداخلية:

أكّدت لجنة البنك الدولي في تقريرها حول "ماذا يجري في العالم الغني والعالم الفقير"، أنّ المشاكل السياسية وتأثيرها على مناخ الاستثمار هي السبب الرئيسي المباشر في التقليل من ديناميكية الاستثمارات وتراجع تدفقها إلى البلدان النامية. فعدم الاستقرار الأمني الداخلي يؤثّر بشكل كبير على المستثمر الأجنبي عند اتّخاذه لقرار الاستثمار في دولة أجنبية، فهو يأتي في مقدمة الضمانات التي يراعيها في الدولة المضيفة، وذلك خوفا على مصالحه ومصير أمواله[2].

قد تصيب المستثمر الأجنبي خسائر وأضرار ناتجة عن أعمال عنف داخلية قد تحدث داخل إقليم الدولة المضيفة بسبب نشوب حروب أهلية، والتي تتمثل في كل نزاع يحدث بين فصائل وطنية تكون إحداها على الأقل خارجة عن القانون ولا تخضع لأيّة سلطة شرعية، فيترتّب عنها المساس بحياة الأشخاص وممتلكاتهم، وقد تصل الأمور إلى تقسيم الإقليم إلى مناطق سيطرة أو مناطق محرّرة.

كما قد تكون أعمال العنف الداخلية في شكل اضطرابات مدنية، والتي تشمل الثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف والأعمال الإرهابية والأعمال التخريبية التي تحدث ضد الحكومة، ويكون هدفها تحقيق أغراض سياسية وأيديولوجية[3].

كما نصّت اتفاقيات الاستثمار على ضمان أموال وممتلكات المستثمر الأجنبي من مخاطر الحروب، نجدها نصّت أيضا على ضمانها من مخاطر الاضطرابات المدنية والحروب الأهلية، فذهبت الاتفاقيات متعددة الأطراف إلى وجوب تغطية هذه المخاطر

1- في هذا الصدد، أشارت محكمة النقض المصرية إلى أنّ الاستيلاء الذي تضمنته قواعد القانون الدولي العرفي، هو الاستيلاء الذي تلجأ إليه الدولة المضيفة المحاربة عند توفر ضرورة ملحة لسدّ حاجاتها الحربية، ويتوجّب عليها تعويض صاحب هذا الشيء المستولي عليه. محكمة النقض المصرية، مجموعة أحكام النقض، س21، 1970/3/22، ص 410. نقلا عن **محمّد يونس يحيى الصائغ**، مرجع سابق، ص 143.

2- **سالم ليلى**، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011، ص 130.

3- **عكاكة فاطمة الزهراء & بن يحي رقية**، مرجع سابق، ص 967.

بالضمان والتعويض المالي[1]، وهو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الثنائية فعلى سبيل المثال نصّت المادة 4 من الاتفاقية المبرمة بين ألمانية الاتحادية وسان لويس عام 1985على أنّه: ***"سوف يمنحُ مواطنو أو شركات أيّ طرف متعاقد الذين تعرّضوا لخسائر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر بسبب الحرب، أو نزاعات مسلحة أخرى، أو ثورة، أو حالة طوارئ، أو أعمال الشغب، معاملة ليست أقل إيجابية من المعاملة التي تمنحها الدولة لمواطنيها أو شركاتها أو لمواطني أو شركات دولة ثالثة، وذلك فيما يتصّل بالتأمين ضدّ الخسارة والتعويض أو تضمينات أخرى"*** [2].

نصّت أيضا المادة 4/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا[3] على أنّه: ***"إذا تعرّضت استثمارات أحد الطرفين المتعاقدين، إلى خسائر إثر حرب أو أيّ نزاع عسكري أو ثورة أو حالة طوارئ وطنية أو شغب على إقليم الطرف المتعاقد الأخر، تستفيد من قبل هذا الأخير بمعاملة لا تكون أقل أفضلية من تلك التي تمنحُ إلى مستثمريهِ أو أولئك الذين ينتمون إلى الدولة الأكثر رعاية"***. والاتفاق المبرم بين الجزائر والدانمارك جاء فيه ما يلي: ***"يستفيد مستثمرو أحد الطرفين المتعاقدين الذين لحقت استثماراتهم خسائر بسبب... حالة طوارئ وطنية أو انتفاضة أو اضطرابات أو شغب يحدث على إقليم الطرف المتعاقد الآخر من قبل هذا الأخير، فيما يخص الاسترداد والتعويض أو أي تسوية أخرى ، من معاملة لا تقل امتيازا بالنسبة للمستثمر عن تلك التي يمنحها الطرف المتعاقد الآخر لمستثمريه أو لمستثمري أي دولة أخرى"*** [4].

لم تتطرق أغلب الاتفاقيات الثنائية لمسألة تحديد شروط التعويض وأوصافه، بل اكتفت فقط بالنص أنّ المستثمر في حالة تعرّضه لخسائر وأضرار نتيجة الاضطرابات وأعمال

1- وهو ما ذهبت إليه الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، والاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار (أنظر المطلب الثاني من هذا المبحث).

2- نقلا عن: **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص 144.

3- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة رومانيا، الموقع بالجزائر في 28 جوان 1994، والمتعلّق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328، المؤرخ في 22 أكتوبر سنة 1994، ج.ر.ج.ج عدد 69، الصادر بتاريخ 26 أكتوبر سنة 1994.

4- أنظر المادة 5 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 25 جانفي سنة 1999، وتبادل الرسائل المؤرخة في 12 جوان سنة 2002 و28 أكتوبر سنة 2002، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 02، الصادر بتاريخ 7 جانفي سنة 2004.

العنف، سيستفيد من معاملة لا تكون أقل امتيازا أو أفضلية عن تلك المعاملة التي تمنحها الدولة المضيفة لمستثمريها أو مستثمري الدولة الأكثر رعاية[1].

استنادا إلى مبدأ السيادة الشاملة على التراب الوطني المعمول به في القانون الدولي، تتحمل الدولة الأضرار والخسائر الناتجة عن الاضطرابات الداخلية وتترتب مسؤوليتها المباشرة عن أيّ ضرر يلحق بالأجانب وممتلكاتهم[2]، لكن الدولة لا تسأل عن الأعمال والتصرفات غير المشروعة، إلاّ إذا ثبت أنّ هذه الدولة لم تبذل العناية اللازمة لحفظ الأمن على إقليمها، بمعنى ثبت خطأ وتقصير من جانب الدولة في اتخاذ التدابير والإجراءات اللازمة لمنع وقوع مثل هذا الأعمال وحماية الأجانب وممتلكاتهم[3].

وهو ما أكّدت عليه مختلف الأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية والدولية وهيئات التحكيم الدولية من اشتراط وجود خطأ وتقصير من جانب سلطات الدولة، لتقرير مسؤوليتها عن أعمال العنف والشغب التي يرتكبها الأفراد العاديين في حالة الحرب الأهلية والنزاعات والاضطرابات والفتن الداخلية، أو مختلف المظاهرات السياسية ضد الأجانب وممتلكاتهم، حيث قرّرت محكمة التحكيم في قضية بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا عام 1920، أن هناك مبدأ ثابت في القانون الدولي يقضي بأن الحكومة لا يمكن أن تكون مسؤولة عن عمل الجهات المتمرّدة الذي يرتكبُ بالمخالفة لسلطتها، حينما تكون هي نفسها غير متهمة بالخروج على حسن النية أو بالإهمال في القضاء على التمرد، بينما تسأل البلدان عن كل استخدام للقوة زيادة عما تقتضيه الضرورية الحربية، أو للتقاعس عن اتّخاذ الخطوات المناسبة للقضاء على التمرّد[4].

1- **سالم ليلى**، مرجع سابق، ص 132.
2- **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 108.
3- **سالم ليلى**، مرجع سابق، ص 134.
4- **محمد يونس يحي الصائغ**، مرجع سابق، ص 145.

المطلب الثاني

وضع هيئات للضمان خدمة لمصالح الأطراف في عقود الاستثمار

نظرًا للعلاقة الموجودة بين اتفاقيات الاستثمار ونظام الضمان، خاصة من زاوية اهتمام هذه الاتّفاقيات بهذا النّظام وتشجيعه، تضمّنت الكثير من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار النّص على الأخذ بنظام الضمان المعمول به في البلدان المصدّرة لرأس المال، كالاتفاقية المبرمة بين السّودان والولايات المتحدة الأمريكية[1]. إلاّ أنّه لم تكتف البلدان بنظم الضمان الوطنية، بل أنشأت نظم إقليمية ودولية لضمان الاستثمارات من المخاطر غير التجارية، التي قد يتعرّض لها المستثمر في البلدان المضيفة ولتشجيع تدفق رؤوس الأموال إلى هذه البلدان، منها النظام العربي لضمان الاستثمار والذي أنشأته اتفاقية إنشاء المؤسّسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات **(الفرع الأول)**، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار المنشئة بموجب الاتفاقية التي أبرمها البنك الدولي للإنشاء والتعمير **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

دور المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات في خدمة مصالح الأطراف في عقود الاستثمار

يرجع الفضل في إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى المؤتمر العربي لتنمية الصناعة المنعقد في مارس 1966 بدولة الكويت، والّتي تمّ تكليفها بإعداد مؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل العرب إمكانية إنشاء اتفاقية لضمان الاستثمارات في البلدان العربية، فتولّى الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية إعداد تقرير تحت عنوان "نحو اتفاقية لضمان الاستثمارات العربية"، رفع إلى خبراء التمويل العرب في اجتماعهم المنعقد بالكويت عام 1967. لقي هذا التقرير قبولا لدى خبراء العرب، حيث في 1968 أتمّ الصندوق الكويتي مشروع الاتفاقية الخاصة بإنشاء شركة عربية لضمان الاستثمار. وفي مارس 1970 انعقد

1- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، د.ب.ن، 1990، ص211 وما يليها.

المؤتمر الثاني لخبراء التمويل العرب في الكويت أين تمّ مناقشة المشروع المقدّم و قبوله مع بعض التعديلات[1]، وفي 1971 تم التوقيع على الاتفاقية من طرف خمس (05) دول واكتتبت في 60% من رأسمالها[2].

دخلت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار حيّز التنفيذ في أفريل 1974[3]، متخذة من دولة الكويت مقرًّا لها، وفي 22 جويلية 1975 تمّ إعداد أوّل عقد نموذجي لضمان القروض والذي تمّت على أساسه أوّل عملية لضمان الاستثمار في البلدان العربية.

في سنة 2008 تمّ إضافة خدمة ضمان ائتمان الصادرات للمؤسسة مما أدّى إلى تعديل التسمية الرسمية لها حيث أصبحت تسمى "المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات CIAGICE"[4].

تعدّ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات الجهاز الأول في تقديم خدمة التأمين للمستثمرين العرب، عن طريق العقود التي تعرضها والتي تشمل خدمة التأمين على الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة، وقد حاولت هذه المؤسسة توسيع النطاق الشخصي لعمليات التأمين بهدف رفع نسبة استقطاب شتى أشكال الاستثمارات. ما جعلها تركّز خلال التعديل الأخير على ضرورة اشتمال مظلة التأمين لجميع أصناف المستثمرين العرب وغير العرب الذين أقاموا مشاريعهم الاستثمارية بالبلدان العربية، نظرا لتوافق هذه

1- **نزيه عبد المقصود**، محمّد مبروك، محدّدات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 112.

2- تمثلت البلدان الأولى الموقعة على اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في كل من: الأردن، السودان، مصر، سوريا، الكويت. وبعد مصادقة هذه البلدان الخمس دخلت هذه الاتفاقية حيّز التطبيق، لتتوالى بعد ذلك توقيعات وتصديقات البلدان العربية الأخرى وهي: المملكة العربية السعودية، البحرين، جيبوتي، الإمارات العربية المتحدّة، العراق، لبنان، ليبيا، موريتانيا، المغرب، عمان، فلسطين، قطر، الصومال، تونس، اليمن الشمالية، اليمن الجنوبية، والجزائر التي انضمّت إلى هذه الاتفاقية بموجب الأمر رقم 72-16، المؤرخ في 7 جوان سنة 1972، أنظر: **نزليوي صليحة**، عقد ضمان الاستثمار الدولي، مرجع سابق، ص 100.

3- **نزليوي صليحة**، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 6، العدد 1، 2011، ص 161. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

4- أنظر الموقع الرسمي للمؤسسة:

http://dhaman.net.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/03/12، على الساعة: 14:30.

المشاريع مع السياسة التنموية للبلدان العربية[1]، وهو ما يخدم مصالح المستثمرين والبلدان العربية المضيفة على حدّ سواء.

لكي يستفيد المستثمر طالب الضمان من خدمات المؤسسة العربية لابّد من توفر شروط معيّنة فيه، والتي تتمثل أساسًا في شرط الجنسية، سواءً كان هذا المستثمر شخصًا طبيعيّا أو شخصا معنويّا (اعتباريّا).

حدّدت المادة 17 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات هذا الشرط بنصّها على ما يلي: ***"1- ... يشترط في المؤمن له الذي يقبل طرفًا في عقد التأمين أن يكون فردًا من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباريا متمتعا بجنسية أحد الأقطار ومتّخذا مركزه الرئيسي بذات القطر المتمتع بجنسيته... 3- إذا تعددت جنسيات المؤمن له يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأقطار المتعاقدة، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة"***[2].

حسب نصّ هذه المادة، فإنّ اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية فرّقت بين حالة انتماء المستثمر الأجنبي الذي يكون شخصا طبيعيا والذي يشترط أن يتوافر فيه شرط الجنسية فقط **(1)** وبين حالة انتماء المستثمر الذي يكون شخصا اعتباريا والذي يشترط أن يتوافر فيه الشرط المزدوج **(2)**.

1- مراعاة شرط الجنسية لتحديد انتماء الشخص الطبيعي : لم تشترط اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات انتماء المستثمر طالب الضمان لقطر عضو معيّن (سواء من فئة الأقطار المصدرة لرأس المال أو فئة الأقطار المستوردة له)، إنّما أتاحت التعاقد على الضمان للمستثمرين المنتمين لأيّ قطر من الأقطار العربية

1- **سماعيلي حسام الدين**، "ضوابط استفادة المستثمر من خدمة التأمين في ضوء الاتفاقيات العربية لضمان الاستثمار"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 2019، ص 157.

2- أنظر المادة 17/1و3 من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، متوفرة على الموقع الرسمي للمؤسسة، مرجع سابق.

الأعضاء في هذه المؤسسة، على عكس البرامج الوطنية لضمان الاستثمارات الخارجية التي توفّر الضمان للمستثمرين المنتمين للدولة المصدرة لرأس المال والتي تنفذ البرنامج[1].

يستند هذا الشرط الذي تضمّنته اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية على فكرة أساسية مفادها أنّ نشاط هيئة الضمان يجب أن تقتصر فوائدهُ على الاستثمارات التابعة للبلدان الأعضاء التي ساهمت في تمويل هذه الهيئة[2] وتتحمّل عبء تغطية المخاطر المؤمن ضدّها[3].

وهذا راجع إلى كون معظم الأقطار الأعضاء في المؤسسة هي أقطار سائرة في طريق النموّ، تحتاج لبذل مجهودات ضخمة لتصل إلى مرحلة النموّ والتقدم الاقتصادي، وهو ما جاء في ديباجة الاتفاقية المنشئة لهذه المؤسسة، أيّن ركّزت الأقطار العربية على ضرورة التعاون الفعّال لدعم علاقاتها الاقتصادية وتشجيع انتقال رؤوس الأموال فيما بينها لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها، كما أكدّت على الدور الذي يمكن أن يقوم به المستثمر العربي في هذا الشأن متى توافر له الضمان المناسب[4]. وهو ما يخدم مصالح البلدان العربية الأعضاء في هذه الاتفاقية.

يتعيّن على المستثمر طالب الضمان أن يقدم للمؤسسة الضامنة الدليل الذي يثبت تمتعه بجنسية إحدى البلدان المتعاقدة. ومع سكوت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية عن تنظيم مسألة إثبات الجنسية، لابّد من الرّجوع إلى القواعد المعمول بها في التشريعات الداخلية للقطر الذي يدّعي المستثمر الانتماء إليه[5]. وذلك وفقا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص وعملا بمبدأ حرية الدولة واستقلاليتها في تنظيم مسألة الجنسية، إذ يبق تحديد هذه

1- **أيت شعلال وردية**، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية ، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2005-2006، ص 69.

2- **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 129.

3- **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 85.

4- أنظر ديباجة الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

5- **هشام خالد**، شرط الجنسية وفقًا للنظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص 37.

المسألة كرابطة سياسية وقانونية أمر يرجع إلى القانون الوطني للدولة التي يدّعي المستثمر الانتماء إليها[1].

قد يتمتّع المستثمر طالب الضمان بأكثر من جنسية، في هذه الحال استقرت هيئات الضمان الدولية الثلاث (المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، والوكالة الدولية لضمان الاستثمار) على رأي واحد وهو أنّه يستفيد من الضمان المستثمر الذي تكون إحدى جنسياته جنسية القطر المتعاقد في هيئة الضمان المختصة[2]، وهو رأي يصبّ في صالح تدفق رؤوس الأموال إلى الأقطار العربية المتعاقدة، في حالة ما إذا كانت هذه الأموال مملوكة لموطنين يتمتعون بجنسيات متعدّدة، إحداها تكون جنسية إحدى البلدان المتعاقدة، بالتالي لا يشترط أن يكون الاستثمار المضمون قادمًا من دولة عضو، بل يمكن أن يكون قادمًا من دولة أجنبية، المهمّ أن يكون المستثمر طالب الضمان يتمتع بجنسية إحدى البلدان المتعاقدة.

لكن استبعاد المستثمرين العرب الذين ينتمون إلى دولة غير عضو في اتفاقية إنشاء المؤسسة من مظلة التأمين، من شأنه كبح الاستثمارات المتواجدة في الخارج والمملوكة لمستثمرين عرب وهو أمر يتناقض مع سياسة توطين الفوائض المالية العربية، خاصة إذا كانت لدى هؤولاء المستثمرين الرغبة في تحويل استثماراتهم إلى إحدى البلدان العربية غير المستفيدة من العضوية[3]. عليه من المستحسن إعادة النظر في هذه المسألة بما يخدم مصالح المستثمرين العرب وسياسة التوطين المالية.

لا يجب أن يتمتّع المستثمر بجنسية الدولة المضيفة، لأنّ ذلك يعفيه من ضمان المؤسسة العربية حتّى لو كان يتمتّع بعدّة جنسيات إلى جانب جنسية الدولة المضيفة، لأنّه يعتد بجنسية هذه الدولة دون غيرها[4].

يتعيّن على المستثمر طالب الضمان أن يقدّم الدليل الذي يثبت عدم تمتّعه بجنسية الدولة المضيفة إلى هيئة الضمان، حتّى يستفيد من خدماتها[5]. ويمكن القول أن استبعاد

1- **عينوش عائشة**، مرجع سابق، ص 129.
2- أنظر المادة 17/و من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مرجع سابق.
3- **سماعيلي حسام الدين**، مرجع سابق، ص 160.
4- **عينوش عائشة**، مرجع سابق، ص ص 139 و 140.
5- **أيت شعلال وردية**، مرجع سابق، ص 71.

الاستثمارات المملوكة للدولة المضيفة ورعاياها من ضمان المؤسسة العربية أمر له ما يبرّرهُ، باعتبار أنّه لا يجوز لإحدى البلدان التي يتمتّع الشخص بجنسيتها أن تتصدى للحماية الدبلوماسية في مواجهة دولة أخرى من البلدان التي ينتمي إليها الشخص متعدّد الجنسيات، حتّى ولو كانت رابطة الجنسية التي تجمعُ بين هذا الشخص والدولة الحامية تقوم على أسس واقعية، وهذا التّحفظ يستند إلى كون علاقة الدولة بمواطنيها تخضع أصلاً للاختصاص الداخلي[1].

رغم هذا التبرير، نجد من هيئات الضمان من أوردت استثناء على هذا المبدأ كالمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار التي أقرّت بجواز استفادة الأشخاص الطبيعية من ضمانها حتّى ولو تمتّعوا بجنسية الدولة المضيفة بشرط أن يقدّم طلب التأمين بالاشتراك من قبل الدولة المضيفة والشخص طالب التأمين، وأن تكون الأصول المراد تأمينها قد تمّ تحويلها أو سيتم تحويلها من الخارج إلى الدولة المضيفة[2].

إن إدراج مثل هذا الاستثناء يعدّ في صالح المستثمرين والبلدان الأعضاء في الاتفاقية، ما دام يتماشى مع هدف هيئة الضمان والمتمثل في زيادة تدفق رؤوس الأموال فيما بين البلدان المتعاقدة، لاسيما إن كانت رعايا البلدان المضيفة المقيمة بالخارج تملك أصولا ضخمة قابلة للاستثمار، بل أكثر من ذلك فهذا الاستثناء يمكن اعتبارهُ فرصة لاسترجاع الأموال التي سبق تحويلها من الدولة المضيفة إلى الخارج، كما يساهم في القضاء على فكرة التحايل التي قد يلجأ إليها المستثمرون بتكوين شركة في الخارج تحمل جنسية غير جنسية الدولة المضيفة، ويتقدم بطلب الضمان باسمها، فهذا النوع من التحايل يمكن أن تتفاداه هذه الاتفاقية[3].

1- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 120.

2- تنص المادة 18/3 من اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات، والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144، المؤرخ في 23 أفريل سنة 1996، ج.ر.ج.ج عدد 26، الصادرة بتاريخ 24 أفريل سنة 1996، على أنّه: ***"يجوز لمجلس المديرين أن يمنح حقّ الاستفادة من خدمات المؤسسة لشخص طبيعي من مواطني الدولة المضيفة أو لشخص اعتباري مسجّل في الدولة المضيفة أو يمتلك مواطنو الدولة المضيفة أغلب أسهمه شريطة مراعاة ما يأتي:***

أ- أن يقدّم طلب التأمين بالاشتراك من قبل الدولة المضيفة والشخص طالب التأمين،

ب- ان تكون الأصول المراد تأمينها قد تمّ تحويلها أو سيتم تحويلها من الخارج إلى الدولة المضيفة."

3- **كعباش عبد الله**، مرجع سابق، ص 250.

2- مراعاة الشرط المزدوج لتحديد انتماء الشخص الاعتباري:

حسب ما ورد في المادة 17/1 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات فإنّه يشترط لقبول الشخص الاعتباري كطرف في العقد شرطين هما: أن يكون الشخص الاعتباري منتميا بجنسيته لإحدى البلدان المتعاقدة، وأن يتواجد مركز إدارته الرئيسي في إحدى البلدان المتمتع بجنسيتها.

من خلال تحليلنا لهذين الشرطين يظهر لنا أن هذه الاتفاقية اشترطت وجوب تمتع الشخص الاعتباري بجنسية إحدى البلدان المتعاقدة، وهو خلاف ما كان منصوص عليه في الاتفاقية قبل تعديلها أين لم يرد هذا الشرط بل اكتفت الاتفاقية بتضمين شرط وجود روابط بين المشاريع الاستثمارية والبلدان الأعضاء[1].

بهذا التعديل، فإنّ مسألة تحديد جنسية المستثمر إذا كان شخصا اعتباريا يثير عدة تساؤلات في ظل المعايير التي جاء بها القانون الدولي الخاص وكيفية تعامل المؤسسة العربية مع هذه المعايير.

لتحديد مدى ارتباط المستثمر بجنسيته إلى دولة معينة سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، يتم الرجوع إلى التشريعات والقوانين الداخلية للدولة التي يدّعي الانتماء إليها. وحسب القانون الدولي الخاص توجد معايير يتم الاعتماد عليها في تحديد جنسية الشخص الاعتباري[2] والتي تتمثل في معيار مركز الإدارة الرئيسي ومعيار الرقابة[3] ومعيار التأسيس ومعيار الاستغلال[4].

1- نصت المادة 17/1 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنّه: ***"1- يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون ... شخصا اعتباريا تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار.."***.

2- **سماعيلي حسام الدين**، مرجع سابق، ص 163.

3- يقصد بمعيار مركز الإدارة الرئيسي، أن الشخص الاعتباري يتمتّع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي والإدارة العليا لمشروعه، والتي يجتمع فيها عادة مجلس الإدارة والجمعية العامة وتوجد فيها مكاتب الإدارة.
أمّا معيار الرقابة يقصد بهِ تمتّع الشخص الاعتباري بجنسية المالكين لأغلبية أسهمهِ أو حصصهِ، ما يجعلهم يتمتّعون بحق الرقابة والتسيير. أنظر: **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 91.

4- يقصد بمعيار التأسيس، أن الشخص الاعتباري يكتسب جنسية الدولة التي تأسّس بمقتضى قوانينها. أمّا معيار الاستغلال فيقصد به أن الشخص الاعتباري يجب أن يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد بها مركز نشاطه الرئيسي، باعتباره المكان الذي تجتمع فيه مصالحهِ الحقيقية. أنظر: **رنا محمد راضي**، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية وإلغائها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص ص 179 و 180.

تضيف اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية شرطا آخر إلى جانب شرط الجنسية حتى يستفيد الشخص الاعتباري من التأمين على الاستثمار، وهو أن مركز الإدارة الرئيسي لهذا الشخص الاعتباري في نفس الدولة التي يتمتع بجنسيتها.

يمكن القول أن أخذ هذه الاتفاقية بالشرط المزدوج لقبول تأمين الشخص الاعتباري، والمتمثل في شرط الجنسية وشرط وجود مركز إدارته الرئيسي في ذات الدولة المانحة للجنسية، له غايتين أساسيتين هما:

- السعي لتجاوز مصاعب تحديد جنسية الشخص الاعتباري، بجعل معيار مركز إدارته الرئيسي معيار أساسي مصاحب لمعيار الجنسية. حيث أكّدت الاتفاقية على إلزاميته وكما هو معروف فأحكام الاتفاقية تسمو على أحكام القوانين الداخلية للبلدان الأطراف من حيث التطبيق.

- معرفة مدى مساهمة المشروع الاستثماري في دعم الاقتصاد الوطني للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وهو ما جعل الاتفاقية تتبنى الشرط المزدوج في تحديد انتماء المشاريع الاستثمارية[1]. وهو ما يصب في مصلحة البلدان العربية المضيفة ويدعم السياسة التنموية بها، فحتى يستفيد الشخص الاعتباري من تأمين استثماراته يجب أن تكون ذو فائدة ومساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية بالدولة المضيفة.

لكن بالرجوع إن الشق الثاني فقرة أولى من نص المادة 17، نجد أن هذه الاتفاقية أوردت استثناءات على هذا الشرط المزدوج بنصها على ما يلي: ***"مع ذلك يجوز بقرار من مجلس الإدارة أن يقبل الشخص الاعتباري طرفا في عقد التأمين، رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد بشرط أن يكون هذا الشخص مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين..."***.

يظهر من خلال نص هذه الفقرة أن اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية قد أخذت بمعيار الرقابة عندما اشترطت بالنسبة للمشروع الاستثماري الذي لا يكون مركز إدارته الرئيسي

1- **سماعيلي حسام الدين**، مرجع سابق، ص 167.

بإحدى البلدان المتعاقدة، أن يكون مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في المادة 17، وذلك مراعاة لطبيعة بعض الاستثمارات المشتركة التي تكون في القطاع المالي والمصرفي، مادامت المصلحة الاقتصادية تقتضي ذلك[1].

رغم تشديد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات حول إلزامية عدم انتماء المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا للدولة المضيفة حتى يستفيد من تأمين المؤسسة، إلاّ أنّها أوردت استثناء على هذه المسألة في المادة 15/2 منها والتي تنص على ما يلي: ***"كما يجوز للمؤسسة وفقا للضوابط التي يقررها مجلس الإدارة وبناء على اقتراح المدير العام:***

أ- تأمين الاستثمارات الأجنبية العائدة لمستثمرين من غير جنسيات الدول المتعاقدة في الدول الأعضاء.

ب- تأمين استثمارات المواطنين العرب لأموالهم المتأتية من الخارج في الدول العربية التي ينتمون إليها بجنسياتهم".

من خلال نص هذه المادة يظهر لنا أن اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية قد عدلت عن قرارها السابق الذي يقضي بعدم قبول تأمين الاستثمارات العائدة لمستثمرين لا يحملون جنسيات البلدان المتعاقدة، والمستثمرين الحائزين على جنسية البلد المضيف، وذلك من خلال تقريرها في التعديل الأخير[2] جواز قبول تأمين الاستثمارات العائدة لمستثمرين يحملون جنسيات غير جنسيات البلدان الأعضاء في الاتفاقية، كما تضمن تأمين استثمارات المواطنين العرب في البلدان العربية التي يحملون جنسياتها شريطة أن تكون رؤوس أموالهم متأتية من الخارج.

وهو ما يمثل استجابة للأهداف والأغراض التي أنشأت من أجلها هذه الاتفاقية وهو تشجيع تدفق رؤوس الأموال إلى البلدان العربية وتشجيع سياسة توطين الأموال بتشجيع المستثمرين العرب المتواجدين بالخارج لاستثمار رؤوس أموالهم في أقاليم البلدان العربية التي يحملون جنسياتها. كما أنّ امتداد التأمين إلى مستثمري الدولة المضيفة لا يعدّ مساسا

1- **سماعيلي حسام الدين**، مرجع سابق، ص 173.

2- جاء هذا القرار مع تعديل اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات بتاريخ 9 أفريل 2010.

بسيادة هذه الدولة، طالما أن المؤسسة العربية لا تبرم عقد التأمين على الاستثمار إلاّ بعد موافقة الدولة المضيفة على حيثيات العقد خاصة ما تعلق بالأخطار المؤمنة وقيمة التعويض[1].

إنّ إدراج مثل هذا الاستثناء يعدّ في صالح المستثمرين والبلدان الأعضاء في الاتفاقية، ما دام يتماشى مع هدف هيئة الضمان والمتمثل في زيادة تدفق رؤوس الأموال فيما بين البلدان المتعاقدة، لاسيما إن كانت رعايا البلدان المضيفة المقيمة بالخارج تملك أصولا ضخمة قابلة للاستثمار، بل أكثر من ذلك فهذا الاستثناء يمكن اعتبارهُ فرصة لاسترجاع الأموال التي سبق تحويلها من الدولة المضيفة إلى الخارج، كما يساهم في القضاء على فكرة التحايل التي قد يلجأ إليها المستثمرون بتكوين شركة في الخارج تحمل جنسية غير جنسية الدولة المضيفة، ويتقدم بطلب الضمان باسمها، فهذا النوع من التحايل يمكن أن تتفاداه هذه الاتفاقية[2].

لم تفرّق الاتفاقية، بصدد تحديدهَا للاستثمارات الصالحة للضمان بين الاستثمارات التي ترتبت على أداء نقدي أو غير نقدي أو إعادة استثمار عوائد من استثمار سابق[3]. كما أعطت أهمية للقروض كونها تشكّل الطابع الغالب والمميّز للاستثمارات العربية، فنجد أن 80% من هذه الأخيرة في بلدان المنطقة تتّخذ صور القروض في حين 20% فقط هي نسبة الاستثمارات المباشرة، وهذا راجع إلى أسباب سياسية بالدرجة الأولى[4].

لم تقتصر الاتفاقية على ضمان الاستثمارات الخاصة فقط، بل امتدت لتشمل الاستثمارات العامة التي تعتمد على أسس تجارية، نظرا إلى الدّور الذي يلعبه القطاع العام في استثمارات معظم البلدان العربية إمّا بمفرده أو بالشراكة مع القطاع الخاص، ما يجعل حماية وضمان هذا النوع من الاستثمار أمر ضروري، فالاستثمار الحكومي يمكن أن

1- تنص المادة 15/6 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على أنّه: ***"يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المؤمن له مسبقا على إذن من السلطات الرسمية المختصة بالقطر المضيف، بتنفيذ الاستثمار وبالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها.***
ويعتبر الإذن قد تم الحصول عليه إذا لم تبلغ جهة الاتصال المؤسسة برفضه وذلك خلال ستين يوما من تاريخ طلب الحصول عليه."

2- **كعباش عبد الله**، مرجع سابق، ص 250.

3- تنص المادة 15/4 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على أنّه: ***"لا يفرق عند تقدير صلاحية الاستثمار للتامين بين الاستثمارات التي ترتّبت على أداء نقدي أو أداء غير نقدي أو إعادة استثمار عوائد من استثمار سابق."*** ، مرجع سابق.

4- **هشام علي صادق**، النظام العربي لضمان الاستثمار من المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 68.

يستوي مع الاستثمار الخاص فيما يتعلّق بالمخاطر غير التجارية التي يمكن أن يتعرّض لها خاصة ما تعلق بالمخاطر السياسية، وقد حدث ذلك في السودان عند تأميم فرع شركة مصر للطيران في الخرطوم[1].

في هذا الصدد، نقول أنّ اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات قد أحسنت عندما وسعت تطاق الضمان ليشمل الاستثمار العام إلى جانب الاستثمار الخاص والمختلط، حتى لا تحرم البلدان من الدور الذي قد يلعبهُ القطاع العام، والذي قد يتردد في الاستثمار خشية المخاطر غير التجارية التي قد يتعرّض لها.

نصّت المادة 18 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على المخاطر غير التجارية التي يغطيها التأمين الذي توفره هذه المؤسسة، والتي تتمثل في المخاطر السياسية[2] ومخاطر العجز عن تحويل العملة[3]، وخطر الإخلال بالعقد حسب ما ورد في نص المادة 18/1(ج) من اتفاقية إنشاء هذه المؤسسة[4]، إضافة إلى مخاطر الحرب والاضطرابات الأهلية[5].

1- **شعبان صوفيان**، مرجع سابق، ص ص 285 و 286.

2- تنص المادة 18/1(أ) من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على أنّه: ***"1- يغطي التامين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقيق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:***

أ- اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه أو تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول..."، مرجع سابق.

3- تنص المادة 18/1(ب) من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على أنّه: ***"1- يغطي التامين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقيق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:***

... ب- اتّخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيّد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استملاك الاستثمار إلى الخارج.

ويشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدّى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر الصرف يميّز ضد المستثمر تمييزا واضحا.

ولا يدخل في نطاق هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التامين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه."، مرجع سابق.

4- تنص المادة 18/1(ج) من الاتفاقية نفسها على أنّه: ***"1- يغطي التامين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على ...:***

ج- أي اخلال من جانب السلطات العامة بالقطر المضيف بأي عقد مبرم بينها وبين المؤمن له عندما (أ) لا يكون بوسع المؤمن له أن يرجع إلى محكمة قضائية أو تحكيمية لتفصل في الادعاء بالإخلال بالعقد، أو (ب) لا يصدر قرار مثل هذه المحكمة خلال مدة معقولة تحددها عقود التأمين، أو (ج) لا يكون ممكنا تنفيذ مثل هذا القرار".

5- تنص المادة 18/1(د) من الاتفاقية نسها على أنّه: ***"1- يغطي التامين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على ...:***

د- كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشرا، أو يتسبب في انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة لفترة تحدد في عقد التأمين، وكذلك

ما يلاحظ في مخاطر الحرب والاضطرابات الداخلية، أنه تم إضافة خطر الإرهاب إلى قائمة هذه المخاطر وذلك إثر تعديل الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية. وأكيد إضافة هذا النوع من المخاطر لقائمة المخاطر الصالحة لتأمين المؤسسة يصب في مصلحة المستثمر الأجنبي من زاوية حماية أمواله كما يصب في مصلحة البلدان العربية المضيفة لأن المستثمر لن يخشى القدوم للاستثمار بها بسبب خطر الإرهاب الذي يهدد كافة البلدان ليس فقط البلدان العربية، باعتبار أن المؤسسة العربية توفر له الضمان ضد هذا الخطر وتضمن له التعويض عن الخسائر التي قد يتعرض لها.

صحيح أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، أنشئت لتأمين المستثمر الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها في إقليم الدولة المضيفة حماية لمصالحه وأمواله.

إلاّ أنّ هذه المؤسسة سعت لمراعاة حق الدولة في حماية اقتصادها، ولتحقيق نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة لهذين الطرفين (الدولة المضيفة والمستثمر) أوردت هذه المؤسسة بعض الاستثناءات على المخاطر الصالحة للضمان، إذ لا يشمل الضمان الخسائر التي تصيب المستثمر فيما لو ترتّبت عن إجراء اتخذته السلطات العامة في القطر المضيف، وكان هذا الإجراء ممّا تتوافر بشأنه عمليات تأمين عادية وبشروط معقولة، ولا يجوز أن يشمل الضمان الخسائر الناجمة عن إجراء وافق عليه المستثمر صراحة، أو كان مسؤولا عنه مسؤولية مباشرة، كما لا يشمل الخسائر الناجمة عن إجراء يكون من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسهَا الدولة تنظيما للنشاط الاقتصادي في إقليمها، والتي لا تنطوي على تمييز ضد المؤمن له المشمول بالتأمين[1].

تحلّ المؤسسة محلّ المؤمن له الذي تعوّضه أو توافق على تعويضه عن الخسارة المؤمن عليهَا، في حدود ما للمؤمن له من حقوق على الاستثمار المؤمن عليه، أو ما ينشأ له من حقوق نتيجة تعرّضه للخسارة. وتعيّن عقود التأمين بشكل مفصّل، يتم فيها حلول المؤسسة محلّ المؤمن لهُ المتعاقد معها.

الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام أو الأعمال الإرهابية وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية التي يكون لها نفس الأثر." .

1- أنظر المادة 18/2 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

تقوم الأقطار المضيفة بناء على هذا الحلول، بالوفاء لهذه المؤسسة وذلك في أسرع وقت ممكن، في إطار ما يكون على هذه الأقطار من التزامات اتجاه المؤمن لهُ. كما تقدّم للمؤسسة التسهيلات المناسبة للانتفاع بما حلّت فيه من حقوق في حالة ما إذا طلبت المؤسسة ذلك، وإلاّ استحق لها فوائد تأخيرية على المبالغ التّي حلّت فيها قبل سلطات القطر المضيف، تحتسب اعتبارًا من تاريخ الحلول، مع مراعاة الأسعار السائدة في هذا القطر على القروض التجارية الممنوحة من المصارف[1].

لا شك أنّ اعتماد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات على الضوابط القانونية السالفة الذكر، لضمان المستثمر ضد المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها بصدد استثمار رؤوس أمواله في البلدان العربية، سيفتح المجال أمام المستثمرين الأجانب الذين اختاروا الاستفادة من خدماتها وتوجيه استثماراتهم نحو البلدان العربية، إذ أزالت هذه المؤسسة مشكل التأمين ضد المخاطر غير التجارية التي قد يتعرضون لها، وهو ما سيشجع تدفق الاستثمارات نحو البلدان العربية وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها، ويقضي على النزاعات التي قد تنشأ بين هذه البلدان والمستثمرين بسبب هذه المخاطر. وهذا الموقف لا يختلف كثيرا عن موقف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تبنت نفس الضوابط تقريبا.

الفرع الثاني

دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

في خدمة مصالح الأطراف في عقود الاستثمار

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (MIGA)، مؤسسة دولية تابعة لمجموعة البنك الدولي[2] والتي تهدف إلى تعزيز وتشجيع الاستثمار في البلدان النامية، من خلال تقديم

1- أنظر المادة 21 من الاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، مرجع سابق.

2- تتكوّن مجموعة البنك الدولي من أربع (04) مؤسسات دولية هي:

- البنك الدولي للإنشاء والتعمير Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) والذي أنشئ سنة 1946، حيث يقوم بمنح قروض طويلة الأجل لتمويل الاستثمارات إضافة إلى المساعدة في تعمير وتنمية البلدان الأعضاء،

- مؤسسة التمويل الدولية Société financière internationale (SFI) والتي أنشأت سنة 1956، هدفها إقراض القطاع الخاص،

ضمانات ضد المخاطر السياسية التي قد يتعرّض لها المستثمرون الأجانب، وتأمين المساعدة الفنية لمساعدة البلدان النامية على جذب الاستثمارات إليها.

ظهرت فكرة إنشاء هذه الوكالة سنة 1950، بطلب من منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) فقام البنك الدولي بدراسة إمكانية إنشاء هذا الجهاز، وفي سنة 1966 تمّ تجسيد هذه الدراسة[1].

في 11 أكتوبر سنة 1985 وافق مجلس محافظي البنك على مشروع الاتفاقية الذي أعدّتهُ لجنة من المديرين التنفيذيين للبنك الدولي للإنشاء والتعمير، لتصبح الاتفاقية سارية المفعول سنة 1987 بعد توقيعها من عشرين (20) دولة[2]، مع ذلك لم تبدأ الوكالة عملها إلاّ بتاريخ 12 أفريل سنة 1988، لتكون أحدث المؤسسات المكوّنة للبنك الدولي.

تعمل الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على تقديم المساعدات في مجالات ضمان القروض للمستثمرين الأجانب عن البلد، وتعزيز التعاون في مجال نشر الوعي والثقافة الخاصة بتغطية المخاطر السياسية من خلال عقد المؤتمرات والندوات والتدريب، إضافة إلى التعاون بين شركات التأمين والمؤسسات من خلال توقيع اتفاقيات إعادة التأمين[3].

حتّى يسفيد المستثمر طالب الضمان من خدمات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، لابّد من توفر شرط الجنسية سواء كان المستثمر شخصا طبيعيّا أو شخصا اعتباريّا (معنويّا)، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات.
وقد نصّت الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية على الجنسية المطلوب توفّرها إذا كان المستثمر شخصًا طبيعيّا **(أولا)**، والجنسية المطلوب توفرها إذا كان شخصا اعتباريّا **(ثانيا)**.

- هيئة التنمية الدولية Association internationale pour le développement (AID) والتي أنشأت سنة 1960، هدفها إعطاء القروض لمشروعات البنية الأساسية والطاقة في البلدان النامية،

- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار Agence multilatérale de garantie des investissement (MIGA) . أنظر: **مسعداوي يوسف** ،"دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في تنمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول النامية"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 9، العدد 2، 2010، ص 225. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

1- **مسعداوي يوسف**، مرجع سابق، ص 225.

2- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان**، مرجع سابق، ص 224.

3- **مسعداوي يوسف**، مرجع سابق، ص ص 225 و 226.

أولا: الجنسية المطلوبة بالنسبة للشخص الطبيعي:

تشترط اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المستثمر طالب الضمان شرطان يتعلّقان بجنسيته، شرط إيجابي يتمثّل في وجوب انتمائه إلى إحدى البلدان المتعاقدة، وشرط سلبي يتمثّل في عدم انتمائه إلى الدولة المضيفة، وهو نفس الحكم الوارد في اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية.

عليه يتعيّن أن يكون المستثمر طالب الضمان حاملا لجنسية دولة عضو في الاتفاقية غير جنسية الدولة المضيفة[1]، ويكون تقدير جنسيته وفقًا لقانون الدولة المعنّية.

وإذا كان المستثمر يتمتع بأكثر من جنسية فهنا يعتد بجنسية الدولة العضو في الوكالة، إذا كانت الجنسية الأخرى لدولة غير عضو، أمّا إذا كان يحمل جنسيتين إحداها جنسية الدولة المضيفة فهنا يعتد بجنسية هذه الدولة ولا يكون صالحا لضمان الوكالة، إلاّ إذا وافقت الدولة على اعتباره أجنبيا عنها، وتوفر له شرط تحويل الأصول المستثمرة من خارج إقليمها[2].

ثانيا: الجنسية المطلوبة بالنسبة للشخص الاعتباري

تنصّ المادة 13/أ من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنّه:

"يتمتّع بالصلاحية لضمان الوكالة أيّ شخص طبيعي أو اعتباري بشرط:

1- ...

2- أن يكون الشخص الاعتباري قد تمّ تأسيسهُ وتعيين مقرّ أعماله الرئيسي في إقليم أحد الأعضاء، أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لعضو أو أكثر أو لمواطنيهم بشرط ألاّ يكون العضو في أيّ من الحالات السابقة هو الدولة المضيفة".

فحسب هذه المادة يتم تقدير جنسية الشخص الاعتباري وفقا لأحد المعيارين التاليين:

- **معيار التأسيس ومقر الأعمال الرئيسي:** فيجب أن يكون الشخص الاعتباري قد تمّ تأسيسهُ و تعيين مقرّ أعماله الرئيسي في إقليم أحد البلدان الأعضاء غير الدولة المضيفة،

1- تنص المادة 13/أ من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج.ر.ج.ج عدد 66، الصادر بتاريخ 5 نوفمبر سنة 1995 ،على أنّه:
"(أ) يتمتّع بالصلاحية لضمان الوكالة أيّ شخص طبيعي... بشرط:
(1) أن يكون الشخص الطبيعي من مواطني عضو غير الدولة المضيفة...".

2- **عرفه سيد سالم**، إدارة المخاطر الاستثمارية، دار الرّاية للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 237.

حيث أخذت هذه الاتفاقية المنشئة للوكالة بمعيار مزدوج يتمثل في مكان التأسيس ومكان الاستغلال الرئيسي، بشرط أن يكون ذلك في دولة عضو غير الدولة المضيفة. وفي حالة عدم توافر هذا المعيار فإنّ هذه الاتفاقية قد أخذت بمعيار الرقابة.

- **معيار الرقابة:** حيث يكون للشخص الاعتباري جنسية الدولة المالكة لأغلبية رأس ماله أو أكثر أو لمواطنيها، بشرط أن لا يكون هذا العضو المالك هو الدولة المضيفة.

ويشترط أن يقوم هذا الشخص الاعتباري، سواءً كان مملوكًا ملكية خاصة أو لم يكن كذلك، بممارسة نشاطه على أسس تجارية[1] أي بغرض الربح والمضاربة.

في حالة تمتّع المستثمر طالب الضمان بأكثر من جنسية، فإنّه يؤخذ بجنسية الدولة العضو دون جنسية الدولة غير العضو، كما يعتد بجنسية الدولة المضيفة دون جنسية غيرها من البلدان الأعضاء[2].

تضيف الفقرة ج من المادة 13، أنّه يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة[3] وبناءً على طلب مشترك من المستثمر نفسه والدولة المضيفة، أن يضفي الصلاحية للضمان على شخص طبيعي ينتمي بجنسيته إلى الدولة المضيفة، أو على شخص اعتباري يكون قد تمّ تأسيسه في هذه الدولة أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لها أو لمواطنيها، بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة، وهو إشارة إلى الاستثمارات الوطنية الوافدة من خارج هذه الدولة تشجيعًا لتدفق الاستثمارات إلى البلدان النامية وتشجيعا لسياسة توطين الأموال. وهو ما أخذت به المؤسسة العربية لضمان وائتمان الصادرات خدمة لمصالح البلدان المضيفة والمستثمرين الأجانب على حد سواء.

حدّدت المادة 12 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، أنواع الاستثمارات الصالحة للضمان منها:

- الاستثمار غير المباشر كالقروض ذات الأجل المتوسط أو الطويل.

1- تنص المادة 13/(أ) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنّه: ***"...(3) أن يقوم الشخص الاعتباري، سواء كان مملوكا ملكية خاصة أو لم يكن كذلك، بممارسة نشاطه على أسس تجارية."***، مرجع سابق.

2- تنص المادة 13/(ب) من الاتفاقية نفسها على أنّه: ***"في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية واحدة، فإنّ جنسية العضو تجب جنسية الدولة غير العضو، كما تجب جنسية الدولة المضيفة جنسية غيرها من الأعضاء وذلك لأغراض الفقرة (أ) أعلاه"***.

3- يقصد بالأغلبية الخاصة، حسب التعريف الوارد في المادة الثالثة من الاتفاقية نفسها، موافقة ما لا يقلّ عن ثلثي مجموع الأصوات على أن تمثل ما لا يقلّ عن خمسة وخمسين في المائة من الأسهم المكتتب فيها في رأس مال الوكالة.

- الاستثمار عن طريق المساهمة في رؤوس أموال المشروعات، وأنواع الاستثمارات التي يكون فيها للمستثمر دور في السيطرة على المشروع.

- صور الاستثمار الأخرى التي يوافق عليها مجلس الإدارة، والتي تتمثل في تلك الصور التي تساهم في تنمية الدولة المضيفة اقتصاديًّا واجتماعيًّا، وفقا للأولويات التي تضعها هذه الدولة والبرامج التي تسطرّها.

يقضي ذلك خضوع الاستثمار لقوانين تلك الدولة[1]، كما أنّ سلطة مجلس الإدارة لا تملك التصريح بضمان قروض خلاف القروض المتوسّطة أو الطويلة الأجل، إلاّ إذا ارتبطت باستثمار محدّد ضمنته الوكالة أو أزعمت ضمانهُ[2].

تقتصر الضمانات التي توفّرها الوكالة الدولية، على الاستثمارات التي يبدأ تنفيذها بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان، كما يجوز أن تشمل هذه الاستثمارات:

- أيّ تحويل للنقد الأجنبي لأغراض تجديد أو توسعة أو تطوير استثمار قائم.

- استخدام الأرباح التي تدرّها استثمارات قائمة، إذا كان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة.

وحماية لمصالح المستثمر من جهة وحق الدولة المضيفة في حماية اقتصادها من جهة أخرى، تستوثق الوكالة عند القيام بضمان استثمار معيّن:

- السلامة الاقتصادية للاستثمار ومدى مساهمته في تنمية الدولة المضيفة.

- مدى تمشّي الاستثمار مع قوانين و لوائح الدولة المضيفة.

- مدى مواكبة الاستثمار للأهداف والأولويات الإنمائية للدولة المضيفة.

- ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار[3].

1- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان**، مرجع سابق، ص ص 225 و 226.

2- تنص المادة 12/(ب) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنّه: ***"يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة أن يضفي الصلاحية للضمان على أية أنواع أخرى من الاستثمارات المتوسطة أو الطويلة الأجل، إلاّ أنّه لا يجوز ضمان قروض -خلاف القروض المنصوص عليها في الفقرة (أ) أعلاه- إلاّ إذا ارتبطت باستثمار محدّد ضمنته الوكالة أو أزعمت ضمانه."***، مرجع سابق.

3- أنظر المادة 12/(ج) من الاتفاقية نفسها.

كما يتعيّن الأمر موافقة الدولة المضيفة مسبقا على ضمان الاستثمار واستقباله على أراضيها، إضافة إلى موافقتها على نوع المخاطر التي تغطيها هذه الوكالة بضمانها[1].

عليه، يكون للدولة المضيفة فضلاً عن ترخيصها و موافقتها على الاستثمار الذي سينجز داخل إقليمها، الموافقة على شموله بالضمان وتحديد نوع المخاطر التي يمكن أن تغطّيها هذه الاتفاقية، سواء تغطية كلّ المخاطر أو نوع محدّد منها، وهو ما أخذت به اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات[2].

حسب الدليل الإلكتروني للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، فإنّ المجالات التي يكون فيها الاستثمار قابلا لضمان الوكالة، وذلك على سبيل المثال وليس الحصر هي: القطاع المالي، الاستثمار في مجال الغاز، والنفط، والزيت، والصناعة، وأعمال التعدين، والأعمال الزراعية، والبناء، وأعمال البنية التحتية في الدولة المضيفة، وهي استثمارات محدّدة المخاطر ونسبة المضاربة فيها ضئيلة.

في حين المجالات التي لا تصلح لضمان هذه الوكالة هي: الاستثمار في المراهنات (أعمال المقامرة) وإنتاج السجائر والاستثمار في قطاع الدفاع باعتباره حكرًا على الدولة، والاستثمار في إنتاج العقاقير غير المشروعة كالمخدرات وإنتاج الكحوليات، ويرجع السبب من استبعاد هذا النوع من الاستثمارات من ضمان الوكالة كونها استثمارات غير مضمونة النتائج، وهي قائمة على نسبة عالية من المضاربة، ما قد يعرّض السلامة المالية للوكالة للخطر في حالة ضمانها لمثل هذا النوع من الاستثمارات[3].

كذلك تضم الاستثمارات الصالحة لضمان الوكالة المشاريع التّي تمّ خصخصتها والاستثمارات المتعلقة بالمساعدة الفنية والفرانشيز والليزنغ وعقود نقل التكنولوجيا، إضافة إلى الاستثمارات التي يوافق عليها مجلس إدارة الوكالة، وهذه الأخيرة ملزمة بأن تتحقّق من توفّر الحماية الكاملة للاستثمارات المراد ضمانها، حيث تكون هذه الحماية فعالة إذا كانت قوانين الدولة المضيفة تكرسّها فعليّا، أو كانت الوكالة قد أبرمت عقد اتفاق مع الدولة

1- تنص المادة 15 من الاتفاقية نفسها على أنّه: ***"لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضمان الاستثمار ضدّ المخاطر المطلوب تغطيتها"***.

2- أنظر المادة 15/6 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وضمان الصادرات، مرجع سابق.

3- **زايد محمد**، "دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في ضمان الاستثمارات الأجنبية المباشرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 50، العدد3، 2019، ص 348. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

المضيفة يتضمّن منح حماية للاستثمارات لتفادي تعرّضها لمخاطر، تكون هذه الدولة المضيفة سببا مباشرا أو غير مباشر في حدوثها.

يظهر مراعاة الاتفاقية المنشئة للوكالة لمسألة المصالح المتضاربة للأطراف في عقود الاستثمار، عند نصّها على أنّ الاستثمار القابل للضمان يجب أن يتضمّن فوائد عادلة ومتساوية لكلا الطرفين سواء الدولة المضيفة والمستثمر، بما يضمن ويحقّق نوعا من الاستقرار في هذه العلاقة، ويولّد نوعا من الأمان لدى المستثمر الأجنبي من جهة أن الدولة المضيفة لن تحاول عرقلة والحدّ من ملكية استثماره[1].

بالعودة إلى المخاطر التي تدخل في نطاق ضمان الوكالة الدولية فقد حدّدتها المادة 11 على سبيل الحصر، وهي مخاطر القيود الواردة على تحويل العملة[2]، مخاطر التأميم والإجراءات المماثلة وسعيا لتحقيق نوع من الموازنة بين مصالح المستثمر والدولة المضيفة، يستثنى من الضمان الإجراءات ذات التطبيق العام، والتي تتخذها الحكومات عادة لتنظيم الأنشطة الاقتصادية داخل أراضيها، دون قصد الإضرار بالمستفيد من الضّمان[3]، كأن تصدر تشريعات لتنظيم مسائل معيّنة كالضرائب وحماية البيئة والعمال، وإجراءات السلامة العامة، وغيرها من الإجراءات التي لا تنطوي على تفرقة تضر بهذا المستفيد إنما تتخذها الدولة حماية لاقتصادها ومصالحها الوطنية.

تضمن أيضا الوكالة الدولية خطر الإخلال بالعقد حيث نصّت على أنّه: ***"(أ)... يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضدّ الخسائر المترتّبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:***

3) الإخلال بالعقد

نقض الحكومة المضيفة لعقد بينها وبين المستفيد من الضّمان أو إخلالها بالتزاماتها في ظلّ ذلك العقد، وذلك في الأحوال الآتية:

1- **عرفه سيد سالم**، مرجع سابق، ص ص 223 و 224.

2- مرجع نفسه، ص ص 220 و 221.

3- تنص المادة 11/(أ) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنّه: ***".. يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمّان ضدّ الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:...***

(2) اتّخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتّخاذها أو إغفالها عن اتخاذ إجراء إداري مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره. ويستثنى من ذلك الإجراءات العامة التطبيق التي تتخذها الحكومات عادة لتنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها والتي لا تنطوي على تفرقة تضر بالمستفيد من الضّمان."، مرجع سابق.

1- إذا كان من غير الممكن للمستفيد من الضّمان اللّجوء إلى هيئة قضائية أو هيئة تحكيم للفصل في إدّعائهِ نقض العقد أو الإخلال بأحكامه.

2- أو إذا لم تقم تلك الهيئة بالفصل في الإدّعاء خلال مدّة معقولة على النّحو المحدّد في عقد الضمان طبقا للوائح الوكالة.

3- *أو إذا لم يكن من الممكن تنفيذ القرار الصّادر من الهيئة المذكورة"* [1].

كما تضمن هذه الوكالة خطر الحرب والاضطرابات المدنية أو ما يعرف بالعصيان المدني وهو ما نصّت عليه المادة 11/أ[2]، ويشمل هذا الخطر الثورات والحروب والتّمرد والانقلابات والأحداث السياسية التي تخرج عن سيطرة حكومة الدولة المضيفة، ولا تشمل هذه المخاطر العمال والأنشطة الإرهابية التي تستهدف المستثمر الأجنبي بعينه، مع إمكانية تغطيتها حسب ما نصّت عليه المادة 11/ب. لكن بالرجوع إلى اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية نجدها أدرجت خطر الإرهاب بصورة صريحة ضمن المخاطر التي تغطيها وذلك بعد تعديل هذه الاتفاقية سنة 2008.

وحتّى تكون هذه الحروب والاضطرابات والفتن صالحة لضمان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، يجب أن يكون الدّافع من ورائها تحقيق أغراض سياسية وإيديولوجية[3].

يمكن للوكالة الدولية أن توسّع من نطاق ضمانها لتغطية أنواع محدّدة من المخاطر غير التجارية، خلاف المخاطر المشار إليها سابقًا، وذلك بناءً على طلب مشترك يقدّمه كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لمجلس الإدارة، والذي يجوز لهُ أن يوافق بالأغلبية على هذا الطلب، شرط أن لا يشمل ذلك مخاطر إعادة تقييم العملة أو انخفاضها[4].

كما يستبعد من نطاق الضمان:

1- أنظر المادة 11/أ من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2- تنص المادة 11/أ من الاتفاقية نفسها على أنّه: ***"(أ)... يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضدّ الخسائر المترتّبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر الآتية:***

(4) الحرب والاضطرابات المدنية

أيّ عمل عسكري أو اضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة الذي تنطبق عليه أحكام هذه الاتفاقية وفقا لنص المادة 66"، مرجع سابق.

3- **زايد محمد**، مرجع سابق، ص 346.

4- أنظر المادة 11/ب من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

1- أي إجراء متّخذ أو امتناع عن اتّخاذ إجراء من جانب الحكومة المضيفة، إذا كان المستثمر المضمون قد سبق وأن وافق عليه،أو كان مسؤولاً عن اتّخاذه.

2- أيّ إجراء متّخذ أو امتناع عن اتّخاذ إجراء من جانب الحكومة المضيفة قبل إبرام عقد الضمان، أو أيّ حدث وقع قبل إبرام هذا العقد[1].

تجدر الإشارة، إلى أنّه لا يجوز للوكالة أن تغطي جميع الخسائر التي يتعرّض لها المستثمر الأجنبي، حيث يقوم رئيس الوكالة تحت إشراف مجلس الإدارة بالموافقة على عقود الضمان طبقا للقواعد واللوائح الصادرة عن هذا المجلس[2].

تلعب الوكالة الدولية لضمان الاستثمار دورا هاما في جذب استثمارات القطاع الخاص إلى البلدان النامية. فقد حلّت في المركز الثالث بين بنوك التنمية متعدّدة الأطراف، من حيث استقطاب رؤوس أموال القطاع الخاص المباشرة إلى البلدان المنخفضة والمتوسطة الدخل وذلك عام 2017[3].

يمكن للوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن تحلّ محل المستثمر المستفيد من الضمان الذي تعوّضه أو تكون قد وافقت على تعويضه، إذا كان له حقوق أو مطالب تتعلّق باستثماره المضمون في مواجهة الدولة المضيفة وغيرها من المدينين، وذلك وفق الأحكام والشروط التي ينصّ عليها عقد الضمان. وتعامل الدولة المضيفة مبالغ العملة المحلية والتي تحصل عليها الوكالة كخلف للمستثمر المستفيد، معاملة تماثل المعاملة الواجبة لهذه المبالغ فيما يتعلّق بالاستخدام والتّحويل كما لو ظلّت في حوزة المستفيد من الضّمان، ويجوز للوكالة استخدام هذه المبالغ لدفع مصاريفها الإدارية وغيرها من النفقات، كما لها أن تتّفق مع الدولة المضيفة فيما يتعلّق بالاستخدامات الأخرى لهذه العملات في حالة ما إذا كانت غير قابلة للاستخدام الحرّ[4].

1- أنظر المادة 11/(ج) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

2- تنص المادة 16 من الاتفاقية نفسها على أنّه: ***"تحدّد الوكالة أحكام وشروط عقود الضمان طبقا للقواعد واللّوائح الصّادرة عن مجلس الإدارة، على أنّه لا يجوز للوكالة أن تغطي جميع الخسائر التي تلحق بالمستثمر. ويقوم رئيس الوكالة تحت إشراف مجلس الإدارة بالموافقة على عقود الضمان"***.

3- **عمراني مراد**، "إصلاح الوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، المجلة الشاملة للحقوق، المجلد 1، العدد 1، 2021، ص 112. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

4- أنظر المادة 18 من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، مرجع سابق.

تشكل الضمانات المقدمة من طرف اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار نوعا من العدالة الخاصة بالاستثمار، من خلال سعيها للتوفيق بين حق البلدان التي هي في طور النمو وتلبية احتياجاتها من الاستثمارات، وحق البلدان المصدرة لرؤوس الأموال في العدالة وتوفير ضمانات حقيقية لمستثمريها، لذلك اعتمدت هذه الاتفاقية نظاما لتسوية النزاعات بعيدا عن السياسة والإجراءات المشار إليها في الملحق الثاني المرفق بالاتفاقية والتي تتمثل في المفاوضات والتوفيق والتحكيم.

رغم ذلك لم تتمكن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار من الحدّ من الفقر الذي تعاني منه البلدان الفقيرة وجذب الاستثمارات إليها، بل كانت تخدم أكثر البلدان المصدرة لرؤوس الأموال والشركات متعددة الجنسيات. ما يستدعي إصلاح نشاط هذه الوكالة وتكييفها مع الأوضاع الراهنة، من خلال توسيع سلطاتها ونشاطاتها داخل البلدان الفقيرة لتحقيق التنمية بها وتحقيق مبدأ المساواة بين الشعوب في مجال الاستثمار، إضافة إلى استحداث بنود خاصة في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لتغطية بعض المخاطر كالأوبئة الجديدة التي ظهرت في الساحة الدولية، وأبرز مثال على ذلك فيروس كورونا (كوفيد 19) الذي ألحق خسائر جسيمة بكل بلدان العالم، وأصبح خطرا يهدّد المستثمرين سواء في البلدان المصدرة أو المستوردة لرأس المال [1].

هذه الإصلاحات تنطبق أيضا على المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، لتفعيل دور هذه الهيئات في حماية مصالح المستثمر وتشجيعه على استثمار أمواله خارج دولته الأصلية، والتوجه نحو البلدان النامية للنهوض باقتصادها والمستوى المتدني لشعوبها، هذا ما سيحقق نوعا من التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

1- **عمراني مراد**، مرجع سابق، ص 113.

المبحث الثاني

دور المزايا الضريبية الاتفاقية في حماية مصالح الأطراف في عقود الاستثمار

يعترف القانون الدولي بحق كل دولة ذات سيادة في فرض الضرائب والرسوم والأعباء المالية سواء على الأشخاص أو الأموال الموجودة داخل إقليمها، فلا يوجد أي قيد أو شرط مفروض على حرية الدولة في تحديد سياستها الضريبية ما عدا أن تكون هذه الضريبة المفروضة عامة وموحّدة على الأشخاص المتساوين في المراكز.

تتضمّن الاتفاقيات المبرمة فيما بين البلدان سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف، تحفيزات ومزايا ضريبية والتي تتعلّق أساسا بإزالة العوائق الضريبية أو التخفيف منها **(المطلب الأول)**، ولهذه التحفيزات والمزايا تأثير على جذب الاستثمارات لذا يجب التوقف على جدوى مثل هذه الحوافز والمزايا وأثرها على جذب رأس المال الأجنبي، وذلك بهدف التوصل إلى وضع تصور دقيق وصحيح لمدى مساهمة هذه المزايا في تحفيز الاستثمار، حتى لا يؤدي التوسع في منحها إلى المساس بمصالح الدولة المضيفة وظهور عجز في الميزانية العامة لها، أو التضييق الذي قد يؤدي إلى المساس بمصالح المستثمر وعدم تشجيع الاستثمارات واستقطابها بالشكل المطلوب والمرجو **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

السياسة المتبعة من قبل الدولة المضيفة لتخفيف الأعباء الضريبية على المستثمر

للسياسة الضريبية الناجحة آثارا ايجابية على جذب رأس المال الأجنبي، فهي تساعد و تسهل تدفق الاستثمارات إلى البلدان خاصة النامية منها، ولا يتم ذلك إلا من خلال تخفيف

الأعباء الضريبية على هذه الأموال[1] عن طريق إزالة العوائق الضريبية أمامها من خلال إتباع سياسة منع الازدواج الضريبي**(الفرع الأول)**، والتخفيف من العوائق الضريبية الأخرى أو الحد منها **(الفرع الثاني)**، مع ذلك لا يعتبر مجرد إزالة هذه العوائق أو الحدّ منها حافزا لجذب رأس المال الأجنبي، إنّما تلجأ الدولة المضيفة كذلك إلى منح مزايا وحوافز أخرى من شأنها تشجيع وتحفيز المستثمرين الأجانب للقدوم إليها واستثمار أموالهم بها **(الفرع الثالث)**. وهي السياسة المنتهجة من طرف أغلبية البلدان من خلال إبرامها للاتفاقيات الثنائية بغرض الحد من المشاكل الضريبية، والتي تعد سببا كافيا لهروب المستثمرين الأجانب الذين يتفادون الاستثمار في إقليم دولة ذات ضغط جبائي مرتفع.

الفرع الأول

سياسة منع الازدواج الضريبي

يثير ممارسة كل دولة لحقها في فرض الضريبة والذي قد يتعدى نطاق إقليمها حسب ما تقتضيه مصالحها الداخلية، مشكل الازدواج الضريبي الدولي الذي يعتبر عبئا على المستثمر الأجنبي، فزيادة العبء الضريبي من خلال إخضاع الدخل أو المال للضرائب عدة مرات يؤثر سلبا على المستثمر، فهو سيؤدي إلى استنفاذ جزء من إيراداته وعوائده ويصبح عائقا أمام انتقال رأس المال خاصة بالنسبة للشركات التي يمتد نشاطها لأكثر من دولة[2]، ما يقتضي علينا التطرق إلى تعريف الازدواج الضريبي، أسبابه، والطرق الاتفاقية لتفادي هذه الظاهرة.

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية وأثر السياسة الضريبية على اجتذابها، رسالة أعدت لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2006، ص 244.

2- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، الاستثمار الأجنبي (الحوافز و الحماية القانونية)، "دراسة قانونية"، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008، ص 26.

أولا: تعريف الازدواج الضريبي

تحدث ظاهرة الازدواج الضريبي عند خضوع نفس الشخص أو الدخل لنفس الضريبة وعن نفس المدة بواسطة أكثر من دولة[1].

وهو يعرّف على أنّه: ***" فرض الضريبة أكثر من مرة عن ذات الشخص أو ذات المال"***.

كما يعرّف على أنّه: ***" الحالة الناشئة عن إصابة نفس المال أو الممول بالضريبة مرتين في نفس الوقت الذي لا يوجد فيه غير سبب واحد يبرر تحصيل ضريبة واحدة أو تحصيل عدة ضرائب، ولكن كل منها تصيب جزءا مختلفا من نفس المال"*** [2].

من هنا نستخلص أن الازدواج الضريبي لا يتحقق إلا بتوفر أربعة أركان:

1- وحدة الضريبة المفروضة: وهو أن يدفع المكلف ضريبتين متشابهتين أو من نفس النوع أو الطبيعة، أي أن الدخل قد يحتمل ضريبتين، إحداهما تفرض عليه مباشرة تسمى ضريبة الدخل والأخرى تفرض على رأس المال يتم الوفاء بها من الدخل دون رأس المال فتكون الضريبة التي تفرض في المرة الأولى هي نفسها الضريبة التي تفرض في المرة الثانية[3].

يستبعد بعض فقهاء المالية العامة مثل هذا الازدواج، باعتبار أن الضريبتين مختلفتان من حيث التنظيم الفني والقانوني، فالأول ضريبة دخل و الثانية ضريبة رأس المال، والوفاء من الدخل لا يغير من طبيعتها.

في المقابل من فقهاء المالية من يقرر حالة وجود الازدواج لأن الضريبة بغض النظر عن اسمها وتنظيمها القانوني والفني تشكل عبء الدخل. لذا سعت مختلف الاتفاقيات الخاصة بتجنب الازدواج الضريبي إلى تحديد الضرائب التي تعد من نوع واحد، لإزالة الإشكال المطروح حول صعوبة تحديد الضرائب المتشابهة وإقرار وجود حالة الازدواج

1- **حراش إبراهيم**، "دور الاتفاقيات الجبائية في الحدّ من ظاهرة الازدواج الضريبي الدولي"، مجلة العلوم التجارية، 2006، ص 83، متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- **نور حمزة حسين**، "الازدواج الضريبي الدولي وسبل علاجه"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد الأول، 2020، ص 269.

3- **شنتوفي عبد الحميد**، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 369.

الضريبي. لكن إذا قام المكلف نفسه بدفع ضريبي مع اختلاف نوعها، كأن يدفع ضريبة عن دخله من المهن الحرة وأخرى عن دخله العقاري فهنا لا يحدث ازدواج ضريبي[1].

2- **وحدة المادة الخاضعة للضريبة:** أي أن الضريبة تفرض على نفس الوعاء الضريبي[2]، والذي يكون في شكل رأس مال أو دخل، أو نفقة، فلكي يتحقق الازدواج الضريبي يجب أن يكون الدخل في المرة الأولى هو نفسه في المرة الثانية.

إلا أنه يجب التمييز بين وحدة المال المنشئ للضريبة ووحدة الواقعة المنشئة للضريبة، مثلا: المالك لأرض زراعية قد يدفع ضريبتين، الأولى ضريبة على التملك والثانية ضريبة على المحصول الزراعي، فهنا لا نكون أمام ظاهرة الازدواج الضريبي لأننا أمام واقعتين مختلفتين منشئتين للضريبة[3].

3- **وحدة الشخص المكلف بالضريبة:** أي أن يخضع نفس المكلف بدفع الضريبة مرتين أو أكثر[4]، بمعنى أن يكون المكلف المحدد قانونا نفسه في الضريبتين، إلا أنه يجب التمييز بين الازدواج الضريبي القانوني الذي يتطلب وحدة الشخصية للمكلف بأداء الضريبة وبين الازدواج الضريبي الاقتصادي الذي يقتضي الوحدة الاقتصادية للمكلف بدفع الضريبة، حيث يبرز أهمية هذا التمييز في حالة فرض الضريبة على أرباح إحدى الشركات باعتبارها شخصا معنويا مستقلا، ثم فرض الضريبة مرة أخرى على المساهمين عند توزيع الأرباح فيما بينهم.

نقول من الناحية القانونية لم تحدث ظاهرة الازدواج الضريبي نظرا لاختلاف المكلف القانوني، ففي المرة الأولى تمثل في (الشركة) وفي المرة الثانية تمثل في (المساهمين). لكن من الناحية الاقتصادية تحققت ظاهرة الازدواج لأن المساهمين هم الذين يستعملون عبء الضريبتين في كلا الحالتين[5].

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 217.
2- **بوقرة إيمان**، كيفية تفادي الازدواج الضريبي الدولي في إطار الاتفاقيات الجبائية الدولية – دراسة حالة الاتفاقية الجبائية الجزائرية الفرنسية-، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2010/2009، ص 18.
3- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص219 .
4- **بوقرة إيمان**، مرجع سابق، ص 17.
5- **شنتوفي عبد الحميد** ، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 368.

4- وحدة الفترة الزمنية المفروضة فيها الضريبة: أي لا بد أن يخضع المكلف لنفس الضريبة مرتين أو أكثر، بالنسبة لنفس الوعاء الضريبي، وذلك خلال فترة زمنية موحدة فخضوعه لأداء الضريبة خلال فترات زمنية مختلفة هذا لا يشكل ازدواجا ضريبيا[1].

بصدد تحديد تعريف للازدواج الضريبي وشروطه لا بد من الإشارة إلى ضرورة التمييز بين "الازدواج الضريبي" وبين ما يعرف بـــ "تكرار فرض الضريبة"، فهما مصطلحان مختلفان مثلا: نفرض أن شخصا ما أقام في دولة الجزائر أربعة (04) أشهر، فحقق دخلا خاضعا للضريبة، وأقام ثمانية (08) أشهر أخرى في دولة أخرى و حقق دخلا خاضعا للضريبة أيضا. هنا الشخص نفسه سوف يخضع لضريبتين الأولى في دولة الجزائر عن دخله الذي حققه خلال ثمانية أشهر، فنكون أمام تكرار لدفع الضريبة وليس ازدواج ضريبي لأن هذا الأخير يشكل عبئا على المكلف و ليس تكرار[2].

ثانيا: أسباب نشوء الازدواج الضريبي

يعتبر الاستثمار من الأسباب الرئيسية لحدوث ظاهرة الازدواج الضريبي، نظرا لتداخل المجال الضريبي لأكثر من دولة والتي تختلف في المعايير التي تستند إليها للتحديد الضريبي بها، وباعتبار أن هذه البلدان تربط بينها علاقات استثمار سواء تلك التي يتبعها المستثمر بالنظر إلى جنسيته أو مكان إقامته والتي يوجد بها موقع الاستثمار أو مصدر الدخل من البديهي أن يتعرض هذا المستثمر الأجنبي لظاهرة الازدواج الضريبي فهو يستثمر أمواله في دولة أخرى غير دولته[3] وهو ما يعرف بـــ "الازدواج الضريبي الدولي" الذي سترتكز عليه دراستنا.

يتحقق الازدواج الضريبي الدولي[4] عندما تقوم دولتان أو أكثر بفرض نفس الضريبة أو فرض ضريبة من ذات النوع على الوعاء نفسه وعلى المكلف نفسه خلال نفس السنة،

1- **بوقرة إيمان**، مرجع سابق، ص 18.

2- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص ص 220 و221.

3- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص ص 28 و 29.

4- إلى جانب الازدواج الضريبي الدولي، هناك ما يعرف بالازدواج الضريبي الداخلي الذي يتحقق عند تعدد السلطات التي تفرض الضريبة داخل إقليم الدولة الواحدة سواء كانت دولة بسيطة من خلال إعطاء الحق للسلطة المركزية والسلطات الإقليمية أو دولة مركبة في الاتحاد وغالبا ما يكون الازدواج الضريبي الداخلي مقصودا من المشرع ذاته لأسباب عديدة تتمثل أساسا في إيجاد نفقات طارئة في حالة الحروب والكوارث الطبيعية، أو إيجاد إيرادات جديدة، أو

حسب ما تقتضيه المصلحة الوطنية لكل دولة لتوفير الموارد المالية لخزينتها، دون مراعاة ما إذا كانت الضريبة نفسها قد فرضت من دولة أخرى[1]، فقلما نجد دولة تبحث عن النظم والتشريعات المطبقة في البلدان الأخرى عند وضعها أو تعديلها لتشريع ضريبي.

في هذا الصدد قد نجد شخصا مقيما في دولة مصر يملك أسهما وسندات في دولة تونس، فتقوم الإدارة المالية في مصر بفرض الضريبة على هذه الأسهم والسندات بصفتها دولة الموطن، كذلك تقوم دولة تونس بفرض الضريبة على نفس الأسهم والسندات بصفتها دولة مصدر الدخل، هذا ما يحقق الازدواج الضريبي الدولي والذي يظهر أكثر في حالة الشركات متعددة الجنسيات التي يمتد نشاطها لأكثر من دولة.

على الرغم من أن الازدواج الضريبي الدولي من الناحية القانونية يعد عملا جائزا حسب ما أقره القانون الدولي، إلا أن معايير تنظيمه وتحديد كيفية تطبيقه تختلف من دولة إلى أخرى، ما جعل السياسة الضريبية المطبقة في بلدان معينة بمثابة عائق أمام انتقال رؤوس الأموال والخدمات وسببا رئيسيا لتفور المستثمرين الأجانب عن الاستثمار داخل إقليم هذه البلدان[2].

فالدولة عند تحديدها للوعاء الضريبي الخاضع للضريبة الوطنية إمّا تعتمد على معيار الجنسية، أو معيار الإقامة (التوطن)، أو معيار المال (مصدر الدخل)[3]، هذا ولّد تنازع قوانين الضرائب في أكثر من دولة واحدة بالنسبة للشخص نفسه والمال نفسه. والدولة عند تبينها لسياسة الازدواج الضريبي تكون على علم ووعي كامل بما ستخلفه هذه السياسة من

زيادة في العبء المفروض على طوائف معينة من الممولين، أو على مادة معينة. لمزيد من التفاصيل أنظر: **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص 30.

1- **نور حمزة حسين**، مرجع سابق، ص 273.

2- **رفيقة قصوري**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010، ص 67.

3- يقصد بمعيار الجنسية : المعيار الذي تتبعه الدولة في فرض الضرائب على الجميع رعاياتها الذين تربطهم بها رابطة سياسة وقانونية هي رابطة الجنسية، التي تقرر حقوقا للأفراد و تفرض عليهم واجبات من بينها أداء الضريبة بغض النظر عن موقع أموالهم أو مصدرها، وهو معيار يطلق عليه "مبدأ التبعية السياسية". أما معيار الإقامة: فهو الذي تتبعه الدولة على أساس فرض الضريبة على جميع المداخيل التابعة لأشخاص اتخذوا من هذه الدولة مقرا لإقامتهم لمدة من الزمن، ما جعلهم يشعرون بالولاء لهذه الدولة وإن كانوا لا يتمتعون بجنسيتها، وهو معيار يطلق عليه "مبدأ التبعية الاجتماعية". ومعيار موقع المال أو مصدر الدخل: هو المعيار الذي يقصد به إقرار حق الدولة في فرض جميع أنواع الضرائب على جميع المداخيل التي تنشأ داخل إقليمها، وعلى الأفراد الذين تربطهم بالدولة رابطة اقتصادية أي مزاولتهم لأنشطتهم واستثماراتهم داخل إقليم الدولة بغض النظر عن جنسيتهم ومحل إقامتهم، وهو معيار يطلق عليه: "مبدأ التبعية الاقتصادية". أنظر: **رفيقة قصوري**، مرجع نفسه، ص 67.

عرقلة استقطاب الاستثمارات الدولية إليها، وحرمانها من المزايا التي ستجلبها وفود الاستثمارات خاصة إن كانت من البلدان النامية.

قد يتعمّد المشرّع إقراره لمبدأ الازدواج الضريبي في التشريعات الضريبية للدولة عن قصد ونية فتكون أمام ازدواج ضريبي الهدف منه زيادة حصيلة الضرائب أو التمييز بين المداخيل تبعا لمصادرها أو لتحقيق أغراض اقتصادية واجتماعية معينة، وقد يكون لتطبيق نظام عدالة توزيع العبء الضريبي بفرض أداء الضرائب على بعض الفئات المكلفين وأصحاب المداخيل المعينة دون غيرهم، كما قد يفرض على جميع المكلفين للحد من ارتفاع المداخيل وزيادة إيرادات الدولة.

في المقابل هناك ما يعرف بازدواج ضريبي غير مقصود، وهو الازدواج الذي يحدث دون وجود نية المشرع في إحداثه فيكون نتيجة عدم التوزيع الدقيق للصلاحيات في فرض الضرائب بين مختلف السلطات، كأن تفرض دولة الاتحاد ضريبة تكون نفسها المفروضة في البلدان الداخلة في الاتحاد نفسه[1].

لا تعد مشكلة الازدواج الضريبي مشكلة العصر فقد ظهر الاهتمام بها منذ الحرب العالمية الأولى، حيث اعترف المؤتمر الاقتصادي الدولي الأول المنعقد في بروكسل عام 1920 بأن مشكلة الازدواج الضريبي الدولي تعتبر العائق الأول أمام انتقال وتداول رؤوس الأموال، كما أقر بضرورة إلغائه. فرغم أن هذا الازدواج ناتج عن عمل مشروع ويستمد مشروعيته من حق السيادة التي تتمتع بها كل دولة على مواطنيها، الرعايا الأجانب المقيمين أو المتوطنين بها، والأموال المستثمرة داخل إقليمها، إلاّ أنّ هذا العمل يبقى مكروها من جانب المستثمر الأجنبي الذي عندما يقرر استثمار أمواله خارج إقليم دولة الجنسية، يصنع في تفكيره عدّة اعتبارات فهو يفكر في حجم العائد المتوقّع من هذا الاستثمار، ولا يتطلع لمجرد تحقيق ربح منه، إنّما يطمح ويسعى لتحقيق أكبر ربح ممكن من استثماراته في الخارج، وبتطبيق الدولة المضيفة لعملية الازدواج الضريبي ذلك سيؤدي حتما لاستنفاذ الجانب الأكبر من أرباح الشركات، كما تضعف من نقل العمالة، ما يجعل

1- **شنتوفي عبد الحميد**، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات ...، مرجع سابق، ص 370.

هذه العملية عقبة رئيسية أمام تشجيع الاستثمارات خاصة المشاريع المشتركة التي تحتل المكانة الأولى ضمن برامج التنمية[1].

يدفع أيضا إلى تهريب رؤوس الأموال والإحجام عن إقامة مشاريع اقتصادية جديدة، كما يدفع إلى نتائج سلبية غير مباشرة كتشجيع المكلفين بأداء الضريبة في سبيل تخفيف العبء الضريبي المفروض عليهم إلى اللجوء إلى ما يعرف بـــ "التّهرب الضريبي الدولي" الذي من خلاله يتم التخلص من الضريبة المفروضة في موطنها عن طريق تهريب المداخيل والأرباح التي من المفروض أن تخضع لضرائب الدولة التي حققت فيها فعلا، فيتم تهريبها إلى دولة أخرى تتميز بضغط ضريبي ملائم، ويطلق عليه أيضا تسمية "التهرب الخارجي" كونه يرتكب خارج حدود الدولة صاحبة الحق في فرض الضريبة على المكلف بأدائها، ويتم هذا التهرب إما بطرق مشروعة عن طريق استغلال الثغرات الموجودة في ترسانة القوانين الضريبية الوطنية دون اللجوء إلى طرق احتيالية غير مشروعة فيسمى حينئذ بـــ "التهرب الضريبي المشروع "[2]، أو عن طريق استخدام طرق غير مشروعة وهو ما يسمى بـــ "الغش الضريبي الدولي"[3].

إضافة إلى ظهور ما يسمى بـــ **"**التنافسية الجبائية الدولية المضرة" والتي ظهرت نتيجة تسابق البلدان فيما بينها، من أجل جذب أكبر حجم ممكن من التدفقات المالية في شكل رؤوس أموال واستثمارات مادية وخدماتية، وهي تعد تلك الانحرافات والفوارق الموجودة بين الأنظمة الجبائية للبلدان التي تسعى لتنامي ظاهرة التنافسية الجبائية بها، حتى تسيطر على مورد عالمي هام يتمثل في تدفق المال الأجنبي إليها فتعمل على تخفيف العبء الضريبي الناجم عن الازدواج الضريبي الدولي، مما يخلف تباينا في أداء هذه البلدان من الناحية الجبائية طبقا للتنافس الجبائي بينها، ما يؤدي بها إلى الدخول في "الصراع من أجل

1- **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة و دور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها (FDI)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 147.

2- **لعجال يسمينة & الضب طارق** ، "إشكالية الازدواج الضريبي الدولي بين الآثار السلبية وفعالية الحلول الوطنية"، دفاتر السياسة و القانون، العدد الخامس عشر، 2016، ص 117. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

3- يتمثل الغش الضريبي الدولي في: التهرب من ضريبة الدولة التي حققت فيها الأرباح ونقلها إلى دولة أخرى، يتميز نظامها الضريبي بتسهيلات ومرونة جبائية. Voir bulletin des services fiscaux, Mars,1995, N°10, P3

البقاء" والذي يشكل تهديدا حقيقيا للبلدان الأخرى التي لا تملك مؤهلات وإمكانيات للتنافس والبقاء في السوق فتضطر إلى الانسحاب[1].

ليس هناك شك أن الازدواج الضريبي الدولي يشكل عقبة من العقبات التي تحول دون تدفق رأس المال الأجنبي، فهو يزيد من العبء الضريبي المفروض على المستثمر الأجنبي ما دفع بالبلدان المستقبلة لهذا المال لإيجاد حلول وإتباع طرق للحد منه، يتضمن تشريعاتها الداخلية لأحكام تحد من فرض الضرائب على المداخيل والأرباح المحققة خارج إقليمها، لكن بالنظر إلى محدودية هذه التشريعات الضريبية الوطنية وعجز عن تقديم الحلول المناسبة لتجنب هذا الازدواج، فإن الاتفاقيات الدولية هي الكفيلة بمعالجة هذه المسألة خاصة الاتفاقيات الثنائية كونها تسمح للأطراف المتعاقدة بالتفاوض عن قرب و إيجاد الحلول المناسبة[2].

ثالثا: الطرق الاتفاقية المعتمدة لتفادي الازدواج الضريبي الدولي

تعتبر اتفاقيات منع الازدواج الضريبي الاتفاقيات التي تنظم المسائل الضريبية وتعالجها بصورة تفصيلية، وهي اتفاقيات تبرم بالتوازي مع اتفاقيات الاستثمار والتي غالبا ما تتضمن في ملاحقها توصيات بإبرام مثل هذه الاتفاقيات كاتفاقية الاستثمار بين بلجيكا وتونس المبرمة عام 1976، وكذا الاتفاقية المبرمة بين سويسرا وسنغافورة عام 1987[3].

في حالة غياب اتفاقيات خاصة بمنع الازدواج الضريبي، تطبق الأحكام الواردة في اتفاقيات الاستثمار وإن كانت تتضمن حدا أدنى من الأحكام التي تنظم المسائل المتعلقة بالمجال الضريبي. مثال عن ذلك الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر عام 1972، والاتفاقية المبرمة بين جزيرة موريس وفرنسا عام 1974، وكذا الاتفاقية المبرمة بين هولندا والكاميرون عام 1976، والتي تتضمن أحكاما تتعلق بالمعاملة الوطنية أو شرط الدولة الأولى بالرعاية.

1- **لعجال يسمينة & الضب طارق**، مرجع سابق، ص 118.

2- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص 34.

3- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، د.ب.ن، 1990، ص 100.

لكن تثار عدة إشكاليات في حالة غياب اتفاقيات منع الازدواج الضريبي وتطبيق مكانها اتفاقيات الاستثمار، فبالنسبة لتطبيق مبدأ المعاملة الوطنية يتقيد بأن هناك ضرائب لا تطبق إلا على الأجانب وأموالهم فقط من الناحية القانونية والواقعية، ومن ناحية تفسير نطاق تطبيق اتفاقيات الاستثمار يثار إشكال حول ما إذا كان الأجانب سوف يخضعون لبعض الضرائب الاستثنائية أو الإقراض الإجباري. كذلك غالبا ما تتردد هذه الاتفاقيات حول إدراج المعاملة الجمركية ضمن بند الضرائب، كالاتفاقية المبرمة بين هولندا وأوغندا عام 1970.

بالنسبة لشرط الدولة الأولى بالرعاية في المجال الضريبي فهو يثير مشكل اختلاف التفسير فيما بين اتفاقيات الاستثمار واتفاقيات الضريبة المزدوجة، فبعض الاتفاقيات تستبعد هذا الشرط كالاتفاقية المبرمة بين مصر واليابان عام 1987، والاتفاقية المبرمة بين هولندا والمغرب عام 1987 أيضا، كما قررت لجنة المطالبات والتي فصلت في قضية George W.Cook بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك أن الدولة التي تمنح الإعفاء الضريبي بإمكانها أن ترجع عنه، وهو حكم يتعارض مع ما تنص عليه اتفاقيات الاستثمار التي تضع التزاما دوليا على عاتق الأطراف المتعاقدة لا يمكن التنازل أو الرجوع عنه[1].

نظرا لما تثيره العلاقة بين اتفاقيات الاستثمار واتفاقيات منع الازدواج الضريبي من إشكالات في التفسير والتطبيق، تبقى اتفاقيات الضريبة المزدوجة هي الحل الأمثل لمحاربة ظاهرة الازدواج باعتبارها المختصة في معالجة هذه المسألة بصورة تفصيلية، حيث تعتمد وتنص على طرق لتجنب الازدواج الضريبي الدولي ومحاربته تتمثل أساسا في:

1- **نظام الإعفاء:** يراد بالإعفاء الضريبي، إسقاط حق الدولة عن بعض المكلفين في مبلغ الضرائب الواجب تسديده، مقابل التزامهم بممارسة نشاط معين في ظروف معينة[2].

عند تطبيق نظام الإعفاء في إطار الاتفاقيات الدولية، تمنح دولة لدولة أخرى الحق الكامل في فرض الضريبة على عناصر الدخل التي حققها المكلف في هذه الدولة الأخرى، في

1- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان** المرجع السابق، ص ص 101 و 102.

2- **معيفي لعزيز**، "دور المعاملة الضريبية في تشجيع الاستثمار الأجنبي وتوجيهه في قانون الاستثمار الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 2، العدد 2، 2011، ص 54. متوفر على الموقع:

www.asjp.cersit.dz

المقابل هي تعفيه من الضريبة وهو ما يعرف بـــ"الإعفاء الكامل" أو "الإعفاء التام"، حيث يستبدل تماما عند حساب مجموع المداخيل التي حصل عليها المكلف والتي تخضع للضريبة. وهناك ما يعرف بـــ "الإعفاء الناقص" أو "الإعفاء بالتصاعد" والذي يستبعد عند حساب مجموع المداخيل التي تخضع للضريبة، لكن يؤخذ بعين الاعتبار عند حساب معدل الضريبة التصاعدي على الشرائح[1].

تأخذ بلدان أوروبا الضريبية (كالنمسا، ألمانيا، بلجيكا، لوكسمبورغ، هولندا، سويسرا وإسبانيا) بنظام الإعفاء الضريبي، وهي تطبق المبادئ التالية:

- فرض الضرائب على المداخيل العقارية للدولة التي يوجد فيها موقع العقار.
- فرض الضرائب على أرباح الأسهم و فوائد السندات للدولة المصدرة لها، كما قد تقرر بعض الاتفاقيات هذا الحق للدولة التي يقيم فيها صاحب هذه الأسهم والسندات.
- فرض الضرائب على فوائد الديون العادية.
- فرض الضرائب على أرباح المشروعات للدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للمشروع.
- فرض الضرائب على كسب العمل للدولة التي يتم فيها العمل، باستثناء الرواتب التي تدفعها الدولة فلا يجوز فرض الضرائب عليها[2].

يعتبر الإعفاء الضريبي من بين أشكال الحوافز الضريبية الأكثر شيوعا في تشريعات البلدان النامية، إلاّ أنّه يشوبه العديد من العيوب أهمها مشكلة تحديد تاريخ سريان هذا الإعفاء، فهل يحتسب من تاريخ الحصول على الموافقة لإنشاء المشروع الاستثماري أم من تاريخ بدء العملية الإنتاجية[3].

بالنظر للبلدان المصدرة لرأس المال، نجدها قد ساهمت بشكل كبير في تفعيل دور نظام الإعفاء الكامل للقضاء على الازدواج الضريبي ومساوئه، فنجد العديد من التشريعات الداخلية للبلدان المصدرة للاستثمار أي البلدان المتقدمة تنص على التخفيف من جانب واحد من عبء الازدواج الضريبي الذي قد يتعرض له مواطنيها المستثمرين في بلدان أخرى،

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 263.
2- **حراش إبراهيم**، مرجع سابق، ص 84.
3- **معيفي لعزيز**، مرجع سابق، ص 55.

فحتّى لا يكونوا عرضة لفرض العبء الضريبي عليهم مرتين من قبل الدولة الأم المصدرة للاستثمار والدولة المضيفة له وتفاديا للآثار السلبية التي قد يتعرضون لها نتيجة مزاولة نشاطهم خارج إقليم دولتهم الأصلية، تقدم هذه البلدان المصدرة لرأس المال الأجنبي تضحيات من جانب واحد فتطبيق نظام الإعفاء الكامل لإيرادات رأس المال بغض النظر عن الشكل القانوني لاستثمار مواطنيها بالخارج[1]، ويشمل هذا الإعفاء الأرباح المحققة والدخل الناتج من ممتلكات عقارية موجودة في الخارج.

يضع نظام الإعفاء الكامل المستثمر الأجنبي على قدم المساواة سواء مع المستثمر الوطني أو المستثمر المقيم في دولة المصدر فيما يتعلق بالأعباء الضريبية المفروضة عليهم، كما أنه في حالة ما إذا منحت دولة المصدر مزايا وإعفاءات ضريبية للمستثمر الأجنبي لن تلغيها أو تنقص منها الضريبة في دولة إقامة المستثمر إلا بقدر محدود جدا في حالة ما إذا تم حساب هذا التدخل عند تطبيق معدل الضريبة التصاعدي[2].

2- **نظام تأجيل الضريبة الوطنية:** هو نظام يطبق عند قيام شركة متمتعة بجنسية دولة مصدرة لرأس المال بإقامة فروع لها في الخارج فهنا لا تستوفي الضريبة على أرباح الفروع إلا بعد توزيعها و تحويلها إلى الشركة الأم، فهذا النظام لا يساهم حقيقة في محاربة الازدواج الضريبي وآثاره السلبية لكونه يعد إعفاء ضريبي مؤقت فقط لحين تحويل الأرباح إلى الشركة الأم بالخارج، إلاّ أنه يعد نظام في صالح البلدان النامية فهو يدفع المستثمر إلى إعادة استثمار أمواله بهذه البلدان، لذا نجد الاتفاقيات الدولية التي تتضمنه ترتكز على تطبيقه على الاستثمارات الداخلية في برامج التنمية بالبلدان النامية.

يطبق هذا النظام خاصة في الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا الاتحادية وبريطانيا.

3- **نظام تنزيل الضريبة الأجنبية من وعاء الضريبة الوطنية:** بموجب هذا النظام يفترض أن العوائد التي حققها المستثمر الأجنبي قد خضعت للضريبة في الدولة المضيفة، لذا يتم

1- **قصوري رفيقة**، مرجع سابق، ص 84.
2- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 262.

تنزيلها من الإيرادات عند حساب وعاء الضريبة الوطنية. إلا أن هذا النظام لا يكون له أثر ملموس إلا إذا اتحد الوعاء الضريبي لدولة المستثمر والدولة المضيفة لاستثماره[1].

يضمن هذا النظام الاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن تجنب الازدواج الضريبي على الدخل ورأس المال ومنع التهرب من الضريبة، الموقع في الجزائر عام 2001[2]، حيث جاء في نص المادة 25/1 ما يلي: ***"يتم تفادي الازدواج الضريبي طبقا لمقتضيات هذه الاتفاقية تفرض عليها الضريبة في الدولة المتعاقدة الأخرى، فإن الدولة الأولى تمنح على الضرائب المحصلة من مداخيل المقيم خصما يعادل مبلغ الضريبة المؤداة من الدولة الأخرى"***.

من البنود التي جاءت بها هذه الاتفاقية، أن مؤسسة دولة متعاقدة تخضع أرباحها للضريبة في هذه الدولة فقط، ما لم تباشر نشاطا في دولة متعاقدة أخرى عن طريق منشأة دائمة بها، فإذا باشرت هذا النشاط يجوز إخضاع أرباح المؤسسة للضريبة في الدولة الأخرى لكن بالقدر الذي يمكن أن ينسب إليها من تلك المنشأة الدائمة[3]، كما نصت أيضا على أن أرباح الأسهم التي تدفعها شركة مقيمة في دولة متعاقدة إلى مقيم في دولة متعاقدة أخرى تخضع للضريبة في تلك الدولة المتعاقدة الأخرى فقط[4].

4- **نظام تخفيض سعر الضريبة:** هو نظام يسمح بإيجاد معاملة ضريبية مخفضة بالمقارنة مع الإيرادات المحلية المتشابهة، حيث يفرض سعر للضريبة يقل عن السعر المفروض على الإيرادات المحلية، كما يسمح بتوفير حد أدنى من المعاملة الضريبية بشكل يساهم في تشجيع الاستثمار بالبلدان النامية.

1- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص ص 35 و 36.

2- صادقت الجزائر على هذا الاتفاق بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-164، المؤرخ في 7 أفريل سنة 2003، يتضمن التصديق على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن تجنب الازدواج الضريبي على الدخل ورأس المال ومنع التهرب من الضريبة، الموقع بالجزائر في 24 أفريل سنة 2001، ج.ر.ج.ح عدد 26، الصادر بتاريخ 13 أفريل سنة 2003م.

3- أنظر المادة 7 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة الإمارات العربية المتحدة بشأن تجنب الازدواج الضريبي على الدخل ورأس المال ومنع التهرب من الضريبة، مرجع سابق.

4- أنظر المادة 10/1 من الاتفاق نفسه.

تأخذ بهذا النظام بعض البلدان المتقدمة كفرنسا، إيطاليا، البرتغال وبلجيكا، إذا لم تتوفر شروط تطبيق الأنظمة الأخرى خاصة نظام تنزيل الضريبة الأجنبية[1].

5- **نظام خصم الضريبة الأجنبية من قيمة الضريبة الوطنية:** بموجب هذا النظام تتعهد الدولة المستقبلة لرأس المال الأجنبي عند إبرام اتفاقية لتجنب الازدواج الضريبي بخصم ضرائب الدخل التي دفعت في دولة المصدر من الضريبة التي تحصلها كاستثناء، وقد تحدد الاتفاقية أي الضرائب على الدخل التي يطلق عليها نظام الخصم، وهنا يكون العبء الضريبي على أرباح الاستثمار الخارجي لا يتساوى مع العبء الضريبي على أرباح الاستثمار الداخلي، إلا في حالة زيادة الضريبة الأجنبية في دولة المصدر عن الضريبة في دولة الإقامة[2].

عليه يفترض هذا النظام أن المستثمر قد دفع الضريبة عن أرباحه المحققة في الدولة المضيفة، فتقوم دولة المصدر بخصم تلك الضريبة من الضريبة الوطنية ما يؤدي إلى منع الازدواج بشكل كلي في حالة ما إذا كانت الضريبة التي خضع لها المستثمر في الدولة المضيفة تساوي أو أعلى من الضريبة التي يدفعها في دولة المصدر كالضريبة المفروضة على الأرباح التجارية والصناعية، والضريبة على إيرادات القيم المنقولة[3].

لكن في المقابل لهذا النظام آثارا سلبية وخطيرة على البلدان النامية التي أصبحت الجهود التي تبذلها في سبيل جذب الاستثمارات، وما تمنحه من مزايا ضريبية تعود بالفائدة على البلدان المصدرة لرأس المال وليس على المستثمر الأجنبي باعتباره المستهدف من كل هذه المزايا والحوافز، هذا ما دفع بالكثير من البلدان الأوروبية المتقدمة في اتفاقياتها مع البلدان النامية لإتباع إجراء خصم الضرائب التي أعفي منها المستثمر في دولة المصدر من الضرائب المستحقة الدفع في الدولة المضيفة، وهو ما نجده في اتفاقيات كندا، فرنسا[4]، ألمانيا، اليابان وبريطانيا مع البلدان النامية، فهذا الإجراء وسيلة إغراء لجذب الاستثمارات

1- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص 36.
2- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 266.
3- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، مرجع سابق، ص ص 36 و 37.
4- من أمثلة الاتفاقيات التي أبرمتها فرنسا مع البلدان النامية، نجد الاتفاقية المبرمة بينها وبين الجزائر قصد تجنب الازدواج الضريبي وتفادي التهرب والغش الجبائي ووضع قواعد المساعدة المتبادلة في ميدان الضريبية على الدخل والثروة والتركات، و نجد هذه الاتفاقية تأخذ بنظام الخصم والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02 – 121، المؤرخ في 7 أفريل 2002.

فخصم البلدان النامية ضرائب الدخل التي أعفت بلدان المصدر الاستثمارات منها وفقا لقوانين الاستثمار التي تمنح هذه الإعفاءات، يعتبر وكأن البلدان المصدرة لرأس المال قد دفعت خصما من ضريبة الدخل المستحقة في دولة الإقامة.

من الاتفاقيات متعددة الأطراف التي أخذت بها النظام نجد:

الاتفاقية المبرمة بين دول الاتحاد المغرب العربي عام 1990، لتفادي الازدواج الضريبي وإرساء قواعد التعاون المتبادل في ميدان الضرائب على الدخل بين دول الاتحاد[1]، فهذه الاتفاقية على غرار باقي الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي نجدها قد جددت فئات الأشخاص المعنيين بها وهم المقيمين بإحدى البلدان المغاربية أو بكل منها[2]، كما حدّدت قائمة الضرائب المعنية بهذا الإجراء وعرفت كل نوع منها كأرباح المؤسسات، أرباح الأسهم،[3]....

وفي الفصل الثالث نصّت هذه الاتفاقية على تدابير تفادي الازدواج الضريبي، فإذا تلقى مقيم بدولة متعاقدة مداخيل خاضعة للضريبة بإحدى البلدان المتعاقدة الأخرى، فإن الدولة الأولى في الذكر تخصم من الضريبة التي تستخلصها من مداخيل هذا المقيم مبلغا مساويا للضريبة على الدخل المدفوعة بالدولة المتعاقدة الأخرى[4].

طبقا لهذه الاتفاقية فمداخيل أي مستثمر ينتمي لإحدى بلدان الاتحاد والتي تم فرض الضريبة عليها في إحدى هذه البلدان لا يمكن أن تخضع للضريبة مرة أخرى، إنما سيتم خصم مبلغ الضريبة الذي سبق دفعه، والهدف من وراء ذلك تحفيز انتقال رؤوس الأموال فيما بين بلدان اتحاد المغرب العربي وتشجيع الاستثمار فيما بينهما.

إن الهدف من هذا النظام أن يستفيد المستثمر الأجنبي نفسه من حافز الإعفاء الضريبي الممنوح له و ليس دولته، في المقابل من البلدان من لا يتبع هذه الطريقة كالولايات المتحدة الأمريكية التي ترى أنه من الأفضل إتباع أسلوب الحياد في تصدير رأس المال عند

1- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90 – 424، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاقية الخاصة بتفادي الازدواج الضريبي وإرساء قواعد التعاون المتبادل في ميدان الضرائب على الدخل بين دول اتحاد المغرب العربي، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية سنة 1990.

2- أنظر الفصل الأول من الاتفاقية نفسها.

3- أنظر الفصل الثاني من الاتفاقية نفسها.

4- أنظر الفصل 23 من الاتفاقية الخاصة بتفادي الازدواج الضريبي وإرساء قواعد التعاون المتبادل في ميدان الضرائب على الدخل بين دول اتحاد المغرب العربي، مرجع سابق.

خضوع أرباح الاستثمارات الأمريكية في البلدان الأجنبية للضريبة، كما تفضل أن تشجع الاستثمارات في البلدان النامية بتقديم مساعدات مباشرة بدلا من الإعفاءات الضريبية المباشرة[1].

عموما كل هذه الأنظمة جوهرها تفادي فرض دولة نفس الضريبة على أجزاء من المال تم فرض الضريبة عليها من قبل دولة أخرى، يشكل يسمح للمستثمر الأجنبي باستثمار أمواله خارج إقليم دولته دون تحمل أعباء إضافية ترهقه.

الفرع الثاني

إزالة العوائق الضريبية الأخرى أو الحد منها

إضافة إلى سياسة منع الازدواج الضريبي المتبعة من طرف الدولة المضيفة للتخفيف من العبء الضريبي الذي قد يتعرض له المستثمر الأجنبي تلجأ أيضا هذه الدولة إلى:

أولا: عدم التمييز في المعاملة الضريبية

يعد التمييز في المعادلة الضريبية عائقا هاما أمام جذب رأس المال الأجنبي، فرغم مشروعية التمييز في المعاملة الضريبية بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني من وجهة نظر القانون الدولي إلا أنه يعيق تدفق الاستثمارات إلى هذه البلدان ويدفع المستثمر الأجنبي إلى الهروب من أسواقها خشية تحمل أعباء مالية كبيرة نتيجة هذه المعاملة التمييزية. فالبلدان التي تسعى إلى استقطاب وتشجيع الاستثمارات، تقدم ضمانات كافية لطمأنة المستثمرين الأجانب تتمثل في عدم تحملهم لأعباء مالية أو عدم تعرضهم لإجراءات ضريبية تفوق تلك المفروضة على المستثمرين الوطنيين[2]، وهو ما نجده في الاتفاقيات الدولية التي تبرمها هذه البلدان[3]، مثال ذلك الاتفاقية المبرمة بين الأردن والإمارات العربية

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 266.

2- **E.GILDEMEISTER Armo**, L'arbitrage des différents fiscaux en droit international des investissements, Extenso éditions, LGDJ, Paris, 2013, P 110.

3- قد يكون إزالة التمييز في المعاملة الضريبية أيضا عن طريق العمل الفردي من جانب واحد، فتلتزم الدولة المستوردة لرأس المال ضمن تشريعاتها الداخلية بإزالة عائق انسياب الاستثمارات الدولية إليها، كأن تبادر لحلّ نظمها المالية والضريبية خاصة تلك التي تشكل العائق، فإن كانت تتبع سياسة التمييز في المعاملة الضريبية بهدف زيادة مداخيل الخزينة العمومية يمكن استبداله بإجراء نقدي كأن تخفض الدولة عملتها بما يشجع على زيادة صادراتها، فتحقق فائضا

المتحدة[1]، والاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية[2].

ثانيا: الاتفاق المتبادل بين الدولتين المتعاقدتين

يتعين على الدولتين المتعاقدتين أن تسعيا عن طريق الاتفاق المتبادل فيما بينهما لإزالة أي شك يتعلق بتفسير وتطبيق الاتفاقية المبرمة بينهما حول تجنب الازدواج الضريبي والتهرب والغش الضريبيين، كما يمكنها أن تتشاور معا لإزالة العوائق الضريبية في الحالات التي لم ترد في هذه الاتفاقية[3].

كما يجوز لأي شخص تبين له أن إجراءات إحدى الدولتين المتعاقدتين أو كلتيهما سوف تؤدي بالنسبة له إلى فرض ضريبة لا تتفق مع أحكام هذه الاتفاقية، يمكنه أن يعرض قضيته على السلطة المختصة التابعة للدولة المتعاقدة التي يقيم فيها أو هو من مواطنيها وذلك وفق الإجراءات المنصوص عليها في تلك الدولة، في المقابل تسعى هذه السلطة المختصة إلى إيجاد حل مرضي بنفسها وفي حالة عجزها تتواصل مع السلطة المختصة بالدولة المتعاقدة الأخرى بهدف إزالة هذا العائق الضريبي الذي يخالف أحكام هذه الاتفاقية[4].

أكبر من الأرباح أكثر مما قد تحصله من سياسة المعاملة التمييزية الضريبية. كذلك يمكن أن تتفق الدولة المضيفة والمستثمر في عقود الاستثمار المبرمة بينهما على كل ما تعلق بالضريبة (اقتطاعها، نسبتها، ...)، بشكل لا يرهق هذا المستثمر ولا يفرض عليه أعباء مالية إضافية مقارنة بالمستثمر الوطني. أنظر: **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 277.

1- اتفاقية بين حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، لتجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب المفروضة على الدخل متوفرة على الموقع:

istd.gov. jo/Attache Arabic/agreement/emarat.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/02/12، على الساعة: 11:00.

2 - صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 16 – 156، المؤرخ في 26 ماي سنة 2016، يتضمن التصديق على اتفاقية بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا= =العظمى وايرلندا الشمالية، لتجنب الازدواج الضريبي ولتجنب التهرب والغش الضريبيين في شأن الضرائب على الدخل وعلى رأس المال، الموقعة بالجزائر في 18 فيفري سنة 2015، ج.ر.ج.ج عدد 33، الصادر بتاريخ 5 جوان سنة 2016.

3- تنص المادة 23/3 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والمملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية على أنّه:

"يتعيّن على السلطتين المختصتين في الدولتين المتعاقدتين أن تسعيا عن طريق الاتفاق المتبادل فيما بينها إلى تذليل أي صعوبة أو شك ينشأ متعلّقا بتأويل أو تطبيق هذه الاتفاقية. ويمكن أيضا أن تتشاور معا لإزالة الازدواج الضريبي في الحالات التي لم ترد في هذه الاتفاقية"، مرجع سابق.

4- أنظر المادة 23/1 و 2 من الاتفاقية نفسها.

تتواصل أيضا هاتين السلطتين المختصتين في الدولتين المتعاقدتين عن طريق الاتصال المباشر من أجل الاتفاق حول كيفية تطبيق بنود الاتفاقية بهدف التخفيف من العبء الضريبي الذي قد يتعرض له المستثمر الأجنبي[1].

ثالثا: تبادل المعلومات

يتعين على السلطات المختصة في الدولتين المتعاقدتين تبادل المعلومات لتنفيذ أحكام الاتفاقية المبرمة بينهما، أو لإدارة أو تنفيذ القوانين المحلية المتعلقة بالضرائب بكل أنواعها أو تسميتها، هذا ما سيساعد في تخفيف العبء الضريبي الذي يفرض على المستثمر الأجنبي.

يتم التعامل مع هذه المعلومات بسرية تامة ولا يتم الإفشاء عنها إلا للأشخاص أو السلطات المعنية بتقييم أو تحصيل الضرائب، أو بالإجراءات القضائية أو بقرارات الاستئناف الصادرة حول الضرائب، لكن لا يفسر هذا التعاون بين السلطتين المختصين على أنه إلزام لإحدى الأطراف المتعاقدة على اتخاذ إجراءات إدارية مخالفة للقوانين والممارسات الإدارية المعمول بها، أو إجبارها على تقديم معلومات لا يمكن الحصول عليها بموجب القانون، أو في إطار الممارسات الإدارية المعتادة، أو تلك التي من شأنها الكشف عن أي سر تجاري أو صناعي أو مهني أو طريقة تجارية أو معلومات يكون الكشف عنها مخالفا للسياسة العامة (النظام العام)[2].

الفرع الثالث

تخفيف العبء الضريبي بتقديم مزايا و حوافز ضريبية

غالبا ما تقدم البلدان المضيفة للاستثمار مزايا وحوافز ضريبية في صورة الحماية الجمركية، وإنشاء المناطق الحرّة والمعاملة الضريبية التفضيلية.

1- أنظر المادة 23/4 و 5 من الاتفاقية نفسها.

2- أنظر المادة 24 من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وحكومة المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وايرلندا الشمالية، مرجع سابق.

أولا: آلية الحماية الجمركية

لكلّ دولة سياسة تتبّعها عند قيامها بعملتي الاستيراد والتصدير، حيث تسعى لأن تصدر السلع التي تنتجها بتكلفة نسبية أقلّ من غيرها وأن تستورد المواد الأولوية بتكاليف نسبية أقل من غيرها أيضًا. لكن من البلدان من يخرج عن هذا الأصل أو تضطر للخروج عنهُ فتلجأ إلى استخدام الضريبة الجمركية، فتفرض على ما يستورد ضريبة تغطي الفرق بين تكاليف إنتاج السلعة نفسها في الدولتين بهدف رفع ثمن هذه السلعة المستوردة حماية للإنتاج المحلي، فلو قام المستثمر الأجنبي بإنتاج نفس هذه السلعة داخل إقليمها لتفوّق على السلعة المستوردة من الخارج.

تلجأ البلدان إلى الحماية الجمركية عن طريق فرض الرسوم الجمركية وذلك لمنع تدهور صناعاتها الناشئة ولتخفيف العبء على الصناعات التقليدية، ولاشكّ أنّ هذه الحماية الجمركية ساهمت وشجّعت على انسياب رأس المال الأجنبي إليها، فما حدث في أمريكا بعد مرحلة التنمية في القرن التاسع عشر (19) وأوائل القرن العشرين (20) أكبر دليل على ذلك. وهذه الحماية تعود بالفائدة أيضًا على البلدان النامية فهي تساعد على تشغيل موارد الثروة المعطلة بها وتوفير مناصب الشغل من خلال ظهور صناعات جديدة.

تبقى حماية الصناعات الناشئة السبب الرئيسي لتبنّي البلدان النامية لسياسة الحماية الجمركية نظرًا لانسياب أغلب رأس المال الأجنبي للاستثمار في هذه الصناعات، إلاّ أنّ لجوء هذه البلدان إلى هذا الإجراء لاستقطاب الاستثمار مقيّد بقيود أهمّها:

- عدم حماية النشاط الزراعي.
- الحماية يجب أن لا تبذل إلاّ للصناعات المهيّأة لطبيعة الظروف الاقتصادية في الدولة لضمان البقاء ومنافسة الصناعات الخارجية .
- الحماية يجب أن تكون مؤقتة بقدر المدة الزمنية اللاّزمة لنموّ الصناعات الناشئة[1].

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 287 و مايليها.

ثانيا: آلية إنشاء المناطق الحرة

بهدف جذب الاستثمار، تقوم البلدان بإنشاء المناطق بأنواعها المختلفة بما فيها **"المناطق الحرّة"** التي تعرف عمومًا على أنّها: ***"منطقة محاطة بسياج أو جدار، لها نقاط مراقبة للدخول والخروج، يتمّ فيها منح مزايا اقتصادية ومالية محدّدة لتشجيع الصادرات"***.

بينما تعرّفها اتفاقية كيوتو على أنّها: ***"جزء من الإقليم أو الدولة، تعتبر السلع المنتجة أو المخزّنة فيها أنّها خارج المنطقة الجمركية وغير خاضعة للرسوم والضوابط الجمركية"*** [1].

هناك أنواع من المناطق الحرة:

- **مناطق حرة تجارية:** يتمثّل أول شكل تاريخي للمنطقة الحرة في المنطقة الحرّة التجارية، والتي تقع في منطقة محدّدة وتخص تجارة البضائع وأنشطة التخزين[2].

يقوم نشاط هذه المنطقة على استيراد السلع من خارج البلد أو داخله بغرض تصنيعها وبيعها في الوقت المناسب، وقد تجرى عليها بعض العمليات التجارية البسيطة والتي يرخص بها عادة في المستودعات، وتمس شكل البضاعة دون جوهرها كالفرز والتعبئة والتغليف أو المزج والخلط وغيرها من الأعمال التي من شأنها المحافظة على طبيعة البضاعة[3].

- **مناطق حرة صناعية:** تخص هذه المناطق الأنشطة الصناعية فتضمن لها الإعفاء الجمركي وإلغاء الرقابة بحصص نسبية، ونميز بين نوعين من المناطق الحرّة الصناعية:

1- نقلا عن: **محمد قاسم خصاونة**، الاستثمار في المناطق الحرة، دار الفكر، عمان، 2010، ص7.

2- **LAZREG Mohammed & GODIH Djamel Torqui**, « Le rôle des zones franches industrielles d'exportation (ZFIE) dans l'attractivité des investissements directs étrangers (IDE) En Algérie », Revue Algérienne de l'économie et Finances, N° 07, 2017, P 15. Disponible sur le site : www.asjp.cerist.dz

3- **شاشوة حميد**، "المناطق الحرة الصناعية للتصدير كأداة للانتعاش الاقتصادي الجزائري"، مجلة الإصلاحات الاقتصادية والاندماج في الاقتصاد العالمي، المجلد 10، العدد 20، 2015، ص 19، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz .

مناطق حرة صناعية للتصدير (ZFTE): والتي تقع في البلدان النامية وأيضا في بعض الاقتصاديات التي تمر بمرحلة انتقالية، وهي تعد الشكل الرئيسي للمنطقة الحرّة الصناعية الموجودة في العالم حاليا، تهدف إلى تشجيع وتعزيز الصناعات.

مناطق حرة صناعية موجهة نحو السوق الداخلية للبلدان المتقدمة: بعض البلدان المتقدمة لاسيما الولايات المتحدة الأمريكية أنشأت مناطق حرّة، والتي تعتمد في إنتاجها على المدخلات المستوردة وتكون موجهة أساسا لسوقها الداخلية[1].

- **مناطق حرة زراعية**: وهي مساحة محدّدة من الإقليم أين تصرّح الدولة بإقامة منشآت زراعية، فنجد مثلاً على مستوى الشرق الأوسط تنفرد مصر بوجود منطقة حرّة زراعية في منطقة توشكي بمنطقة الصعيد[2].

نظرًا للتطوّر الملحوظ الذي شهدهُ مفهوم المناطق الحرّة، ظهر في الآونة الأخيرة ما يسمّى بـــ "المناطق الحرّة الخدميّة" والتي تتكوّن من نوعين من المناطق: مناطق حرّة مالية تختص بالخدمات البنكية والتأمينية، ومناطق حرة جبائية. إضافة إلى ظهور مناطق حرة تكنولوجية، مناطق حرة إعلامية، مناطق حرة سياحية،...[3].

يتّضح ممّا سبق أنّ إنشاء مثل هذه المناطق الحرّة يسمح بتحرير رؤوس الأموال الأجنبية من الإجراءات الجمركية المعقدّة لما تتمتّع به من إعفاء من الرسوم المفروضة على السلع والعتاد، إلاّ في حالة إدخالها إلى إقليم الدولة أو دخل في إنتاجها مواد من السوق المحلية، والدولة المنشئة لمثل هذه المناطق وإن ضحّت بشيء من الضرائب الجمركية في سبيل جذب الاستثمارات إليها، فإنّها تعوّض ذلك عن طريق زيادة عائدها من العملات الأجنبية وزيادة دخلها القومي الناتج عن تشغيل الأيدي العاملة واكتسابهم لمهارات فنية جديدة، إضافة إلى تنشيط حركة التصدير نحو الخارج بما يخدم متطلبات التنمية بها.

1- **LAZREG Mohammed & GODIH Djamel Torqui**, Op.cit, P P 15 et 16.

2- قسمت المناطق الحرّة في مصر بموجب القانون رقم 8 لسنة 1997 الخاص بحوافز وضمانات الاستثمار، حيث يبلغ عدد هذه المناطق (136) من بينها (7) مناطق حرّة عامة و (30) منطقة حرة خاصة. أنظر: **رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر**، مرجع سابق، ص ص 150 و 151.

3- **شاشوة حميد**، مرجع سابق، ص 19.

ثالثا: آلية المعاملة الضريبية التفضيلية

تعدّ المعاملة الضريبية التفضيلية من أهمّ صور التحفيز والأكثر اعتمادا من طرف البلدان[1] لجذب رأس المال الأجنبي، وذلك بمنح إعفاءات ضريبية كلية أو جزئية من الأنواع المختلفة للضرائب، لكن نظرًا لاختلاف السياسة الضريبية من دولة إلى أخرى حسب الظروف السائدة في كل دولة[2]، هناك من يلجأ إلى اعتماد شكل الإعفاء الضريبي الكلي أو الجزئي لفترة محدودة في بداية تنظيم المشروع حيث يشمل الإعفاء إعفاء من الضرائب على الدخل، أو إعفاء من الضرائب الجمركية وهو ما تعتمده دولة الفلبين إذ تمنحُ المشروعات الصناعية الجديدة إعفاء من الضريبة على الدخل لمدّة أربع (4) سنوات، وكذلك وزارة المالية في المكسيك التي تمنح إعفاءات من الضرائب الفيدرالية المفروضة على دخل الصناعات الجديدة لفترة تتراوح بين خمس (5) إلى عشر (10) سنوات بشرط أن تكون هذه الصناعات فردية وذات أهمية أساسية في الاقتصاد.

فمن غير المعقول أن تمنح هذه الإعفاءات لمشروعات عديمة الفائدة للاقتصاد الوطني، إذ تقتصر أساسا على النشاطات ذات الأهمية الأساسية والتي تندرج ضمن أولويات السياسة الاقتصادية للدولة، كما يجب أن يكون العبء الضريبي المخصص أو المصفى منه النشاط معتبرا يحفّز المستثمر من الاستفادة منهُ والقدوم لاستثمار أمواله، فهذا الإعفاء يستهدفُ جذب رأس المال الأجنبي غير المستغل في بلده أصلا أو غير المستغل في بلده بشكل إنتاجي واسع.

قد يتّخذ هذا الإعفاء أشكالاً أخرى، كتخفيض أسعار الضريبة أو الضرائب على القطاع المرغوب تشجيعه مع إبقاء الأسعار ثابتة بالنسبة لباقي أوجه النشاط الاقتصادي الأخرى، أو أن يتمّ رفع الضريبة عن أنواع من النشاط الاقتصادي وإبقائها ثابتة على الأنشطة الأخرى، كما يمكن أن تلجأ الدولة إلى ردّ الضريبة المدفوعة أو جزء منها إذا تعذّر تطبيقها لسياسة الإعفاء.

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص291.
2- **رمضان علي عبد الكريم دسوقى عامر**، مرجع سابق، ص 150.

قد يتمّ هذا الإعفاء بشكل غير مباشر، فيحدّد وعاء الضريبة نفسه عن طريق تحديد الوعاء جزافا لمحاباة نشاط اقتصادي معيّن، أو يتمّ خصم نسبة معيّنة من الوعاء من إبقاء سعر الضريبة ثابتا[1]، أو يكون الإعفاء أو التخفيض من الضرائب غير المباشرة بشكل كلي أو جزئي، كأن تمنح بعض البلدان إعفاءات جمركية على استيراد المعدّات والآلات والمواد الخام لإنشاء وتشغيل مشروعات استثمارية طوال حياة المشروع كالسعودية والسودان، أو لمدّة زمنية محدّدة تبدأ من بداية حياة المشروع كأندونسيا، ومن البلدان من يفرض إعفاءات جمركية على المعدّات والمواد الخام المستوردة من طرف الشركات سواء لمشروع جديد أو مشروع قائم من قبل، ومنها من يفرض هذه الإعفاءات على المواد الخام مع السماح له باستيرادها عند إعادة تصديرها في صورة سلع كاملة الصنع أو نصف مصنّعة[2]، للتأكّد أنّ الإعفاء كان في موقعه وحقّق الهدف المنشود وهو زيادة صادرات الدولة المضيفة.

قد يأخذ الإعفاء أو التخفيض الضريبي شكلا آخر للتخفيف من العبء الضريبي المفروض على المستثمر وهو ما يعرف بـــ "السّماح الاستثماري" الذي من خلاله تخفض نسبة النفقات الرأسمالية من الضريبة قصد ضمان السرعة في إنجاز المشروع الأجنبي باستهلاك أصوله الرأسمالية، أو يتمّ إعفاء ربح المشروع من الضريبة إلاّ إذا بلغ مستوى معيّنا من الربح، وهو النّوع المفضّل بالنسبة للمشروعات التي تعمل على توسيع نشاطاتها بشكل سنوي منتظم، إلاّ أنّ نظام الإعفاء أو التخفيف الضريبي يبقى المفضّل لدى المستثمر الأجنبي نظرا لتوقّع هذا الأخير تحقيق أرباحًا كبيرة في بداية مشروعه، إلى جانب عمومية هذا النّظام واتّساع نطاقه[3].

لاشكّ أن هذه الإعفاءات والتخفيضات الضريبية حتّى لو توسعت وتطوّرت وكانت مرتبطة أساسا بجذب رأس المال الأجنبي، إلاّ أنّها أدّت إلى تجميد النظام الضريبي للدولة المضيفة وعرقلة تطوّره، لكن في المقابل هذه الدولة مجبرة ولا بديل لها إلاّ منح مثل هذه

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص ص291 و 292.
2- **رمضان عبد الكريم دسوقى عامر**، مرجع سابق، ص 150.
3- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 293.

الإعفاءات والحوافز لاستقطاب رأس المال الأجنبي خاصة بالنسبة للدولة التي تصنّف ضمن البلدان النامية كحال الجزائر مثلا.

المطلب الثاني

جدوى الحوافز والمزايا الضريبية في حماية مصالح الأطراف في عقود الاستثمار

بعد عرض لأهمّ الحوافز والمزايا الضريبية التي تقدّمها البلدان خاصة النامية منها في سبيل جذب الاستثمارات، لابّد من تسليط الضوء على مدى جدوى هذه الحوافز والمزايا وأثرها على رأس المال الأجنبي، بهدف تحديد ووضع تصوّر صحيح ودقيق لمدى تحفيز وجذب الاستثمار وتوجيهه على ضوء الإعفاءات والامتيازات الضريبية الممنوحة له من قبل البلدان بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية بها.

في هذا الصدد، تضاربت الآراء حول أهمية هذه الحوافز والمزايا، فهناك من ينظر إليها نظرة إيجابية وهو الاتّجاه المؤيّد الذي يقرّ بأهمّيتها في جذب رأس المال الأجنبي وحماية مصالح الأطراف المتعاقدة (الدولة المضيفة والمستثمر)، أمّا جانب آخر ينظر إليها نظرة سلبية انتقادية وهو الاتّجاه المعارض[1]، لذا سنحاولُ التعّرض لكلا الاتّجاهين مع السعي في الأخير للخروج بموازنة بينهما.

الفرع الأول

الاتجاه المؤيد لفعالية الحوافز والمزايا الضريبية في خدمة مصالح الأطراف المتعاقدة

يرى أنصار هذا الاتّجاه أنّ للحوافز والمزايا الضريبية، أهميّة بالغة سواء بالنسبة للدولة المضيفة أو للمستثمر الأجنبي وتكمن هذه الأهميّة في عدّة نقاط أهمّها:

- يعتبر منح الحوافز الضريبية للاستثمارات بمثابة تعويض للمستثمر عن غربة رأسماله باعتباره يستثمر خارج موطنهِ الأصلي، وتعويضًا عن العوائق والعقبات التّي

1- **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 346.

يتعرّض لها في الدولة المضيفة لاسيما تلك المتعلّقة بالنظم الرقابية والإدارية، فهذه المزايا والحوافز يمكن اعتبارها بمثابة تعويض ناتج عن ضعف وصعوبة الاستثمار في البلدان النامية على وجه الخصوص.

- تعمل الحوافز والمزايا الضريبية على تخفيض العبء الضريبي الذي قد يتعرّض لهُ المستثمر من جرّاء مشكل الازدواج الضريبي بنوعيه سواء الدولي أو الداخلي، فهذه الحوافز والمزايا من شأنها التخّفيف من هذا العبء بما يعود بالنفع على المستثمر من جهة، وعلى الدولة المضيفة التي سيزيد حجم استثماراتها الداخلية والأجنبية من جهة أخرى[1].

في هذا الصدد، ذهبت العديد من الدراسات مثل دراسة هيليز 1973، ويلس 1986، ورولف 1993، إلى أنّ الحوافز التي تمنحها البلدان المضيفة للاستثمار ذو أهمية كبيرة لاسيما الحوافز الضريبية[2]، فمن شأن هذه الحوافز أن تحسن من مناخ الاستثمار بالدولة المضيفة من خلال جذب وتشجيع الاستثمارات إليها. فمثلا بالنسبة للجزائر حسب الدراسة التي أجرتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات، احتلت الجزائر المرتبة الرابعة بالنسبة البلدان العربية المستضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة لعام 2012-2013 بقيمة 2900 مليون دولار وبحصة 6.2%، نظرا للإجراءات التحفيزية الضريبية التي اعتمدتها الجهات الوصية بالدولة، وقد احتلت المرتبة الأولى عربيا السعودية بحصة بلغت 25.8% من الحصص الإجمالية، لتأتي الإمارات العربية في المرتبة الثانية بحصة 20.4% ولبنان في المرتبة الثالثة بحصة 7.8% [3].

كما نصّت العديد من اتفاقيات الاستثمار على هذه الحوافز الضريبية، كاتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي التي نصّت في المادة 2 على أنّه: ***"يعمل الطرف المتعاقد على توفير الإمكانيات اللازمة والملائمة لاستثمار رأس المال وفقا لطبيعة***

1- **لعجال يسمينة & الضّب طارق**، مرجع سابق، ص 123.

2- **طالبي محمد**، "أثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، المجلد 5، العدد 6، ص 318. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

3- **رابحي لخضر & بن ذهيبة رباب ريمة**، "الحوافز الضريبية وتأثيرها في جذب الاستثمار في الجزائر"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 2، العدد 4، 2017، ص 153. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

الاستثمار، بما لا يقل عما يقدم للمستثمر الوطني وبما يتيح له بدء النشاط خلال فترة معقولة وتشمل كذلك التسهيلات -بوجه خاص- ما يلي: ...

- ***عدم تحمل الاستثمار الرسوم التأسيسية المختلفة ورسوم وأجور الخدمات أكثر مما يتحمله الاستثمار الوطني"***.

وتضيف المادة 7 منها ما يلي: ***"لا يخضع الاستثمار إلى أية قيود غير جمركية على استيراد معدات المشروع الاستثماري ومستلزمات إنتاجه. ولا يفرض عليه الاستيراد أو حظره من مصادر معينة"***.

نصّ أيضا الاتفاق المبرم بين الجزائر والنمسا على أنّه: ***"لا ينبغي تفسير أي حكم من أحكام هذا الاتفاق على نحو يرغم أحد الطرفين المتعاقدين على منح مستثمري الطرف المتعاقد الآخر وكذا استثماراتهم فائدة حاضرة أو مستقبلية في معاملة أو تفضيل أو امتياز ناتج عن:***

أ) العضوية في منطقة التبادل الحر واتحاد جمركي وسوق مشتركة، ومجموعة اقتصادية أو إلى اتفاق متعدد الأطراف خاص بالاستثمار،

ب) ***أي اتفاق دولي أو ترتيب دولي أو أي ترتيب آخر في الميدان الجبائي"*** [1]. وهذا يعدّ اعترافا وتكريسا للممارسة التعاقدية في القانون الاتفاقي، وأيّ تعديل أو إلغاء لهذه المزايا والحوافز يرتّب المسؤولية الدولية للدولة المضيفة[2].

- تعطي الحوافز الضريبية المؤقتة دفعة تنشيطية للطلب على الاستثمار بهدف دعم التعافي الاقتصادي من بعض الأزمات التي يشهدها العالم حاليا والتي تمس كل البلدان كأزمة جائحة كورونا (كوفيد 19)، فهذه الحوافز تعمل على تخفيض تكلفة رأس المال كما ينتهي العمل بها بعد فترة قصيرة تتروح بين سنة وثلاث سنوات، والحوافز الضريبية المؤقتة المقصودة هنا تختلف عن الحوافز المؤقتة التي نجدها في قوانين الاستثمار في البلدان النامية.

1- أنظر المادة 3/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والنمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سابق.
2 - **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 347.

فالإعفاء الضريبي المؤقت يخفض معدل الضريبية حيث يمكن أن يصل إلى الصفر ويمنح لشركة معينة خلال فترة محددة بعد أن تتخذ قرارها بالاستثمار، أمّا الحوافز المؤقتة التي تمنح بهدف التنشيط تبدأ وتنتهي في نفس التواريخ لكل الشركات المؤهلة للاستفادة منها.

تخدم هذه الحوافز الضريبية المؤقتة مصالح الدولة المضيفة، من حيث أنّ الشركات المستثمرة تعمل على تعجيل خططها للإنفاق (كشراء الآلات والمعدات) وتنفيذ مشروعاتها الاستثمارية، حتى تستفيد من فرصة الإعفاء الضريبي قبل انتهاء هذا الحافز في التاريخ المعلن عليه سابقا، وهو ما يخدم مصالح هذه الشركات أيضا إذ تخفض من تكلفة رأس المال الذي تنفقه لإنجاز مشاريعها الاستثمارية بهذه الدولة.

لكن فعالية هذه الحوافز المؤقتة يعتمد على هيكل النظام الضريبي القائم في البلد ومستوى تطوره، وهي تلائم بشكل أكبر البلدان ذات الدخل المرتفع أو المتوسط[1]، ويحبّذ التنسيق بين الحكومات لضمان انتهاء العمل بهذه الحوافز في الوقت المناسب. وفي ظل جائحة كوفيد 19 من شأن التعاون الدولي أن يعمل دون إتباع سياسة إفقار الجار على تحفيز اقتناء معدات الحماية الشخصية وتشجيع انتقال التداعيات الصحة الإيجابية العابرة للحدود[2].

الفرع الثاني

الاتجاه المعارض لفعالية الحوافز والمزايا الضريبية في خدمة مصالح الأطراف المتعاقدة

ترى بعض المنّظمات الدولية والعربية وحتّى بعض الكتاب، أنّ منح الحوافز والمزايا الضريبية ليس من العناصر الأساسية الجاذبة للاستثمار، ولا يخدم كثيرا مصالح الأطراف في عقود الاستثمار. وهذه أهمّ هذه الآراء المعارضة:

1- الحوافز الاستثمارية المؤقتة، سلسلة خاصة عن جائحة كوفيد -19-، صندوق النقد الدولي، 2020، ص ص 1 و 2. متوفر على الموقع:
www.imf.org.
تم الاطلاع عليه بتاريخ 2022/02/17، على الساعة 10: 30.
2- مرجع نفسه، ص 7.

- حسب التوصيات والتّحذيرات التّي قدّمتها إدارة الخدمات الاستثمارية التابعة للبنك الدولي لأكثر من أربعين (40) دولة من بلدان العالم، فإنّ هذهِ البلدان لا ينبغي لها اللّجوء إلى اعتماد أسلوب منح الإعفاءات الضريبية لجذب الشركات الأجنبية للاستثمار بها.
- حسب الدراسات الميدانية التّي أجرتها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات عام 1990 حول "العناصر الجاذبة والعناصر المعيقة للاستثمارات"، جاءت الإعفاءات الضريبية في الدرجة الثالثة من حيث أهمّيتها في جذب رأس المال الأجنبي، وارتفاع معدّل الضريبة جاء في الدرجة الأخيرة من حيث إعاقة الاستثمار، أمّا انخفاض عدد سنوات الإعفاء الضريبي جاء في الدرجة الرابعة.

أظهرت هذه الدراسة الأهمية النسبية للإعفاءات الضريبية في مجال الاستثمار، وتمتّع المعدّل الضريبي بأهميّة نسبية في هذا المجال مقارنة بالعوامل الأخرى المؤثرة في الاستثمار، كتوفر الاستقرار السياسي، وضوح القوانين والتشريعات الخاصة بالاستثمار، حرية الاستثمار وتحويل الأرباح فيه، استقرار سعر الصرف، العائد المرتفع، سهولة عمليات ترخيص الاستثمار، ...[1].

- خلال المناقشات والمفاوضات الخاصة بإعداد اتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف والتي جرت في إطار أعمال منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE)، أبدى بعض الخبراء شكوكهم حول مدى فعالية الحوافز الضريبية كعنصر مؤثر في القرارات طويلة الأجل للشركات المتعدّدة الجنسيات، كما انتقدت بعض المنظمات الدولية وأعضاء (OCDE) المغالاة في منح الحوافز والمزايا الضريبية واعتبرتها إهدار للموارد المالية للحكومات، وأنّ هذه الحوافز تعطي ميزة أكثر للبلدان الغنية التي تستطيع تقديمها.
- حسب تجارب العديد من البلدان النامية، فإنّ منح الحوافز والإعفاءات الضريبية لاستقطاب الاستثمار لم يبلغ أهدافه ولم يعط ثماره، فكثيرا ما تنطوي التشريعات الضريبية على تفضيل المستثمرين الجدد، كما أن هذه الإعفاءات غالبا ما تمنح عن طريق إجراءات

1- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 296.

إدارية معقّدة تشجّع على الفساد الإداري، ما يجعل الإعفاءات الضريبية كمخفف للتكاليف ومعظم للعوائد لا معنى لها، باعتبار الفساد الإداري يشكل أعباء إضافية للمستثمر[1].

- يرى أصحاب هذا الرأي المناهض، أنّ الحوافز الضريبية تساهم في إنقاص مداخيل الإيرادات السيادية، وتشكل دافعا للتهرّب الضريبي من خلال:

- أنّ الحوافز الضريبية تعدّ سببا في تعقيد النّظام الضريبي وغموض إجراءاته، فكثرة التّعديلات المتعلّقة بهذا الشأن يسبّب إرباكا وتكلفة للإدارة التي يستلزم عليها إيجاد تفسيرات حول كيفية تطبيق هذه الإجراءات والتعديلات الحاصلة عليها، إضافة للتكاليف التّي تقع على عاتق الإدارة الضريبية والحكومات في سبيل تقييم شروط الاستفادة من هذه الحوافز والإعفاءات وتقييم آثارها، ما يسبّب فوضى وتشتّت للمستثمر الأجنبي، والذي قد يلجأ إلى التّهرب الضريبي جرّاء هذا الغموض والتشتّت والثغرات التي يعرفها النّظام الضريبي.

- أنّ الحوافز الضريبية قد تؤدي بالشركات المتعدّدة الجنسيات إلى التهّرب الضريبي الدولي، نظرًا لما تملكه هذه الشركات من فروع في العديد من البلدان، فيمكنها أن تتهرّب من دفع الضريبة عن طريق عقد صفقات بين الشركات الأم والشركات الفرعية، حيث تلجأ إلى استخلاص أرباحها من البلدان المضيفة ذات الأسعار الضريبية المرتفعة عن طريق إبرام صفقات ما بين الشركات بأسعار خيالية غير حقيقية، بهدف نقل تلك الأرباح إلى شركة أخرى في دولة ذات معدّل ضريبي منخفض وتمنح حوافز وتسهيلات أكثر.

- أنّ الحوافز الضريبية قد تشوه خيارات المستثمر، باعتبارها سببا في منح معاملة تفضيلية لقطاع على حساب قطاع آخر، أو نشاط معيّن على حساب آخر، هذا ما يتنافى مع مبدأ العدالة الضريبية، ويؤثّر على فعالية الاقتصاد ويشوّه المنافسة والنشاط الاقتصادي[2].

من خلال ما سبق، نقول أنّه لا يمكن نكران أهميّة وفعالية الحوافز الضريبية في استقطاب وتشجيع الاستثمارات، ودورها الفعّال في تخفيف العبء الضريبي على المستثمر الأجنبي والناتج أساسا عن الازدواج الضريبي الذي قد يتعرض لهُ، فهذه كلّها امتيازات مغرية لهذا المستثمر يمكن أن تؤثر على اتّخاذه لقرار الاستثمار من عدمه.

1- **طالبي محمد**، مرجع سابق، ص ص 318 و 319.
2- **لعجال يسمينة & الضّب طارق**، مرجع سابق، ص 123.

لكن في المقابل لا يمكن أن نخفي أنّ المزايا الممنوحة في صورة إعفاءات ضريبية يمكن أن تؤثر بشكل سلبي على البلدان المضيفة خاصة النامية منها، فهذه الأخيرة تتسابق من أجل استقطاب وجذب الاستثمارات وفي بعض الأحيان تخاطر بمنح مزايا ضريبية مبالغ فيها، ما يعزز المركز التفاوضي للمستثمر للحصول على أفضل المزايا وينقص المركز التفاوضي للدولة المضيفة، ويقلل في الوقت نفسه من العوائد التي تحققها نتيجة خسارتها لعوائد ضريبية كبيرة ذات أهمية باعتبارها عوائد سيادية، وأكثر من ذلك فقد تعيد تلك الشركات المستثمرة الأرباح المحققة إلى بلدانها الأصلية بدل إعادة استثمارها في الدولة المضيفة.

إضافة إلى ذلك، فالإعفاءات والتخفيضات الضريبية ليست العامل الأساسي في جذب الاستثمارات، فقرار الاستثمار من عدمه تحكمهُ عوامل أخرى مرتبطة بالمحيط المؤسساتي والاقتصادي والسياسي في أي دولة[1]، وقد أثبتت التجارب العملية أنّ الاستثمار ينجذب بمجموعه إلى السياسات التي توفر إطار قانوني مستقر وعلاقات شفافية تقود إلى التنمية والاستقرار[2].

عليه، فالاستثمار أصبح يخضع هو الآخر لأحكام وآليات السوق بعدما أصبح العالم شبه مفتوح اقتصاديا، بالتالي لا يمكن وضع إطار عام يحدّد حوافز الاستثمار فهي في حركة دائمة، نتيجة التطوّرات التي يشهدها الاقتصاد الدولي وبسبب اشتداد المنافسة بين البلدان حول هذه الحوافز، وتقديم العديد منها تحت صور وأشكال مختلفة، من ثمّ لا يمكن وضع إطار عام لحوافز الاستثمار، رغم ذلك هناك معيار واحد يحكمه فقط يمكن تحديده وهو معيار "المنفعة"، حيث يتم قياس حجم المنفعة التي يحققها الاستثمار مطروحًا منها تكلفة الحافز الممنوح، فإن كانت النتيجة إيجابية فإن هذا الحافز قد حقّق دوره الاقتصادي لمصلحة الدولة المضيفة[3]، وإن كانت النتيجة سلبية فإن هذا الحافز قد سبّب في ضياع عائد ضريبي وسبّب في انخفاض الإيرادات الضريبية للدولة المضيفة.

1- **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 350.
2- **باسم حمادي الحسن**، الاستثمار الأجنبي المباشر – عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 82.
3- **أحمد فؤاد خصاونه**، مرجع سابق، ص 303.

خلاصة الباب الأول:

يظهر من خلال دراسة آلية المعاملة في ظل اتفاقيات الاستثمار، أنّ هذه الاتفاقيات تطبق مبادئ القانون الدولي على الاستثمار والمتمثلة في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ومبدأ العاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، حتى يضمن المستثمر الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة، لا تقل أفضلية عن المعاملة الممنوحة للمستثمر الوطني، ولا تقل أفضلية عن المعاملة الممنوحة لرعايا دولة ثالثة على إقليم الدولة المضيفة. إلى جانب ضمان الاستقرار التشريعي وعدم المساس بعقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

إلاّ أنّه ترد على هذه المعاملة الاتفاقية بعض الاستثناءات، حماية لمصالح الدولة كحماية النظام العام بها والصحة العامة والأمن الوطني والثروات الطبيعية....

تنص اتفاقيات الاستثمار على منح حوافز للمستثمر تتمثل في الضمانات المالية، وهي ضمان حرية تحويل رؤوس الأموال والضمان ضد المخاطر غير التجارية التي قد يتعرّض لها هذا المستثمر داخل إقليم الدولة المضيفة، والذي يشمل قواعد تنظيم ملكية هذا المستثمر ومنع نزعها إلاّ في حالة التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية للمنفعة العامة، مع التزام الدولة بدفع تعويض عادل ومناسب لهذا المستثمر، والضمان ضد أخطار الحروب الأجنبية والاضطرابات الداخلية.

إضافة إلى منح حوافز ومزايا ضريبية لصالح المستثمر، في سبيل استقطاب رأس المال الأجنبي إلى البلدان المضيفة خاصة النامية منها، وهي التزامات قد تثقل كاهل الدولة والتي تجد نفسها ملزمة على منح هذه الحوافز والتسهيلات نظرا لاحتاجها لرؤوس الأموال الأجنبية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها.

بالنظر إلى مضمون المعاملة والحوافز الاتفاقية، نقول أنّ اتفاقيات الاستثمار تخدم مصالح هذا المستثمر أكثر ممّا تخدم مصالح الدولة المضيفة، بالتالي فهي لا تحقق التوازن بين مصالح هذين الطرفين، لأنّ المعاملة والمزايا والحوافز التي تتضمّنها هذه الاتفاقيات، قد تؤدي إلى الإجحاف بحقوق البلدان المضيفة خاصة النامية منها، بصفتها الحلقة الأضعف

في هذه الاتفاقيات، حيث يقع عبء هذه الالتزامات عليها وحدها بصفتها الدولة المضيفة للاستثمار، وتسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية التي لا تملكها لتصديرها إلى الخارج كاستثمارات.

الباب الثاني

تكريس الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر من خلال آليات تسوية الخلافات

لا يقتصر الأمر على الأحكام الخاصة بأمن الاستثمارات، والمتعلّقة بالمعاملة ومنح مختلف التّحفيزات المالية والضريبية، بل تتضمن اتفاقيات الاستثمار أيضا أحكاما خاصة بآليات تسوية الخلافات بين الدولة المضيفة والمستثمر، من حيث تضمينها لطرق تسوية هذه الخلافات والقانون الواجب التطبيق عليها.

نظرا للطبيعة الخاصة لنزاعات الاستثمار والتي تظهر في وجود الدولة صاحبة سيادة كطرف فيها وارتباطها بالمصالح الحيوية لهذه الدولة المضيفة والمستثمر، يحتاج تسوية هذه النزاعات إلى وسيلة فعالة تتناسب مع طبيعتها الخاصة وتحقق الموازنة بين مصالح أطرافها.

عليه، تكرّس اتفاقيات الاستثمار طرقا لتسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر، تتمثل في آلية التحكيم الخاص بفض نزاعات الاستثمار، والآلية القضائية من خلال اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أو القضاء الدولي **(الفصل الأول)**. كما تتضمن اتفاقيات الاستثمار نصوصا تتعلق بمسألة تحديد القانون الواجب التّطبيق على هذه النزاعات **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول
من حيث طرق تسوية الخلافات
الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

تلتزم البلدان المضيفة للاستثمار باحترام وتطبيق محتوى بنود اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها مع غيرها من البلدان، حيث نجد أن هذه الاتفاقيات تقر آليات فعالة لتسوية النزاعات التي قد تثار بين الدولة المضيفة والمستثمر. من بين هذه الآليات نجد الآليات القضائية وذلك باللجوء إلى القضاء الوطني أو القضاء الدولي.

في الأصل يتم فضّ النزاعات التي قد تنشأ بين الدّولة المضيفة والمستثمر أولا باللّجوء إلى الوسائل الودية أو ما يعرف بـــ "الوسائل البديلة لفضّ النزاعات"، وفي حالة فشل هذه الطرق الوديّة يتم اللّجوء إلى الطرق القضائية، حيث تنصّ اتفاقيات الاستثمار على مهلة معيّنة ومحدودة زمنيا والتي تكون في الغالب ستة (06) أشهر للّجوء إلى الوسائل القضائية، وذلك لحماية الطرفين المتنازعين خاصة المستثمر الأجنبي.

سنركّز دراستنا على التحكيم نظرا للدور الذي بلعبه في حسم نزاعات الاستثمار، كآلية بديلة إلى درجة أن البعض أصبح يعتبره أمرا حتميا لتسوية هذا النوع من النزاعات، وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، سنتطرق إلى دراسة هذه الآلية وتبيان دورها في حل نزاعات الاستثمار **(المبحث الأول)**، ثم سنتطرق لدراسة الآلية القضائية باعتبار أنّ أطراف النّزاع غالبا ما يعتمدون هذه الآلية لفض نزاعاتهم، كونها ذات طابع إلزامي، وذلك إما باللّجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أو القضاء الدولي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التحكيم كآلية لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

قد يحجم المستثمر عن استثمار أمواله في الدولة التي يعلم أنّ اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لحل المنازعة التي قد تنشأ بينه وبين هذه الدولة وضمان عدم ضياع حقوقه، وعلة ذلك أن المستثمر يجهل في أغلب الأحيان معطيات المثول أمام القضاء الوطني والإجراءات الواجب إتباعها أمامه، كما قد يعوق تلك الإجراءات حصانة الدولة أمام المحاكم الوطنية ما يحول دون تعرض هذه المحاكم لتصرفات الدولة التي تكون حكما وخصما في آن واحد. وبما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى القضاء الدولي[1]، يتّجه إلى التحكيم بوصفه حلاّ بديلا لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة.

ينقسم التحكيم إلى تحكيم مؤسساتي وتحكيم حر **(المطلب الأول)**، ولهذا الإجراء خصوصية تنبع من كون الدولة طرفا في المنازعة، فيمكن للتحكيم أن يسلب هذه الدولة بعض خصائصها ويقيد حريتها، كما تظهر خصوصيته في كونه ضمانة للمستثمر الأجنبي يتمسّك به كشرط لإبرام عقود الاستثمار مع الدولة وضمان فعالية الحكم التحكيمي **(المطلب الثاني)**.

1- يستثنى من ذلك المستثمر العربي الذي يمكنه أن يلجأ إلى محكمة الاستثمار العربية بصفته الشخصية وبصورة مباشرة.

المطلب الأول
أنواع التحكيم المعتمد لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

يمثّل اللجوء إلى التحكيم لفضّ نزاعات الاستثمار، الحلّ البديل لاختصاص القضاء الوطني، فهو يشكّل أحد أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي والواردة في العديد من الاتفاقيات الدولية.

والتحكيم كما عرّفته المادة 7/1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونيسترال فهو: ***"اتّفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التّحكيم جميع أو بعض المنازعات المحدّدة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محدّدة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتّفاق منفصل"***.

يتميّز التحكيم بالعديد من المزايا والتّي تتناسب وطبيعة نزاعات الاستثمار، فهو يوفر السرعة في الإجراءات والسّرية إضافة إلى المرونة والحرية في اختيار المحكمين أصحاب الخبرة والكفاءة، واختيار القانون الواجب التطبيق[1].

هذا ما جعل المستثمرين يطالبون بلدانهم بتضمين البنود التحكيمية في صلب الاتفاقيات التي تبرمها مع البلدان المستوردة للاستثمارات، بهدف التهرّب من اختصاص المحاكم الوطنية لهذه البلدان.

والتحكيم يكون إمّا تحكيما مؤسساتيا (**الفرع الأول**)، أو تحكيما حرّا (**الفرع الثاني**).

1- **شتوح عمر**، " تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم قراءة في ظل القانون 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار"، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 02،2020، ص 91. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

الفرع الأول
التحكيم المؤسساتي

يعرّف التحكيم المؤسّساتي أو النّظامي Arbitrage institutionnel على أنّه: ***"ذلك التحكيم الذي يتّفق فيه الأطراف على إحالة النزاعات التي ستنشأ، أو التي نشأت بالفعل إلى التحكيم، أمام إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، حيث تتولى العملية التحكيمية من بدايتها، أي منذ تلقي الطلب وحتى إصدار حكم التحكيم عن طريق أجهزتها الإدارية ولوائحها التي وضعت سلفا"*** [1].

عليه، فالتحكيم المؤسّساتي يقوم على وجود مركز تحكيم دائم بهيكله العضوي والتنظيمي، والذي يقوم بنفسه بتنظيم العملية التحكيمية وإدارتها والإشراف عليها[2].

يمثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) تحكيما من الصنف المؤسساتي، والذي أنشأ بموجب اتفاقية واشنطن المؤرخة في مارس 1965، بغرض إيجاد تسهيلات لتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين البلدان المضيفة والمستثمرين الأجانب، فهذا المركز يعدّ المؤسسة الدولية الوحيدة المتخصّصة في تسوية نزاعات الاستثمار بين أطراف ذات طبيعة خاصة، إذ يقف أمامه المستثمر الأجنبي على نفس قدم المساواة مع الدولة المضيفة، رغم أنّه لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي إلاّ أنّ اتفاقية واشنطن تمكنّه من مقاضاة الدولة صاحبة سيادة أمام محكمة تحكيمية دولية[3].

جاءت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بهدف خلق جوّ من الثّقة المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب وحتّى يتم حل النّزاع القائم بينهما، لأن بقاء النزاعات الاستثمارية دون تسوية سيؤثر على المصالح الاقتصادية للدولة المضيفة، ويشكل عائقا أمام تدفق الاستثمارات. لذا عمل البنك الدولي على إيجاد اتفاقية جماعية

1- نقلا عن: **سعد الدين أمحمد**، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، مرجع سابق، ص 324.
2- مرجع نفسه، ص 324.
3- **قبايلي الطيّب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتّفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصّص: القانون، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص ص 6 و7.

لتسوية نزاعات الاستثمار، والتي أسفرت عن إنشاء المركز الدولي CIRDI، وقد أكّد واضعو الاتفاقية أنّ الهدف الأساسي من نظام المركز هو بذل العناية اللازمة للتّوفيق بين

مصالح المستثمرين الأجانب والبلدان المضيفة، حيث يؤكد تقرير المدرين التنفيذيين على مبدأ الموازنة بين هذه المصالح[1] وذلك في البند[2].

يقتضي اللّجوء إلى التحكيم استنادا للاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، اتفاق طرفي العقد على الخضوع لاختصاص هذا المركز وتقديم موافقتها الكتابية، وبمجرّد إعلان الطرفين قبولهما الخضوع لتحكيم المركز CIRDI، لا يجوز لهما التراجع عن ذلك[3]، وفقًا لما نصّت عليه المادة 25/1: ***"يمتدّ اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصلّ اتّصالاً مباشرًا بأحد الاستثمارات، شرط أن يوافق أطراف النّزاع كتابة على طرحها على المركز ومتى أبدى طرف النّزاع موافقتهما المشتركة فإنّهُ لا يجوز منهما أن يسحبها بمفردهِ"*** [4].

من خلال نص هذه المادة، فإن مركز CIRDI يختص في حلّ النزاعات ذات الطبيعة القانونية، إلاّ أنّ الاتفاقية لم تحدّد المقصود بالنزاعات القانونية، منه يفهم أن النزاعات المقصودة هي تلك المتعلّقة بتفسير أو تنفيذ العقد، لكن هذا لا يبعد النظر في العناصر الاقتصادية للنّزاع باعتبار أن عقد الاستثمار يحتوي أيضًا على عناصر تخصّ علم الاقتصاد.

حسب تعقيب أعضاء المجلس الإداري في البنك الدولي، فإنّ عبارة المنازعة ذات الطبيعة القانونية استعملت لإظهار بوضوح أنّ المنازعة القانونية تدخل في اختصاصات

1- **بلحسان هواري**، مرجع سابق، ص 187.

2- ينص البند 13 على أنّه : ***"إذا كان الهدف من الاتفاقية تشجيع الاستثمار الدولي الخاص، فإنّ بنود الاتفاقية تحفظ في نفس الوقت توازنا ما بين مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة، هذا فضلا عن أنّ الاتفاقية تسمح بأن يبدأ أيّ من الطرفين إجراءات التقاضي"***.

3- **بوختالة منى**، مرجع سابق، ص 146.

4- أنظر المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

المركز الدولي، بالتالي فالنّزاع يجب أن يتعلّق بوجود أو مدى وجود حقّ أو التزام قانوني، أو طبيعة أو مدى إصلاح الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات القانونية[1].

تتميّز إجراءات التحكيم بموجب الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي بخاصية الاحتواء الذاتي، بمعنى أنّها تختص بالنظر في النزاع المعروض عليهَا دون تدخل أيّة جهة خارجية خاصة المحاكم الوطنية، التي لا تملك أيّ حقّ و لا أيّة سلطة تفرضها على إجراءات التحكيم أو التقاضي الخاصة بالاتفاقية[2]، إلاّ سلطة اتّخاذ إجراءات تحفظية في حالة ما اتّفق الأطراف على ذلك، وفقًا لما نصّت عليه المادة 47 من هذا الاتفاقية[3].

هذا، ولا تتأثر إجراءات التحكيم بأيّة محاولة من الأطراف لتعطيلها، نظرًا لمرونة النظام المعتمد من طرف الاتفاقية ما يسمح باستمرارية الإجراءات رغم العراقيل التي يمكن أن تعيقها[4]. وفي حالة عدم قيام الأطراف بتسمية المحكمين، يقوم رئيس المجلس الإداري بناءً على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، وبعد التشاور مع الأطراف بتعيين المحكم أو المحكين، بشرط أن لا يكونوا من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو من رعايا الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياهَا طرفًا في النزاع[5].

تدار جميع إجراءات التحكيم طبقًا لأحكام الاتفاقية، ما لم يتّفق الأطراف على غير ذلك[6]، وفي حالة تغيّب أحد الطرفين أو امتناعه عن تقديم أوجه دفاعه فهذا لا يعدّ سببًا لوقف الإجراءات، ويمكن للطرف الآخر أن يطلب من المحكمة إصدار حكمها والاكتفاء بما تمّ تقديمه، وعلى المحكمة إخطار الطرف المتغيّب أو الممتنع عن تقديم أوجه دفاعه وتمنح

1- **قادري عبد العزيز**، الاستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 327.
2- **بوختالة منى**، مرجع سابق، ص ص 146 و 147.
3- تنص المادة 47 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"وما لم يتّفق على غير ذلك، يجوز للمحكمة، متى قدرت أنّ الظروف تتطلب ذلك، أن توصى بكافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف"***، مرجع سابق.
4- **بوختالة منى**، مرجع سابق، ص147.
5- أنظر المادة 38 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.
6- أنظر المادة 44 من الاتفاقية نفسها.

له مهلة قبل إصدار حكمهَا، ما لم تقدر المحكمة عدم وجود النية لديه للحضور أو السير في الخصومة[1].

طبقًا لما لوحظ في السنوات الأخيرة، فقد عُرض على مركز CIRDI 12 قضية جديدة خلال عام 2000، 3 منها مؤسسة على اتفاق خاص، و 8 مؤسسة على اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف منها قضيتين رفعت استنادا إلى اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية (ALENA). واعتبارا من ديسمبر عام 2000، كان عدد القضايا المعلّقة أمام المركز 30 قضية وعدد القضايا التي تمّ الفصل فيها 51 قضية[2].

من القضايا التي عرضت على مركز CIRDI، والتي تمثّلت وقائعها في: ***"بموجب اتّفاق الاستثمار بين الشركة الأمريكية Alcao وحكومة جاميكا، وافقت هذه الشركة على إنشاء مصنع لإنتاج الألمنيوم في جاميكا، وفي المقابل وافقت الحكومة على منح امتيازًا لتعدين البوكسيت، علاوةً على بعض المزايًا والإعفاءات الضريبية"***.

تضمن عقد الاستثمار شرط التحكيم أمام المركز الدولي CIRDI، لكن بعد ذلك أصدرت جاميكا قانونًا يلغي الإعفاءات والمزايَا الضريبية في مجال تعدين البوكسيت، فقامت الشركة الأمريكية برفع طلب للتحكيم أمام مركز CIRDI بناء على إخلال حكومة جاميكا بعقد الاستثمار.

رفضت حكومة جاميكا المثول أمام محكمة التحكيم، بحجة أنّها قد أخطرت السكرتير العام للمركز باستبعاد النزاعات المتعلّقة باستغلال الموارد الطبيعية من نطاق اختصاص محكمة تحكيم المركز، وذلك بعد توقيع اتفاق الاستثمار وقبل تقديم طلب التحكيم[3]، وأسّست

1- أنظر المادة 45 من الاتفاقية نفسها.

2- **GAILLARD Emmanuel**, «Chronique des sentences arbitrales, CIRDI», J.D.I, N°1, P 149.

3- **جلال وفاء محمدين**، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 37.

حكومة جاميكا حجّتها على أساس نص المادة 25/4 من الاتفاقية[1]، والتي تجيز للدولة المتعاقدة أن تخطر المركز باستبعاد أنواع معيّنة من النزاعات من نطاق التحكيم.

رفضت محكمة التحكيم هذه الحجة والأسس المعتمدة في إقامتها، وأقرّت أنّ الدولة المتعاقدة لا يجوز لها بإرادتها المنفردة، أن تسحب أو تلغي موافقتها على التحكيم أمام المركز، في حالة ما إذا تضمن اتفاق الاستثمار نفسه هذا الرضا، طبقًا لما نصّت عليه المادة 25/1 من الاتفاقية، وبالنسبة لنصّ المادة 25/4 من الاتفاقية فهو يتعلّق بالإخطار عن استبعاد المنازعات المستقبلية التي لم تكن موضوعا لاتفاق استثمار أبرم فعلا بين طرفيه، ويتم تحديد نطاقه وفقا للشروط والبنود التي تضمّنها.

يتّضح ممّا سبق، أنّ الرضا بالتحكيم أمام المركز ملزما، ولا يجوز سحبه بالإرادة المنفردة، إذا صدر عن طرفي اتفاق الاستثمار، فالرضا البات باختصاص المركز هو ذلك الذي يصدر عن الطرفين معًا وليس عن طرف واحد، وعليه لو أن أحد طرفي اتّفاق الاستثمار أعلن قبوله لاختصاص المركز، آملاً إعلان قبول الطرف الآخر، فإنّ الطرف الأوّل يجوز له إلغاء أو سحب القبول السابق صدوره، طالما أنّ الطرف الثاني لم يخطر بعد المركز قبوله الاختصاص[2].

ممّا لاشكّ فيه، أنّ العدد الهائل من اتفاقيات الاستثمار الثنائية المبرمة، وما ورد فيها من قبول للتحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أدّى إلى توسيع اختصاص المركز، وذلك بالسماح للأفراد أو الشركات الخاصة باللجوء مباشرة إلى التحكيم ضد الدولة المتعاقد معها، دون الحاجة إلى اتفاق تحكيم مسبق. فمنذ عام 1998 أصبح المركز يتلقى تقريبًا قضية كل شهر، حيث تم رفع أكثر من ¾ من هذه القضايا دون وجود اتفاق تحكيم بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه من وجود شرط أو اتفاق تحكيم في عقد

1- تنص المادة 25/4 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"تستطيع كل دولة متعاقدة، عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أيّ وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوعٍ أو أنواع المنازعات التي تقدر أنّه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم.***

وعلى السكرتير العام أن ينقل فورًا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى و لا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة وفقا للفقرة الأولى"، مرجع سابق.

2- **جلال وفاء محمدين**، مرجع سابق، ص ص 37 و 38.

الاستثمار المبرم، إنّما رفعت هذه القضايا استنادا إلى قبول البلدان لبنود تسوية النزاعات عن طريق تحكيم المركز CIRDI في اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرم فيما بينها.

في عام 2003، بلغ عدد القضايا المسجّلة لدى المركز الدولي والتّي رفعت على أساس اتفاقيات الاستثمار الثنائية 47 اتفاقية، وتعتبر القضية التي رفعتها شركة المنتجات الزراعية المحدودة من هونغ كونغ AAPL (والتي كانت مؤجرّة لانجلترا في ذلك الوقت) ضدّ جمهورية سريلانكا في 8 يوليو 1987، أوّل قضية يصدر فيها حكم يؤسس اختصاص هيئة تحكيم المركز استنادا إلى وجود نص في الاتفاقية الاستثمارية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدّة البريطانية وسريلانكا سنة 1980[1].

غالبا ما تنصّ الدولة في الاتفاقيات التي تبرمها مع غيرها من البلدان وحتّى في تشريعاتها الوطنية على شرط التحكيم، والذي أصبح وسيلة لحماية الاستثمارات وتشجيع تدفّق رؤوس الأموال إلى الدولة، وهو الأسلوب الذي تعتمده الكثير من البلدان حاليا منها الجزائر.

اعتمدت الجزائر نظام التحكيم لأوّل مرة سنة 1993، بموجب المرسوم التشريعي 93-12 المتعلّق بترقية الاستثمار، والذي نصّ في المادة 41 منه على أنّه: ***"يعرض أيّ نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إمّا بفعل المستثمر وإمّا نتيجة لإجراء اتّخذتهُ الدولة الجزائرية ضدّهُ، على المحاكم المختصّة إلاّ إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلّق بالصلح والتحكيم أو اتّفاق خاص ينصّ على شرط التّحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللّجوء إلى تحكيم خاص"***.

1- **بوختالة منى**، مرجع سابق، ص ص 155 و 156.

من خلال هذه المادة، يتضّح أنّه ولأوّل مرّة، وبنصّ تشريعي تجيز الدولة الجزائرية للمستثمر الأجنبي اللّجوء إلى التحكيم لفضّ النزاع الحاصل بينهما، وعدم تقييده باختصاص المحاكم الوطنية، إذا وجد اتّفاق دولي أو اتّفاق تأسيسي ينصّ على ذلك[1].

وبالرجوع إلى المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار[2]، نجدها تضمّنت نفس حكم المادة السابقة، وإن اختلفت معها في الصياغة.

كما نصّ قانون المحروقات[3] على شرط التحكيم، فجاء في المادة 58 منهُ: ***"يسوّي كلّ خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النّصوص المتّخذة لتطبيقه عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتّفق عليها في العقد في حالة عدم التّوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتّفق عليها في العقد"***.

تضمنت مختلف الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار، شرط التحكيم، فنجد مثلا: اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وشركة أوراسكوم تليكوم تنصّ على أنّهُ: ***"غير أنّهُ إذا استمرّ الخلاف، يفصل فيه نهائيًا عن طريق تحكيم المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات CIDI، الذي أنشئ بموجب اتفاقية تسوية الخلافات المتعلّقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني دول أخرى، الموقع عليها بواشنطن يوم 18 مارس 1965"*** [4].

1- **TRARIANI Mostefa**, Droit Algérien de L'arbitrage commercial international, Berti, Alger, 2007, P 27.

2- تنص المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار: ***"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبّب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتّخذته الدولة الجزائرية في حقّه، للجهات القضائية الجزائرية المختصّة إقليميا إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلّق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتّفاق مع المستثمر ينصّ على بند تسوية يسمحُ للطرفين بالاتّفاق على تحكيم خاص"***، مرجع سابق.

3- قانون رقم 05-07 المتعلّق بالمحروقات (ملغى)، مرجع سابق.

4- أنظر المادة 9/2 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وشركة أوراسكوم تليكوم، مرجع سابق.

كما نصّت المادة 9 من الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية صربيا[1] على أنّه: ***"1- .....***

2- إذا لم تتم تسوية النزاع في مدّة ستّة (06) أشهر ابتداء من تاريخ طرحه كتابيًّا، يمكن رفعه،/ وفقًا لخيار المستثمر إمّا:

أ)- إلى المحاكم المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الاستثمار، أو

ب)- التحكيم الدولي:

1- من قبل المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلّقة بالاستثمارات (CIRDI) المنشأ بموجب اتفاقية تسوية النّزاعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المفتوحة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 18 مارس سنة 1965 (المشار إليها فيما يأتي بـ "المركز")، أو

1- إلى أيّ محكمة خاصة للتحكيم والتي تؤسّس، إلاّ إذا اتّفق طرفا النزاع على خلاف ذلك، طبقًا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتّحدة لقانون التّجارة الدولية (CNUDCI)،...".

تشير أغلبية الاتفاقيات الثنائية، بما فيها تلك المبرمة من قبل بلدان أمريكا اللاتينية إلى شرط اللّجوء إلى التحكيم لفضّ منازعات الاستثمار، ما يفسّر تخلي هذه البلدان عن شرط كالفو Calvo، الذي يحيل كلّ نزاع قد ينشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية، ويطبّق عليه قانون هذه الدولة، دون أن يتمّ تدويل هذا النزاع عن طريق الحماية الدبلوماسية[2].

كما أنّ أغلب عقود الدولة تتضمّن هذا الشّرط حيث أصبح من الشروط المألوفة فيها، وفي حالة عدم تضمنيها لهذا الشرط، يعتبر ذلك إخلال من جانب الدولة لالتزام تعهدت به

1- صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334، المؤرّخ في 30 سبتمبر سنة 2013، يتضمّن التّصديق على الاتّفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة صربيا، المتعلّق بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقّع بالجزائر في 13 فيفري سنة 2012، ج.ر.ج.ج عدد 49، الصادر بتاريخ 2 أكتوبر سنة 2013.

2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 212 و 213.

في تشريع أو اتفاقية ثنائية، ما جعل التحكيم الدولي يكيّف بـــ "التحكيم الدولي الإلزامي"، الرامي إلى تحقيق وحماية مصالح المستثمر الأجنبي من جهة، وتقييد أو التقليل من السلطات السيادية للدولة المضيفة[1]، لكن تبقى نسبة نجاحه مرهونة بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق هذا المستثمر ومتطلبات السيادة للدولة المضيفة.

تجدر الإشارة، إلى أنّ اتفاقيات الاستثمار تكرّس اللّجوء المكثّف إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين البلدان والمستثمرين الأجانب (CIRDI)، رغم ذلك نجد أغلبية هذه الاتفاقيات تنصّ على حرية المستثمر في اختيار أكثر من مركز تحكيم، فإلى جانب هذا المركز نجد أيضا المراكز الإقليمية (كمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي)، أو المراكز الدولية (كتحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس)، أو المراكز الوطنية (كتحكيم الغرفة التجارية لستوكهولم)[2].

الفرع الثاني

التحكيم الحر

يعرّف التحكيم الحرّ أو الخاص أو الذاتي Arbitrage Ad -Hoc بتحكيم الحالات الخاصة، وهو التحكيم الذي يتولى الأفراد صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أيّة مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم[3]، وهو غالبا ما يخضع لقواعد اليونيسترال للتحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري. كما قد يشير طرفا النزاع بشأن التحكيم الخاص إلى لائحة مؤسسة تحكيم معيّنة، دون منح الاختصاص لهذه المؤسسة بالتدخل في مجريات عملية التحكيم.

يباشر أطراف النزاع في التحكيم الحرّ إدارة التحكيم بأنفسهم فيتولون تعيين المحكمين وتحديد القواعد والإجراءات التي تطبق بشأن النزاع[4]، هذا ما يجعل التحكيم الحرّ أسلوبا

1- مرجع نفسه، ص 221.
2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،....2011، ص 140.
3- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004، ص 357.
4- **سعد الدين أمحمد**، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، مرجع سابق، ص 321.

مثاليّا وأكثر مرونة وسرعة وأقل تكلفة في حلّ النزاع، كما أنّه يحقق سرية أكبر ويراعي مصلحة الدولة المضيفة عكس التحكيم المؤسسي أو النظامي. إلاّ أنّه على صعيد نزاعات عقود الاستثمار خاصة تلك المتعلقة بالغاز والبترول، يفضّل أطراف النزاع اللّجوء إلى التحكيم المؤسسي عوض التحكيم الحرّ، نظرا لحساسية هذه النزاعات من حيث المعلومات التي يتم تداولها، وضخامة المطالبات المالية والتي قد تصل إلى ملايين ومليارات الدولارات في بعض العقود، إضافة إلى ضرورة توفر محكمين ذوي خبرة وكفاءة عالية تؤهلهم لحلّ النزاع القائم[1]، فمثلا نصّت المادة 36 من عقد البحث والاستغلال البترولي المبرم بين شركة سونطراك والشركة الايطالية AJIP على أنّه: ***" في حال فشل إجراء التوفيق فإنّ النزاعات المتعلّقة بتفسير أو تنفيذ العقد الحال يمكن تسويتها بصفة نهائية طبقا للائحة الغرفة الدولية للتجارة السارية المفعول من طرف ثلاثة محكمين وفقا لهذه اللائحة"*** [2].

يتمتّع أطراف النزاع بالحرية في إدارة آلية فضّ نزاعاتهم في حالة اختيارهم للتحكيم الحرّ، سواء من ناحية تعيين المحكمة والإجراءات، والقانون المطبق على النّزاع، أو باختيار نموذج معيّن يسترشد به الأطراف في تعيين المحكمين أو الإجراءات كنموذج قواعد اليونيسترال للتحكيم، والذي يعتبر من أهم النماذج التي تنصّ عليها الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

يشكل فقه القضاء التحكيمي أحد أهم المصادر المطوّرة للقانون الدولي للاستثمار، فقد ساهمت الأحكام الصادرة عن المركز الدولي (CIRDI) أساسا، والنزاعات الناجمة في إطار اتفاقية التجارة الحرّة لأمريكا الشمالية (NAFTA)، في تطوير التحكيم الدولي وتحريره، من خلال إرساء نوع جديد من التحكيم لا يستند فيه اختصاص المحكمين إلى وجود اتّفاق تحكيمي مسبق بين الأطراف، إنّما يتم الإحالة لبنود تحكيمية تصادق عليها

1- **الحاج سي فضيل**، آليات فضّ منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصّص: القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019/2018، ص ص 413 و 414.

2- نقلا عن **طالبي حسن**، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 190.

الحكومات بصورة أحادية ومسبقة وواردة في صلب اتفاقيات الاستثمار، ويعدّ القرار التحكيمي الصادر عن مركز واشنطن في النزاع القائم بين شركة المنتجات الزراعية AAPL Asian Agricultural Products LTd, وسريلنكا عام 1992، أوّل قرار أقرّ بوجود هذه الفرضية.

إنّ تحرير قانون التحكيم الدولي سيساهم أكيد في توفير حماية أكثر فعالية للمستثمرين، من خلال منحهم حقّ اللّجوء الفوري والمباشر والأحادي الجانب للمحاكم الدولية، حتّى في غياب بنود تحكيمية متّفق عليها، أو غياب علاقة تعاقدية مسبقة، وهو ما أدّى ببعض رجال القانون إلى القول بوجود نوع من التحكيم الإلزامي الدولي في مادة الاستثمارات[1]، وهو ما لا يخدم مصالح البلدان المضيفة التي إن قبلت الخضوع للتحكيم تفقد حصانتها لتفادي الخضوع للقضاء الوطني للدولة التي ستنظم سير العملية التحكيمية، فالدولة المضيفة حينما توافق على إخضاع موضوع النزاع للتحكيم، تدرك ضرورة اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة التي سينظم قانونها اتفاق التحكيم، خاصة ما تعلق بالطعن في حكم التحكيم أو إبطاله[2]

المطلب الثاني

خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار

لا شك أنّ التحكيم يوفر للمستثمر والدولة المضيفة العديد من المزايا، فهو ضمانة لهذا المستثمر من حيث أنه يبدد مخاوفه بشأن خضوع نزاعاته للقضاء الوطني للدولة المضيفة، كما يمثل لهذه الأخيرة سببا لتفادي أشكال التقاضي الأخرى لاسيما لجوء المستثمر إلى القضاء الدولي واستخدام دولته لدعوى الحماية الدبلوماسية ضدّ الدولة المضيفة.

1- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، ....، 2011، ص ص 140 و 141.

2- **CACHARD Olivier**, Droit du commerce international , 2éme Edition, Lextenso Edition, LGDJ, Paris, 2011, P 561.

تظهر خصوصية التحكيم في مجال عقود الاستثمار من خلال الآثار التي يرتّبها على الأطراف المتعاقدة، فهو يسلب الدولة لبعض خصائصها لاسيما الدفع بسيادتها وحصانتها إلى جانب عدم التأثر بالإجراءات الانفرادية التي قد تتخذها **(الفرع الأول)**، أمّا بالنسبة للمستثمر الأجنبي فالتحكيم يعدّ ضمانة له من خلال تضمينه في اتفاقيات وعقود الاستثمار وضمان الفعالية للحكم التحكيمي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

خصوصية التحكيم اتجاه الدولة المضيفة

يعتبر جانب من الفقه، أنّ الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر يخالف سيادة الدولة، باعتبار أنّ هذه الأخيرة لا يمكنها التنازل عن مقومات السيادة لشخص من أشخاص القانون الخاص. فقيام هيئة تحكيم دولية بالنظر في المنازعة الناشئة بين الدولة والمستثمر والفصل فيها، سيؤدي حتما إلى مناقشة أعمال الدولة وتقييمها وهو ما يشكل اعتداء جسيما على سيادتها الوطنية، فلا يجوز لأية جهة دولية إصدار قرارات تتعلق بالشؤون الداخلية للدولة، لأن هذا من اختصاص محاكمها الداخلية وطبقا لقوانينها الوطنية، فالقضاء الوطني يبقى مظهرا من مظاهر السيادة غير القابلة للتصرف[1].

بما أنّ اتفاق التحكيم له طابع خاص حيث يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، فالدولة إذا قبلت شرط التحكيم كوسيلة لفض نزاعات عقود الاستثمار تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها القضائية، والمحكم عند إصداره لحكم التحكيم فهو لا يصدره باسم الدولة إنّما ينفّذ مهمة أسندت له من قبل الأطراف المتعاقدة، ما يجعل التحكيم لا يمثّل اعتداء على سيادة الدولة. كما أنّ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، "خصوصية التحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 3، العدد 1، 2010، ص 104. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

في تنفيذها لالتزاماتها، فقبول الدولة لاتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر أمام التحكيم[1].

نصّت الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي CIRDI على أنّه: ***"تعتبر موافقة الأطراف على التحكيم في ظل هذه الاتفاقية موافقة على استبعاد أي علاج آخر ما لم ينص على خلاف ذلك، ويجوز لأي طرف متعاقد المطالبة باستنفاذ كافة سبل التسوية القانونية المحلية والإدارية كشرط لازم لقبولها التحكيم في ظل هذه الاتفاقية"*** [2]. كما نصّت المادة 12/1 من الاتفاقية الأوروبية لحصانات الدول الأجنبية لسنة 1972 على أنّه: ***"لو أنّ دولة متعاقدة قبلت كتابة أن تخضع للتحكيم المنازعات التي نشأت من قبل أو التي يمكن أن تنشأ في المسائل المدنية أو التجارية، فلا يجوز لها أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام محكمة دولة أخرى متعاقدة يجري على إقليمها التحكيم وفقا لقانونها"*** [3].

عليه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة نشأت أو يمكن أن تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي، لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة أمام دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمها وبموجب قانونها، إذ لا تقبل إدعاءات الحصانة القضائية لأن ذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي أبرمته.

ذهبت هيئات التحكيم في أحكامها الصادرة إلى أنّ الدولة التي تقبل إدراج شرط التحكيم في اتفاقياتها وعقودها مع الأطراف الأخرى، لا يمكنها التمسك بالحصانة القضائية أمام هذه الهيئات.

من تلك الأحكام نجد الحكم الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1985، وذلك في النزاع الذي نشب بين دولة افريقية وشركة فرنسية لتسويق المعارض،

1- **فريجه حسين**، "أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي"، حوليات جامعة الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 25، العدد 1، ص 265. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- أنظر المادة 26 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

3- نقلا عن **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018، ص 308.

أين قامت حكومة الدولة الإفريقية بالدفع بعد اختصاص هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بنظر النزاع القائم، لأنّ ذلك يعدّ اعتداء على سيادة الدولة وحصانتها.

رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع لأنّ حكومة الدولة الإفريقية قد وافقت على اتفاق التحكيم بإرادتها الحرة المنفردة، وهذا لا يتعارض مع سيادتها ولا مع حصانتها القضائية، فالدولة في البداية لها كامل في الحرية في قبول إجراء التحكيم أو رفضه ولا يمكن إجبارها على المثول أمام هيئة التحكيم دون موافقتها، إلاّ أنّها إذا وافقت على شرط التحكيم فلا يجوز لها التمسك بحصانتها لأنّ ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية[1].

قد لا يتضمن قانون الدولة عند توقيعها لاتفاق التحكيم مانعا من اللجوء إلى التحكيم، لكن قد يصدر تشريع جديد أثناء سريان هذا الاتفاق يقضي بحظر إجراء التحكيم. في هذا الصدد أقرت العديد من التشريعات الحديثة مبدأ استقلالية شرط التحكيم الذي يعتبر أساس قانوني لمبدأ آخر هو الاختصاص بالاختصاص الذي يمنح لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها، وهو ما أكدت عليه معاهدة جنيف لسنة 1961 حيث جاء في المادة 5 منها ما يلي: ***"لا يلتزم المحكم الذي ينكر عليه الأطراف الاختصاص، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه وذلك دون إخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي."*** [2]، وهو ما أخذت به الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار[3].

أصبح الاتجاه الحديث في التحكيم يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاعات المتعلقة بأصل ونطاق اختصاصها، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص ينسجم مع فعالية التحكيم كوسيلة للفصل في نزاعات الاستثمار، ويتماشى مع سرعة الإجراءات التي تعتبر

1- **قرطبي سهيلة**، مرجع سابق، ص 312.
2- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 106.
3- نصت المادة 41/1 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"المحكمة هي التي تحدّد اختصاصاتها."*** ، مرجع سابق.

سببا من أسباب اللجوء إلى التحكيم لفض هذا النوع من النزاعات، كما أن تقرير مثل هذا المبدأ يقطع الطريق أمام الطرف الذي يحمل سوء النية ويسعى لتعطيل إجراءات التحكيم[1].

رغم أن الدولة المضيفة عادة ما ترفض اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في إجراءاتها الانفرادية سواء ما تعلق بالتغييرات الجوهرية في تشريعاتها الوطنية في مجال التحكيم أو ما تعلق بالتصرفات التي تقوم بها لنقض العقد بينها وبين الطرف الأجنبي، ليس لهيئة التحكيم أن تتخلى عن اختصاصها طبقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وتحقيقا لمبدأ استمرارية العلاقة التعاقدية بما في ذلك من ضمانة وموازنة بين الأطراف المتعاقدة، وتكريسا لخصوصية التحكيم في فض النزاعات التي تنشأ بين الدولة والطرف الأجنبي[2] بما فيها منازعات الاستثمار.

الفرع الثاني

خصوصية التحكيم اتجاه المستثمر الأجنبي

كما أنّ للتحكيم خصوصية تظهر في تأثيره على الدولة المضيفة من حيث سلب بعض خصائصها، تظهر خصوصية التحكيم بالنسبة للمستثمر الأجنبي في تمسكه بهذا الإجراء اتجاه الدولة تحقيقا لمصلحته، وإن كان إجراء التحكيم يحقق مصلحة الطرفين معا ويحقق نوعا من الموازنة بينهما.

يعمل التحكيم لمصلحة المستثمر الأجنبي فهو يبدّد مخاوفه بشأن خضوع نزاعاته للقضاء الوطني للدولة المضيفة، والذي قلما يلجأ إليه المستثمر لعدم ثقته في حياد القاضي الوطني كما يشعر أن قوته التفاوضية تتضاءل بمجرد دخول رأس المال للبلد الأجنبي، لذا يحرص هذا المستثمر على اللجوء إلى التحكيم الذي يوفر له الحماية والأمان أكثر من القضاء والقانون الوطني، لدرجة أنّ التحكيم قد أصبح القضاء الطبيعي لحل منازعات

1- **بلجراف سامية & مستاوي حفيظة**، "التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار وأثره على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص 148. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 107.

الاستثمار وإحدى وسائل جذب الاستثمارات وضمانها من المخاطر غير التجارية[1]، وهو ما يخدم مصالح الدولة المضيفة فبتكريسها لإجراء التحكيم تولد نوعا من الطمأنينة لدى المستثمر الأجنبي ما يدفعه إلى الإقبال لاستثمار رؤوس أمواله داخل إقليمها، وتتجنّب مواجهة الدولة المصدرة لرأس المال والتي يمكن أن تتدخل في المنازعة بحجة حماية رعاياها ومصالحهم وتطالب بالتعويض على أساس الحماية الدبلوماسية[2].

من مميزات التحكيم فضه للنزاع القائم بين الدولة المضيفة والمستثمر سواء باللجوء إلى التحكيم الحرّ أو التحكيم المؤسساتي، وهذا يعدّ من أهم خصوصياته خاصة بالنسبة للمستثمر الذي يهدف من خلال لجوئه إلى التحكيم الحصول على حكم التحكيم لصالحه ويكون قابلا للتنفيذ.

يتمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم صدور حكم التحكيم وحلّ النزاع بين الأطراف نهائيا.

يفصل الحكم التحكيمي في النزاع أو مطلب من مطالب النّزاع فصلا نهائيا، ويكون هذا الحكم إلزامي على الأطراف، لذا يسعى المحكم لبذل العناية اللازمة لتحقيق هذه الغاية وإصدار حكما قابلا للتنفيذ[3].

يلتقي الحكم التحكيمي الصادر سواء عن التحكيم المؤسساتي أو التحكيم الحرّ مع الحكم الصادر من طرف المؤسسات القضائية الدولية الدائمة، من حيث طبيعته القانونية وآثاره الملزمة، إلاّ أنّ فعالية التحكيم كأسلوب لفض منازعات الاستثمار، تظهر في مدى القدرة على تنفيذ الحكم التحكيمي، إذ أنّ الحكم لن تكون له أيّة قيمة عملية إذا لم ينفذ، من ثمّ تحقيق الفعالية للحكم التحكيمي يكون بضمان تنفيذه[4].

1- **بلجراف سامية & مستاوي حفيظة**، مرجع سابق، ص 143.
2- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 107.
3- **HOUCINE Farida**, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge Algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le doctorat en Droit, Faculté de droit et science politiques, Université Mouloud MAMMERI, Tizi Ouzou, 2012, P 23.
4- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، ....،2011، مرجع سابق، ص 142.

اهتمّت العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بالتحكيم بوضع قواعد هامة يقوم عليها الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية، فنجد اتفاقية نيويورك لعام 1958 قدمت تسهيلا ملحوظا لتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، حيث جعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الأسباب التّي نصت عليها الاتّفاقية على سبيل الحصر[1].

عملا بالمادة 4/1 من هذه الاتفاقية، يشترط على مقدم الطلب الذي يلتمس الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه، أن يوافي محكمة التحكيم بقرار التحكيم الأصلي مصادقا عليه أو نسخة منه مصادق عليها، مع إرفاقه بالاتفاق الأصلي أو صورة منه مصادق عليها.

قد بيّن دليل الأونيسترال بشأن اتفاقية نيويورك، كيفية تعامل مختلف التشريعات الوطنية مع مسألة التنفيذ، فعلى سبيل المثال اعتمدت المحاكم السويسرية على نهج أكثر مرونة، ففي القضايا التي لم يثبت فيها مقدم الطلب أنّ الوثيقة ذات الصلة مصادق عليها حسب الأصول المتبعة أو معتمدة حسب الأصول، يتم الموافقة على التنفيذ في حالة ما إذا لم يجادل الطرف المعرض للاعتراف والتنفيذ في صحة تلك الوثيقة.

كما يشير الدليل، أنّ فيه محاكم وافقت على التنفيذ رغم عدم تقديم طالب الاعتراف والتنفيذ لقرار التحكيم الأصلي المصادق عليه حسب الأصول المتبعة أو اتفاق التحكيم الأصلي، وهو المطبق في المحاكم الألمانية، والتي برّرت ذلك على أساس تطبيق مبدأ "الحق الأكثر مؤاتاة" المبين في المادة 7 من اتفاقية نيويورك.

بالنظر للمحكمة العليا الجزائرية، نجدها تتقيّد بحرفية النّص فتشترط توفر الوثائق المنصوص عليها قانونا من أجل إصدار الأمر بالتنفيذ وترتب البطلان على الأمر الصادر

1- أوجبت اتفاقية نيويورك في المادة الثالثة منها على كلّ البلدان المتعاقدة أن تعترف بحجية حكم التحكيم وأن تأمر بتنفيذه طبقا للشروط المنصوص عليها في الاتفاقية، كما ألزمت هذه البلدان بعدم فرض شروطا أكثر شدّة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بشكل ملحوظ، من تلك المفروضة للاعتراف بأحكام المحكمين الوطنيين وتنفيذها، حتّى يتم الاعتراف بأحكام المحكمين التّي تطبق عليها أحكام الاتفاقية وتنفيذها.

دون استيفاء الشروط المطلوبة، وهو ما أكّده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2004/12/29 في الملف رقم 326706[1].

أمّا في مادة الاستثمار، يتميّز القرار التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)، بأنّه لا يخضع لإجراء الرقابة حيث تلتزم البلدان الأطراف في الاتفاقية بالاعتراف بكل حكم يصدر عن إحدى محاكم تحكيم المركز (CIRDI)، وتضمن تنفيذ ما يترتب عنه من التزامات، ويدخل في مفهوم "الحكم" حكم التحكيم الفاصل في موضوع النّزاع، وكلّ حكم تتّخذه محكمة التحكيم يتعلّق بطلب التفسير أو إعادة النّظر أو إلغاء الحكم[2].

عند تقديم حكم التحكيم الصادر عن محكمة المركز للاعتراف به وتنفيذه، لا تفرض عليه أيّة رقابة مهما كان نوعها، ولا يجوز الاعتراض على الاعتراف بالحكم أو رفض تنفيذه ولو على أساس الدّفع المتعلّق بالنظام العام[3].

تعدّ الطبيعة الخاصة للاتّفاق المنشئ للتحكيم من أسباب سريّة التحكيم، حيث تقرّ القواعد المنظمة للتحكيم الدولي في بعض الأحيان وبصورة صريحة، أنّ الأحكام التحكيمية لا تنشر إلاّ برضا أطراف النّزاع، وهو ما نصّت عليه قواعد التّحكيم للجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي في الفصل 29 منها، على أنّ هذه السرية ليست بالعلنية[4]، وما يميّز القرار التحكيمي الصادر عن المركز الدولي (CIRDI) أنّه يصدر من حيث المبدأ علنيّا ما لم يتّفق أطراف النزاع على خلاف ذلك[5]، وهو عكس ما هو معمول به في التحكيم التجاري الدولي.

1- نقلا عن **بوكروح فارس**، ضوابط التوازن الاقتصادي بين الدولة والمستثمر في العقود الدولية، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه، الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2019/2018، ص ص 251 و 252.

2- أنظر المواد 50، 51، 52 من اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

3- **قبايلي الطيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ...، مرجع سابق، ص 422.

4- **HOUCINE Farida**, Op.cit, P 40.

4- تنص المادة 48/5 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"ولا ينشر المركز أيّة أحكام بدون موافقة أطراف النزاع"***، مرجع سابق.

يعدّ الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدأ أساسيا من مبادئ التحكيم وهو سبب لجوء أطراف النزاع إلى هذا الإجراء، وهذه السرية تزداد أهمية إذا تعلق الأمر بمنازعات عقود الدولة لما يترتب عليها من آثار سياسية واقتصادية، تؤثر على مصالح البلدان والشركات العملاقة لحساسية الوثائق والمعلومات والأسرار التي تحتويها هذه العقود. فقد يؤدي عدم احترام هذه السرية إلى تسرّب معلومات وأسرار تكنولوجية إذا كان العقد الذي ثار بشأنه النزاع عقدا من عقود التعاون الصناعي، وإذا كان عقدا من عقود البترول فتسرب المعلومات الخاصة بمستوى إنتاج حقل بترولي سيؤدي حتما إلى أزمات اقتصادية من شأنها رفع أو خفض أسعار البترول في الأسواق العالمية[1].

لكن في نزاعات الاستثمار ترجع أسباب العلنية أساسا إلى خصوصية التحكيم في مادة الاستثمار، فعند فضّ النزاعات في هذا المجال عادة ما تشارك المنظمات غير الحكومية في أطوار التقاضي، حيث تطالب جميع الأطراف من البلدان المضيفة والمستثمرين ومجموعاتهم والهيئات التحكيمية بتطبيق شفافية أكبر عند التقاضي عن طريق التحكيم، لكون الاستثمار يمس عدّة ميادين اقتصادية واجتماعية وثقافية، ما أدّى بهذه المنظمات لأن تصبح وسيلة ضغط على أطراف النزاع وتطالب بنشر محتوى القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الاستثمار، ومنها قرارات المركز الدولي CIRDI[2].

يدل الواقع العملي على ازدياد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض نزاعات الاستثمار رغم المشاكل التي تواجهه، فقد أصبح هو الأصل في تسوية هذه النزاعات واللجوء إلى القضاء أصبح الاستثناء، حيث ازدادت أهميته سواء بالنسبة للبلدان المصدرة لرأس المال أو المستوردة له، ويظهر ذلك من خلال تضمين شرط التحكيم في التشريعات الوطنية وفي معظم الاتفاقيات وعقود الاستثمار، إضافة إلى إنشاء مراكز التحكيم وعقد ندوات ومؤتمرات خاصة بهذا الإجراء.

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 110.
2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، ....، 2011، مرجع سابق، ص 143.

هذا ما يدعو إلى التفكير والعمل جديا لتطوير وتنمية إجراء التحكيم وإزالة العقبات التي تعترض مسيرته، والعمل على التخفيف من العقبات التي تحول دون تنفيذ الحكم التحكيمي. بما يضمن للمستثمر الأجنبي أن القرار الذي صدر لصالحه سينفذ في أسرع وقت ممكن[1]، ويضمن للدولة المضيفة استمرار العلاقة التعاقدية بينها وبين هذا المستثمر ويحفز غيره من المستثمرين على استثمار رؤوس أموالهم بهذه الدولة التي تضمن حقوقهم، هذا ما سيحقق الموازنة بين هذين الطرفين المتعاقدين.

المبحث الثاني
القضاء كآلية لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

تبتدئ آليات حلّ النّزاعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر باللّجوء إلى الوسائل البديلة لفضّ النّزاعات، والمتمثلة في: التّفاوض والتوفيق والوساطة، وهذه الوسائل تعدّ حلولا غير قضائية وغير ملزمة، حيث يكتفي الطرف الثالث بمساعدة الأطراف المتنازعة على إيجاد حلّ للنزاع، وذلك باقتراح حلّ غير ملزم لهم.

في حالة فشل هذه الطرق الوديّة يتم اللّجوء إلى الطرق القضائية، والتّي تتسّم بالطابع الإلزامي للقرار الصادر عن الهيئة المختصّة بحلّ النّزاع، فعادة ما تتّخذ هذه الهيئة قرارها بالاستناد على القواعد القانونية، رغم ذلك يبقى اللّجوء إلى هذه الآليات اختياريّا، حيث يخضع لمبدأ رضا أطراف النزاع[2].

تتمثل الآلية القضائية لتسوية نزاعات الاستثمار في اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة **(المطلب الأول)**، أو اللجوء إلى القضاء الدولي **(المطلب الثاني)**.

1- **قرطبي سهيلة**، مرجع سابق، ص 422.
2- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار،...2011، مرجع سابق، ص ص 137 و 138.

المطلب الأول
ضمان اللجوء إلى القضاء الوطني

تفضّل الدولة المضيفة عند قيام أيّ نزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي اللّجوء إلى القضاء الوطني، اعتقادا منها أنّ هذه الإجراء هو مظهر من مظاهر السيادة الوطنية، فجميع البلدان تحرص على إخضاع نزاعات الاستثمار للقضاء الوطني، أسوة بالنزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقود داخل إقليم هذه البلدان.

على هذا الأساس، نصّت العديد من اتّفاقيات الاستثمار على إخضاع النّزاع الناشئ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني لهذه الدولة، وصياغة هذا البند يختلف من اتّفاقية إلى أخرى، لكن أغلبها يعتبر القضاء الوطني الآلية القضائية الأولى لحلّ النزاعات التي قد تقوم بين هذين الطرفين. لذا من المهم التّطرق إلى دراسته من حيث دراسة خصوصيته في مجال نزاعات الاستثمار (**الفـرع الأول**)، والصعوبات التي تثيرها التّسوية القضائية الداخلية لنزاعات الاستثمار (**الفرع الثـاني**)، ثمّ تقييم دوره في حلّ هذه النزاعات (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول:
خصوصية القضاء الوطني في مجال نزاعات الاستثمار

يتّسم القضاء الوطني عند فصله في نزاعات الاستثمار بخصوصيّة لا نجدها في النزاعات الأخرى، والتي يستمدها من الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار التي تتميّز بذاتية وخصوصية تميّزها عن باقي العقود الدولية الأخرى، فهي تبرم بين الدولة وشخص أجنبي خاص وتسمّى أيضا بعقود التنمية الاقتصادية، ونظرا للتّفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لهذين الطرفين، فمن جهة نجد الدولة كشخص معنوي صاحبة سيادة، ومن جهة أخرى نجد المستثمر الأجنبي كشخص خاص يتمتّع بقوة اقتصادية قد تفوق الدولة

المضيفة كحالة الدولة النامية، هذا ما يولّد مواجهة بين هذين الطرفين ويستدعي ضرورة التّوفيق بين المصالح المتباينة لهما، والنزاع الذي ينشأ بينهما تتعدّد أسبابه وأنواعه فلا ينسب إلى سبب واحد أو نوع واحد.

تظهر خصوصية القضاء الوطني في مجال نزاعات الاستثمار من خلال الأطراف المكوّنة للنّزاع (**أولا**)، ومن خلال الأسباب المنشئة للنّزاع (**ثانيا**).

أولا: الخصوصية المستمدة من أطراف النزاع

ترجع خصوصية القضاء الوطني في مجال نزاعات الاستثمار إلى الطبيعة الخاصة لأطراف النزاع وهما الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، فكلا الطرفين ينتميان إلى نظام قانوني يختلف عن الآخر.

يتمثّل الطرف الأول في الدولة كشخص سيادي، يخضع للنظام القانوني الداخلي والنظام القانوني الدولي في آن واحد، ما يجعله يتمتّع بمزايا استثنائية لا يتمتّع بها الشخص الأجنبي الخاص الذي هو في الأصل شخصا من أشخاص القانون الخاص، ما يؤدي إلى وجود تفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة[1].

إن كان تحديد الدولة كطرف في عقد الاستثمار لا يثير أيّ إشكال في حالة قيامها بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة، فوصف الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام يندرج ضمن المفهوم القانوني، فلا يحتاج إلى إيضاح مفصل. لكن الصعوبة تثور في حالة ما إذا كان الطرف الذي وقّع ماديّا على هذا العقد مؤسّسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة، إلاّ توجد تبعيّة بينهما. فالمشكل المثار هنا يكمن في كيفية تحديد الطرف في هذا العقد؟ وما هو المعيار المعتمد لاعتبار الدولة طرفا في العقد الذي تبرمه المؤسسات والهيئات العامة؟.

1- **إقلولي محمّد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار....، مرجع سابق، ص 139.

حسب الفقه والقضاء، يوجد معيارين أساسيين يمكن اعتمادهما للقول بانصراف آثار العقد الذي تبرمهُ مؤسسة أو هيئة عامة إلى الدولة التي تنتمي إليها، فالمعيار الأوّل هو المعيار القانوني الذي يعتمد على عملية التوقيع المادي على العقد والاستقلالية القانونية التي تتمتّع بها المؤسسة أو الهيئة المتعاقدة، فيعبّر طرفا في العقد كلّ من وقّع عليه ماديًّا، أمّا المعيار الثاني فهو المعيار الاقتصادي الذي يعتمد على الدور أو الأثر الاقتصادي الذي تمارسهُ الدولة من خلال العقود التي تبرمها المؤسّسات أو الهيئات التابعة لها، لإضفاء صفة الطرف المتعاقد على هذه الدولة[1].

من جانبنا نرجّح الأخذ بالمعيار الاقتصادي لتحديد الطرف في عقود الدولة والتي تبرمها المؤسّسات والهيئات العامة التابعة لهَا، لأنّ الأخذ بهذا المعيار يعبّر عن الواقع الاقتصادي الذي ينشئه هذا العقد الدولي، إذ أنّا العائد الاقتصادي والاجتماعي للعقد الذي تبرمه المؤسسات والهيئات العامة يمّس بشكل مباشر المصالح الاقتصادية والاجتماعية للبلدان، والتي أنشأت هذه المؤسسات والهيئات ومنحتها الشخصية المعنوية، حتّى تستفيد من العائد أو الأثر الناجم عن الأنشطة التي تمارسها هذه المؤسسات التي لا تكاد أن تكون سوى أداة لتنفيذ سياسة الدولة التابعة لها.

خلاصة على ما تقدم، فالدولة كطرف في عقود الدولة هي الدولة ذات سيادة بمفهومها المعروف في القانون الدولي العام، فتلجأ إلى التعاقد مع الطرف الأجنبي بشكل مباشر عن طرق حكومتهَا، أو قد تتعاقد معهُ بواسطة إحدى المؤسسات أو الأجهزة التابعة لهَا، وباعتبار أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ السياسة العامة للدولة فإن الآثار المترتبة على التعاقد تنصرف إلى هذه الدولة، دون الأخذ بعين تمتّع أو عدم تمتّع هذه الأجهزة بالشخصية القانونية المستقلة[2].

يتمثّل الطرف الثاني في عقد الاستثمار الدولي في الطرف الأجنبي، والذي لم يثر إشكالات قانونية كتلك التي أثارتها الدولة كطرف في هذا العقد.

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، ط2، منشورات زين الحقوقية، د.ب.ن، 2011، ص 20 و ما يليها.
2- مرجع نفسه، ص 28.

يعرّف الطرف الأجنبي في عقد الاستثمار، على أنه ذلك الشخص الذي لا يتمتّع بجنسية الدولة التي تعاقد معها. وحسب المادة الأولى فقرة (أ) من اتفاقية ترويج وحماية الاستثمارات لرابطة دول جنوب شرقي آسيا فإنّ: ***"تعريف كلمة رعايا هو التعريف الوارد في دساتير وقوانين كل واحدة من الدول الأطراف المتعاقدة"***.

هناك من يرى أنّ الشخص الأجنبي هو: ***"الشخص الذي يتمتّع بالشخصية القانونية وهي صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمّل الالتزامات، ويستوي الأمر في ذلك بين الشخص الأجنبي الطبيعي "الفرد" والشخص الأجنبي الاعتباري "كالشركات" "*** [1].

بالرجوع إلى النظام الاتفاقي الجزائري، نجد مثلا الاتّفاق المبرم بين الجزائر والنّمسا يعرّف المستثمر على النحو الآتي:

" 1- يقصد بعبارة "مستثمر":

أ- كلّ شخص طبيعي يحمل وفقًا لقوانينه النافذة، جنسية أحد الطرفين المتعاقدين، أو

ب-كلّ شركة تمّ تأسيسهَا وتنظيمها وفقًا لقانون أحد الطرفين المتعاقدين والتي تنجز أو أنجزت استثمار على إقليم الطرف المتعاقد الآخر" [2].

كما نجد اتفاقيات ترويج وحماية الاستثمارات، والتي أبرمتها دولة سويسرا، تحدّد الشروط الواجب توافرها في المستثمر الأجنبي حتّى يستفيد من الحماية التي تقرّها هذه الاتفاقيات، سواء كان شخصا طبيعيا أو كيانا قانونيا لأحد الأطراف المتعاقدة.

بالنسبة للشخص الطبيعي تعدّ الجنسية المعيار الأساسي الذي بواسطته يتمّ تحديد الأشخاص الطبيعيين الذين لهم الحقّ في الاستفادة من الحماية التي تقرّها هذه الاتفاقيات وإقرار حقّهم في اللّجوء إلى التحكيم الدولي الخاص بالاستثمار، مع ذلك هناك من يأخذ بمعيار الإقامة.

1- **قصوري رفيقة** & **عيواج طالب**، "النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد الخامس، 2016، ص ص 189 و 190. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- أنظر المادة الأولى من الاتّفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة جمهورية النّمسَا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقّع بفيينا في 17 جوان سنة 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327، المؤرّخ في 10 أكتوبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 65، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر سنة 2004.

تعدّ مسألة تحديد الجنسية أمر متروك للقانون الداخلي لكل دولة مضيفة فهذه الاتفاقيات لا تحدّد على أيّ أساس يعتبر الشخص الطبيعي من جنسية أحد الأطراف المتعاقدة[1]، على هذا الأساس أقرت بعض البلدان المضيفة للاستثمار تعريفات خاصة بالمستثمر الأجنبي ضمن قوانينها المتعلّقة بالاستثمار[2]، وهو أمر لابدّ أن يتوافر على مستوى تشريع كل دولة لها نية التعامل مع الأطراف الأجنبية والدخول معهم في ارتباطات تعاقدية، حتّى لا يثار إشكال بين طرفي العقد أو الالتزام حول المعيار الذي بواسطته يتم تحديد صفة الأجنبي بالنسبة لأحد الأطراف المتعاقدة[3].

كذلك مسألة ازدواجية الجنسية أو تغيير الجنسية، فالتشريعات الداخلية للبلدان المضيفة هي من تفصل في هذه المسألة، إذ أنّ الاتفاقيات عادة لا تتضمّن أحكام خاصة في هذا الشأن، كأن يتمتّع المستثمر بجنسية كلا الطرفين المتعاقدين. في هذا الصدد فالاتفاق المبرم بين سويسرا وكولومبيا عام 2006 أخذ بالحكم الوارد في اتفاقية واشنطن CIRDI والتي تقصي صراحة المستثمر الذي يتمتّع بجنسية أحد الأطراف المتعاقدة وفي نفس الوقت يتمتّع بجنسية الطرف المتعاقد الآخر والذي هو طرف فقي النزاع، فهذا المستثمر باعتباره يتمتّع بجنسية كلا الدولتين المتعاقدتين وباعتبار الدولة المتعاقدة الثانية طرفا في النزاع، لب يستفيد من الأحكام التي تتضمّنها هذه الاتفاقية، بالتالي لن يستطيع رفع نزاعه أمام المركز الدولي CIRDI.

وفقا للأحكام التي أصدرتها محكمة العدل الدولية في قضية نوتبوم Nottebohm، فالجنسية الفعلية والمأخوذة بها في حالة ازدواجية الجنسية حسب هذه المحكمة هي جنسية الدولة التي تكون بينها وبين الرعية صلة فعالة وتعتزم هذه الدولة ممارسة الحماية

1- **BONZONE Anne-Juliette**, Op.cit, P P 73 et 74.

2- لم يتعرّض المشرّع الجزائري ضمن القانون رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار، لتعريف المستثمر الأجنبي على غرار قانون الاستثمار المصري. في حين نجد كل من قانون الاستثمار اليمني رقم 22 لسنة 2002 في المادة 2 فقرة 11، والقانون الكويتي رقم لسنة 2001 في المادة الأولى منه، وغيرها من قوانين الاستثمار التي تعرّضت لتحديد تعريف للمستثمر الأجنبي، أنظر: **قصوري رفيقة & عيواج طالب**، مرجع سابق، ص 193.

3- مرجع نفسه، ص 193.

الدبلوماسية لصالح هذا الرعية المتجنس، فالجنسية يجب أن تشكّل ***"الترجمة من الناحية القانونية لاتصال الفرد بالدولة التي جعلته مواطنها"*** [1].

قد يبرم عقد الاستثمار بين الدولة وأحد الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، وحسب الفقه القانوني فالشخص المعنوي يعرّف على أنّه وحدة أو كيان اجتماعي يتمتّع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكوّنين لهُ، و نظام قانوني خاص، ينشأ لتحقيق أغراض معيّنة فيكون في شكل شركة استثمارية قادرة على إقامة علاقات قانونية، كالتعاقد مع الدولة أو إحدى المؤسّسات أو الهيئات التابعة لهَا بهدف تحقيق التطوّر الاقتصادي والاجتماعي بهدف الدولة[2]، ومن اجل تنمية هذه الشركة و زيادة أرباحهَا.

لعلّ أهم إشكال يثيره وجود الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار يتعلّق بمركزهِ القانوني و كيفية معاملته كطرف في العقد.

بالرجوع إلى المادة 25/2 (ب) من اتفاقية واشنطن، والتّي تنصّ على ما يلي:

"2- ويقصد بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى" ما يلي: 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. وأيضًا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، ويتفق على اعتباره (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) بالنظر إلى الرقابة التّي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبيّة" [3]. نجدها قد حدّدت الشروط التي يجب أن تتوفّر في الشخص المعنوي، وهي أن يكون متمتّعًا بجنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع، أو أن

1- **BONZONE Anne-Juliette**, Op.cit, P P 74 et 75.

2- **قصوري رفيقة & عيواج طالب**، مرجع سابق، ص 190.

3- جاءت المادة 25/2 (ب) بالنّص الفرنسي كما يلي:

« (2)- « Ressortissant d'un autre Etat contractant » signifie:

b- Toute personne morale qui possède la nationalité d'un Etat contractant autre que l'Etat partie au différend à la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présent convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ».

يكون متمتّعا بجنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع ويعتبر في نفس الوقت أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية. فعلى هذا الأساس يتم تحديد المركز القانوني للشركة الطرف في عقد الاستثمار وتمييزها عن الشركات الوطنية، حتى تستفيد من الأحكام التي تتضمنّها اتفاقية واشنطن.

من المتفق عليه -رغم بعض الخلافات الفقهية- فإن جنسية الشخص الاعتباري تحدّد بناءً على ثلاثة معايير أساسية هي: معيار التأسيس، معيار المركز الرئيسي، ومعيار الرقابة. وبالنظر إلى اتفاقية واشنطن فإنّهَا لم تحدّد تعريفا أو ضابطًا معيّنًا لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، لكن من خلال ما أصدره المركز الدولي CIRDI من أحكام يظهر اعتماده على بعض المعيار التقليدية لتحديد جنسية الشركات الطرف في عقد الاستثمار الدولي، فمثلا نجد تحكيم Amco ضد الحكومة الاندونيسية والذي تم بموجبه اعتبار شركة P.T.Amco شخص اعتباري أجنبي على أساس أنّ الحكومة الاندونيسية وافقت على الطلب الذي قدمته هذه الشركة والتي تعتبر شخصا اعتباريا يخضع للرقابة الأجنبية، فعلم الحكومة الاندونيسية بهذا الأمر وموافقتها على شرط التحكيم، يؤكدّ رضاها بمعاملة شركة P.T.Amco على أنّها شخص اعتباري تابع لدولة أخرى[1].

ثانيا: الخصوصية المستمدة من أسباب النزاع

تعدّ العقود المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أساس الرابطة بين هذين الطرفين، ولمّا كانت هذه العقود تتكون من شروط و ترتّب حقوقها والتزامات على أطرافها، فالمنازعات التي تنشأ عنها تنحصر في مدى الوفاء والالتزام بتلك الحقوق والالتزامات[2]، بالتالي يمكن تقسيم أسباب النّزاعات الناشئة بين الدّولة والمستثمر إلى أسباب ترجع إلى الدولة المضيفة **(1)**، وأسباب ترجع إلى المستثمر الأجنبي **(2)**.

1- **قصوري رفيقة، عيواج طالب**، مرجع سابق، ص ص 191 و 192.
2- **بلحسان هواري**، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية – دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017، ص 88.

1- أسباب نزاعات الاستثمار الراجعة للدولة المضيفة:

يعترف المجتمع الدولي بالقوة القاهرة إذا كانت حقيقية وملموسة، ويعتبرها كسبب يعفي الدولة من مسؤوليتها اتّجاه الأطراف المتعاقدة معها، في المقابل قد تتخّذ الدولة إجراءات بإرادتها المنفردة ودون وجود أسباب قهرية تدفعها لذلك، وهذه الإجراءات من شأنها المساس بحقوق المستثمر الأجنبي والإضرار به، ما يولّد نزاعات بين هذين الطرفين[1].

تتمثل هذه الإجراءات، في الإجراءات الحكومية السالبة للملكية الأجنبية والتّي تندرج ضمن مصطلح "نزع الملكية"، وهي أساسا تشمل ثلاثة (03) صور: التأميم، والمصادرة، ونزع الملكية للمنعة العامة.

تمسّ هذه الإجراءات بملكية المستثمر الأجنبي سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فأيّا كان النّظام القانوني الذي يتمّ بمقتضاه نزع الملكية، فهو يمثّل عائقا أمام الاستثمار، باعتبار أنّ قد يؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من استثمار أموله حرمانا كليّا أو جزئيّا، وهذا الحرمان يمسّ أيضا الأملاك والفوائد الناتجة عن هذا الاستثمار[2].

قد تتّخذ الدولة المضيفة إجراءات أخرى ضّد المشروعات الاستثمارية، والتي قد تسبّب أضرارا جسيمة تلحق بالمستثمرين الأجانب، وذلك من خلال قيامها بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية، فالأصل أنّ الدولة المضيفة تكرّس شرط الاستقرار التشريعي في العقود التي تبرمها مع المستثمر، إلاّ أنّها قد تلجأ إلى إحداث تغييرات وتعديلات على تشريعاتها وقوانينها الوطنية سواء على صعيد التشريعات الضريبية أو الجمركية أو التشريعات المتعلقة بالاستثمار، وهذا من شأنه زعزعة استقرار المشروع الاستثماري (وهو ما تعرّضنا له الباب الأول).

1- **بلحسان هواري**، مرجع سابق، ص 96.
2- **السامرائي دريد محمود**، مرجع سابق، ص 104.

2- أسباب نزاعات الاستثمار الراجعة للمستثمر الأجنبي:

لا يمكن إسناد نزاعات الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، بصفة دائمة إلى قيام الدولة بانتهاك حقوق هذا المستثمر أو خرقها للالتزامات الملقاة على عاتقها اتّجاهه،بل قد يتسبّب المستثمر نفسه في هذه النزاعات عن طرق خرقه للالتزامات التي يجب عليه القيام بها[1].

يلتزم المستثمر الأجنبي بمجموعة من الالتزامات اتجاه الدولة المضيفة، وهذه الالتزامات تختلف من عقد لآخر نظرا لاختلاف صيغ التعاقد التي ترد عليها عقود الاستثمار الدولي وذلك حسب الميادين التي تبرم فيها. إلاّ أنّه يمكن التطرق إلى مجموعة من الالتزامات المشتركة بين هذه العقود، باعتبار أنّها تجتمع كلّها حول هدف واحد وهو تحقيق التنمية الاقتصادية بالدولة المضيفة.

لعلّ أهمّ التزام يقع على عاتق المستثمر الأجنبي هو التّعهد بانجاز المشروع الاستثماري حسب ما اتّفق عليه سابقًا، حيث أنّ هذا المشروع يدخل ضمن السياسة التنموية للدولة المضيفة، ويكتسي أهمية بالغة بالنسبة للاقتصاد الوطني. وهذا الالتزام الرئيسي يتطلب مجموعة من الالتزامات الفرعية، والمتمثلة أساسا في الالتزام باحترام ونقل المعايير الفنية الدولية، الالتزام بالقيام بالحدّ الأدنى من الاستثمار، الالتزام بالإعلام والإخبار، الالتزام بالمساهمة في التنمية الاقتصادية، الالتزام بالمحافظة على البيئة[2]، وعدم تقيّد المستثمر بهذه الالتزامات قد يدفع بالدولة المضيفة إلى اتّخاذ بعض الإجراءات لحماية مصالحها العامة ومصلحة مواطنيها من أيّة أضرار قد تلحق بهم أو بالاقتصاد الوطني لها[3].

1- **بوختالة منى**، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013، ص 92.

2- لمزيد من التفاصيل حول التزامات المستثمر الأجنبي اتجاه الدولة المضيفة، أنظر: **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 251 و ما يليها. أيضا: **هاشمي أعمر**، سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدّولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 34 و ما يليها.

3- **بوختالة منى**، مرجع سابق، ص 92.

الفرع الثاني:
الصعوبات التي تثيرها التسوية القضائية الداخلية لنزاعات الاستثمار.

يعدّ التقاضي أمام المحاكم التّي تقيمها الدولة المضيفة مأمونا نظرا لما يحيط به من ضمانات تكفل سلامة العدالة التي يهدف إليها، لكن نظرا لما يعيبه[1]، هذا ما يجعل المستثمر متردّدا في عرض نزاعه على القضاء الوطني، لأنّه يهتم بمدى قدرة النظام القضائي على احترام العقود والاتفاقيات التجارية، مدى استقلاليته، سرعة وطرق تنفيذ قرارات العدالة[2]، ما يجعله يفضّل اللّجوء إلى التحكيم لفضّ نزاعات الاستثمار والذي يعتبره الوسيلة الأنسب، ويعتقد بأنّ الضمانات التي توفّرها له الدولة المضيفة لا تتمتع بالفعالية، إذا ظلّ أمر تقديرها عند المنازعة بين أيدي القضاء الوطني[3].

تواجه المستثمر الأجنبي عدّة صعوبات عند لجوئه إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة، إذ نجد النظم القانونية منذ فترات طويلة تعمل على التفرقة بين الوطنيين والأجانب من حيث المركز القانوني لكّل منهم، ما يجعل محاكم كل دولة تختصّ فقط بالفصل في النزاعات التي يكون رعاياها هم أطرافها فقط، لكن مع تطور الأوضاع منذ القرن التاسع عشر نتيجة لتطور القواعد التي تحكم مركز الأجانب، أصبح من حقّ الأجنبي اللّجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة له.

مع ذلك المستثمر الأجنبي تواجهه بعض الصعوبات في اللّجوء إلى القضاء الوطني، نظرا لاختلاف المركز القانوني لأطراف النّزاع، فأحدهما هو الدولة صاحبة سيادة، والطرف الثاني هو الشخص الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويّا، ما يجعل المساواة بين هذين الطرفين أمام محاكم الدولة المضيفة صعبا، الأمر الذي يؤدي في النّهاية إلى عدم

1- **بوخلخال أحمد**، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق " بن عكنون"، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 73.

2 - **CHARVIN Robert** , Op.cit, P 36.

3- **القصبي عصام الدين**، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 183.

حصول المستثمر على كامل حقوقه، وهو ما يولّد لديه عدم الشّعور بالطمأنينة على نتيجة دعواه ويحتفظ دائما اتّجاه التّعويل على المحاكم والأجهزة القضائية في الدولة المضيفة، والتّي لم يعتد المثول أمامها، وحتىّ لجهله إجراءات التقاضي أمامها، أو لخشيته من تأثّر القاضي الوطني بالتيارات السياسية والفكرية السائدة في دولته.

إضافة إلى ذلك، فالقاضي الوطني غالبا ما يكون ملزما بتطبيق القانون الداخلي لدولته والذي قد يكون أساس الشكوى، كما أنّه قد يكون ممنوعا من التعرّض والحكم في التصرفات الخاصة بالدولة، أو ربّما لا تتوفر فيه الكفاءة اللاّزمة للفصل في موضوعات فنية وقانونية معقدة تتضمنها قوانين الاستثمار.

ليس من المرغوب فيه أن تكون الدولة المضيفة خصما وحكما في آن واحد، وقد لا تتوافر فيها القوانين المنظمة للعلاقات الاستثمارية، وأكثر العقبات التي تواجه المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني تلك المتعلقة بالحصانة ضدّ التنفيذ التي تستفيد منها الدولة، فحتى وإن حصل هذا المستثمر على حكم ضدّ الدولة المضيفة سينتهي به الأمر إلى العجز عن تنفيذ هذا الحكم، نظرا لما تقرّه التشريعات الوطنية من حضر التنفيذ الجبري على الأموال العامة.[1]

رغم بروز دور الاستثمار في تحويل الحصانة القضائية للدولة من الإطلاق إلى النسبية، حيث لم يعد هناك من الفقه والقضاء من يدافع عن الحصانة المطلقة، بل أصبحت الحصانة النسبية أو المقيّدة أو المعدلة هي السائدة، وإن كانت تختلف تسميتها من فقه إلى آخر، وهو ما أكدّت عليه الممارسات القضائية فضلا عن مختلف الجهود الدولية لتقنين هذه الحصانة وصدور التشريعات الحديثة في هذا الشأن[2]، إلاّ أنّ البلدان النامية لم تأخذ بهذه الحصانة بحجة تطبيق مبدأ "المساواة في السيادة"، ونرى أنّ هذه الحصانة النسبية لا تخدم المستثمر الأجنبي، فرغم أنها تمكنّه من اللّجوء إلى قضاء دولته أو قضاء دولة ثالثة لتسوية النزاعات التّي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة، إلاّ أنّه لا جدوى من الحكم الذي

1- **بوخلخال أحمد**، مرجع سابق، ص ص 74 و 75 .
2- **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص ص 382 و383.

يحصل عليه، فما قيمته في حالة عدم وجود أموال يمكن التنفيذ عليه تخص الدولة المضيفة لدى دولة المستثمر أو الدولة الثالثة، وهو ما لا يساهم في حل نزاعات الاستثمار[1].

الفرع الثالث:

تقييم دور القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار.

قبل التطرق إلى تقييم دور القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار، لابدّ علينا أن نتطرق إلى دراسة اختصاص هذا القضاء في حل هذه النزاعات (**أولا**)، ثمّ سنحاول تقييم دور فعالية هذا القضاء في حل مثل هذه النزاعات(**ثانيـا**)، في ظل مخاوف المستثمر من اللّجوء إلى القضاء الوطني والصعوبات التي تثيرها التسوية القضائية الداخلية.

أولا: اختصاص القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار

يعتبر القضاء الوطني الجهة الأصلية المختصة بالفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، فكون تلك النزعات تنشأ داخل إقليم الدولة المضيفة هذا ما يعطي قضائها اختصاصا أصليا للنظر والفصل فيها، وهو ما تبنّته بعض اتفاقيات الاستثمار، منها اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر مع البلدان الأوربية في إطار الحماية والترقية المتبادلة للاستثمار، حيث نجد الاتّفاق الايطالي الجزائري لسنة 1991 ينصّ على هذا المبدأ في المادة 8/2 منه، كما يلي: ***" أذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النّزاع إلى جهة التقاضي المختص...في الدولة المتعاقدة التّي تمّ الاستثمار على إقليمها"*** [2]، وهو ما أقرته المادة 8/2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1993، والتّي نصّت على أنّه: ***" إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدّة 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النّزاع، فإنه يمكن بطلب من المواطن***

1- **بوخلخال أحمد**، مرجع سابق، ص 75.
2- أنظر الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا، مرجع سابق.

أو الشركة، أمام الهيئات القضائية المختصة في دولة الطرف المتعاقد المعني بالنزاع، أو إلى المركز الدّولي لتسوية منازعات الاستثمار" [1].

كذلك ما نصّت عليه اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين العراق ويوغسلافيا لسنة 2000 في المادة 19/2 منها: ***" إذا لم يتم تسوية النّزاع بالطرق الوديّة خلال مدّة 06 أشهر فإنّه يجوز لأيّ من الطرفين أن يحيل النّزاع إلى المحاكم المختصّة للطرف المتعاقد الذي هو طرف في النّزاع..."*** [2].

كما نصّت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدّول العربية، على أنّ المستثمر العربي يمكن أن يلجأ إلى القضاء في الدولة المضيفة طبقا لقواعد الاختصاص فيها، وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة، وإذا رفع هذا المستثمر الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عن رفعها أمام الجهة الأخرى[3]، بمعنى يمنع عليه اللّجوء إلى القضاء المزدوج.

نجحت البلدان النامية في إخضاع نزاعات الاستثمار إلى قضائها الداخلي، بعد أن طالبت بضرورة إعادة تحقيق العدل والإنصاف للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، وفق ما جاء في نص المادة 212 من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول لعام 1974، والتي نصّت على أنّه: ***"عندما تثير مسألة التعويض خلافا حلّ هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة، وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتّفاق من قبل الدول المعنية على إتباع طرق سليمة أخرى على أساس المساواة في السيادة، ووفقا لمبدأ الاختيار الحرّ للوسائل..."***. [4]

1- أنظر الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا، مرجع سابق.

2- **السامرائي دريد محمود**، مرجع سابق، ص 314.

3- تنص المادة 21 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على أنّه: ***"للمستثمر العربي أن يلجأ إلى القضاء في الدولة المضيفة طبقا لقواعد الاختصاص فيها وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة، على أنّه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى."***، مرجع سابق.

4- **بن صغير عبد المؤمن**، " دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية"، المركز الديمقراطي العربي للدّراسات الإستراتيجية، الاقتصادية، والسياسية، أكتوبر 2016، مقال منشور على الموقع الالكتروني: http://democraticac.de/?p=38256.

تمّ تكريس هذا الاختصاص في معظم التشريعات الوطنية لهذه البلدان، على غرار الجزائر أين جعل المشرّع للجهات القضائية الجزائرية الاختصاص بنظر نزاعات الاستثمار، حيث تنص المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنّه: ***"يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبّب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتّخذته الدولة الجزائرية في حقّه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعدّدة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلّق بالمصالحة أو التحكيم أو في حالة وجود اتّفاق مع المستثمر بنص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"***.[1]

يلاحظ أن المشرّع الجزائري يحيل بالدرجة الأولى النزاعات المتعلقة بالاستثمار الدولي إلى القضاء الوطني الجزائري، وذلك تمسكا بمبدأ السيادة الوطنية على إقليمها، وتطبيقا للقواعد العامة للاختصاص القضائي الواردة في نصّ المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]. وقد بنى المشرّع اختصاص القضاء الوطني الإقليمي على ضابطين هما: ضابط خطأ المستثمر الأجنبي، وضابط إجراء اتّخذته الدّولة المضيفة ضد المستثمر الأجنبي، وفق ما جاء في المادة 24 من القانون رقم 16-09 (السالفة الذكر).

ثانيا: تقدير دور القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار

أقدمت الكثير من البلدان النامية في إطار إصلاح الأنظمة القانونية والقضائية لها، على إنشاء محاكم وطنية متطورة كما هو الحال بالنسبة للبلدان المتقدمة، وذلك بهدف

1- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في ظل الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار (ملغى) لم يحدّد الجهة القضائية المختصة في حل النزاع الذي قد ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وإن كان المقصود هو القضاء الوطني الجزائري وهو ما يفهم من خلال نص المادة 17 من هذا الأمر، هذا على عكس ما ورد في نص المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، أين حدّد المشرع صراحة الجهة القضائية المختصة وهي الجهة القضائية الجزائرية المختصة إقليميا.

2- تنص المادة 41 من ق.إ.م.إ على أنّه: ***" يجوز أن يكلّف بالحضور كل أجنبي، حتّى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين"***.

وتنصّ المادة 42 من نفس القانون: ***" يجوز أن يكلّف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي"***.

إرضاء المستثمرين الأجانب وتشجيعهم للجوء إلى القضاء الوطني لاستصدار أحكام موضوعية محايدة في نزاعات الاستثمار.

بالنظر للتجربة الجزائرية، فقد أحدثت إصلاحات قضائية في إطار توفير العناية والظروف الملائمة عند استضافة الاستثمارات، وذلك على امتداد الاختصاص الإقليمي والنوعي[1]، فاستحدثت أقطابا متخصصة حسب ما نصّت عليه المادة 32/2 و5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاء فيها: ***"المحكمة هي أن تشّكل أيضا من أقطاب متخصصة...***

تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلّقة بالتجارة الدولية، والإفلاس والتسوية القضائية والمنازعات المتعلّقة بالبنوك، ومنازعات الملكية الفكرية والمنازعات البحرية والنقل الجوّي ومنازعات التأمينات".

كما نصّت نفس المادة[2] على ما سيلحق بها عن طريق التنظيم من جهة فرعية تابعة لها، قد يضيق وينحصر اختصاصها في نوع معيّن من منازعات التجارة الدولية المشهور انتشارها في الاختصاص الإقليمي بالجهة القضائية، كالنقل البرّي والجوّي بالجهة القضائية التابعة للقطب الرئيسي، وتشكل على خلاف تشكيلة القضاء العادي من ثلاثة (03) قضاة، قد يتمتّعون بالخبرة الفنية والقانونية في الاختصاص نظرا للأهمية القانونية والمالية للنزاعات المطروحة عليها على سبيل الحصر.

كلّ هذه الإصلاحات تدخل في أطار مساعي الدولة الجزائرية للتقليل من الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي عند مثوله أمام القضاء الداخلي، إلى جانب ما وفرّته من بداية التسعينات من ترسانة تشريعية من خلال إبرامها للعديد من الاتفاقيات الدولية الخاصة

1- **بوخلخال أحمد**، مرجع سابق، ص ص 75 و76.
2- تنص المادة 32/6 من ق.إ.م.إ على أنّه: ***"تحدد مقرات الأقطاب المتخصصة، والجهات القضائية التابعة لها عن طريق التنظيم"***.

بتشجيع وحماية الاستثمارات، والتي تتضمن ضمانات حمائية وامتيازات للنشاط الاستثماري الممارس على إقليمها[1].

رغم هذه الإصلاحات التي قامت بها الجزائر وغيرها من البلدان النامية المضيفة للاستثمار، إلا أنّها لم تفعل حقيقة على أرض الواقع، ما جعل المستثمر الأجنبي لا يتمتع بالرضا التام لهذا القضاء الوطني وإن كان الجهة المختصة أصلا في النظر في نزاعات الاستثمار، ويفضل اللجوء إلى وسائل قضائية أخرى كالقضاء الدولي للتوصل إلى حل النزاع القائم بينه وبين الدولة المضيفة بالشكل الذي يرضيه.

المطلب الثاني

ضمان اللّجوء إلى القضاء الدولي

ينبغي الأمر عند حدوث نزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر أن يتم عرض هذا النزاع على المحاكم الداخلية للدولة المدعى عليها، حتى يتم الفصل فيه والحصول على الحماية القضائية والقانونية للطرف المتضرر حتى وإن كان هو المستثمر الأجنبي، استنادا إلى أنّ القانون الوطني للدولة المضيفة يختص بحماية حقوق المستثمر الوطني والأجنبي معا دون أي تمييز. لكن قد يرفض المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني لعدم ثقته فيه أو قد ترفض المحاكم الوطنية النظر في القضية استنادا إلى نظرية إعمال مبدأ السيادة أو قد تكون النظم القانونية والقضائية لتلك الدولة تعجز عن توفير طرق مضمونة لتوفير الحماية القضائية اللازمة، فيتعذر على المستثمر الأجنبي الحصول على الحماية المطلوبة. لذلك ظهرت وسائل أخرى لتسوية نزاعات الاستثمار تتمثل في القضاء الدولي[2].

تثير مسألة عرض النزاع القائم بين الدولة والمستثمر على القضاء الدولي صعوبات عديدة بسبب ضعف المركز القانوني للمستثمر الذي لا يستطيع مقاضاة الدولة كطرف أصيل أمام هذا القضاء، فاللجوء إلى القضاء الدولي والمتمثل في كل من محكمة العدل

1- **بوخلخال أحمد**، مرجع سابق، ص 76.
2- **وائل صلاح الدين محمد الأمين**، مرجع سابق، ص ص 112 و 113.

الدولية **(الفرع الأول)**، ومحكمة الاستثمار العربية **(الفـرع الثـاني)** يثير عدّة صعوبات قانونية.

الفرع الأول

دور محكمة العدل الدولية في تسوية نزاعات عقود الاستثمار

تعتبر محكمة العدل الدولية أحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة إلى جانب كل من الجمعية العامة، مجلس الأمن، المجلس الاقتصادي والاجتماعي، مجلس الوصاية، والأمانة العامة[1]. ويوجد مقرها في قصر السلام في لاهاي بهولندا.

بدأت المحكمة عملها في 1946 بعدما حلت محل محكمة العدل الدولية الدائمة، والتي كان مقرها أيضا في قصر السلام منذ 1922، والمحكمة تعمل وفق نظام أساسي يشبه إلى حدّ كبير سابقتها وهو نظام مرفق بميثاق الأمم المتحدة.

تتألف محكمة العدل الدولية من خمسة عشر (15) عضوا (قاضيا) منتخبين لمدة تسع (09) سنوات من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن، ويصوت هذان الجهازان في آن واحد لكن بصفة مستقلة أحدهما عن الآخر.

لا تشمل المحكمة أكثر من قاض واحد من الجنسية نفسها، وكل ثلاث (03) سنوات تجرى الانتخابات لثلث المقاعد مع جواز إعادة انتخاب الأعضاء المنتهية مدتهم، ولا يمثل أعضاء الحكومة حكوماتهم وهم قضاة مستقلين[2].

تختص محكمة العدل الدولية بحل النزاعات القانونية التي تحيل إليها البلدان وفقا للقانون الدولي، وتقديم فتاوى في المسائل القانونية المحالة إليها من قبل أجهزة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المخولة.

1- **سامي محمد عبد العال،**" دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار"، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق -طنطا-، مصر، في الفترة من 29 إلى 30 أفريل ، 2015، ص 5. متوفر على الموقع:
Law.tanta.edu.eg.

2- ملخص عن محكمة العدل الدولية، ص 1. متوفر على الموقع الرسمي للمحكمة:
www.icj-cij.org.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/03/10، على الساعة: 17:00.

تتخذ المحكمة قراراتها وفقا للمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها، إضافة إلى العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون والأحكام القضائية ومذاهب كبار المؤلفين في القانون الدولي والتي تعتمد عليها كوسائل فرعية.

لا يجوز إلاّ للبلدان أن تكون طرفا في القضايا المرفوعة أمام هذه المحكمة، ولا يمكن لهذه الأخيرة البث في نزاع إلاّ إذا كانت البلدان المعنية قد قبلت باختصاصها[1]. هذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى اختصاص هذه المحكمة في الفصل في نزاعات الاستثمار التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي؟.

طبقا لنص المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تنص على أنّه: ***"للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوي التي ترفع للمحكمة"***،لا يحق للأفراد أو المنظمات الدولية المثول أمام هذه المحكمة فهذا الحق تملكه فقط البلدان التي لها حق التقاضي أمام هذه المحكمة.

بالتالي لا يملك المستثمر الأجنبي فردا كان أم شركة حق المثول أمام المحكمة مباشرة، والوسيلة الوحيدة للجوء إلى هذه المحكمة هو قيام دولة المستثمر بعرض النزاع أمامها استنادا إلى دعوى الحماية الدبلوماسية. فالفقه الدولي يعترف بحق الدولة في حماية مصالح رعاياها ويمنح لها الأهلية في رفع الدعوى أمام القضاء الدولي في حالة الاعتداء على هذه الحقوق والمصالح، ودعوى الحماية هذه ضمانة مهمة لحماية حقوق المستثمر الأجنبي[2].

تعرّف الحماية الدبلوماسية على أنّها: ***"نظام تقليدي يحق بموجبه لأية دولة ذات سيادة، أن تطالب بإصلاح مخالفات القانون الدولي التي ترتكبها دولة أجنبية وتسبب أضرارا للأخرى، ويركز هذا الاتجاه على الجانب الشكلي كإجراء ووسيلة لحماية حقوق رعاياها عن طريق تبني دعواهم من قبل حكومات دولهم"*** .

1- ملخص عن محكمة العدل الدولية، مرجع سابق، ص ص 1 و2.
2- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 5.

وفي مجال الاستثمار على أنّها: ***"الإجراء الذي تلجأ إليه الدولة سعيا لتأمين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بحسب جنسيته لدى دولة أخرى، بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي"*** [1].

لمباشرة الدولة للحماية الدبلوماسية لابدّ من توافر ثلاثة (03) شروط هي: شرط الجنسية، وشرط استنفاذ المستثمر المتضرر لكل طرق الطعن الداخلية المتاحة لدى الدولة المضيفة المدعى عليها وشرط الأيادي النظيفة **(أولا)**، ولاشك أنّ لهذه الحماية دورا في حل النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف عقود الاستثمار، كونها تهدف إلى إصلاح الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي وبأمواله في إقليم الدولة المضيفة **(ثانيا)**.

أولا: شروط ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية

تتمثل شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية في شرط الجنسية **(1)**، شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية **(2)**، وشرط الأيادي النظيفة **(3)**.

1- شرط الجنسية:

لا تستطيع الدولة التصدي لحماية الأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم معنويين (اعتباريين) إلاّ إذا توافرت رابطة التبعية بينها وبين هؤلاء الأشخاص، فقد استقر الفقه والقضاء الدوليان على اعتبار رابطة التبعية الأساسية التي يمكن أن تكون أساس الحماية الدبلوماسية هي رابطة الجنسية التي تربط بين طالب الحماية والدولة التي تتصدى لحمايته.
تأكد وجوب توافر شرط الجنسية لممارسة الحماية الدبلوماسية في نصّ المادة 3 من مشروع لجنة القانون الدولي والتي نصّت على أنه: ***"الدولة التي يحق لها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي دولة الجنسية"*** [2].

1- **عليوط زكرياء & حطاب فؤاد**، "الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص ص 1387 و 1388. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

2- **شريفي راضية**، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017، ص 329.

تعتبر الجنسية التبعية القانونية والسياسية التي تحددها الدولة فتخلع بها الصفة الوطنية عن الفرد، وهي التي تعطي للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية إذا أصيب أحد رعاياها بضرر تسبّبت به الدولة الأجنبية[1].

إذا كان طالب الحماية الدبلوماسية شخصا طبيعيا فإنّه يشترط أن يكون من مواطني الدولة التي تحميه ويحمل جنسيتها وفقا لما تحدده تشريعاتها الوطنية، ولا يختلف الأمر بالنسبة للشخص المعنوي الذي يجب أن يتمتع أيضا بجنسية الدولة الطالبة للحماية، ووفقا للقواعد العامة للقانون الدولي فإن هذه الدولة هي التي تملك الحق في تحديد معيار التبعية بينها وبين هذا الشخص المعنوي، إما بالأخذ بمعيار التأسيس أو مركز الإدارة الرئيسي أو مركز الاستغلال أو النشاط.

استقر الرأي الراجح في الفقه على الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي لتحديد جنسية الشخص المعنوي، باعتبار أن هذا المعيار يحول دون تحايل المؤسسين وهو المعيار الذي يتميز بالثبات والاستقرار، فلم يلق انتقادات جدية. وحتى المشرع الجزائري يأخذ بهذا المعيار في مسألة تحديد جنسية الشخص المعنوي[2].

في حالة تعدد جنسيات الشخص المتضرر طالب الحماية ذهب الفقه الحديث إلى الأخذ بمعيار الجنسية الفعلية كأساس للتفضيل بين الجنسيات المتراكمة.

عليه فالدولة التي تطلب حماية المستثمر الذي يتمتع بجنسيتها مع تمتعه بجنسيات بلدان أخرى، يشترط أن يكون هناك ارتباطا واقعيا وحقيقيا وليس ارتباطا صوريا بين هذه الدولة الطالبة للحماية والمستثمر المتضرر، فإذا ثبت من خلال الوقائع والحقائق أن هذا المستثمر متعدد الجنسيات يعيش ويرتبط بإحدى البلدان التي يتمتع بجنسيتها، ومندمج فعليا وواقعيا مع جماعتها الوطنية بالمقارنة مع البلدان الأخرى التي يحمل جنسياتها، كانت جنسية هذه الدولة هي الغالبة[3].

لتجنب استخدام الجنسية كأسلوب للتحايل على اشتراط توافر الجنسية كرابطة تبرر مباشرة الدولة للحماية الدبلوماسية، وحتى لا يلجأ الأفراد إلى التجنس الوهمي بجنسية دولة

1- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 5.
2- **عليوط زكرياء & حطاب فؤاد**، مرجع سابق، ص ص 1394 و 1395.
3- مرجع نفسه، ص 1394.

معينة لضمان حمايتها ضد دولة أخرى، أقرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام 1955 في قضية "نوتيبوم" بين إمارة ليشتنشتاين وبين جمهورية غواتيمالا، أن القانون الدولي يقر لكل دولة إرساء القواعد التي تنظم كيفية منح جنسيتها ما لم يتم تنظيم هذه المسألة في اتفاقية مبرمة بين البلدان المعنية بقواعد خاصة[1].

2- شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية:

لا تتم حماية الدولة لرعاياها الذين يستثمرون في الخارج بمجرد توافر علاقة التبعية بينها وبين هؤلاء المستثمرين، إنّما يستلزم الأمر أن يكون المستثمر الذي يدعي الضرر قد استنفذ دون نجاح طرق الطعن الداخلية المتاحة في تشريع الدولة المضيفة، ويجب أن يكون هناك دليل قاطع على أنّ الدولة المضيفة المسؤولة عن الضرر اللاحق بهذا المستثمر لم تقم بجبر هذا الضرر وتعويض المستثمر.

عليه فدولة المستثمر إذا ما أرادت حمايته دبلوماسيا عن طريق تبني دعوى أمام القضاء الدولي، يجب أن يكون هذا المستثمر قد استنفذ طرق الطعن الداخلية، فنظرا لسمو القانون الدولي على القانون الداخلي يقتضي الأمر عدم اللجوء إلى النظام القانوني الأعلى درجة، حتى يتم استنفاذ طرق الطعن التي يتيحها القانون الأدنى أي القانون الداخلي الدولة المضيفة[2].

في هذا الصدد، نشير إلى قرار محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 21 نوفمبر ويتعلق بقضية إنترهاندل بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث اعتبرت هذه الأخيرة أن الشركة السويسرية إنترهاندل ما هي في الواقع إلاّ شركة (ك-ج فيراري الألمانية) وقامت بوضعها تحت الحجز.

على إثر ذلك قامت شركة إنترهاندل بالإجراءات القضائية وطالبت بالحماية الدبلوماسية من دولة سويسرا، لكن المحكمة رفضت هذه الدعوى لعدم استنفاذ طرق الطعن الداخلية لدى المحاكم الأمريكية[3].

1- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 6.
2- **شريفي راضية**، مرجع سابق، ص ص 372 وما يليها.
3- **عليوط زكرياء & حطاب فؤاد**، مرجع سابق، ص 1396.

3- شرط الأيادي النظيفة:

يعتبر هذا الشرط تطبيقا للنظرية المعروفة في إطار قانون المسؤولية الدولية والتي يعبر عنها الفقيه الأنجلوساكسوني بنظرية الأيادي النظيفة. فلا يمكن للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية إلاّ إذا كان الفرد المتضرر لم يساهم بسلوكه في حدوث هذا الضرر، كأن يتسبب في وقوع الضرر بسبب عدم اتّخاذه للحيطة اللازمة أو الحذر الضروري، أو بسبب مخالفته للقوانين المحلية[1].

يرى بعض الفقه، أنّ شرط الأيادي النظيفة هو شرط ثالث من شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية، فحتى تقبل دعوى الحماية الدبلوماسية التي ترفع من قبل دولة المستثمر الأجنبي المتضرر، يجب أن لا يكون هذا المستثمر طالب الحماية هو المتسبب في الضرر الذي لحقه، كأن يخالف أحكام قانون الدولة المضيفة وينتهج سلوكا يعاقب عليه القانون، مثل انخراطه في تجارة المخدرات أو الجوسسة أو قيامه بأعمال إرهابية داخل إقليم الدولة المضيفة[2].

رغم أهمية شرط الأيادي النظيفة إلاّ أنّ جانبا من الفقه لا يعتبره شرطا من شروط ممارسة الدولة حقها في الحماية الدبلوماسية، إنّما أساسا من أسس رفض الدعوى[3].

ثانيا: دور الحماية الدبلوماسية في حل النزاعات الناشئة بين أطراف عقود الاستثمار

تعتبر الحماية الدبلوماسية نظام جاء ليتدارك عدم وجود نظام عالمي يضمن للشخص المثول أمام القضاء الدولي باعتبار أنّ هذا الحق مخول فقط للبلدان صاحبة السيادة. فالمستثمر الأجنبي باعتباره لا يطمئن للقضاء الداخلي للدولة المضيفة ويتخوف من عرض النزاع القائم بينه وبين هذه الدولة أمام هذا القضاء، لأسباب عديدة أهمها الخوف من تحيز القضاء الوطني لصالح الدولة المضيفة، كما أنّه لا يحق له مقاضاة هذه الدولة أمام القضاء

1- **فاروق محمد الحاج شيماء**، شروط الممارسة الدولية للحماية الدبلوماسية (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، قسم: القانون، جامعة إفريقيا العالمية، الخرطوم، 2017، ص 82.
2- **رمضان علي عبد الكريم دسوقى عامر**، مرجع سابق، ص 267.
3- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 9.

الدولي، لأن القانون الدولي لا يعترف له بالشخصية القانونية الدولية، لعدم توافره على شرطين هما: عدم التعبير عن الإرادة الذاتية في مجال القانون الدولي وعدم التمتع بالحقوق والالتزامات الدولية، هذا ما يجعله يلجأ إلى الدولة التي ينتمي إليها لحمايته والمطالبة بحقه، عن طريق تبني هذه الدولة لدعوى الحماية الدبلوماسية ضد الدولة المضيفة.

تهدف الحماية الدبلوماسية للاستثمارات إلى تجسيد احترام الدولة المضيفة لحقوق وواجبات المستثمر وعدم التعرض لأمواله إلا بتوافر شروط معينة مع الالتزام بدفع تعويض عادل ومنصف[1]. لكن هذه الحماية الدبلوماسية غالبا ما تحيط بها عوامل واعتبارات تؤثر في مباشرتها وفعاليتها وأبرز هذه العوامل تتمثل:

- تضمين عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر المتضرر شرط التنازل عن الحماية الدبلوماسية وهو ما نجده خاصة في عقود الامتياز، أو شرط يقضي بعدم قبول أية مطالبة دولية بشأن العقد المبرم، تطبيقا لشرط كالفو الذي يقوم على فكرة أنّ الفرد يتنازل عن حماية دولته له دبلوماسيا. ورغم الخلاف حول صحة هذا الشرط من عدمه نجد غالبية أحكام القضاء الدولي تنكر كل أثر له، باعتبار أنّ الحماية الدبلوماسية حقا دوليا خاص بالدولة وليس حقا خاصا بالفرد بالتالي لا يمكن لهذا الفرد التنازل عنه.

- ضرورة توافر شروط معينة لمباشرة إجراءات الحماية الدبلوماسية من شأنه أن يؤدي في بعض الأحيان إلى استحالة إعمالها أو صعوبة مباشرتها. فمثلا استلزام وجود رابطة الجنسية بين الشخص والدولة التي تتولى حمايته، من شأنه تعقيد مباشرة تلك الإجراءات في حالة ما إذا كان الشخص عديم الجنسية، أو في حالة ازدواج أو تعدّد جنسيته ما قد يجعل إحدى البلدان التي يحمل جنسيتها تتردد في رفع دعوى المسؤولية ضد الدولة الأخرى التي يحمل جنسيتها أيضا[2].

تظهر هذه الصعوبة أيضا في حالة المساهمين في شركة الذين أصابهم الضرر إذا كانوا من جنسيات مختلفة، وهو أمر شائع الحدوث نظرا لوجود الشركات المتعددة الجنسيات وتزايد الاستثمار الأجنبي الخاص في شكل شركات المساهمة.

1- **عليوط زكرياء & حطاب فؤاد**، مرجع سابق، ص ص 1391 و 1392.
2- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 10.

- للدولة السلطة التقديرية الكاملة في رفع دعوى الحماية الدبلوماسية من عدمها وبأي طريق من طرق التسوية تراه مناسبا لمصالحها الحيوية ووفق الأوضاع السياسية السائدة بها. وقد تفضل الدولة التي ينتسب إليها المستثمر المتضرر عدم مطالبة الدولة المسؤولة لإصلاح الضرر، لاعتبارات سياسية تمنعها من توجيه الدعوى أو حتّى مجرد الإشارة للموضوع، أو بسبب قطع العلاقات الدبلوماسية أو توترها أو خشية المساس بالعلاقات وروح التعاون الذي يربط بين دولة المستثمر والدولة المضيفة، وغيرها من الحالات التي لا تخدم المصلحة العامة للدولة.

- الخصومة الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر بعد تدويلها عن طريق الحماية الدبلوماسية، تصبح خصومة بين دولة المستثمر والدولة المضيفة ولا يكون للمستثمر أي دور إلاّ في الحالات الاستثنائية. وقد يتبع ذلك تهديد مصالح هذا المستثمر فقد تتدخل اعتبارات سياسية تؤدي إلى التصالح بين الدولتين، كما قد تهمل دولة المستثمر متابعة القضية وتدعيمها ما قد يؤدي إلى ضياع حقوق هذا المستثمر وعدم حصوله على التعويض الكاف، وأكثر من ذلك فقد تقرر هذه الدولة توزيع مبلغ التعويض الذي يتفق عليه أو يحكم به دون مراعاة مصلحة المستثمر[1].

نجد أنّ أغلب اتفاقيات الاستثمار تستبعد الحماية الدبلوماسية أو تحيد عنها في أغلب الأحيان، فمثلا اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي CIRDI رغم أنّها تتيح للمستثمر الأجنبي إمكانية الوقوف أمام المركز الدولي على قدم المساواة مع الدولة المضيفة، إلاّ أنّها تمنع دولة هذا المستثمر من ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحه. لكن في حالة عدم تنفيذ الدولة المضيفة للحكم الصادر في موضوع النزاع، لدولة المستثمر الحق في التدخل لحماية مصالح رعيّتها عن طريق لجوئها إلى الحماية الدبلوماسية[2].

في هذا الصدد، نصّت المادة 27/1 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"1- لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع اتّفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل***

1- **سامي محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص ص 11 و 12.
2- **قبايلي الطيب**، "تدخل الدولة لحماية مصالح رعاياها في ظل اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 118. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، إلاّ إذا رفضت الدولة المتعاقدة الأخرى تنفيذ الحكم الصادر في النزاع".

تجدر الإشارة إلى أنّه في حالة رفع دولة المستثمر لدعوى الحماية الدبلوماسية ضد الدولة المضيفة، فإنّ محكمة العدل الدولية تنظر فقط في مسألة عدم تنفيذ حكم التحكيم وأسبابه وتقدير نتائجه، ولا يمتد اختصاصها إلى تفسير الحكم أو التطرق إلى موضوع الدعوى الأصلية نظرا لنهائية أحكام تحكيم المركز الدولي[1].

الفرع الثاني

دور محكمة الاستثمار العربية في حل نزاعات عقود الاستثمار

تختص محكمة الاستثمار العربية بالنظر في نزاعات الاستثمار التي تنشأ بين إحدى البلدان الأطراف في اتفاقية تأسيسها والمستثمرين العرب، ورغم أنها تحتاج إلى توسيع اختصاصها ليشمل المستثمرين الأجانب مهما كانت جنسياتهم، لكنها تعد نموذجا مثاليا للقضاء الدولي المختص في تسوية نزاعات الاستثمار، وهو ما سندرسه من خلال التعرض لتنظيم محكمة الاستثمار العربية **(أولا)**، والمرحلة التنازعية أمام هذه المحكمة **(ثانيا)**، ومن ثم تقييم دورها في حل نزاعات الاستثمار وحماية مصالح الأطراف في عقود الاستثمار **(ثالثا)**.

أولا: تنظيم محكمة الاستثمار العربية

أنشئت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام 1980، وتم وضع النظام الأساسي لها من طرف الهيئة العربية للاستثمار عام 1985 ليعدل عام 2009، أمّا المحكمة فقد تشكّلت بموجب قرار

1- **قبايلي الطيب**، "تدخل الدولة لحماية مصالح رعاياها ..."، مرجع سابق، ص 119.

المجلس الاقتصادي 1991[1]. والجزائر تعتبر من بين البلدان المصادقة على هذه الاتفاقية عام 1995 (كما أسلفنا الذكر).

تعتبر محكمة الاستثمار العربية هيئة مؤقتة مقرها هو المقر الدائم لجامعة الدول العربية، حيث نصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدولة العربية على أن يؤول اختصاص هذه المحكمة إلى محكمة العدل العربية عند إنشائها[2]. مع ذلك استطاعت هذه المحكمة أن تنافس آليات أخرى لتسوية نزاعات الاستثمار مع أمل السعي لتطوير وتدعيم اتفاقية التأسيس لعام 1980، حتى تصبح هذه المحكمة قانون إقليمي حقيقي للاستثمارات يعمل على تطوير اقتصاد المنطقة العربية.

تتشكل محكمة الاستثمار العربية من خمسة (05) قضاة على الأقل وعدد من الأعضاء الاحتياطيين، كل واحد منهم ينتمي إلى جنسية عربية مختلفة يختارهم المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية من بين مرشحي البلدان الأطراف، ومن بين هؤلاء القضاة يعين المجلس رئيسا للمحكمة تحدّد مدة عضويته بثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد، وتنعقد المحكمة في دائرة واحدة أو عدّة دوائر حسب ما تقرره الجمعية العامة على أن لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة (03) قضاة.

يلحق بالمحكمة مفوض أو أكثر يتولى المجلس اختيارهم لمدة ثلاث (03) سنوات قابلة للتجديد، ويتم اختيارهم من بين قائمة من القانونيين العرب تعد مسبقا لهذا الغرض، حيث تقوم كل دولة طرف بترشيح اثنين منهم وفي حالة تعددهم يعين المجلس أحدهم رئيسا [3].

على خلاف العديد من الهيئات القضائية الإقليمية كالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أو الدولية كمحكمة العدل الدولية، نجد محكمة الاستثمار العربية قد أخذت بمبدأ التعيين بدل الانتخاب. وهو ما يعكس تبعية المحكمة أو إدماجها إلى حدّ كبير في النظام المؤسساتي

1- **بوجلال صلاح الدين**، "طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر-محكمة الاستثمار العربية-"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 21، العدد 2، 2015، ص ص 32 و 33. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- **بوجلال صلاح الدين & بوغابة شافية**، "طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر -محكمة الاستثمار العربية-"، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص 30. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

3- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص 33.

لجامعة الدول العربية، وتتأكد هذه التبعية أكثر على مستوى ميزانية المحكمة وامتيازات القضاة وحتى على مستوى مقر المحكمة[1].

يعدّ اختصاص محكمة الاستثمار العربية اختصاصا محدودا وضيقا، حيث أنّه يتعلق بتسوية النزاعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، كما تختص بتقديم آراء استشارية بناء على طلب إحدى البلدان العربية المتعاقدة.

تتمتع هذه المحكمة بصلاحيات واسعة فيما يخص مراحل إجراءات المحاكمة، فلكل طرف الحرية في إبداء طلباته ودفوعه شفهيا أو كتابيا وتكون الجلسات علنية، ويمكن للخصوم طلب أن تكون الجلسة سرية. وطبقا للمادة 21 من الاتفاقية يجوز للمستثمر اللجوء لمحكمة الاستثمار العربية أو اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، وفي حالة رفع أحد الخصوم دعوى أمام أي منهما لا يحق له رفع نفس الدعوى أمام الجهة الأخرى[2].

ثانيا: المرحلة التنازعية أمام محكمة الاستثمار العربية

عند نشوب نزاع بين أطراف عقود الاستثمار وانعقاد الاختصاص لمحكمة الاستثمار العربية، تبدأ المرحلة التنازعية والتي تكون مؤطرة بمجموعة من القواعد الموضوعية والإجرائية إلى حين صدور الحكم ومدى قابليته للطعن والنفاذ.

ثمة مجموعة من الإجراءات ينبغي إتباعها وفقا للنظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، حيث يتم رفع الدعوى أمام هذه المحكمة بإيداع عريضة لدى مسجل المحكمة الذي يقوم بتبليغ صورة عنها ومرفقاتها إلى المدعى عليه في ميعاد لا يتجاوز 15 يوما من يوم تقديمها[3].

بعد انتهاء المواعيد الخاصة بالردود والدفاع من جانب المدعى عليه والمدد الممنوحة للمدعي لتقديم مذكراته التعقيبية، يقوم مسجل المحكمة بإرسال ملف الدعوى إلى مفوض

1- **بوجلال صلاح الدين & بوغابة شافية**، مرجع سابق، 30.
2- **عبد السلام أحمد حسين امحمد**، "تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار وفقا لقانون تشجيع الاستثمار الليبي"، مجلة البحوث القانونية، العدد 12، 2021، ص 21.
3- أنظر المادتين 24 و 26 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية. متوفر على الموقع: https://almeezan..qa.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/02/10، على الساعة: 09:30.

المحكمة[1] الذي يتولى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة، ويمكن له أن يتصل بالهيئات ذات الصلة للحصول على ما يحتاجه من بيانات وأوراق، كما له أن يستدعي أطراف الدعوى للاستفسار عن الوقائع الضرورية أو حتى تكليفهم بتقديم مذكرات أو مستندات تكميلية. وبعد إتمام تهيئة الدعوى يودع المفوض تقريرا يحدد فيه الوقائع والمسائل القانونية التي يثيرها النزاع ويبدي رأيا مسبّبا بشأنها[2].

تتمتع المحكمة بصلاحيات واسعة في المرحلتين التي تمر بها الإجراءات الكتابية والشفوية، ولكل طرف من أطراف الدعوى أن يبدي دفاعه بنفسه شفويا أو بمذكرات أو بواسطة أحد المحامين المقبولين للمرافعة أمام محاكم الاستئناف أو ما يوازيها في درجتها بإحدى البلدان العربية. وتكون المرافعة علنية إلاّ إذا رأت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أطراف الدعوى أو أحدهم دون اعتراض باقي الأطراف إجراءها سرّا[3].

يمكن للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسبا من التدابير التحفظية أو المؤقتة في المسائل التي يخشى فيها وقوع أضرار يتعذّر تداركها، بناء على طلب وقتي أو تحفظي يقدم بموجب عريضة يحدّد لها جلسة عاجلة ويخطر باقي الأطراف بهذه الجلسة، ولا يجوز اتّخاذ التدابير إلاّ بعد إعلان الخصوم[4]. كما مكنت الاتفاقية العربية الأطراف الذين لا تشملهم اختصاصات المحكمة من التقدم بطلب للتدخل في الدعوى إذا كانت لهم مصلحة يؤثر عليها الحكم الصادر في هذه الدعوى[5].

تتم المداولة في الأحكام بطريقة سرية بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، على أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة النطق بالحكم، وإن وقع لأحدهم مانع يمنعه من الحضور يبقى عليه الالتزام بالتوقيع على مسودة الحكم[6].

1- أنظر المادة 26 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سابق.
2- أنظر المادة 29 من النظام الأساسي نفسه.
3- أنظر المادة 40 من النظام الأساسي نفسه.
4- أنظر المادة 39/2 من النظام الأساسي نفسه.
5- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص 37.
6- أنظر 43/1 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، مرجع سابق.

تصدر الأحكام بأغلبية الآراء وإذا لم تتوافر الأغلبية وتعددت الآراء لأكثر من رأيين، يجب أن ينظم الفريق الأقل عددا أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة إلى أحد الرأيين الصادرين من الأكثر عددا بعد أخذ الآراء مرة ثانية، وفي حالة تساوي الآراء يرجح الرأي الذي يدعمه الرئيس.

يجب أن يشتمل الحكم على أسماء القضاة المشاركين في إصداره وللقاضي المعارض أن يثبت أسباب اعتراضه في نهاية الحكم الذي ينطق في جلسة علنية. ويتم إيداع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه موقعة من الرئيس والأعضاء عند النطق بالحكم وإلاّ كان باطلا على أن تحفظ المسودة بملف الدعوى[1].

تصدر محكمة الاستثمار العربية أحكاما نهائية غير قابلة للطعن فلا يقبل إلاّ تصحيح الأخطاء المادية البحتة سواء كانت كتابية أو حسابية، حيث تتولى المحكمة بقرار تصدره بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها ومن دون مرافعة تصحيح تلك الأخطاء، على أن يجري مسجل المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية مرفوقة بتوقيعه وتوقيع الرئيس[2].

يمكن للمحكمة أن تنظر في تفسير حكم يكتنفه الغموض وذلك بتقديم طلب من الأطراف إلى رئيس الدائرة التي أصدرت الحكم، فيقوم كاتب الجلسة بتدوين الحكم الصادر بالتفسير على هامش النسخة الأصلية للحكم، ولا يجب اتّخاذ التفسير ذريعة لصدور حكم مناقض للحكم الأصلي أو معدلا له وإلاّ كان الحكم باطلا[3].

لا يخضع الحكم الصادر عن محكمة الاستثمار العربية لإجراء الرقابة، عن طريق الاعتراف به من قبل المحاكم الوطنية أو منحه الصيغة التنفيذية عند تنفيذه داخل كل دولة طرف في الاتفاقية العربية الموحدة، فقد نصّت المادة 34/4 من هذه الاتفاقية على ما يلي : ***"يكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف، ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكما نهائيا قابلا للنفاذ صادرا من قضائها المختص"***.

1- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص 13.
2- أنظر المادة 47 من النظام الأساسي لحكمة الاستثمار العربية، مرجع سابق.
3- أنظر المادة 48 من النظام الأساسي نفسه.

قد تواجه الأحكام القضائية أو التحكيمية صعوبات أثناء التنفيذ خاصة ما تعلّق بمسألة حصانة الدولة ضدّ التنفيذ، وبالرجوع إلى الاتفاقية العربية الموحدة أو النظام الأساسي للمحكمة لا نجد أيّ نص يتعلّق بهذه المسألة.

لكن أيّا كانت المواقف بشأن افتراض أو عدم افتراض تنازل الدولة عن حصانتها ضدّ التنفيذ، ووفقا لقواعد القانون الدولي العام فإنّ تنفيذ الدولة لالتزاماتها يجب أن يكون بحسن نية، بما فيها الالتزامات التي تفرضها المحاكم القضائية. والتزام البلدان العربية بتنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة الاستثمار العربية سيولّد الطمأنينة لدى المستثمر العربي وتزداد فعالية المحكمة كأحد أهم الآليات المؤسساتية لتسوية نزاعات الاستثمار العربية[1].

ثالثا: تقييم دور محكمة الاستثمار العربية في حل نزاعات الاستثمار

يعدّ إنشاء محكمة الاستثمار العربية خطوة مهمة بالنسبة للبلدان العربية التي أصبحت تملك أداة قانونية، تؤهلها لخلق الثقة بين الدولة العربية المضيفة للاستثمار والمستثمر العربي رعية الدولة العربية الأخرى، فهذه المحكمة هي ترجمة لأهداف اتفاقيات العمل الاقتصادي العربي والقرارات الصادرة عن المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية من أجل تعزيز التنمية العربية الشاملة والتكامل الاقتصادي العربي، وسعيا من المجلس لتوفير مناخ ملائم للاستثمار العربي المشترك من خلال وضع قواعد وأسس الاستثمار في إطار نظام قانوني موحد وواضح ومستقر، تكون المحكمة أحد أدواته للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بسبب تطبيق أحكام الاتفاقية[2].

تعتبر محكمة الاستثمار العربية بفضل الاتفاقية العربية الموحدة هي المسؤولة عن حل النزاعات التي قد تنشأ بين الشركات والأفراد في الوطن العربي، فبدلا من عرض النزاع على قاض أجنبي أو محكم يتم اللجوء إلى هذه المحكمة لكن هذه الأخيرة تظهر في حالة شبه عطالة[3]. إذ على المستوى العملي لم تنظر المحكمة إلاّ في عدد محدود من

1- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص 44 وما يليها.
2- **بوجلال صلاح الدين & بوغابة شافية**، مرجع سابق، ص ص 43 و 44.
3- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص 46.

القضايا، أبرزها قضية الحكومة الليبية الممثلة في هيئة تشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة التابعة لوزارة الاقتصاد ضدّ شركة الخرافي الكويتية.

تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ هيئة تشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة منحت ترخيصا لشركة كويتية من اجل إنشاء مشروع استثماري في تاجوراء بطرابلس بقيمة إجمالية تصل إلى 13 مليون دولار، على أن ينفّذ هذا المشروع خلال مدة سبع سنوات ونصف.

أبرم هذا العقد بموجب قانون تشجيع الاستثمار رقم (5) لسنة 1997، إلاّ أنّه في عام 2010 ألغت الحكومة الليبية الترخيص الممنوح للشركة الخرافي بسبب تعثر تنفيذ المشروع الاستثماري، فنشأ نزاع بين الطرفين المتعاقدين. وباعتبار أن المادة 29 من العقد المبرم بين هذين الطرفين نصّت على اختصاص محكمة الاستثمار العربية بتسوية أيّ نزاع ينشأ عن تفسير بنود العقد، تم عرض النزاع القائم على هذه المحكمة.

أصدرت المحكمة حكمها في القضية بتاريخ 2013/03/22، حيث أقرّت بتعويض شركة الخرافي بمبلغ 900 مليون دولار عن الكسب الفائت عن الفرص الضائعة المحققة والمؤكدة، و30 مليون دولار عن الأضرار الأدبية إضافة إلى 5 مليون دولار قيمة خسائر المصروفات، ومليون و940 ألف دولار رسوم ومصاريف التحكيم مع فائدة 4% من إجمالي مبالغ التعويضات المحكوم بها من تاريخ 2013/03/22. وقد أعطت هيئة المحكمة صفة النفاذ المعجل للحكم الصادر[1].

يمكن إرجاع هذا العزوف عن اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية إلى كون المستثمر العربي لا يكاد يعرف شيئا عن هذه المحكمة، أو قد يشكك في مدى إلزامية أحكامها، وقد يرجع ذلك إلى العقلية العربية وإلى التقاليد التي تدفع بالكثير للجوء إلى التسوية الودية على حساب التسوية القضائية.

1- **عبد السلام أحمد حسين امحمد**، مرجع سابق، ص ص 21 و 22.

كما أن المستثمر العربي لا يثق كثيرا في الإطار القانوني الذي توفره له الاتفاقيات العربية رغم الخطاب الوحدوي الذي تعتمده هذه الاتفاقيات والذي أسست عليه، إضافة إلى تذبذب العلاقات العربية البينية ما أدى إلى ضعف الاستثمارات من و إلى البلدان العربية[1].

قد تكون بعض الحلول لتفعيل دور محكمة الاستثمار العربية تكمن في ما يلي:

- ضرورة التواصل مع غرف التجارة بالوطن العربي ونقابات وجمعيات المحامين وإصدار نشرات إعلامية وعمل حلقات نقاش وحلقات ولقاءات مع المستثمرين، حتى يتّضح لهم دور المحكمة وطبيعة نظامها وأحكامها وإجراءات التقاضي أمامها.

- تنظيم مؤتمرات وورشات عمل بالتنسيق مع أمانة المجلس الاقتصادي والاجتماعي لتفعيل دور المحكمة أكثر.

- فض النزاعات القائمة بين الأطراف بشكل سريع وتحقيق العدالة وتطبيق القانون، وكلها عوامل من شأنها جذب المستثمر وتحفيزه على استثمار أمواله وإقامة مشاريعه في الوطن العربي.

- فصل الخلافات السياسية عن عملية التكامل الاقتصادي العربي في كل مجالاته ومستوياته، مع ضرورة الدعم السياسي للتكامل الاقتصادي وإزالة كافة المعوقات التشريعية والإدارية والإجرائية التي تعيق تحقيق هذه الغاية.

- ضرورة وضع البلدان العربية لإستراتيجية ذات أبعاد سياسية واقتصادية واجتماعية قريبة ومتوسطة وبعيدة المدى مع مراعاة الأوضاع السياسية والاقتصادية السائدة بها[2].

كنظرة عامة حول تقدير دور القضاء في حل نزاعات الاستثمار وتقييمه، نقول أنه رغم الإصلاحات التي أقدمت عليها البلدان المضيفة يبقى المستثمر الأجنبي لا يتمتّع بالرضا التام للقضاء خاصة القضاء الوطني، ويفضّل اللّجوء إلى التحكيم لفضّ نزاعات الاستثمار في حالة فشل التّسوية الودية في حلّ النزاع الذي هو طرف فيه، وذلك إن تمّ اللّجوء إلى هذه التّسوية أوّلا.

1- **بوجلال صلاح الدين & بوغابة شافية**، مرجع سابق، ص 44.
2- **بوجلال صلاح الدين**، مرجع سابق، ص ص 46 و 47.

الفصل الثاني

من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

تعدّ مسألة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على نزاعات الاستثمار، من أهم المسائل القانونية التي تثيرها هذه النزاعات، فقد اختلفت الآراء حول القانون الواجب التطبيق عليها.

إنّ مسألة اختيار نظام قانوني معيّن ليحكم روابط الاستثمار، يرتبط أساسا بالنتائج المترتبة على تطبيق هذا النظام القانوني الذي تمّ اختياره، ليحكم أصول وقواعد الرابطة الاستثمارية التي تربط بين الدولة والمستثمر.

كما تظهر أهمية هذا الاختيار فيما يتعلق بالآثار الناجمة عن عقد الاستثمار، فيما يتعلق بتنفيذه أو عدم تنفيذه، وما يتعلق بحقوق الطرف المتضرر، ومدى إمكانية تعديل شروط العقد نتيجة تغير الظروف.

لا تزال مسألة القانون الواجب التطبيق على نزاعات الاستثمار من المسائل الخلافية بين الأطراف المتعاقدة، والتي قد يؤدي تعثرها إلى الفشل في إبرام عقود الاستثمار. رغم ذلك هناك من قسّم هذه المسألة إلى حاليتن: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق **(المبحث الأول)**، وحالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة، يستلزم الرّجوع إلى مبدأ القانون الدولي الخاص المعروف بـــ "مبدأ حرية أو سلطان الإرادة"، حسب ما هو معترف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين، بمعنى أنّ العقد يخضع لقانون الإرادة الذي أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، واختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يكون إمّا اختيارا صريحا أو اختيارا ضمنيّا[1].

نصت العديد من اتفاقيات الاستثمار على أنّ القانون الواجب التطبيق على نزاعات الاستثمار، هو القانون الذي اختاره المتعاقدين وقت إبرام عقد الاستثمار **(المطلب الأول)**.

وعلى الرغم من أهمّية تكريس قاعدة قانون الإرادة، تعرّضت هذه الأخيرة للعديد من محاولات التهميش، استهدفت الحدّ من اختصاصها لتنظيم العقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار، خاصة إذا تعلّق الأمر بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة التي تكون في أغلب الأحيان دولة نامية، فهذا القانون ليس بالقانون الوحيد الذي يمكن تطبيقه على هذه العقود، بل يُمكن أن تخضع لأنظمة قانونية أخرى، حسب ما تقتضيه المعاملات الاقتصادية الدولية **(المطلب الثاني)**.

1- **LOUSSOUARN Yvon & BOUREL Pierre**, Droit international privé, 4e Edition, Dalloz, Paris, 1993, P P 395 et 396.

المطلب الأول

خضوع النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر لقانون الإرادة

تخضع نزاعات الاستثمار كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الإرادة، وهو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على العلاقة التعاقدية التي تربط بينهما، وهو يحكم معظم المسائل المرتبطة بالعقد وليس بالضرورة أن يمس جميعها، فمثلا المسائل الخاصة بأهلية أطراف العقد، وصحة العقد شكلا، ليس بالضرورة أن يحكمها القانون نفسه[1].

في هذا الشأن دراسة تطبيق قانون الإرادة على عقود الدولة، يتطلب التطرق إلى فكرة قانون الإرادة **(الفرع الأول)**، ومدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لعقود الدولة في مجال الاستثمار **(الفرع الثاني)**، ثم إعمال قانون الإرادة بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

فكرة قانون الإرادة

وفقا للفقه التقليدي، تخضع العقود والتصرّفات القانونية لقانون محل الإبرام، لكون هذا القانون يسمح للأطراف المتعاقدة بالتعرّف على أحكامه، بغضّ النظر عن شكل العقد وموضوعه، فلم يكن للإرادة أيّ دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ولم تمنح لها سلطة تغيير هذا القانون باعتباره محدّدًا مسبقًا[2].

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 121.
2- **هشام علي صادق**، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 38.

حاول أحد فقهاء المدرسة الإيطالية اللاحقين Ruchus Curtius في عام 1495، تفسير قانون الإرادة على أساس مختلف، فذهب إلى القول أنّ أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو الإرادة الضمنيّة للمتعاقدين، اللذين اتّجها إلى اختيار هذا القانون لحكم العقد[1].

كنتيجة لهذا التفسير، ظهرت نظرية الفقيه الفرنسي Dumoulin، والتي جاء فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة الطرفين المتعاقدين، وذلك بمناسبة استشارة قدمها عام 1525، تخص النظام المالي للزوجين Ganey اللذين أرادا الخضوع للنظام المالي السائد في باريس[2]، وتجنب القواعد العرفية السائدة آنذاك في مختلف المقاطعات التي تتواجد فيها أموالهما، حيث أكّد الفقيه Dumoulin على إمكانية تطبيق العرف السائد في باريس، رغم أنّ أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد، فكون إرادة الزوجين الضمنية اتّجهت إلى اختيار قانون موطن الزوجية، فهو القانون الذي سيطبق أي أنّ النظام المالي لهما سيخضع للعرف السائد في باريس[3]، ما يظهر أنّ الإرادة هي مصدر العقد وليس القانون.

امتدت قاعدة قانون الإرادة حتّى القرن التاسع عشر، أين أطلق عليها "فكرة سلطان الإرادة"، ومع ظهور فلسفة Kant أصبحت "قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة"، والتي اعتمدها أغلب الفقهاء والقضاة، كما نصّت عليها معظم البلدان في تشريعاتها وأصبحت بذلك وظيفة الدولة في ظل هذه القاعدة تنحصر في حماية أطراف العلاقة التعاقدية ودعم حريتهم واختيارهم.

على هذا الأساس ظهرت نظرية سافيني، التي تتمحور حول تحليل مختلف العلاقات القانونية وردّها إلى مقرّها بمعنى أنّ قانون مقر العلاقة القانونية هو القانون الأنسب لحكمها.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 123.

2 - **LOUSSOUARN Yvon & BOUREL Pierre & DE VAREILLES-SOUMMIERES Pascal**, Droit international privé, 8e Edition, Dalloz, Paris, 2004, P 91.

3- **عز الدين عبد الله**، القانون الدولي الخاص، ج2، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 419.

يرى سافيني أنّه لتحديد مقر العلاقة، يجب الأخذ برغبة أصحاب المصلحة فمقر الشخص أو العلاقة هو المكان الذي يحدّده الشخص بإرادته ليكون مقرًّا له أو للعلاقة، دون الأخذ بعين الاعتبار أهداف القاعدة القانونية التي ستطبق[1].

كما ظهرت نظرية Mancini، التي تقوم على إخضاع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، تطبيقا لمبدأ "الحرية"، الذي يعدّ أحد مبادئ هذه النظرية[2].

استقرّ مبدأ سلطان الإرادة مع نهاية القرن التّاسع عشر، فأصبح للأطراف الحقّ في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، سواءً بالتطبيق المطلق لمبدأ سلطان الإرادة كما أكدّه LAURENT وأنصار النظرية الشخصية أو بالاستناد إلى قوة القانون كما أكّده BROCHER وأنصار النظرية الموضوعية. عليه أصبحت الإرادة هي التي تتحكّم في شروط العقد وتختار القانون الذي يحكمهُ، فلم يعد مبدأ سلطان الإرادة مجرّد حلّ أو تبرير لحلّ تنازع القوانين في مجال عقود الدولة، بل أصبح حلاّ بحدّ ذاته.

ممّا ساعد على استقرار هذه القاعدة، سيطرة مذهب الحريّة الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية ونظام الاقتصاد الرأسمالي أو الحرّ الذي أكّد على مبدأ حريّة التعاقد وتقديس سلطان الإرادة، باعتبارهما من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية[3].

منذ ذلك الوقت كرّست مختلف التشريعات الوطنية، وكذا الاتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم قاعدة قانون الإرادة، التي تقرر حق أطراف العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي سيحكم هذه العلاقة[4].

حرصت معظم الاتفاقيات الدولية على تكريس قاعدة قانون الإرادة بنصوص صريحة وواضحة، فنجد مثلا: اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 جوان 1955 والخاصة بالقانون

1- **أحمد عبد الحميد عشوش**، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، 1990، ص ص 54 و 55.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 124.
3- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 3، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص ص 29 و 30.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 124 و 125.

الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية، نصّت على أنّه: ***"يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدّدهُ الأطراف المتعاقدة"*** [1].

نصّت أيضا اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، أنّ تحديد القانون الواجب التطبيق يتمّ عبر الاختيار الإرادي للأطراف، فجاءت المادة 3/1 من هذه الاتفاقية كما يلي: ***"يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف."*** [2].

كما أنّ المادة 1/1 من مبادئ معهد روما "اليونيدروا" المتعلّقة بعقود التجارة الدولية، نصّت على حرية الأطراف في إبرام ما يريدون من العقود وتحديدهم لمضمون عقدهم. طبقًا لمبدأ الحرّية التعاقدية لم تخلو الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي هي الأخرى من الأحكام التي تكرّس حرّية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فنجد المادة 6 من المعاهدة الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 نصّت على أنّه: ***"يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم الاختيار يطبّق المحكم قاعدة الإسناد التي يراها ملائمة للنّزاع"*** [3].

كما نصّت المادة 21/1 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 على أنّه: ***"تفصل الهيئة في النزاع وفقًا للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتّفق عليه الطرفان..."*** [4].

1- **إقلولي محمّد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 289.

2- ***«Le contrat est régi par la loi choisie par les parties »***, Voir **JACQUET Jean-Michel**, Le contrat international, Edition Dalloz-Sirey, Paris, 1992, P 35.

3- **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 9.

4- تمّ التوقيع على هذه الاتفاقية في 14 أفريل 1987، من قبل البلدان التالية: الأردن، تونس، الجزائر، السودان، سوريا، العراق، لبنان، ليبيا، المغرب، موريتانيا، اليمن. أنظر نص الاتفاقية متوفر على الموقع:
www.legal law.ul.edu.Lb.
تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/03/17، على الساعة: 16:30.

الفرع الثاني

مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة لحل النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر

أصبحت قاعدة قانون الإرادة قاعدة مكرّسة ومعترف بها من قبل مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وبما أن عقود الدولة في مجال الاستثمار هي عقود دولية، فإنها ستخضع لنفس الآثار المترتبة عن هذه العقود. بالتالي كون العقود الدولية تعترف بحق الأطرف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، طبقا لقاعدة قانون الإرادة، نرى وجوب إعمال هذه القاعدة على عقود الاستثمار أيضا، فلأطراف هذه العقود الحرية في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا لحكم العلاقة التي تربط بينهم[1].

أشارت مختلف الاتفاقيات الدولية وقرارات الهيئات الدولية إلى خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقاعدة قانون الإرادة، فنجد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 تنص في المادة 42/1 منها على: ***"تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقًا لقواعد القانون التي يتّفق عليها الأطراف المتنازعة..."***. عليه، فإن القانون الواجب التطبيق على النزاعات أمام محاكم **CIRDI** هو القانون المختار من طرف الأطراف المتنازعة كمبدأ أساسي تعتمده هذه الاتفاقية، بإعطاء الأولوية لحرية اختيار الأطراف للقانون المطبق، طبقا لمبدأ استقلالية الإرادة[2].

يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل لكي يطبق على التحكيم، أو اشتراط تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، فيمكن أن يختاروا نظام قانوني لأيّ من الطرفين أو كليهما أو حتى قانون دولة ثالثة[3].

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 102.

2- **TANON LOPES ABEDJINAN Sandrine**, Le Droit des investissements internationaux vu par la CIJ et la CIRDI, Thèse de doctorat, Spécialité Droit Public, Université de Bordeaux, France, 2016, P 338.

3- **جلال وفاء محمدين**، مرجع سابق، ص 59.

إلى جانب هذا، يفهم من نص المادة 42/1، أنّ واضعوا اتفاقية واشنطن استبعدوا تطبيق نظرية "العقد بلا قانون" Théorie de contrat sans loi، والتي مؤدّاها أنّ وجود العقد بحدّ ذاته كافٍ، ولا يخضع لأية قاعدة قانونية، فهذه النظرية تضع الإرادة الفردية في مرتبة أعلى من أيّة قاعدة قانونية، وتعترف بوجود العقد وإحداثه لآثاره القانونية بحد ذاته فقط، دون وجود لأيّ معيار قد يتحكم في صلاحيته[1]، فالدولة والشخص الأجنبي الخاص بإمكانهم أن ينظّموا عقدهم تنظيما شاملاً ومفصّلاً، من خلال إنشاء نظام قانوني خاص يستمد قوّته من نصوص العقد ذاته على أساس أنّ العقد شريعة المتعاقدين، ويتم اللجوء إلى هذا النظام في حالة نشوب نزاع دون الحاجة إلى نظام قانوني آخر[2].

إنّ استبعاد اتفاقية واشنطن لأفكار نظرية "العقد دون قانون" راجع إلى الانتقادات التي تعرّضت لها هذه النظرية، إذ لا يستطيع الأطراف تنظيم عقدهم بصورة كاملة ومستقلة عن أيّ نظام قانوني، فقد يتخلّل تنظيمهم العقدي بعض الثغرات في المستقبل يستدعي الأمر الرجوع إلى نظام قانوني معيّن لسدّها، ما يظهر أنّ العقد لا يمكن أن ينشأ من فراغ قانوني أو يستند قط على فكرة العقد شريعة المتعاقدين وحرية إرادة الأطراف، لأنّ كل هذه المبادئ بحاجة إلى نظام قانوني معيّن تستند عليه وتستمد منه قوّتها[3].

عليه، عند عرض النزاع على محكمة تحكيم المركز الدولي، يتعيّن على هيئة التحكيم أن تبحث حول ما إذا كان هناك اتفاق من جانب الأطراف حول القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإذا تبيّن لها وجود هذا الاتفاق وجب عليها الالتزام به، أمّا إذا تبيّن لها خلاف ذلك، ترجع إلى نص الاتفاقية لتحديد القانون الذي ستطبّقه وفقا لما جاء في العبارة الثانية من نص المادة 42/1 من الاتفاقية[4].

1- **ARFAOUI Besma**, Op.cit, P 23.

2- **صلاح الدين جمال الدين محمّد**، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 62.

3- **قبايلي الطيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ...، مر مرجع سابق، ص 344.

4- تنص المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن: ***"...وإذا لم يتّفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلّقة بالموضوع"***، مرجع سابق.

اعترفت أحكام التحكيم الصادرة بشأن نزاعات الاستثمار، بحقّ الأطراف المتنازعة في اختيار النظام القانوني الحاكم لعقدهم، ففي قضية Aramco ضد المملكة العربية السعودية، أكّدت محكمة التحكيم أنّه: ***"لا بدّ من اللّجوء إلى مبدأ القانون الدولي الخاص، والمعروف باسم حرية أو استقلالية الإرادة، وبناءً على هذا المبدأ وفي أيّ عقد ذو طابع دولي ينبغي أوّلاً أن يتم تطبيق القانون الذّي اختارهُ الأطراف صراحة"*** [1].

وفي قضية AGIP ضد حكومة الكونغو، ذهبت هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون الكونغولي مكملا في حالة الضرورة بمبادئ القانون الدولي، وذلك استنادًا لإرادة الأطراف المتنازعة[2].

خلاصة على ما تقدم، فإنّ عقود الاستثمار تخضع لقاعدة قانون الإرادة مثل بقية العقود الدولية الأخرى، إذ يحق لأطراف هذه العقود اختيار القانون الذي يرونه مناسبا للتطبيق على عقدهم.

الفرع الثالث

إعمال قانون الإرادة بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني

إذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار يستند إلى اختيار الأطراف المتعاقدة، فإنّ هذا الاختيار قد يكون اختيارا صريحا **(أولا)**، كما قد يكون اختيارا ضمنيّا **(ثانيا)**.

أولا: الاختيار الصريح في تحديد القانون الواجب التطبيق

يتمثل الاختيار الصريح للقانون المطبق على عقد الاستثمار في إفصاح الأطراف المتعاقدة عن إرادتهم في تحديد القانون أو القوانين التي تحكم العقد صراحة، فالاختيار

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 104.
2- AGIP/gouvernement populaire du Congo sentence du 31 Novembre 1979 (ICSID case N° ARB/77/1), Revue critique 1982, P 92.

الصريح يكون في حالة الاتّفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح، يدرج ضمن شروط عقد الاستثمار، أو بمقتضى اتفاق مستقل عنهُ[1].

وحرية الاختيار التي يقوم عليها هذا المبدأ، تمثّل قاعدة تنازع وليس قاعدة قانوني دولي مادي كما يرى أنصار ازدواج نظام العقد[2].

يتم اختيار القانون الواجب التطبيق استنادا إلى قاعدة الإسناد باعتباره قانونًا بالمعنى الدقيق، وليس باعتباره شرطًا تعاقديًّا كما ذهب إليه المذهب الشخصي المؤسّس على مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بفكرة الإدماج، فقاعدة الإسناد المشار إليها تقوم على أساس إخضاع العقد للقانون، وليس إدماج القانون في العقد، عليه لا يمكن تعديل الاختيار أو إلغائه عند إبرام العقد[3].

عادة ما يتم التعبير عن الاختيار الصريح للقانون الذي سينظم العقد عن طريق الكتابة، حيث يعدّ شرطا يعرف بـــ "شرط الاختصاص التشريعي"، الذي يحقّق الأمان القانوني للمتعاقدين ضد المخاطر التي قد تواجههم مستقبلا[4]. وتحديد هذا القانون ليس بالأمر الصعب، طالما اتّفق الطرفان صراحة على المنظومة القانونية التي سيخضع لها هذا العقد، وهذا الاختيار له أهمية تظهر في تفادي المشاكل التي قد تثار في حالة غياب الاختيار، إذ يرى البعض: ***"أنّ المتعاقدين بتضمين عقدهم شرطًا أو بندًا يحدّد الاختصاص التشريعي، فهم يتصرفون كما يبرم عقد تأمين على الحياة تحوّطًا للمستقبل وما يكتنفه من أخطار محتملة"*** [5].

تضمّنت مختلف التشريعات الوطنية إشارة واضحة للإرادة الصريحة في العقود وكيفية التعبير عنها، مثلا في التشريع الجزائري نجد المادة 60 من القانون المدني تنصّ:

1- **لبيك شوقي**، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص:القانون الدولي الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020/2019، ص90.
2- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص245.
3- مرجع نفسه، ص257.
4- لبيك شوقي، مرجع سابق، ص91.
5- بشار محمّد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص107و 108.

"التّعبير عن الإرادة يكون باللّفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفًا كما يكون باتّخاذ موقف لا يدع أيّ شكّ في دلالته على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًّا إذا لم ينص القانون أو يتّفق الطرفان على أن يكون صريحا".

من خلال نصّ المادة، يتّضح لنا أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة والضمنية معا، فيجوز للمتعاقدين التعبير عن إرادتهم صراحة وهناك عدّة طرق للتعبير عن ذلك كما وضّحته هذه المادة، كما يجوز لهم التعبير عن إرادتهم ضمنيّا في حالة ما إذا لم ينص القانون أو لم يتّفقوا على أن يكون التعبير صريحًا.

في المجال الإتفاقي، نصّت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة أوراسكوم تليكوم صراحة على القانون الواجب التطبيق، وذلك في المادة 8 منها[1].

نفس الشيء تضمنته اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت[2].

أمّا على المستوى الدولي، فقد أكّد مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بأثينا سنة 1979، على ضرورة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث جاء في المادة 1/4 من قراره: ***"من المأمول فيه أن يعيّن الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم"*** [3].

1- تنّص المادة 8 من الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم على أنّه: ***"يعترف الطرفان بأنّ هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"***، مرجع سابق.
2- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار **ANDI** والشركة الجزائرية للاسمنت **ACC**، مؤرخة في 30 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.
3- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 91.

أشارت أيضًا مختلف العقود إلى الاختيار الصريح، فنجد العقد المبرم بين حكومة جامايكا وشركة Alcoa Minerals Jamaica نصّ على أنّ محكمة التحكيم ستطبق القانون الجاميكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها[1].

كما نصّت المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا على أنّ القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

العقد المبرم بين شركة Vacuun Salt Products Ltd وحكومة غانا نصّ على تطبيق القانون الغاني على العقد[3].

يتعيّن على محكمة التحكيم تطبيق القانون الذي اختارهُ أطراف العقد صراحة، لكن في حالة سكوتهم عن اختيار القانون الواجب التطبيق، وجب عليها الكشف عنه من خلال العوامل المحيطة بالعقد أيّ الاتّجاه نحو الإرادة الضمنية أو الاختيار الضمني للأطراف.

ثانيا: الاختيار الضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق

إذا لم يعبّر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم في اختيار قانون معيّن ليحكم العقد المبرم بينهما، تتجّه هيئات التحكيم للبحث عن وجود الإرادة الضمنية للمتعاقدان والتي تستخلصها من الظروف المحيطة بالعقد، خاصة من الأدلة أو القرائن التي تشير إلى وجود هذه الإرادة.

فالإرادة الضمنية إرادة حقيقية وموجودة تستخلص من مختلف الظروف والمؤشرات المحيطة بالعقد[4].

أكّدت غالبية تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين أو ما يعرف بـــ الاختيار الضمني، باعتباره اختيار حقيقي، لكن

1- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص85.
2- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص91.
3- Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana (ICSID Case No.ARB/92/1).
4- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص...، مرجع سابق، ص259.

غير معلن عنه يستخلصه القاضي أو المحكم من ظروف الحال[1]، فنجد المادة 16/1 من القانون الدولي الخاص السويسري تقضي بأنّ: ***"اختيار القانون يجب أن يكون صريحًا، أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من الظروف..."***.

كما نصّت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنّه: ***"... يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًّا إذا لم ينص القانون أو يتّفق الطرفان أن يكون صريحًا"***.

في مجال الالتزامان التعاقدية، بالرغم من أنّ المادة 18 من القانون المدني الجزائري أشارت فقط إلى الإرادة الصريحة دون الإرادة الضمنية، إلاّ أن تعديل هذه المادة أتى بتدابير احتياطية تطبقها المحكمة عند تخلف الإرادة الصريحة، حيث جاء في المادة 18/1و2 ما يلي: ***"وفي حالة عدم قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد"***.

في مجال القضاء الداخلي، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 1910 بأنّ: ***"القانون المختار بواسطة العقد ليس هو القانون فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة، ولكن من الممكن استخلاصهُ من مختلف الملابسة للعقد"***.

كما أقرّت المحكمة نفسها في حكمها الصادر في 24 ديسمبر 1953، بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف عند غياب الإرادة الصريحة[2]. وهو ما قضت به أيضا محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 21 فيفري 1975[3].

أمّا على مستوى الاتفاقيات الدولية، نصّت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 3/1 منها على أنّه: ***"يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحًا أو مستخلصًا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد"*** [1].

1- **عتيق حنان**، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة، 2012، ص 106.

2- **إقلولي محمّد**، النظام القانون لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص297 و 298.

3- C. cass Belgique 27/11/1974, et 21/2/1975 en Rev. Crit. Dip 1976 , P 660. ***«a défaut du stipulation expresse constatant de la volonté des parties, le juge peut, en cas de conflit de lois, rechercher dans les éléments de la cause a quelle loi elles ont entendu soumettre leur engagement contractuelle».***

بالنسبة لاتفاقية واشنطن لعام 1965، فقد نصّت المادة 42/1 منها على: ***"تفصل المحكمة في النّزاع طبقًا للقواعد القانونية التي يقرّها طرفا النّزاع..."***. الملاحظ على هذا النّص أنّه جعل إرادة الأطراف المبدأ الأساسي لتعيين القانون الذي يلتزم المحكّم بتطبيقه، رغم أنّه لم يبيّن إذا كان يلزم لإرادة الأطراف أن تكون صريحة لإعمال هذا المبدأ، أم يكفي أن تكون ضمنية تستخلص من شروط العقد والظروف المحيطة به[2].

من وجهة نظرنا، فإنّ نص المادة 1/42 ورد بصورة عامة، فلا يمكن قصره على حالة الإرادة الصريحة دون الإرادة الضمنية، فاختيار الأطراف قد يكون صريحًا كما يمكن أن يكون ضمنيًا، وكلّما كانت الأدلة والقرائن واضحة ومؤكّدة تكون الإرادة الضمنية إرادة حقيقية وفي نفس مستوى الإرادة الصريحة.

استقر الفقه والقضاء على وجود عدّة قرائن للدلالة على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، فلا يتم الاكتفاء بدليل أو مؤشر واحد للدلالة على النية المعلنة، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط نية المتعاقدين[3]، ومن أمثلة ذلك: إدراج نص في العقد يحيل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلّقة به إلى محاكم دولية معيّنة، إبرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق إبرامهُ وتم اختيار القانون الواجب التطبيق عليه.

كذلك يمكن استخلاص إرادة المتعاقدين من خلال اللغة التّي حرّر بها العقد أو العملة التي اتّفق على الوفاء بها، أحيانًا أخرى يعتد القاضي بجنسية المتعاقدين أو محلّ إقامتهم، وقد يستدل أيضًا بمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[4].

في عقود الاستثمار أين تكون الدولة طرفا في العقد، يكون القانون الذي للعقد صلة جوهرية به هو قانون الدولة الطرف في العقد، وهو أمر لا مناص منه[1]، لكن مع استقراء

1- نص الاتفاقية منشور على الموقع:
http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html.
نقلا عن: **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 110.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 138.
3- **الطيّب زروتي**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1991، ص 230.
أيضا: **هشام على صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 319.
4- **عتيق حنان**، مرجع سابق، ص107.

الممارسات التحكيمية في شأن هذا النوع من العقود، يتّضح اتّجاه المحكمين إلى اعتبار أنّ توافر بعض الشروط في العقد تعدّ بمثابة مؤشرات على اتّجاه الأطراف إلى استبعاد تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، فيستند البعض على وجود شرط التحكيم في العقد كقرينة سلبية تدل على الإرادة الضمنية للأطراف في استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد، كما يفسّر المحكّمون البنود الخاصة بالتزام الأطراف في هذه العقود باحترام قواعد "الصدق" و"الثقة المتبادلة" و"حسن النيّة"، على أنّها اختيار سلبي يؤدي إلى استبعاد قانون الدولة المتعاقدة، وانّ نية الأطراف تتجّه بموجبها إلى تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف وحسن النيّة محله[2].

من خلال ما سبق، نستخلص أن الاختيار الضمني بمجرّد استنباطه بقرائن وأدلة مؤكّدة، سيتمتّع بنفس سلطة الاختيار الصريح ويتعيّن تطبيق بموجبه القانون الذي وقع عليه الاختيار. عليه نساند الاتّجاه القائل بوجوب التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

المطلب الثاني

مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

هناك اتفاق مؤكّد بين الفقه والتشريع والقضاء على حق المتعاقدين في اختيار القانون الذي سيحكم العقد المبرم بينهما، ويكون هو القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد ينشأ بينهما أمام كل من القضاء والتحكيم.

من الأهمية أن يكون هذا الاختيار محدّدًا بشكل صريح وواضح دون أيّ غموض، وذلك بإدراجه كبند أو شرط في العقد، والسؤال المطروح هنا: ما هي الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؟.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 112.
2- **عدلي محمّد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 219.

يلاحظ من الناحية العملية، أنّ الغالب هو اتفاق الأطراف في عقود الاستثمار على تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف وقلّما يكون الاتّفاق على تطبيق قانون دولة المستثمر **(الفرع الأول)**، كما قد يتّفق الأطراف على تطبيق قواعد القانون الدولي العام **(الفرع الثاني)**، أو يتّفقوا على إخضاع عقدهم لقواعد قانون التجارة الدولية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة

يمكن للأطراف المتعاقدة أن تختار القانون الوطني للدولة المضيفة، باعتباره قانون محل إبرام العقد وقانون دولة التّنفيذ، كما أنّه أكثر قانون له صلة جوهرية بالعقد ما دام الدولة طرفا فيه، فمتى اتّجهت إرادة الأطراف إلى اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة سيكون هو القانون المطبّق على عقد الاستثمار[1].

قد يختار الأطراف صراحة القانون الوطني ليحكم عقدهم، أو قد تكون الملابسات والظروف المحيطة بالعقد من تبيّن اتّجاه إرادتهم الضمنية إلى اختيار هذا القانون، ونجد أنّ أغلب عقود الاستثمار تشير صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، حيث يدرج عادة في هذه العقود بند اختيار القانون والذي يكون القانون الوطني للدولة المضيفة[2].

من أمثلة الاختيار الصريح للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ما نصّت عليه المادة 7/7 من العقد المبرم بين الحكومة النيوزيلندية وشركة Mobil Oil Corporation and Mobil Petroleum Company.Inc، على أن يخضع العقد للقانون النيوزيلندي[3]، كما نصّت المادة 9 من العقد المبرم بين شركة Atlantic Triton Company Limited ودولة غينيا، على أنّ القانون الغيني هو الواجب التطبيق على العقد. وإذا لم يعتبر الأطراف عن إرادتهم

1- **مسعودي يوسف**، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد 37، 2016، ص 245. متوفر على الموقع:
www.asjp.cerist.dz

2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 120.

3- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، عقود الاستثمار الدولية ومنازعاتها، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2009، ص 87.

الصريحة في اختيار قانون معيّن ليحكم موضوع عقدهم، يتعين على القاضي أو المحكم استخلاص إرادتهم الضمنية، إذا توافرت مؤشرات ودلائل يقيم عليها قرينة مؤداها اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معيّن[1]، وهو ما حدث في قضية العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وإحدى الشركات الأمريكية، فرغم عدم وجود اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق، إلاّ أنّ محكمة التحكيم الدولية بباريس ICC طبّقت القانون الجزائري باعتباره قانون مكان إبرام وتنفيذ العقد[2].

في قضية Letco ضد ليبيريا[3]، والتي فصل فيها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أين لم يُحدّد القانون الواجب التطبيق بوضوح، فقرّرت هيئة التحكيم أن اتفاق الامتياز المبرم بين شركة Letco وليبيريا، ما هو إلاّ عقد مبرم وفقا للقانون الليبيري استنادًا لما ورد في ديباجة هذا الاتّفاق، عليه استدلت هيئة التحكيم أن الأطراف قد اختاروا تطبيق القانون الليبيري على موضوع العقد وما قد ينشأ عنه من منازعات.

كما جاء في الحكم الصادر في 9 مارس 1988، في قضية فدكس ضد فنزويلا أنّهُ: ***"وبالموازاة مع أحكام الاتفاقية، تبيّن للمحكمة أنّ القانون الفنزويلي هو الواجب التطبيق في القضية"*** [4].

على الرغم من استقرار مختلف النّظم القانونية على اختيار قانون الدولة المضيفة، كقانون يطبق على منازعات الاستثمار، وأنّ القاضي أو المحكم ملزم بتطبيق هذا القانون بوصفه قانون الإرادة، إلاّ أن بعض هيئات التحكيم اتّجهت إلى استبعاد القوانين الوطنية للدولة المضيفة[5]، مبرّرة ذلك على أساس حجج سنعرضها فيما يلي، ثم نبيّن موقفنا من ذلك.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 151.

2- **علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد**، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 353.

3- Affaire Letco. République du Libéria, sentence du 31 Mars 1986, CIRDI affaire ARB 83/2.

4- **قبايلي طيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002/2001، ص 97.

5- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص 87.

أولا: الحجج المعتمدة لاستبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة

استندت بعض هيئات التحكيم في استبعادها لقواعد قانون الدولة المضيفة على بعض الحجج التي ساقها المحكمون مثل: عدم ملائمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية (1)، أو بحجة النقص في قواعد القانون الوطني (2)، أو بحجة تعارض قواعده مع المبادئ العامة للقانون الدولي (3).

1- **عدم ملائمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية:** استبعدت بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن نزاعات الاستثمار تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، رغم كونه القانون المناسب، بحجة أن القوانين الوطنية لا تتماشى مع حاجات المعاملات الدولية، نظرا لما يشوبها من قصور في التشريع، ونظرا لطبيعتها الدينية فكما يزعمون قوانين البلدان الإسلامية التي وضعت في القرن الثامن والتاسع لا تتضمّن القواعد الملائمة لتفسير بعض العقود كعقود الامتياز البترولية، كذلك يعتبرون أنّ قوانين البلدان النامية لم تصل بعد إلى مستوى التنظيم المناسب للعمليات الفنية الحديثة التي تتضمّنها بعض العقود مثل نقل التكنولوجيا[1]، ما يستدعي استبعاد هذه القوانين وتطبيق محلّها المبادئ العامة للأمم المتحضرة[2].

وهو ما حدث بالفعل في قضية شيخ أبو ظبي ضد شركة Petroleum Development Ltd عام 1951[3]. فرغم توصل المحكم إلى أنّ القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون إمارة أبو ظبي، باعتبار هذا العقد أبرم ونفّذ فيها، فهو يقول: ***"ما هو القانون الصحيح الذي يطبّق في تأويل هذا العقد؟".***

1- **صلاح الدين جمال الدين محمّد**، مرجع سابق، ص ص 92 و 93.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 123.
3- أنظر تحكيم أبو ظبي منشور في: I.C.L.Q. , Vol1, 1952, P P 247-261.
نقلا عن: **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 154.

إنّ هذا العقد أبرم في أبو ظبي ويجري تنفيذه كليّا فيها، فإذا كان القانون المحلي هو القابل للتطبيق فسيكون ذلك القانون بداهة هو قانون أبو ظبي..." [1]، إلاّ أنّه تم استبعاد هذا القانون بحجة تخلفه واستخفافا بقدرة الشريعة الإسلامية ومكانتها كنظام قانوني قابل للتطبيق في مجال المعاملات التجارية الحديثة، ليطبّق القانون الإنجليزي[2] بدعوى أنّه قانون متحضر، يصلح لحكم مثل هذه العقود.

2- **النقص في قواعد القانون الوطني:** عملت بعض أحكام التحكيم على استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة رغم وجود اتفاق بين الأطراف على تطبيقه، بحجة النقص في قواعده، فذهبت لتطبيق قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص.

نشير في هذا المقام إلى تحكيم SPP ضد جمهورية مصر العربية والمعروفة بقضية الأهرام، أين تمسّكت الحكومة المصرية بتطبيق القانون المصري لأنّ العقد احتوى على إشارات عديدة تخص قانون 1974، ما يدل أنّ الأطراف اختاروا ضمنيًّا هذا القانون لحكم عقدهم، في حين تمسكت شركة SPP بتطبيق قواعد القانون الدولي بشأن التعويض عن المصادرة تطبيقا لنص المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن.

في ظل غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، اعتمدت هيئة التحكيم على نصّ المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن لتحديد هذا القانون، والتي تعتبر أنّه في ظل غياب اختيار الأطراف، فإنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة الطرف وكذلك مبادئ القانون الدولي المرتبطة بهذا المجال[3].

رفضت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 20 ماي 1992 حجة الحكومة المصرية، على أساس أنّ كل قانون داخلي يكون ناقصا بطبيعته[4]، وعند وجود هذا النقص

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 124.
2- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص 88.
3- **RAMBAUD Patrick**, « L'affaire « des Pyramides » (arrêt du 12 Juillet 1984 de la cour d'Appel de Paris) », In: Annuaire Français de droit international, Vol 31, 1985, P 515 et ss.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 157.

فإنّ هيئة التحكيم تتمتع بالسلطات المنصوص عليها في المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن[1] بما فيها سلطة تطبيق قواعد القانون الدولي.

3- **تعارض قواعد القانون الوطني مع المبادئ العامة للقانون الدولي:** أثبتت السوابق التحكيمية بشأن نزاعات الاستثمار، استبعاد بعض هيئات التحكيم لقواعد قانون الدولة المتعاقدة بحجة تعارضها مع مبادئ القانون الدولي وحفاظًا على فكرة النّظام العام الدولي، لكن مراعاة للحساسية التي تثيرها فكرة سيادة الدولة، لا يصرّح المحكمون عادة باستبعادهم لقانونها الوطني، إنّما يصلون إلى هذه النتيجة استنادا إلى أنّ القانون الدولي هو جزء من قانون الدولة المضيفة[2].

تظهر هذه الحجة في قضية Aminoil ضد حكومة دولة الكويت، أين ورد في اتفاق التحكيم بين طرفي النزاع بند يقضي بأنّ: "القانون الذي يحكم جوهر الخلاف بين الطرفين سوف يحدّد من قبل المحكمة، مع الأخذ بعين الاعتبار وضع الأطراف، والصفة عبر الدولية لعلاقاتهم، ومبادئ القانون والعرف المعترف بها في العالم المتحضّر"[3].

استنادا لذلك، قرّرت هيئة التحكيم أنّ القانون الكويتي هو الأكثر ارتباطا ببعض نقاط النّزاع، لذا سوف يطبّق على القضية إضافة إلى مبادئ القانون الدولي العام وبصفة عامة المبادئ العامة للقانون (العقد شريعة المتعاقدين، حسن النيّة)، مبرّرة هذا الموقف بقولها: ***"إن القانون الدولي يعتبر جزء من القانون الكويتي باعتراف القانون الكويتي، كما تشير الاتفاقات المبرمة بين طرفي النّزاع إلى تطبيق مبادئ القانون المعترف بها في العالم المتمدين في حالة غياب المبادئ المشتركة بين قانون الكويت وقانون ولاية نيويورك"***.

1- تنص المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقًا للقواعد القانونية التي يتّفق عليها طرفي النّزاع، وإذا لم يتّفق الطرفان على مثل هذه القواعد، فإن المحكمة تطق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلّقة بالموضوع"***، مرجع سابق.

2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 126 و127.

3-**BASTID BURDEAU Geneviève**, « Droit international et contrats d'Etats. La sentence Aminoil contre Koweït du 24Mars 1982 ».In : Annuaire français de droit international, Vol 28, 1982, P457.

من خلال هذه القضية، يظهر أنّ هيئة التحكيم تملك في العلاقات عبر الدولية وتطبيقا لفكرة النّظام العام الدولي، استبعاد بعض قواعد القانون الوطني، إذا كانت تتعارض مع مبادئ القانون الدولي، حتّى ولو كانت قواعد التنازع تشير إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة[1]. وهو ما يخدم مصلحة المستثمر الأجنبي وينقص من حقوق الدولة المضيفة.

ثانيا: تقييم حجج استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة

لعلّ ما يقال بشأن الأحكام المذكورة سابقًا والتي استهدفت استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة بحجج مختلفة، أنّها أحكام تعسفية لأنّ الجزم بقول أنّ أحد القوانين الوطنية غير ملائم لحاجة المعاملات الدولية يجب أن يكون عن دراية بأحكام هذا القانون، وهو ما لم يأخذه المحكمان في قضية أبو ظبي بعين الاعتبار. فلو فعلا ذلك لتبّين لهما أنّ الشريعة الإسلامية ليست مجرّد عقيدة فقط، بل هي نظاما شاملا ينظّم العلاقة بين الفرد والدولة ويتناول قدسية العقود، وبمدارسها الفقهية فهي تقدّم حلولا واضحة للمشاكل التي قد تحصل بين الفرد والدولة، بشكل يحقق مصلحة الفرد وقدسية العقود والملكية، ويقيّد تدخل الدولة في هذه الأمور تقييدا شديدا.

عليه، لا يمكن تفسير موقف المحكمين بتطبيق القانون الإنجليزي، إلاّ هروبا من تطبيق القانون الوطني تحت شعار إعمال المبادئ العامة للقانون والمعمول بها في البلدان المتحضرة، فكما قالت الدكتوراه سامية راشد لو صحّ القول أن القانون الانجليزي هو التجسيد الحيّ لهذه المبادئ، لما كانت الحاجة إلى قوانين وطنية في مختلف البلدان، ولصار القانون الانجليزي هو قانون الشعوب الجديد الذي لا حاجة معه لقانون دولي خاص أو لقواعد إسناد[2].

1- **فتحي عوض حسين أبو رمضان**، القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2017، ص 57.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 129.

ذهبت أحكام التحكيم إلى استبعاد قواعد القانون الوطني بحجة النقص في قواعده، ولتكملة هذا النقص تطبق قواعد القانون الدولي العام كما حصل في قضية الأهرام، وهذا من شأنه أن يفتح الباب على مصرعيه لاستبعاد القانون الوطني ما يقودنا دائمًا إلى تطبيق القانون الدولي العام بحجة تكملة النقص. والواقع مثل هذه التطبيقات ستؤدي لا محال إلى استبعاد القوانين الداخلية للبلدان النامية لذاتها، فعوض أن يؤسّس ذلك على تخلف هذه القوانين وعدم ملائمتها لهذا النوع من العقود، يؤسس على أنّها قوانين ناقصة، وهو أمر غير صحيح، باعتبار أنّ القوانين الداخلية أصبحت متطوّرة ومستمدّة من تشريعات البلدان المتحضرة[1].

ومثل ما حدث في قضية Aminoil، أين قرّرت هيئة التحكيم أنّ القانون الكويتي هو قانون العقد، لكن يؤخذ به بقدر اتّساقه مع النظام العام الدولي، ما يجعلنا نقول أن القوانين الداخلية يجب أن تكون مطابقة مع القانون الدولي، وإلاّ كان مصيرها الاستبعاد عن التطبيق رغم اختيار الأطراف لها. والملاحظ أن تطبيق هذه المبادئ العامة يأتي كمرحلة ثانية ولاحقة على بحث مدى اتّساق قواعد القانون الوطني مع النظام العام الدولي، إلاّ أنّ هيئة التحكيم قرّرت عدم تطبيق القانون الكويتي وحده، لتنال شركة Aminoil مرادها بتطبيق المبادئ العامة للقانون، بحجة أنّ القانون الدولي يمثل جزء من قانون دولة الكويت[2].

نخلص ممّا سبق، أنّ محاولات هيئات التحكيم لاستبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ما هي إلاّ اختلاف لمبررّات وحجج بهدف تدويل عقود الاستثمار وتجنّب إخضاعها للقوانين الوطنية المختصة أصلا بحكمها.

فالأصل أنّ المحكم يلتزم بتطبيق اختيار الأطراف المتعاقدة، فلو اختاروا القانون الوطني للدولة المضيفة وجب على هذا المحكم تطبيقه ولا يجوز له استبعاده بحجة تخلفه أو نقص قواعده أو حتّى تعارضه مع مبادئ القانون الدولي، مادام هذا القانون لا يخالف القواعد الآمرة في النظم القانونية ذات الصلة.

1- **فتحي عوض أبو رمضان**، مرجع سابق، ص 58.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 162 و 163.

بالتالي نقول، أن استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة والمختار من طرف الأطراف المتعاقدة مادام لا يصطدم بالقواعد الآمرة، يجعل حكم التحكيم معيبا لمخالفته اتّفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، ما يجعل هذا الحكم مشوبا بالبطلان[1].

الفرع الثاني

اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام

يقصد بقواعد القانون الدولي العام في هذا الخصوص: ***"مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، ولاسيما تلك التي تتّصل بالتجارة الدولية واتّفاقات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول"*** [2].

تباينت آراء الفقه حول فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على نزاعاتهم، بين مؤيّد لفكرة التدويل ومعارض لها.

أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لحق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي العام

وفقا لهذا الاتّجاه المؤيّد لفكرة التدويل، يمكن للأطراف المتعاقدة أن يختاروا تطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأنّه يشمل العديد من القوانين التي تساهم في حلّ نزاع قد يثار جراء تطبيق العقد المبرم بين هذه الأطراف، فالقاضي الدولي في سبيل حلّه للنزاع يمكن أن يلجأ إلى المعاهدات، أو العرف، أو المبادئ العامة للقانون كمصادر للقانون الدولي العام، كما أنّ هذا الأخير يشمل أشخاص القانون المختلفة ويتضمن العديد من القواعد القانونية التي تسمح بحلّ مختلف النّزاعات التي قد تنشئ عن العقود المبرمة بين أشخاص قانونية متنوّعة، وتطبيق قواعد هذا القانون تحمي العقد من التعديلات الفردية التي قد تصدر عن التشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة، والدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي والتي قد تضر بهذا العقد.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 131.
2- نقلا عن: **مسعودي يوسف**، مرجع سابق، ص 245.

يقرّر هذا الاتجاه المؤيّد، أنّ العقد في هذه الحالة لن يتشابه مع المعاهدة الدولية التي تقتصر على أشخاص القانون الدولي، إنّما يتّسم بالدولية نظرًا إلى القانون الدولي الذي يحكم العلاقة بين الشخص الدولي (الدولة) وأحد أشخاص القانون الداخلي (المستثمر الأجنبي)[1].

ثانيا- الاتجاه الفقهي المعارض لحق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي العام

يرفض البعض من الفقه إخضاع نزاعات الاستثمار لقواعد القانون الدولي العام، حتى وإن كان الأطراف هم من اختاروا هذا القانون ليحكم عقدهم، استنادا إلى أن هذا الاختيار لا يمكن أن يجعل منه القانون المناسب لحكم العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، إنّما يصلح لحكم العلاقة بين البلدان أو غيرها من الأشخاص الدولية، ولا علاقة للأفراد بهذا النّظام[2].

يرى الاتّجاه الرافض لفكرة تطبيق القانون الدولي على عقد مبرم بين دولة وفرد (أو شركة)، أنّ هذه العقود ليست عقودا فيما بين البلدان ولا تنظم العلاقات فيما بينها، فوجود طرف خاص في العقد لا يضفي الصفة الدولية عليه.

أيّدت محكمة العدل الدولية هذا الاتّجاه، بنصّها في المادة 43/1 من نظامها، على أنّ البلدان وحدها هي التي يمكن أن تكون أطرافا في القضايا التي تنظر فيها، كما ركّزت بعض أحكام التحكيم على عدم تطبيق القانون الدولي العام على العقود المبرمة بين البلدان والأشخاص الأجنبية الخاصة، فنجد تحكيم أرامكو ورد فيه: ***"بما أنّ اتفاقية 1933 لم تعقد بين دولتين وإنّما بين دولة وشركة أمريكية خاصة، فإنّها لا تحكم بالقانون الدولي العام"*** [3].

رغم هذه الآراء المتضاربة، نرى أنّه من الصعب تبرير تقييد حرية الأطراف المتعاقدة إذا ما اختاروا تطبيق قواعد القانون الدولي العام، في الوقت الذي تعترف فيه معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم. بالتالي لأطراف عقد الاستثمار

1- **فتحي عوض حسين أبو رمضان**، مرجع سابق، ص 60.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 132.
3- **الحاج سي فضيل**، مرجع سابق، ص ص 212 و 213.

الحقّ في اختيار قواعد القانون الدولي العام ليحكم علاقتهم العقدية، بشرط أن لا يخالف هذا الاختيار النظام العام للدولة المتعاقدة ويتّفق على اعتماد قواعد القانون الدولي إمّا صراحة أو ضمنيّا من خلال تضمين العقد مثلا لبعض الشروط كشرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي، والتي تعتبر قرينة تدل على اتّجاه نية الأطراف إلى تدويل العقد[1].

لكن حسب اعتقادنا الشخصي، نفضّل إخضاع العقد لقواعد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، على أن يبقى لقواعد القانون الدولي العام دور تكميلي أو تصحيحي[2]، فلا يتصوّر تطبيق قواعد القانون الدولي العام إلاّ بالاشتراك مع القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار[3].

يثور التساؤل عن أحوال أو كيفية اختيار الأطراف المتعاقدة لقواعد القانون الدولي العام. فهل يشترط أن يكون الاختيار صريحا أو ضمنيّا؟. وما مدى الدلالة الضمنيّة لبعض الشروط التي إن تضمّنتها عقود الاستثمار نقول باتّجاه نيّة الأطراف إلى تدويل هذه العقود؟.

1- الاتفاق الصريح على تطبيق قواعد القانون الدولي العام: قد يتم الاتّفاق الصريح على تطبيق القانون الدولي العام على نزاعات الاستثمار، بالاتّفاق على تطبيق مبادئ هذا القانون نفسه، من خلال الإشارة الصريحة لتطبيق هذه المبادئ إلى جانب مبادئ العدالة والإنصاف.

كما أشارت إليه المادة 41 من الباب الخامس من الاتفاق الموقع بين N.I.O.C و E.R.A.B والشركة الفرنسية لبترول إيران Sofiran والتي نصّت على أنّهُ: ***"ولقد اتّفقت الأطراف المتعاقدة على أنّ لا تقييّد محكمة التحكيم أو المحكم المنفردة من أجل إصدار حكم التحكيم بأيّة قاعدة من قواعد القانون، بل يكون لها الحقّ في أن تؤسس حكمها على***

1- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص 89.
2- **مسعودي يوسف**، مرجع سابق، ص ص 245 و 246.
3- **علي الدين رشا**، "سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد -دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة-"، مداخلة قدمت خلال أشغال المؤتمر العلمي السنوي العاشر تحت عنوان: الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، يومي 1 و 2 أفريل 2009، ص 34.

اعتبارات العدالة والمبادئ العامة للقانون المعترف بها وعلى وجه الخصوص القانون الدولي" [1].

أو يتم الاتّفاق على تطبيق قواعد القانون الوطني إضافة إلى قواعد القانون الدولي التي يمكن أن تطبق على النّزاع، وهو ما جاء في العقد المبرم بين حكومة جاميكا وشركة Alcoa Minerals of Jamaica: ***"محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها"*** [2].

كما يمكن تطبيق مبادئ القانون الدولي، في حالة عدم صلاحية الأنظمة القانونية الوطنية لحكم المسألة المعروضة على هيئة النزاع، وهو ما حدث في قضية Texaco أين طبق المحكم القانون الدولي مبررّا تصرفه على أساس أنّ العقود المبرمة بين ليبيا والشركات الأمريكية هي تصرّفات يحكمها القانون الدولي وليس القانون الوطني اللّيبي[3].

يتم الاتفاق الصريح أيضا باستخدام مصطلح يشير إلى أحد مصادر القانون الدولي، كأن يُخضع الأطراف عقدهم إلى اتفاقية دولية، والتي تعدّ أحد المصادر الرئيسية لهذا القانون وفقا لما نصّت عليه المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[4]. ففي قضية AMT بين حكومة زائير (الكونغو الديمقراطية) وإحدى الشركات الأمريكية، طبقت هيئة التّحكيم الاتفاقية الأمريكية الزائيرية لتشجيع وحماية الاستثمار بين البلدين، بوصفها الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة[5]. وقد يأخذ اتفاق الأطراف صورة الإشارة إلى

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 136 و 137.
2- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص 85.
3- **كنده جمال عبد الساتر**، التحكيم في عقود البترول (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، الجامعة اللبنانية، 2017، ص 146.
4- حدّدت المادة 38 من نظام محكمة العدل الدولية مصادر القانون الدولي، فنصّت على أنّ: ***"1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقًا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:***
أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة،
ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال،
ت- مبادئ القانون العامة التي أقرّتها الأمم المتمدنة،
د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيّا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59...". أنظر النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية منشور باللغة العربية على الموقع: .www.ngrc-aq.org تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/04/03، على الساعة: 11:30.
5- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 63.

المبادئ العامة للقانون، المبادئ القانونية المعترف بها، مبادئ القانون المعترف بها بين الأمم المتمدينة[1].

2- الاتفاق الضمني على تطبيق قواعد القانون الدولي العام: عند غياب الاختيار الصريح للقانون الدولي العام كقانون يحكم العقد، اتّجهت بعض أحكام التحكيم إلى اعتبار وجود بعض الشروط في عقد الاستثمار كشرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي، كقرينة تدل على اتّجاه نيّة الأطراف إلى تدويل العقد.

- **مدى الدلالة الضمنية لشرط التحكيم على تدويل العقد:** عادة ما يتمّ تضمين عقد الاستثمار شرطا، يقضي باتفاق الطرفين على اختيار التحكيم كوسيلة لفضّ النزاعات التي قد تنشأ بينهما في المستقبل، بشأن تفسير وتنفيذ العقد.

اعتبرت بعض أحكام التحكيم هذا الشرط قرينة على اتّجاه نيّة الأطراف إلى تدويل العقد، تطبيقًا لمبدأ "من اختار القاضي، اختار القانون" بمعنى يختار قانون دولة ذلك القاضي، فكأن من يختار التحكيم، يختار أيضًا القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على العقد[2]. ففي تحكيم Sapphite، بعدما لاحظ المحكم الوحيد في هذه القضية الأستاذ CAVIN، أنّ الطرفين المتعاقدين لم يختارا صراحة القانون الواجب التطبيق على المسائل التعاقدية التي تربط بينهما، قرّر بنفسه تحديد النظام القانوني الأكثر ملائمة مستعينا بالمؤشرات الدالة على إرادة الأطراف لاسيما المؤشرات الكامنة في العقد.

رغم أن المحكم CAVIN أوضح أنّ كل من مؤشر محل إبرام العقد وتنفيذه يدلان على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيراني، إلاّ أنّه فسّر وجود شرط التحكيم بمثابة إرادة

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 171.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 140 و 141.

الأطراف المفترضة على تدويل العقد، فإذا لا يمكن استنتاج أي حل إيجابي من شرط التحكيم، هذا لا يمنع اعتباره قرينة سلبية تفيد استبعاد تطبيق القانون الإيراني[1].

رغم اتّجاه بعض أحكام التحكيم إلى اعتبار وجود شرط التحكيم دلالة على تدويل العقد، لا يمكن التسليم بهذا الرأي بصورة مطلقة، وهو ما أكّدت عليه الاتفاقيات الدولية التي لم تجعل من شرط التحكيم الوارد في العقود أساسًا لتدويلها[2]، كما لا يوجد إجماع فقهي على أنّ وجود شرط التحكيم يعدّ مؤشرّا ضمنيّا على تدويل العقد[3].

- **مدى الدلالة الضمنية لشرط الثبات وعدم المساس بالعقد على تدويله:** ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى اعتبار أنّ إدراج شرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، بمثابة قرينة على اتجاه نيّة الأطراف المتعاقدة إلى تدويل العقد، فهذه الشروط كونها تتصّل بممارسة الدولة لسيادتها فهي تقيّد تلك السيادة إعمالا بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، والذي بمقتضاه تلتزم الدولة بتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتقها، وهو ما أخذ به المحكم في قضية Sapphire، أين اعتبر توفر بعض الشروط في العقد كشرط الثبات وعدم المساس بالعقد بمثابة اختيار ضمني للقانون الدولي[4].

لكن من الناحية العملية، نجد أنّ شروط الثبات لا تقيّد سيادة الدولة وأكثر من ذلك، فإدراج هذه الشروط في العقد لا يمكن تفسيرهُ إلاّ باتّجاه نية الأطراف إلى إخضاع العلاقة التعاقدية التي تربطهم لقانون الدولة الطرف، والقول بغير ذلك يجعل إدراج مثل هذه الشروط في العقد لا فائدة منهُ، كون الدولة المتعاقدة لا تملك حقّ تعديل قانون أجنبي عنها وخاص بدولة أخرى ذات سيادة مثلها[5].

1- **دنون محمّد بلبنة**، "تدويل المحكم للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة بناء على شروط عقدية"، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص ص 72 و 73. منشور على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

2- تنص المادة 42 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"1- تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من الأطراف، وفي حالة عدم وجود اتّفاق بين الأطراف فعَنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعة بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين، ومبادئ القانون الدولي المتعلّقة بالمنازعة المعروضة عليها"*** ، مرجع سابق.

3- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 64.

4- **دنون محمّد بلبنة**، مرجع سابق، ص 79.

5- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 175 و 176.

نخلص ممّا سبق، أنّ توفر بعض الشروط في العقد كشرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، لا تكفي للقول بأن نيّة الأطراف اتّجهت إلى اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق، إنّما يتعيّن أن يكون اختيار الأطراف اختيارا صريحا لهذا القانون أو احد مصادره، لإزالة اللّبس حول إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام من عدمه.

الفرع الثالث

اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية

قد يختار الأطراف استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، إخضاع عقدهم لمجموعة من القواعد عبر دولية، لا هي قواعد داخلية ولا قواعد دولية، إنّما هي مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية، أخذت من الأعراف والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المتعارف عليها فيما بين البلدان، والتي تهدف إلى تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة الدولية[1].

خضعت التجارة الدولية عند ظهورها للأعراف التجارية وذلك قبل ظهور القوانين والتشريعات الوطنية، أمّا حاليا فهي تخضع لقانون التجارة الدولية[2] هذا القانون الحديث المستقل بذاته، والذي لا يزال محل جدال بين مؤيّد لوجوده ومنكر له. رغم ذلك يبق هذا القانون الأفضل لتنظيم التجارة الدولية مقارنة بالقوانين الوطنية، ويؤكّد أغلب الفقه أنّ الأعراف التجارية هي أصل هذا القانون فهي مصدر أساسي له، كما تساهم بشكل كبير ومستمر في تسيير وتطوير التجارة الدولية[3].

1- **وائل صلاح الدين محمّد الدين**، مرجع سابق، ص ص 89 و 90.

2- يعرّف قانون التجارة الدولية على أنّه، القانون الذي يهدف إلى وضع القواعد التي تطبق على العلاقات التي تربط بين المتعاملين الاقتصاديين والعمليات التي تنشأ فيما بينهم، في حالة ما إذا أدّت هذه العلاقات والعمليات إلى حركة في المنتوجات، الخدمات، أو قيم تخص اقتصاد عدّة بلدان. أنظر:

JASQUET Jean-Michel & DELEBECQUE Philippe & CORNELOUP Sabine, Op.cit, P 2.

3- **نجود هيبة**، مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث ل.م.د في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2021، ص 14.

رغم أنّ الكثير يرى أن أعراف التجارة الدولية هي أهمّ مصدر لقانون التجارة الدولية، إلاّ أنّه هناك من يوسّع في مفهوم هذا القانون ويعتبرونه مجموعة قواعد مستمدة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة الدولية، والقانون النموذجي الصادر عن اليونسترال، والعقود النموذجية، والشروط العامة للعقود الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع والعادات والأعراف التجارية المتداولة في معاملات تجارية معيّنة[1]، هذا ما أدّى إلى تنوّع واختلاف مصادر متعارف عليها والأغلبية تأخذ بها والتي تتمثل أساسا في: قواعد القانون الوطني للبلدان ذات العلاقة بموضوع النشاط التجاري، قواعد القانون الدولي، قواعد التاجر أو ما يعرف بـــ Lex Mercatoria[2].

اختلف الفقه حول حقّ الأطراف في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق على عقدهم، ففيه اتجاه أنكر على الأطراف المتعاقدة هذا الحقّ، وفيه اتجاه آخر اعترف لهم بهذا الحق.

الاتجاه الأول: يرفض جانب من الفقه تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار، حيث لا يعترف بتطبيق هذه القواعد على هذه العقود، حتّى في حالة اتّفاق الأطراف على تطبيق هذه القواعد[3].

يؤسّس هذا الفقه الرّافض لهذا الحق، موقفه على أساس أنّ لعقود الاستثمار خصوصية وذاتية، فلا بدّ أن يخضع لنظام قانوني خاص به، وعلى المحكم عند فصله في النزاعات والمسائل المعروضة عليه، الالتزام بتطبيق المبادئ العامة للقانون، والتّي تتماشى مع طبيعة هذه العقود[4].

في حين كان للبعض الآخر من هذا الاتّجاه موقفا أقل شدّة، حيث اشترط فقط سماح القانون الواجب التطبيق لاتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، بمعنى

1- **عمر سعد الله**، القانون الدولي للأعمال، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 34.
2- لمزيد من التفاصيل حول مصادر التجارة الدولية، أنظر: **إرزيل الكاهنة & نجود هيبة**، "عن القوة الإلزامية لمصادر قانون التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ، ص 559 و ما يليها. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 151.
4- **الحاج سي فضيل**، مرجع سابق، ص 214.

أنّه لا تطبق هذه القواعد إلاّ بوصفها شروطا تعاقدية، فوجودها لا يمنع من تحديد القانون الواجب التطبيق الذي سيكون دائما في مرتبة أعلى منها، بالتالي لا تطبّق هذه القواعد إلاّ إذا اعترف هذا القانون بمشروعيتها[1].

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه، أنّ لأطراف عقد الاستثمار الحقّ في إخضاع عقدهم لقواعد قانون التجارة الدولية، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يتمتّع بأقصى درجات تحرّره أمام التحكيم الدولي[2]، كما يرى هذا الاتجاه أنّ العقود المبرمة بين البلدان والشركات الأجنبية تخضع لنظام قانوني مستقل ومتميّز عن القانون الداخلي أو القانون الدولي والذي يسمّى بقانون عبر دولي أو قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria، باعتبار أن قواعد هذا القانون لا تتعارض مع هذه الطائفة من العقود[3].

جاء قرار مجمع القانون الدولي الصادر عام 1989 بشأن "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها، والمشروعات الأجنبية"، ليساند هذا الاتّجاه ويكرّس مشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، وهذا من شأنه أن يقنع هيئات التحكيم العاملة في إطار اتفاقية واشنطن لعام 1965، على تقبل اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق قواعد غير وطنية.

عليه نصّت المادة 6 من هذا القرار على أنّه: ***"يتمتّع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم. وبصفة خاصة:***

1- يجوز اختيار مصدر مختلف للقواعد والمبادئ الواجبة التطبيق في حقّ كل مسألة تثور.

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص ص 68 و 69.
2- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين**، مرجع سابق، ص 89.
3- **الحاج سي فضيل**، مرجع سابق، ص 214.

2- ***يجوز أن تستخلص هذه القواعد والمبادئ من أنظمة قانونية مختلفة بالإضافة للمصادر غير الداخلية كما هو الحال بشأن مبادئ القانون الدولي، والمبادئ العامة للقانون، وأعراف التجارة الدولية..."*** [1].

كرّست أيضًا الاتفاقيات الدولية هذا الحق، فنجد الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961[2] والموقعة بجنيف، نصّت في المادة 7/1 على أنّه: ***"...وفي الحالتين فإنّ المحكمين يأخذون بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية"***. وهو ما نصّت عليه أيضًا المادة 28/4 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985[3].

من جانبنا نقول، أنّه لا يمكن الوقوف أمام رغبة الأطراف في عقود الاستثمار، إذا ما اختاروا تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقدهم، فمبدأ سلطان الإرادة يمنحهم الحق في اختيار القانون الذي يرونه مناسبا لحكم موضوع عقدهم. لكن نظرا لخصوصية عقود الاستثمار، يتوجّب إعمال اختيار الأطراف لقواعد قانون التجارة الدولية بما يتلائم مع خصوصية هذه العقود.

قد يكون اتفاق الأطراف في عقود الاستثمار على تطبيق قواعد التجارة الدولية إمّا اتفاقا صريحا أو اتّفاقا ضمنيّا.

أولا: الاتفاق الصريح على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

يكون الاتّفاق صريحا عندما يستخدم أطراف العقد عبارات صريحة، يعبرون فيها عن رغبتهم في استبعاد تطبيق أي قانون داخلي على موضوع عقدهم، وإخضاعه لقواعد قانون التجارة الدولية من أمثلة ذلك: ما نصّ عليه العقد المبرم بين حكومة الكويت وشركة

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 189 و190.
2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، متوفرة على الموقع: www.aifica.com. تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/13، على الساعة: 14:00.
3- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، متوفّر على الموقع: uncitral.un.org. تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/13، على الساعة: 14:10.

Aminoil، من أنّ هيئة التحكيم في سبيل تحديدها للقانون الواجب التطبيق على العقد، تأخذ بعين الاعتبار العادات السائدة في العالم المتقدم[1].

ثانيا: الاتفاق الضمني على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

يعتبر البعض، أنّ اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية قد يأتي ضمنيًّا، يستخلص من بعض المؤشرات، حيث يمكن للمحكم الرّجوع إلى بعض الشروط التي أدرجها الأطراف في عقدهم، للقول باتّجاه إرادتهم الضمنية إلى اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، كالاتفاق على تطبيق قواعد تلزم المحكم بمراعاة الأعراف التجارية، أو الاتفاق على مجرّد اللّجوء إلى التحكيم، أو الاتّفاق على التحكيم بالصلح[2].

1- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بالاتفاق على تطبيق قواعد تلزم المحكم بمراعاة الأعراف التجارية: تلزم معظم قواعد التحكيم، المحكم على مراعاة الأعراف التجارية خاصة قواعد التحكيم لدى منظمات التحكيم الدائمة[3]، أو قواعد التحكيم النموذجية[4]، فإذا اتفّق الأطراف على تطبيق مثل هذه القواعد فهو بمثابة اختيار ضمني لقواعد قانون التجارة الدولية.

من أمثلة هذه الاتفاقات ما ورد في المادة 21/1 من العقد المبرم بين شركة Deutsche Schachtbau-Und Tiefbohrgesellschaft وشركة النفط الوطنية لرأس الخيمة Rakoil، والتي نصّت على أنّه: ***"جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذا العقد***

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 70.

2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 155 و 156.

3- مثل قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة 2017، والتي تنصّ في المادة 21/2 على أنّهُ: ***"تأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين، إن وجد، كما تأخذ بعين الاعتبار أيّ أعراف تجارية ذات صلة"***. أنظر هذه القواعد منشورة على الموقع: www.uncitral.org .
تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/20، على الساعة: 16:50.

4- مثل قواعد لجنة الممم المتحدة للقانون التجاري الدولي (قواعد الأونسترال للتحكيم) لسنة 2010، والتي تنص في المادة 35/3 على أنّه: ***"في جميع الأحوال، تفصل هيئة التّحكيم في المنازعة وفقًا لشروط العقد إن وجدت، وتراعى في ذلك أيّ أعراف تجارية سارية على المعاملة"***. أنظر هذه القواعد منشورة على الموقع: www.uncitral.org.
تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/20، على الساعة: 17:00.

أو تطبيقه سوف تتمّ تسويتهاَ بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد" [1].

2- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بمجرد الاتفاق على التحكيم:

حسب البعض، فاتّفاق الطرفين على اللّجوء إلى التّحكيم لتسوية النّزاع القائم بينهما، يمكن اعتباره قرينة على اتّجاه نيّة الطرفين إلى إخضاع نزاعهم للعادات والأعراف التجارية، فيتمّ حسم النّزاع على ضوء ما هو معمول به في التجارة الدولية، وبما يتّفق وينسجم مع قواعدها[2].

لكن مجرّد وجود شرط التحكيم لا يترتّب عليه بذاته ضرورة تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، إنّما يجب النصّ عليها صراحة، كما أنّ غياب تحديد قانون وطني لدولة معيّنة لا يفسّر على أنّه تحديد ضمني لهذه الأعراف والعادات التجارية، وإن كان من الممكن أن يشكّل ذلك قرينة إن اجتمعت مع غيرها على نفس المعنى، كأن يتم اختيار المهنيين الملمين بظروف وعادات التجارة الدولية، فهنا يتمّ التطبيق التلقائي لتلك العادات والأعراف[3].

3- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بمجرد الاتفاق على التحكيم بالصلح:

إنّ اتّفاق الأطراف على التحكيم بالصلح، يمكن أن يكون اتفاقا مبنيّا على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية المطابقة لقواعد العدالة والإنصاف، فالتحكيم بالصلح هو بمثابة تنازل من الأطراف عن تطبيق نصّ القانون وقواعده، وهو رجوع إلى العدالة وضمير المحكم.

فوجود شرط التحكيم بالصلح يؤدي إلى نتيجة مفادها أنّ: الدولة تتنازل بموجبه عن تطبيق قانونها حكما، وأنّ هناك قرينة على ذلك، ولا يجب فهم القانون المطبق بأنّه قانون داخلي، ولا هو إحالة لفكرة غامضة حول العدالة، بل يجب فهم التحكيم بالصلح في هذه

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 192.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 71.
3- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتّحكيم، مرجع سابق، ص ص 67 و 68.

الحالة على أنّه ستطبق مجموعة من القواعد القانونية الملائمة للقضية بما فيها الأعراف السائدة في الأوساط المعنية بالخلاف[1].

وهو ما انتهت إليه هيئة التحكيم Ad-Hoc في نزاع بين شركة إنجليزية ومجموعة شركات بلجيكية، فبعد أن أشارت إلى أنّ الأطراف قد اتّفقوا على منحها سلطة التّفويض بالصلح، قرّرت أنّ: "هيئة التحكيم ستلتزم بقانون التجارة الدولية Lex Mercatoria بمناسبة ممارستها لسلطتها كهيئة مفوضة بالصلح"[2].

إذا اختار الأطراف في عقود الاستثمار، تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقدهم، فيجب احترام رغبة الأطراف استنادًا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن يتعيّن مراعاة مسألتين أساسيتين:

- **المسألة الأولى:** تكمن في خصوصية عقود الاستثمار، فنظرا للأهمية الاقتصادية لهذه العقود وارتباطها بخطط التنمية للدولة المتعاقدة والتي غالبا ما تكون دولة نامية، هذا ما يستدعي وجود قواعد عبر دولية تراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود[3].

- **المسألة الثانية:** تكمن في عدم وجود قواعد عبر دولية كافية لحكم هذه العقود، فأحد الأساتذة أشار إلى أنّ: **"الإدّعاء بوجود قانون عابر للحدود يحكم عقود الدولة مثل القانون التجاري الدولي، والذي رأينا أنّه يتضمن أعرافا وعادات استقرّ العمل عليها بين التجار ورجال الأعمال من الأشخاص الخاصة قول يخالف الواقع"**[4].

على ضوء ما تقدم، فإنّه يتعيّن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار، إذا ما اختار الأطراف هذه القواعد، احترامًا لرغبتهم واستنادًا لمبدأ سلطان الإرادة، لكن يجب مراعاة المسألتين الأساسيتين السالف ذكرهما.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 158.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 149.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 158 و 159.
4- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 339 و 340.

بين رغبة الأطراف وبين المسألتين المثارتين، نقول أنّه يتعيّن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار بالقدر الذي يسمح بمراعاة خصوصية وذاتية هذه العقود، ولاستكمال النقص الوارد في هذه القواعد لابّد من الاستعانة بقواعد قانون الدولة المتعاقدة، نظرًا لكونها القواعد القانونية الأكثر ارتباطًا بموضوع العقد.

المبحث الثاني

عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق، وتعذر على القاضي أو المحكم الكشف عن إرادتهم الضمنيّة، يتعيّن على القاضي أو المحكم الاجتهاد للوصول إلى تحديد هذا القانون، استنادًا إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، وهو ما ورد في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية عام 1929[1]، أين أعلنت المحكمة الدائمة للعدل الدولي أنّ: "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسهُ في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون"[2].

نظرا للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، هذا ما جعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة حسّاسة للغاية، أدّت إلى ظهور اتجاهين فيما يخص تحديد القانون الواجب على هذه العقود في حالة غياب إرادة الأطراف، فاتّجاه نادى بتوطين هذه العقود بإخضاعها للقانون الوطني للدولة المضيفة لاستثمار، مراعاة لمصالح هذه الدولة، واتجاه آخر نادى بتحرير هذه العقود من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة **(المطلب الأول)**، كما تلعب المبادئ العامة للقانون الدولي دورا في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود **(المطلب الثاني)**.

1- Emprunt Serbes et Brésiliens 12-7-1929, CPJI, Rec, Série A, N°20/21.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 204.

المطلب الأول

الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق

في ظلّ انعدام اختيار الأطراف للنظام القانوني الحاكم لعقدهم، ظهرت عدّة نظريات بشأن تحديد هذا النظام القانوني، وكانت هذه النظريات تقوم على اعتبارات إيديولوجية أكثر من كونها اعتبارات قانونية، ولقد أسفرت عن اتجاهين رئيسيين: الاتجاه الأوّل، نادى بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة، استنادا إلى تكييفها عقودا إدارية، أو استنادا إلى اعتبارات سياسية وقانونية **(الفرع الأول)**. والاتجاه الثاني، نادى بتجنب إخضاع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المضيفة، فلا تخضع لأي قانون محلي، وإنّما تخضع لقواعد قانونية مستقلة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة

تشير غالبية العقود المبرمة بين البلدان والأطراف الأجنبية والتي تمّ إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية، إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في هذه العقود، فحسب إحصائية قام بها الأستاذ Delaune فمن 80 عقدا أبرم بعد الحرب العالمية الثانية، لاحظ الأستاذ أن أكثر من 50% من هذه العقود أشارت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، وبقية العقود أشارت إلى عدم تركيز العقد في قانون الدولة المتعاقدة Dénationalisation، أو تدويله internationalisation.

ولعلّ تغير الظروف السياسية للعديد من البلدان وتحوّلها من بلدان مستعمرة إلى بلدان مستقلة ذات سيادة، دفع بها إلى التّمسك بتطبيق قانونها الوطني على العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية، كنوع من التعبير والتأكيد على سيادتها[1].

إذا كان خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة يعتبر The quite natural applicable law of contract، والذي تمّ تكريسه في مختلف التشريعات الوطنية للبلدان، كما جسّدته الممارسات التعاقدية ومختلف الاتفاقيات الدولية، إلى جانب قضاء التحكيم، اتّجه جانب من الفقه خصوصًا فقه البلدان النامية إلى دعم مبدأ خضوع عقود الدولة للقانون الوطني للدولة المضيفة، حيث استندوا على حجج وأسانيد مختلفة[2]، فمنهم من يرى وجوب خضوع هذه العقود للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادًا إلى تكييفها كعقود إدارية، ممّا يبرّر خضوعها لمختلف سلطات الدولة المضيفة، وهناك من يرى وجوب خضوعها لهذا القانون استنادًا إلى اعتبارات سياسية وقانونية، وذلك بالنظر إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتّحدة.

أولا: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها عقودا إدارية

يؤكّد جانب من الفقه، على أنّ القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الطبيعي الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها مع الأجانب، بناء على تكييفها كعقود إدارية، وذلك استنادا إلى فكرة السيادة التي تقضي عدم خضوع عقود الدولة لقانون آخر غير قانونها الوطني[3].

1- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص ص 133 و 134.
2- **إقلولي محمّد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 338.
3- **عبد المنعم محفوظ**، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر –دراسة مقارنة-، د.د.ن، 1989، ص 411.

هذا ما يجعل عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة تصنّف ضمن العقود الإدارية، وهي تشمل شروطا خاصة غير مألوفة في القانون الخاص، إذ تجمع بين السلطة العامة والشخص الأجنبي الخاص الذي يلتزم بتسيير مرفق عام[1].

في نفس السياق، هناك من يعتبر "عقود الاستثمار" أو "عقود النشاط الاقتصادي"، والتي تبرمهَا الدولة أو إحدى الأجهزة التابعة لها بحسب قطاع النشاط الذي تنتمي إليه، وذلك على ضوء قانون الاستثمار، على أنّها عقودا إداريّة[2]. وهو ما خلص إليه أحد الأساتذة أين اعتبر عقد الامتياز البترولي -والذي هو من عقود الاستثمار- هو امتياز مرافق عامة، بالتالي هو عقد إداري يخضع لقانون الدولة مانحة الامتياز.

وفق هذا الاتجاه، عقود الاستثمار تعتبر عقودا إدارية تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة وليس للقانون الدولي، وتسري عليها كافة التعديلات التي قد تطرأ على القانون الوطني، وللدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة[3].

استند هذا الاتّجاه في تكييفه لعقود الاستثمار على أنّها عقود إدارية، إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية، فهي تحتوي على نفس المعايير أو الشروط المميّزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الدولة طرفا في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[4].

بالنسبة للشرط الأوّل، وهو كون الدولة طرفا في العقد فهذا الشرط محقق في عقود الاستثمار، فالدولة تعدّ طرفا في هذه العقود سواء بتدخلها بطريقة مباشرة عن طريق إبرام العقد من طرف من يمثلها من الحكومة، أو بتدخلها بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها بإبرام العقد.

بالنسبة للشرط الثاني، وهو اتصال العقد بالمرفق العام، يرى أحد الأساتذة أنّ: ***"عقود الاستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح***

1- **إقلولي محمّد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 339.
2- **عبد المنعم محفوظ**، مرجع سابق، ص 411.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 210.
4- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 136.

للمستثمر الأجنبي، إلاّ أنّها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام. فلا يستطيع أحد إنكار أنّ مشروع مترو الأنفاق في مصر ليس مرفقا عامًا حيويًّا، وقيام شركة ولو كانت خاصة بإقامة قرى سياحية على صحاري مصر ليس مرفقا عاما حيويّا، ولا يستطيع أحد أن ينكر أنّ قيام شركة أجنبية بإنشاء مشفى تخصصي ليس مرفقًا عامًا" [1].

كذلك تظهر سلطة الدولة المرتبطة بالمرفق العام في عقود الاستثمار، من خلال الرقابة على تنفيذ العقد والحقّ في مراجعته والحق في التأميم خاصة في عقود استغلال المصادر الطبيعية[2].

أمّا بالنسبة للشرط الثالث وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فعقود الاستثمار تتضمن شروطا استثنائية غير موجودة في عقود القانون الخاص، كالمزايا التّي تقرّرها الدولة للمستثمر الأجنبي من إعفاء للضرائب والرسوم الجمركية أو منحة الأرض اللازمة لإقامة مشروع ما[3]. إضافة إلى احتواء هذه العقود على مبادئ غير معروفة في عقود القانون الخاص، كمفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد والقوة القاهرة، وعدم التوقع، وهي مبادئ تتميّز بها العقود الإدارية[4].

يظهر أنّ عقود الاستثمار ليست على طبيعة واحدة، فتارة تكون عقودا إدارية وتارة تكون عقودا عادية، ويرجع ذلك لطبيعتها الخاصة والتي تستمدّها من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، وليس كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص. بالتالي لا جدوى من تكييفها كعقود إدارية حتّى تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة[5]، وذلك بالنظر إلى:

1- نقلا عن: **عبد المنعم محفوظ**، مرجع سابق، ص 412.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 211.
3- **عبد المنعم محفوظ**، مرجع سابق، ص 413.
4- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 212.
5- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 92.

- عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية، حيث توجد أنظمة قانونية لا تعتبر العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني، كبلدان الشريعة الأنجلوسكسونية.

إنّ الربط بين الطبيعة العامة لعقود الاستثمار وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، سيجعل حتما تحديد هذا القانون مرتبط بعنصر غير موضوعي وهو السياسة الإدارية للشخص العام الطرف في العقد، فرغم وجود عقودا إدارية بطبيعتها مثل: عقود الأشغال العامة نجد عقودا أخرى تدور بين الطبيعة الإدارية والطبيعة الخاصة حسب اختيار الدولة المضيفة، فإن أبرمت هذه العقود مستخدمة وسائل القانون العام نكون أمام عقد إداري وإن استخدمت وسائل القانون الخاص نكون أمام عقد عادي.

- إنّ تكييف عقود الاستثمار على أنّها عقودا إدارية يهدف إلى وضع عقبة أمام المستثمر الأجنبي، باعتبار أن هذا الأخير عادة ما يأخذ فكرة سلبية عن السلطة العامة في البلدان النامية[1].

نخلص ممّا سبق، أنّه لا جدوى من الاستناد إلى تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، مع ذلك هناك من يكيّفها كعقد إداري متى توافرت فيها الشروط والمعايير المميّزة للعقد الإداري.

يرى الأستاذ بشار محمّد الأسعد، أنّ الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار وما إذا كان العقد إداريا أم عاديا، يثور بلا شكّ بعد الانتهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، في حالة ما إذا كان هذا القانون من الأنظمة القانونية التي تأخذ بالتّمييز بين العقد الإداري والعقد المدني، لتحديد ما إذا كان العقد سيخضع للقانون الإداري أم للقواعد العادية التي تطبق على عقود التجارة العادية المنتمية إلى طائفة القانون الخاص[2].

1- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 92.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 218 و 219.

ثانيا: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى اعتبارات سياسية وقانونية

ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية (كما أسلفنا الذكر)، إلى أنّ: ***"كلّ عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختصّ فرع القانون المعروف بالقانون الدولي الخاص، أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون"***. كما أكدّت المحكمة على أنّه: ***"لمّا كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة، فلا يمكن افتراض أنّ الالتزامات التّي قبلتها والتي تتعلّق بهذا القرض تخضع لأيّ قانون آخر غير قانونها"*** [1].

طبقا لهذا الحكم، فإن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني وليس القانون الدولي، باعتبار أنّ الدولة طرفا في العقد ولم تتصرّف كشخص من أشخاص القانون الدولي العام.

على الرغم من أنّ المحكمة قد استبعدت بشكل قاطع تطبيق الدولي على عقود الدولة، إلاّ أنّها لم تذهب إلى حدّ إخضاع هذه العقود للنظام القانوني الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين، بل أقرّت بشكل صريح أنّ عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني للدولة المتعاقدة[2].

وقد حصر هذا الحكم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في ثلاث فرضيات:

4- يطبق القانون الدولي العام على العقود التّي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات العامة التّابعة لها مع دولة أخرى، بصفتها أشخاص القانون الدولي العام.

1- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 140.
2- **حفيظة السّيد الحدّاد**، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية -تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها-، مؤسّسة عز الدين للطباعة والنشر، 2003، ص ص 417 و 418.

5- يطبّق القانون الوطني على العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات العامة التابعة لها مع دولة أخرى، بصفقتها أشخاص القانون الدولي الخاص.

6- يطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة -ما لم يثبت العكس-، على العقود التي تبرمها الدولة بصفتها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام أو إحدى الهيئات العامة التابعة لها مع شخص أجنبي[1].

أشار إلى وجود قرينة إخضاع العقد الدولي للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، تحكيم "أرامكو" الذّي ساند الرأي الذي تبنّته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية- البرازيلية، حيث قرّر أنّ القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، فمن المتّفق عليه أنّ الدولة صاحبة سيادة يفترض أن يكون قانونها الوطني هو القانون الذي يحكم النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بينها وبين الأشخاص الأجنبية[2].

كما أشار جانب من الفقه أنّ القضاء الفرنسي قد ساير من خلال أحكامه المبدأ المعتمد من طرف المحكمة الدائمة للعدل الدولي، لكنّه توصّل إلى نتائج مختلفة تماما، فبدل أن يطبّق القضاء الفرنسي القانون الأجنبي على العقد الذي أبرمته الدولة الفرنسية مع الطرف الأجنبي، والذي كان يرتكز في جميع عناصره على نحو يدحض القرينة المستفادة لصالح الدولة، طبّق هذا القضاء القانون الفرنسي.

تتمحور وقائع هذه القضية، في أن الحكومة الفرنسية أبرمت عقدا بواسطة سفارتها في إسرائيل عام 1955، وذلك مع محامي إسرائيلي للدفاع عن مصالح جمعية "وقف" أمام المحاكم الإسرائيلية ولمّا تعرّضت المحكمة لتحديد طبيعة العقد ذكرت: ***"حيث أنّ العقد المبرم بين Szczupak والدولة الفرنسية لا تتوافر فيه خصائص العقد الإداري ولا يتضمن شرط غير مألوف كتلك الشروط السائدة في القانون العام، ولا يتضمن المساهمة في إدارة مرفق عام، حيث أنّ المدعي كان ملزما اتّجاه الدولة الفرنسية بأن يؤدي عمله المعتاد***

1- **عدلي محمّد عبد الكريم**، النّظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 302.
2- **BOUHACENE Mahfoud**, Droit international de la coopération industrielle, OPU, Alger, 1982, P 393.

أمام المحاكم الإسرائيلية لصالح الوقف ونظرا لانعدام الطبيعة الإدارية للعقد فإن اختصاص القضاء العادي به بات أمرا طبيعيّا" .

نظرا لتركيز كل عناصر العقد في إسرائيل، كان من الطبيعي أن يطبّق القضاء الفرنسي القانون الإسرائيلي، لكن محكمة السين طبقت القانون الفرنسي وهو ما أثار انتقاد الفقه لأنّ الدولة الفرنسية في هذه القضية تكون قد تصرّفت كتصرّف أيّ شخص عادي[1].

سار في نفس الاتّجاه، حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 10 أفريل 1957 في قضية Myrtoon Stream Ship، أيّن أقرّت المحكمة بأنّ وجود الدولة الفرنسية كطرف في عقد من عقود القانون الخاص ذات الطابع الدولي، لا يرتّب بالضرورة تطبيق القانون الفرنسي[2]، فالعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية تكون مشابهة للعقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة الأجنبية، فيما يخصّ القانون الواجب التطبيق عليها، عندما تكون لها سمة عقود القانون الخاص[3].

عليه، نقول أنّ وجود الدولة ذات سيادة كطرف في العقد لا يعدّ قرينة على تطبيق قانون هذه الدولة على العقد المبرم، لاسيما إذا لم تتصرّف الدولة بوصفها شخصا من أشخاص القانون العام.

يؤسّس جانب آخر من الفقه ومعه البلدان النامية، تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقود الدولة في مجال الاستثمار على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتّحدة، حيث أكّدت مبادئ القانون الدولي على حق البلدان النامية في ممارسة اختصاصاتها وصلاحياتها على إقليمها، من خلال بعض الأدوات الدولية كمبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، إضافة إلى

1- **عدلي محمّد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 306 و 307.

2- تتلخص وقائع هذه القضية، في أنّ عقدا للنقل البحري أبرم بين شركة Myrtoon Stream Ship وبين البحرية التجارية الفرنسية بلندن بالجنيه الإسترليني، فكانت السفينة محل التعاقد بميناء ليفربول، وقد نصّ العقد على منح الاختصاص لهيئة التحكيم التي تعقد في لندن، كما أنّ العقد ذاته يخضع للقانون الإنجليزي. فذهبت محكمة استئناف باريس إلى القول أنّهُ لا يمكن التذرّع بوجود الدولة كطرف في العقد للقول بضرورة تطبيق القانون الفرنسي على هذا العقد. أنظر: **حفيظة السيّد الحدّاد**، مرجع سابق، ص ص 425 و 426.

3- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 143.

مجهودات إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، والذي خوّل للبلدان حقّ ممارسة ومراقبة النشاطات الاقتصادية الموجودة على إقليمها، وإخضاعها لسلطان قوانينها الداخلية[1].

صدرت عن الأمم المتحدة عدّة قرارات حدّدت سيطرة الدولة على مواردها الطبيعية، والتي فسّرها البعض على أنّها تأكيد على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة. من بين هذه القرارات نجد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقمن 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962، والذي نصّ في المادة 4 منه على أنّه: ***"يراعى استناد التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة أو المن العام أو المصلحة الوطنية، المسلم برجحانها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية أو الوطنية، وللمالك في هذه الحالات الحقّ في الحصول على التعويض الملائم، الذي يتم تقديره وفقًا للقواعد السارية في الدولة التّي تتخذ هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها، ووفقًا للقانون الدولي"*** [2].

كذلك القرار رقم 3171 الصادر في 17 ديسمبر 1973 المتعلّق بحقّ الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية، والقرار رقم 3201 الصادر في 1 ماي 1974 المتضمن الإعلان عن إنشاء نظام عالمي اقتصادي جديد[3].

أصدرت أيضا الجمعية العامة في 12 ديسمبر 1974 قرارها رقم 3281 والذي أقرت فيه ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للبلدان، وقد تضمّن في مادته الثانية النص على أنّ: ***"لكلّ دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها وأولوياتها الوطنية، ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي"*** [4].

نعتقد بعدم جدوى الاستناد إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، من أجل تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الاستثمار والتي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة، لأن الأثر الملزم لهذه القرارات لم يستقر بعد فقد اختلفت الآراء

1- **إقلولي محمّد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 342.
2- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 144.
3- **عدلي محمّد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 297.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 270.

والمواقف بشأن تقدير القيمة القانونية لهذه القرارات، حتّى قيل في بعض الأحيان أنّ قرارات الجمعية العامة ليس لها أثر تشريعي[1].

لا تكمن المشكلة في الطابع الإلزامي لهذه القرارات بقدر ما تكمن في وضع هذه القرارات موضع التنفيذ، فالقاعدة التي لا تطبق لا تعدّ قاعدة قانونية. وكما هو معروف فإنّ القانون الدولي العام المعاصر، لا يلزم البلدان مطلقا بتنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدّة فقرارات مجلس الأمن هي فقط التي تنفّذ[2].

على خلاف ذلك، ذهب البعض إلى أنّ قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة يمكنها أن تولد قاعدة عرفية دولية أو تساهم في بلورتها وتقنينها، أو توضح وتكشف عن قاعدة موجودة سابقًا. باعتبار أنّ الجمعية العامة للأمم المتحدة تتكوّن من ممثلين من كل البلدان الأعضاء فيها، فهي تمثّل منتدى دوليّا تجتمع فيه كل البلدان للتشاور والتداول، وعندما تتّفق البلدان المكوّنة للمجتمع الدولي على قاعدة معيّنة و تطبّقها في علاقاتها المتبادلة، ستصبح هذه القاعدة جزء من القانون الدولي[3].

في حين يرى البعض الآخر، أنّ تقرير الأثر القانوني لهذه القرارات هو أمر يتطلب تحليلا دقيقا لكل قضية ولكل نص وفقرة في القرار المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار صياغة نص القرار والأصوات التي حقّقها والبيانات التي أدلى بها الأعضاء، من خلال المناقشات والتصرفات اللاحقة للبلدان بشأن كل قرار[4].

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 221.
2- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 145.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 271 و 272.
4- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 146.

الفرع الثاني

تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة

يرى الأستاذ Mayer ***"أنّ العقد في عقود الدولة يجب ألاّ يكون قانون الدولة المتعاقدة، ولكن يجوز أن يكون في ظل بعض الظروف مجموعة قانونية، أي مجموعة من القواعد العابرة للدول والتّي يكون موضوعها هو عقد الدولة"*** [1].

قد ساند رأي الأستاذ Mayer جانب من الفقه والذي يعتبر أنّ القانون الوطني لم يعد ملائما لحاجات المعاملات التجارية الحديثة، كما أنّه لا يحقّق المساواة بين طرفي العقد فالدولة المضيفة ونظرا لما تملكه من سلطة تغيير بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة، هذا سيضرّ حتما بالمستثمر الأجنبي[2].

الأمر الذي جعل البعض يقترح قواعد قانونية مختلفة لحكم العقد عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف المتعاقدة، فنجد من نادى بتطبيق مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" **(أولا)**، وهناك من نادى بإخضاع العقد للقانون الدولي العام **(ثانيا)**، كما نجد من فضّل تطبيق قواعد التجارة الدولية **(ثالثا)**.

أولا: تطبيق القانون الذاتي للعقد

سنتناول في هذا العنصر من الدراسة الاتّجاه المنادي بعدم حاجة عقود الاستثمار لأيّ نظام قانوني إكتفاء بالتنظيم الذاتي للعقد **(1)**، ثم نحاول تقييم هذا الاتّجاه **(2)**.

1- الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد: يرى جانب من الفقه، ضرورة تحرير عقود الاستثمار من الخضوع لأي نظام قانوني استنادا إلى مبدأ الكفاية الذاتية للعقد المبرم، ففي مجال الاستثمارات والتجارة الدولية للإفلات من قوانين البلدان،

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 96.
2- **حفيظة السيّد الحدّاد**، مرجع سابق، ص ص 545 و 546.

يستحسن اشتراط الحدّ الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية وتسوية الصعوبات الكثير توقعا، وذلك بوضع الأطراف المتعاقدة لشروط خاصة بعد المفاوضات مباشرة[1].

فالعقد يعتبر كتصرّف إداري، يمكن أن ينظّم تنظيما ذاتيا دون الحاجة لتدخل أيّ جهة خارجية أو نظامية، لآنّ إرادة الأطراف هي وحدها من يلعب دورا هاما في وضع كل الشروط المتعلّقة بالعقد، دون الحاجة لأيّ قاعدة قانونية فالمشرّع اعترف لها بالقدرة على إيجاد قواعد قانونية وإن كانت فردية.

بالتالي، حسب هذا الاتّجاه فالعقد يكون كافيا بذاته لحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، دون الحاجة لأيّ قانون يحكمه فهو كاف ومستقل بحدّ ذاته[2].

2- تقييم الاتجاه المنادي بالكفاية الذاتية لعقود الاستثمار: إنّ القول بأنّ العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يكفي بذاته للفصل في جميع المسائل التي قد تثور بشأنه فيه مغالطة للواقع، وهو ما جعل أحد الأساتذة يصف فكرة التنظيم الذاتي للعقد بنظرية الفراغ، كما أكّد البعض أن هذه الفكرة غير مقنعة فهي سطحية لا تعالج المسألة بأكملها، فالعقود يجب أن تتمّ ضمن نظام قانوني موجود ولا يمكن أن تبقى في فراغ، وينبغي أن يكون هذا النّظام محدّدا تحديدا واضحا أو على الأقل قابلا للتحديد بالتّفسير القانوني أو القضائي[3].

وهو ما أكّدت عليه هيئة التحكيم في قضية Anaconda ضد إيران، أين رفضت زعم الشركة المدّعية بضرورة أن تقوم هيئة التحكيم بموجب مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بتطبيق البنود الواضحة في العقد، دون الرجوع إلى أيّة قوانين أخرى. وذلك نظرا لعدم كفاية تطبيق هذا المبدأ فقانون العقد يختلف من دولة إلى أخرى كما تختلف القوانين الوطنية عن القانون الدولي، ومن ثمّ تحديد أيّ القواعد التي يرجع فيها إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

ذهبت هيئة التّحكيم في هذه القضية إلى رفض مبدأ الكفاية الذاتية للعقد رفضا صريحا، بالتالي من غير المعقول التّمسك بهذا المبدأ في عقود الاستثمار عند انعدام اختيار

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 227.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 97.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 278 و 279.

القانون الواجب التطبيق، وعليه نخلص إلى ضرورة إسناد العقد إلى قانون موضوعي دون الاعتماد على الإرادة المطلقة لأطرافه[1].

ثانيا: تطبيق قواعد القانون الدولي العام

سنتعرّض في هذا العنصر إلى الاتّجاه المنادي بتدويل عقد الاستثمار(1)، ومن ثمّ تقييم هذا الاتّجاه (2).

1- الاتجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار: يذهب جانب من الفقه إلى أنّه يمكن للأطراف المتعاقدة إخضاع عقدهم لقواعد القانون الدولي العام، وتحريره من الخضوع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة. وتطبيق هذه القواعد تهدف إلى عدم تعريض العقد للتعديلات الفردية التّي تصدر عن التشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة، والدولة التي ينتمي إليها الشخص العادي وتضر بعقدهم.

كما يؤكد أنصار هذا الاتّجاه أنّ درء الخطر والضرر عن عقود الاستثمار، لا يتحقق بتقييد سلطات الدولة من خلال تضمين العقد لبعض الشروط كشروط الثبات التشريعي، إنّما يتحقق بإخضاع هذه العقود للقانون الدولي، والذي يشمل العديد من القواعد التي تساهم في حلّ أيّ نزاع قد يثار بين الطرفين المتعاقدين، كما أنّ تدويل العقد يمنح للمتعاقد الحقّ في مساءلة الدولة المتعاقدة دوليّا[2].

يقوم الاتّجاه الذي اتّبعه أنصار تدويل عقود الاستثمار على شقيّن:

- **قوة الإلزام:** فهي تستمد مشروعية وجودها من قاعدة قانون دولي تسمو على إرادة الدولة المتعاقدة، ما يؤدي إلى عملية إقصاء البحث عن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون وطني معيّن.

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 98.
2- **حفيظة السيّد الحدّاد**، مرجع سابق، ص 559.

- **الجزاء المترتب عند قيام الدولة بأي مساس لقدسية تلك العقود المدولة:** حيث تطبق قواعد المسؤولية عن العمل غير المشروع دوليّا، وتستبعد القوانين الداخلية التي تعالج الآثار المترتبة على تعديل أو إنهاء عقود القانون العام، كما يسمح لدولة المستثمر التّدخل لحمايته الأمر الذي يثير مسؤولية الدولة دوليّا[1].

ذهب البعض، إلى القول أنّ عقد الدولة ينتمي بطريقة أو بأخرى إلى نظام قانوني أساسي هو النظام القانون الدولي، وتكمن وظيفة النّظام القانوني الأساسي في إعطاء العقد القوة الملزمة، وتقديم قاعدة التنازع التي تسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

وهو ما انتهى إليه الأستاذ Dupuy في تحكيم Texaco، أين اعتبر العقد المبرم بين الحكومة الليبية وكل من شركة California Calasiatic وشركة Petroleum Texaco Overseas عقدا من عقود القانون الدولي، بمعنى عقدا يستمد قوّته الملزمة من القانون الدولي العام، وقد ورد في الحكم: ***"إنّ النّظام القانوني الذي ينبثق منه مبدأ القوة الملزمة للعقد هو النّظام القانوني الدولي نفسه، والذي حدّد عن طريق اختيار الأطراف، لأنّ عقود الامتياز تنشأ في نطاق القانون الدولي، وهذا الأخير هو الذي يعطي الأطراف القدرة الإرادية على اختيار القانون لواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية"*** [3].

2- تقييم الاتجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار: تعرّضت فكرة تدويل عقود الاستثمار للعديد من الانتقادات، باعتبار أنّها قامت بالتفرقة بين النّظام القانوني الأساسي للعقد والقانون الواجب التطبيق، وأصلا هذه التفرقة غير مألوفة في فقه القانون الدولي الخاص الذي استقّر على إخضاع العقود الدولية للقانون المختص، والذي تشير إليه قاعدة التّنازع. فالنّظام الأساسي لا يمكن أن يكون قاعدة تنازع، كما أن فكرة النّظام القانوني الأساسي تجمع بين

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 232.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 100.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 287.

القواعد الموضوعية (القوة الإلزامية للعقد) وقواعد تعيين القانون الواجب التطبيق، ما يجعلها غير مجدية لحلّ المنازعات التي قد تنشأ عن عقود الدولة[1].

كما أنّ القانون الدولي العام لا يمكن أن يكون القانون المناسب لحكم العقود المبرمة بين البلدان والأشخاص الأجنبية، فقواعد هذا القانون تسري فقط على العلاقات التي تجمع فيما بين البلدان ولا تحكم العلاقات التي يكون فيها الأفراد طرفا فيها، والقول بحرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق على موضوع عقدهم، معناه إعطاء الحقّ للأشخاص الخاصة حتّى يعترفوا لأنفسهم بالشخصية الدولية، وهو أمر غير مقبول لأنّ القانون الدولي العام ذاته هو من يحدّد الأشخاص المخاطبين بأحكامه[2]، فكيف نحمّله مواجهة منازعات الأفراد أو الشركات أو حتّى البلدان التي تمارس نشاطات تجارية واقتصادية، وكيف يمكن التوفيق بين ذلك والحقيقة التي تقضي أن الفرد لا يعتبر أحد أشخاص القانون الدولي إلى وقتنا الحالي[3].

من الصعوبة إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام، بالنظر إلى أنّه لا يحتوي قواعد كافية يمكن أن تحكم عقودا ذات طبيعة خاصة كهذه العقود، فهذه الخيرة لا يمكن أن تكون موضوعا لنزاعات دولية، لأنّ القانون الدولي لا يتضمن قواعد خاصة بشكل العقود وأثرها القانوني. فثمّة جدل واسع في الواقع حول مدى اعتبار القانون الدولي كيانا متماسكا، ويضم عددا من القواعد الكافية لتنظيم العقود الاستثمارية الخاصة، فهناك شكًّا كبيرا حول وجود قانون دولي للعقود، باستثناء معاهدات الاستثمار الثنائية والقليل من القواعد المتعلّقة بمشروعية المصادرة والتعويض[4].

استنادا إلى المعطيات السابقة، نجد أن الكثير من الأحكام التحكيمية تخلّت عن فكرة تدويل نزاعات عقود الاستثمار، باستثناء تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، والذي لا يزال يرجع إلى القانون الدولي العام لفضّ النزاعات المعروضة

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 100.
2- **عدلي محمّد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ص 328.
3- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 101.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 240 و 241.

عليه[1]، حيث تنصّ المادة 42/1 من اتفاقية واشنطن على أنّه: ***"تفصل المحكمة في النزاع طبقًا للقواعد القانونية التّي يقرّها طرفَا النّزاع"***.

وإذا لم يتّفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإنّ المحكمة تطبّق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النّزاع بما في ذلك القواعد المتعلّقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلّقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلّقة بالموضوع[2].

نخلص ممّا تقدم، أن فكرة تدويل عقود الاستثمار غير معرّف بها من قبل أحكام التحكيم، باستثناء تحكيم المركز الدولي لمنازعات الاستثمار CIRDI، وحتّى هذا المركز يطبّق القانون الدولي تطبيقا جزئيا لتكملة قانون الدولة المضيفة أو تصحيحه. بالتالي ليس هناك اعترف بدور القانون الدولي لحكم عقود الاستثمار.

ثالثا: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

سنتعرّض إلى الاتّجاه المنادي بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار عند غياب اختيار الأطراف الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق **(1)**، ومن ثم تقييم هذا الاتّجاه **(2)**.

1- الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية:

يذهب جانب من الفقه خاصة الغربي منه، إلى أنّه عند غياب اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، على المحكم تطبيق قواعد التجارة الدولية، فقد ظهر اتّجاه حديث يدعو إلى تحرير عقود الاستثمار من القانون الداخلي للدولة المضيفة وإخضاعهَا للقانون الدولي. ومع الانتقادات التي تعرّض لها القانون الدولي العام واستبعاده من معظم هيئات التحكيم، أصبح الحلّ المثل لحكم هذه العقود يكمن في البحث

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 101.
2- أنظر اتفاقية واشنطن، مرجع سابق.

عن نظام قانوني آخر بعيدا عن القانون الداخلي والقانون الدولي العام، وهو ما يقودنا إلى قواعد التجارة الدولية Lex Mercatoria[1].

بالرغم من أنّ هذه القواعد لا تنتمي إلى نظام تشريعي معيّن، نجد أنّ محكمة النقض الفرنسية أضفت عليها الطابع القانوني، كما اعتبر البعض عادات وأعراف التجارة الدولية بمثابة نظام قانوني مختص، ونجد أيضا محكمة استئناف باريس طبّقت هذه القواعد في الكثير من أحكامها، على أساس أنّ عادات وأعراف التجارة الدولية هي أحكام قانونية تطبّق على موضوع النّزاع دون الحاجة إلى اتّفاق الأطراف، فهذه القواعد يفترض علمها من جانب المهنيين ويمتنع التحجّج بجهلها[2].

يجد أنصار الاتّجاه المنادي بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار، دعما في قرار مجمع القانون الدولي في دورته الثالثة والسّتين والمنعقدة في Santiago de Compostela سنة 1989، تحت عنوان "التحكيم بين الدول أو مشروعاتها أو هيئاتها والمشروعات الأجنبية".

حيث نجد المادة 4 منه تنصّ على أنّه: ***"عندما يتمّ الاعتراض على صحة اتّفاق التحكيم فإنّ هيئة التحكيم ستحسم النّزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي: القانون الذي اختارهُ الأطراف، أو القانون الذي يشير إليه نظام القانون الدولي الخاص الذي نصّ عليه الأطراف، أو المبادئ العامة للقانون الدولي العام أو الخاص، أو المبادئ العامة للقانون للتحكيم الدولي، أو القانون الذي ستطبقه محاكم الإقليم حيث مقر هيئة التحكيم، وعند القيام بهذا الاختيار فإنّ هيئة التحكيم في كلّ حالة سيقودها مبدأ ترجيح النّص الذي يرتّب الصحة"***.

تنصّ أيضا المادة 6 منه على أنّه: ***"يتمتّع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد والمبادئ الإجرائية والموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم، ... وبقدر ما***

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 245 و 246.
2- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتّحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص...، مرجع سابق، ص 58.

يتركُ الأطراف هذه الأمور دون تحديد فإنّ هيئة التحكيم ستلتزم بأنّ تحدّد القواعد والمبادئ الضرورية المستمدّة من ذات المصادر المشار إليها في المادة الرابعة" [1].

كما انتهت إحدى هيئات التّحكيم المشكلة في إطار تحكيم غرفة التجارة الدولية، في شأن النّزاع القائم بين الشركة الألمانية Deutsch-Schcthbau-Und-Teifbohrgese Schaft (DST) ضد حكومة إمارة رأس الخيمة وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول (Rakoil)، إلى أنّ القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النّزاع طبقًا للمادة 13/3 من نظام تحكيم الغرفة، وفي ظل عدم الاتّفاق الصريح بين الأطراف، هي مبادئ القانون المقبولة عالميّا والحاكمة للالتزامات التّعاقدية، وبناء على ذلك طبّقت هيئة التّحكيم المبادئ المستقر عليها في أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة[2].

ونصّت المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي والموقعة في 21 أفريل 1961، على أنّه: ***"أيّا كان القانون واجب التطبيق يراعي الأطراف نصوص العقد والعادات التّجارية"***. والقانون النموذجي للجنة الأمم المتّحدة حول قانون التجارة الدولية نصّ في المادة 28/4 منه على أنّهُ: ***"تفصل محكمة التحكيم في جميع الأحوال طبقا لشروط العقد وتراعي العادات التجارية المطبقة على العقد"*** [3].

2- تقييم الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية:

رغم رأي الاتّجاه المناصر لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار، وذلك عند غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، لم يؤيّد البعض هذا الاتّجاه وذلك لما يلي:

- إنّ قواعد قانون التجارة الدولية لا تشكّل بحدّ ذاتها نظاما قانونيا متكاملا وذلك باعتراف بعض أنصارها، فهي ليست قواعد كافية لتغطية مختلف المسائل المتعلّقة بمجال

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص ص 299 و 230.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 248.
3- نقلاً عن: **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 103.

العقود الدولية، نظرا لخلوّها من تنظيم مسائل مهمّة كأهلية الأطراف والتراضي والتقادم ... بالتالي فهذه القواعد ليست بقانون أو نظام قانوني يمكن الإحالة إليه بشأن العقود[1].

- إنّ العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة كعقود التنمية واستغلال الثروات الطبيعية تخرج من نطاق القانون التجاري الدولي، فهذا الأخير ينظّم المعاملات الخاصة بين الأشخاص، وقد يمتدّ لحكم العلاقات التجارية التّي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها شخصا عاديّا، أمّا العلاقات التي تكون الدولة فيها بوصفها صاحبة سيادة فمن الصعب أن يحكم القانون التجاري الدولي مثل هذه العلاقات والتي تخرج عن مفهوم التجارة الدولية، فالأمر يتعلّق بعمليات إنتاجية طويلة الأجل مرتبطة باستغلال الثروات الطبيعية للبلدان النامية[2].

- إنّ اللّجوء إلى تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، من شأنه تأكيد مركز خاص للمشروعات الخاصة الأجنبية على حساب الدولة المتعاقدة، كما يخفي غالبا خلفه الرغبة في الوصول إلى حل مرض بين الطرفين المتعاقدين، وذلك دون الخضوع للنّظام القانوني الداخلي للدولة المتعاقدة، حتّى وإن كان القانون الأكثر ارتباطا بمنازعات عقود الاستثمار[3].

- على هذا النحو، يمكن القول أن قواعد قانون التجارة الدولية لا تصلح لحكم عقود الاستثمار، ولا تقدم الحلّ المناسب للمنازعات التي قد تثور بشأن هذه العقود، فنظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقود وما لها من خصوصية بالنسبة للدولة المضيفة، لا يمكن إخضاعها لقواعد قانون التجارة الدولية.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 248 و 249.
2- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 340 و 341.
3- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 105.

المطلب الثاني

تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي وإخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة

من خلال دراستنا السابقة، يتّضح أنّه لا توجد قرينة حاسمة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون، كما لاحظنا أنّ معظم الحجج التي ساقها أصحابها والتي تهدف إلى توطين هذه العقود أو تدويلها، وإنّما تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية[1].

لذلك لابّد من الرّجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الوارد في القانون الدولي الخاص، لتحديد القانون الواجب التطبيق، فهذه العقود تبقى عقودا دولية تدخل في إطار القانون الدولي الخاص المعاصر رغم طبيعتها الخاصة، فالدولة كما يرى البعض عند إبرامها لهذه العقود تكون قد تدخلت في المجال المحجوز للأفراد الخاصة، فتتعاقد مع متعاقد خاص أجنبي يندرج في خانة أيّ تعاقد عادي وكأنّه تعامل فيما بين أفراد القانون الخاص، ما يستدعي تطبيق قواعد تنازع القوانين المعمول بها في مجال الروابط بين أشخاص القانون الخاص[2].

وفقا للاتّجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص المعاصر، نجد غالبية التشريعات والاتّجاهات الفقهية الحديثة تميل إلى إخضاع العقد لقانون الدولة الأكثر ارتباطا به، وذلك عند غياب الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق، فيكون تركيز موضوعي بحت للرابطة العقدية من خلال نظرية الأداء المميّز، حيث يتم إسناد كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة إلى القانون الذي يوافق طبيعتها، والذي يفترض أن يكون قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز في العقد[3].

1- **حفيظة السيّد الحدّاد**، مرجع سابق، ص 813.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 251.
3- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص105.

عليه سنتطرق إلى دور المبادئ العامة للقانون الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق **(الفرع الأول)**، ومن ثمّ منهج الإسناد الذي يلائم طبيعة عقود الاستثمار **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

دور المبادئ العامة للقانون الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق

لا توجد قرينة حاسمة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الاستثمار، في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون، كما لاحظنا أنّ معظم الحجج التي ساقها أصحابها والتي تهدف إلى توطين عقود الاستثمار أو تدويلها، تنطوي على اعتبارات إيديولوجية أو سياسية أكثر منها قانونية[1].

لذلك لابّد من الرّجوع إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي، لتحديد القانون الواجب التطبيق، فعقود الاستثمار تبقى عقودا دولية تدخل في إطار القانون الدولي المعاصر رغم طبيعتها الخاصة، فالدولة كما يرى البعض عند إبرامها لهذه العقود، تكون قد تدخلت في المجال المحجوز للأفراد الخاصة، فالتعاقد مع متعاقد خاص أجنبي يندرج في خانة أيّ تعاقد عادي، وكأنّه تعامل فيما بين أفراد القانون الخاص، ما يستدعي تطبيق قواعد تنازع القوانين المعمول بها في مجال الروابط بين أشخاص القانون الخاص[2].

وفقا للاتّجاهات الحديثة في القانون الدولي المعاصر، نجد غالبية التشريعات والاتّجاهات الفقهية الحديثة تميل إلى إخضاع العقد لقانون الدولة الأكثر ارتباطًا به، وذلك عند غياب الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق، فيكون تركيز موضوعي بحت للرابطة العقدية من خلال نظرية الأداء المميّز، حيث يتم إسناد كل فئة من العقود ذات الطبيعة

1- **حفيظة السيّد الحدّاد**، مرجع سابق، ص 813.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 251.

الواحدة إلى القانون الذي يوافق طبيعتها، والذي يفترض أن يكون قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز في العقد[1].

استقرّ القانون الدولي المعاصر على أنّه في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، فإنّه لا يجوز للقاضي أو المحكم البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف، فهذه الإرادة لا أساس لها ولا تستجيب للواقع في أغلب الأحيان، وهي في الحقيقة إرادة القاضي أو المحكم الذي عرض عليه النّزاع[2].

أصلا القاضي المختصّ أو المحكم يكون ملزما بالبحث من تلقاء نفسه عن القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام اختيار هذا القانون[3]، ونجد في هذا الصدد المادة 4/1 من اتفاقية روما لسنة 1980 نصّت على الرابطة القانونية الأوثق، بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق حيث يقوم اختيار هذا القانون على أساس الارتباط بالنزاع والقرب منهُ، غير أنّ هذه الاتفاقية لم تحدّد تعريفًا لفكرة الرابطة الأوثق[4].

يتحدّد القانون الأوثق صلة بالعقد من خلال الرجوع لمركز الثقل في العلاقة العقدية ومن خلال عناصر شخصية Subjective، وهو المعمول به قبل دخول اتفاقية روما حيّز التنفيذ، وبعد ذلك وبالتّحديد في 1 أفريل 1991 أصبح تحديد مركز الثقل في العلاقات التعاقدية، يتمّ من خلال عناصر موضوعية وذلك بالرجوع إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد موضوعيا Objectivement[5].

نجد المادة 4/1 من اتفاقية روما تنصّ على أنّه: ***" في الحدود التّي يتمّ فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيسري على العقد قانون البلد الذي لهُ به أكثر الروابط وثوقا"***.

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 105.
2- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ص 532 و 533.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 307.
4- **FERRARI Franco**, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome », In: Droit international privé: travaux du comité français de droit international prive, 18 é année, 2006-2008.2009, P 116.
5- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 150.

كما نصّت المادة 117/1 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنّهُ: ***"يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التّي لهُ بها أكثر الروابط وثوقا"*** [1].

يمكن التّمييز بين عدّة مناهج في إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال التركيز الموضوعي للعقد، فثمّة منهج يلجأ فيه المشرّع لوضع ضوابط معيّنة بشكل مسبق، حيث يلتزم القاضي بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد فيها، باستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وتطبيقه على نحو سليم وهو ما يطلق عليه **"الإسناد الجامد"**.

وثمّة منهج آخر يترك فيه مجال واسع لاجتهاد القاضي وتقديره، وهو ما يطلق عليه "الإسناد المرن".

إضافة إلى منهج حديث، يقوم فيه القاضي بالتركيز الموضوعي للعقد من خلال طبيعته الذّاتية، فيتم إسناد كل طائفة من العقود ذات الطبيعة الواحدة إلى القانون الذي يتلائم وطبيعتها الذّاتية، ومن المفترض أن يكون القانون السائد في محل إقامة المدين بالالتزام الرئيسي فيها، وهو ما يطلق عليه "نظرية الأداء المميّز"[2].

أولا: منهج الإسناد الجامد

يوصف منهج الإسناد الجامد بالمنهج التشريعي، لكون المشرّع هو الذّي يقوم بنفسه بعملية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، وذلك عند تخلف إرادة الأطراف المتعاقدة، فيضع ضوابط معيّنة يلتزم القاضي بتطبيقها ولا مجال للاجتهاد فيها، باستثناء ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وإعماله على نحو صحيح وسليم[3].

أخذت العديد من التشريعات بمنهج الإسناد الجامد، منها القانون المدني المصري حيث نصّ في المادة 19/1 منه على أنّ: ***"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة الذي***

1- نقلاً عن: **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 254.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 106.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 255.

يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحدا موطنا، فإن اختلف موطنا سرى قانون الدولة التّي تمّ فيها العقد..." [1].

والقانون المدني الإسباني الذّي نصّ في المادة 11/5 منه على أنّ: ***"تخضع الالتزامات التعاقدية في حالة تخلف قانون الإرادة الصريحة لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إن اتحّدا جنسية، وعند تخلّفه فلقانون محل إقامتهما العادية المشترك، وإلاّ فلقانون محل إبرام التّصرف"*** [2].

يعبّر منهج الإسناد الجامد على هذا النّحو عن وجهة نظر المشرّع فيما يخصّ القوانين الأقرب صلة بالعقد، مثل: قانون الجنسية أو الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون دولة إبرام العقد أو دولة تنفيذه، ويلتزم القاضي وفق هذا المنهج بتطبيق الضابط الذي حدّده المشرع ووفق التّدرج الذي أورده.

بالأخذ بهذا النظر، يمكن للأطراف معرفة القانون الواجب التطبيق، وهذا من شأنه أن يحقق لهم الأمان القانوني الذي يصبون إليه، ويصون توقّعاتهم المشروعة، كما يحقّق الاستقرار المطلوب في معاملات التّجارة الدولية[3].

إلاّ أنّه يؤخذ على هذا المنهج تجاهله للطبيعة الخاصة بكل عقد، إذ يأخذ بقاعدة إسناد عامة وكثيرا ما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، وهو الأمر الذي يبدو نشازا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة[4].

بناء على ما تقدم، نعتقد أن منهج الإسناد الجامد لا يسمح بمواكبة التطوّرات الحديثة في عصر التكنولوجيا، ويعيق تطوير الحلول المتاحة أمام القاضي، ومن ثم فهذا المنهج لا

1- أنظر القانون المدني المصري لسنة 1948، المعدّل والمتمّم، متوفر على الموقع:
www.wipo.int/edocs/lexdocs/law/ar/eg/ego26ar.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/06/10، على الساعة: 13:30.

2- نقلا عن: **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 31.
3- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 557.
4- **عكاشة عبد العال**، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 60.

يصلح لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، والتي تتميّز بطبيعة خاصة عن باقي العقود المسماة.

ثانيا: منهج الإسناد المرن

يعتمد منهج الإسناد المرن على المرونة في الإسناد على عكس منهج الإسناد الجامد، وذلك وفقا لمقتضيات التعاقد ودواعيه فيقوم القاضي وفق هذا المنهج بالبحث في كل حالة معروضة عليه عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والذي يعبّر عن مركز الثقل في هذه الرابطة وذلك حسب ظروف التّعاقد وملابسته، سعيا لإدراك العدالة على نحو أفضل[1].

استنادا لهذا المنهج يتولى القاضي القيام بعملية التركيز وتحديد القانون الواجب التطبيق، فهو يتمتّع بسلطة تقديرية واسعة من غير أن يتدخل المشرّع ويحدّد له المسار الذي يجب أن يتّبعه[2]. وقد قاد هذا الاتّجاه الأستاذ الفرنسي الراحل **"باتيفول"** متأثرا في ذلك بالقضاء الإنجليزي، كما أخذ به القضاء الفرنسي الحديث قبل نفاذ معاهدة روما في فرنسا[3].

أسند القضاء الإنجليزي الروابط العقدية الدولية إلى ما أسماه بـــ "القانون الخاص بالعقد « The proper Law of contract»، والذي يحدّده القاضي حسب ظروف التّعاقد وملابساته واستنادا إلى أحداث مادية.

بالنسبة للقضاء الفرنسي، قرّرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 جويلية 1959 على أنّه: ***"إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في وضوء ظروف التعاقد وملابساته"*** [4].

1- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 565.
2- **عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 69.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 257.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 312.

في ضوء ما تقدم، نقول أنّ منهج الإسناد المرن رغم اعتماده على المرونة في الإسناد ومراعاة طبيعة كل عقد على حدّه، وهذا من شأنه أن يحقّق العدالة، إلاّ أنّه قد يؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف المتعاقدة ويزعزع الاستقرار القانوني، باعتبار أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يتوقف على ظروف التعاقد وملابساته.

ثالثا- نظرية الأداء المميز

تقوم نظرية الأداء المميّز على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل طائفة متماثلة من العقود، وذلك حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه، فينفرد كل عقد بأداء يميّزه عن باقي العقود ويحدّد خصائصه ما يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدّه[1].

تعتبر هذه الفكرة من أحدث الاتّجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وهي تقوم على إسناد العقد للقانون الأوثق صله به. وقد أخذ بهذه الفكرة مبدئيّا كل من الفقه والقضاء السويسري[2]، حيث اعتبر هذا الأخير أنّ نظرية الأداء المميّز هي ركيزة للإسناد، وبموجبها يخضع العقد لقانون المكان الذي يتحقّق فيه الأداء المميّز وهو محلّ إقامة المدين بهذا الأداء، دون البحث عن إرادة الخصوم أو أيّ عنصر خارج العلاقة، وبذلك يكون تحديد القانون الواجب التطبيق مبني على أساس قويّ ومرن، من خلال الاعتماد على تحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية وملموسة، بعيدا عن الإسناد على ضوابط لا علاقة لها بروح الالتزام[3].

ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادر في 11 ماي 1966 إلى أنّه:
"وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، وعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط بالعقد بأوثق صلة

1- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 108.
2- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 581 وما يليها.
3- **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 174.

إقليمية، وهو بصفة عامة قانون محل إقامة الطرف الذي يعدّ أداؤه مميّزًا في العقد محلّ النّزاع" [1].

كما أخذت اتفاقية روما لعام 1980 بنظرية الأداء المميّز[2]، فنصّت في المادة 4 منها على أنّهُ: ***"عند انعدام الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقًا، ويفترض أنّ العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التّي يوجد بها عند التعاقد محلّ الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميّز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصًا اعتباريّا"*** [3].

كما أكّدت العديد من التشريعات الوطنية على الأخذ بهذه النظرية، فنجد المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري نصّت على أنّهُ: ***"1- يسري على العقد عند غياب اختيار القانون قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا.***

2- وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التّي بها الإقامة العادية للطّرف الذي يجب أن يقدّم الأداء المميّز..." [4].

وهو ما نصت عليه أيضا المادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، والتي جاء فيها ما يلي: ***"1- عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق يتمّ إسناد العقد الدولي إلى قانون الدولة الأوثق صلة بالرابطة العقدية.***

2- ويفترض أنّ العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند إبرام العقد محلّ الإقامة المعتاد للطرف الذي يتعيّن أن يقوم بالأداء المميّز في العقد" [5].

1- نقلا عن: **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 162.

2 - **JACQUET Jean-Michel**, Op.cit, P P 50 et 51.

3- نقلا عن **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 315.

4- أنظر القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، متوفر على الموقع:
www.admin.ch/ch/f/rs/291.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/06/20، على الساعة: 11:30.

5- نقلا عن: **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 261.

بالنسبة لموقف التشريع الجزائري، نجد أنّه قد أخذ بضوابط إسناد جامدة، حيث أنّه حدّد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في حالة غياب الاختيار الصريح لقانون معيّن، وتعذر على القضاء استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة[1].

هذا الموقف من المشرع الجزائري يخالف ما استقرّت عليه الاتّجاهات الفقهية والقضائية وحتى التشريعات المقارنة الحديثة التّي دعت إلى الأخذ بنظرية الأداء المميّز، فكان على المشرع مراعاة الخصوصية التي تتمتّع بها العقود الدولية الحديثة ومن بينها عقود الاستثمار، وذلك بإخضاعها لقواعد إسناد تفريدية عند غياب الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق عليها، فحبّذا لو أشار المشرّع الجزائري على وجه عام إلى تطبيق فكرة الأداء المميّز، والتّي لاقت رواجا في العديد من التقنيات المقارنة الحديثة.

رغم هذا، نرى بأنّه يمكن للقاضي الأخذ بهذه النظرية استنادا لما جاء في المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني، والتي تنص على أنّه: ***"تطبّق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نصّ في المواد الخاصة بتنازع القوانين"***. وبذلك يفرد القاضي لكل طائفة من العقود إسنادا احتياطيّا، بشكل يراعي طبيعة وخصوصية كل طائفة[2].

يلاحظ من النصوص السابقة، أنّ لحظة تقدير الأداء المميّز يكون وقت إبرام العقد عادة وتصور الأطراف له في ذلك الوقت، أمّا التنفيذ المادي أو الفعلي للأداء يأتي في مرحلة لاحقة، وهذا من شأنه أن يصون للمتعاقدين توقعاتهم بشأن قانون العقد ويحقق لهم الأمان القانوني الذي يصبون إليه.

تعتمد نظرية الأداء المميّز في العقد على تحليل موضوعي بحت للطبيعة الذاتية للعقد ومن ثمّ تحديد الالتزام الرئيسي فيه، لتمكين القاضي من إسناد الرابطة العقدية لقانون محل

1- تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: ***"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.***
وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.
وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.
غير أنّه يسري على العقود المتعلّقة بالعقار قانون موقعه."، مرجع سابق.
2- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص ص 163 و 164.

إقامة المدين بهذا الالتزام عند التّعاقد أو مركز إرادته إذا كان شخصا اعتباريّا[1]. مع ذلك يمكن للقاضي أن يستبعد القانون المحدّد وفقا لنظرية الأداء المميّز، ليحدّد ما إذا كان للعقد ارتباطا أقوى بدولة أخرى فيطبّق قانونها، بمعنى لو اتّضح للقاضي من مجموع ظروف العقد أنّ له روابط أوثق وأقوى مع دولة أخرى غير دولة المدين بالأداء الرئيسي، وذلك في حالة وجود عناصر ملائمة تدخل في دولة أخرى غير دولة المدين مثل: مكان إبرام العقد، مكان تنفيذ العقد، جنسية الأطراف يطبق هذا القاضي قانون الدولة الأخرى.

عليه فالقاضي يطبق القانون الذّي له روابط أوثق وأكثر صلة بالعقد، كما يأخذ بعين الاعتبار نقاط الاتّصال بين العقد والبلدان المختلفة[2].

نصّت اتفاقية روما على هذا الاستثناء وذلك في المادة 4 منها، فبعد أنّ قرّرت إسناد العقد إلى قانون الدولة الأوثق صله به، والذي يفترض أن يكون قانون محل إقامة المدين بالأداء المميّز إذا كان هذا الأداء قابل للتحديد، وإلاّ يطبق القاضي القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وذلك حسب ظروف التعاقد وملابساته[3].

من خلال ما سبق، نجد أن نظرية الأداء المميّز تحقّق المرونة المطلوبة لإدراك العدالة دون البحث عن إرادة الخصوم أو أيّ عنصر خارج العلاقة التّعاقدية، فهذه النظرية تشكّل أساس قويّ ومرن لتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال تحديد العنصر الحاسم بطريقة مادية وملموسة، بعيدا كل البعد عن الإسناد لضوابط ليس لها علاقة بروح الالتزام، وهذا من شأنه تحقيق وحدة القانون الواجب التّطبيق وتفادي تشتيت العلاقة التّعاقدية بين عدّة قوانين إضافة إلى صيانة توقعات الأطراف المتعاقدة[4].

عليه، فإنّنا نرجّح الأخذ بنظرية الأداء المميّز في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، وذلك في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 261.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص ص 109 و 110.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 317.
4- **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 174.

الفرع الثاني

تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار

سنتطرق لدراسة بعض تطبيقات نظرية الأداء المميّز على بعض نماذج عقود الاستثمار، في سبيل تحديد القانون الذي يناسب الطبيعة الذاتية لهذه العقود ويراعي الخصوصية التي تتمتّع بها، وذلك على النحو الآتي: نظرية الأداء المميّز وعقود البترول **(أولا)**، نظرية الأداء المميّز وعقود التعاون الصناعي **(ثانيا)**.

أولا: نظرية الأداء المميز وعقود البترول

تحتل عقود البترول مكانة مميّزة في إطار طائفة عقود الدولة نظرا لأهمّيتها بالنسبة للبلدان المنتجة له أو البلدان المستهلكة على حدّ سواء، ومن خلال هذه العقود تمنح الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها إلى مشروع خاص أجنبي مهمة القيام بأنشطة البحث واستغلال الموارد البترولية الواقعة على أراضيها، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بها، أمّا الشريك الأجنبي يسعى لتحقيق عائد من الأرباح من خلال العملية التي يقوم بها. ونظرا للتّفاوت في المراكز القانونية بين الطرفين (الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي) فمن الصعب تحقيق التوازن المنشود بينهما ما قد يولّد نزاعات لا محال[1].

تخضع عقود البترول طبقا للقاعدة العامة في تنازع القوانين للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنيّا، وفي حالة انعدام هذا الاختيار يطبّق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بوصفه قانون مكان الأداء المميّز في العقد، باعتبار أن الموارد البترولية تقع داخل إقليم هذه الدول. إضافة إلى أنّ مكان الأداء يقع في أراضي الدولة المتعاقدة فعملية استغلال البترول تتمّ على هذه الأراضي، ما يجعلها المكان الذي يترتّب فيه آثار العقد وتتحقّق فيه المنافع الاقتصادية لأطرافه[2].

1- **فتحي عوص حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص ص 111 و 112.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 322.

أيّد العديد من الفقهاء هذا الحل، كما قننته العديد من القوانين الوطنية والتّي نصّت على خضوع النزاعات الناشئة عن عقود البترول لقانونها المحلي. فنجد قانون البترول في جمهورية منغوليا الشعبية لسنة 1991 ينص في المادة 13/1 منه على أنّه: ***"ما لم ينص في عقود البترول على خلاف ذلك، فإنّ أيّ نزاع بشأن عمليات البترول سوف تتمّ تسويته من قبل محاكم جمهورية منغوليا الشّعبية و وفقا لقوانينها"*** [1].

وفي قضية Wintershall بين الحكومة القطرية وشركة Wintershall، أين وقعت الشركة المذكورة ومعها مجموعة من الشركات الأخرى عام 1981 عقدا مع الحكومة القطرية يخص مجال التنقيب والإنتاج المشترك، بدل عقد الامتياز المبرم سابقا. وقد نصّ العقد الجديد على منح الشركة حق التنقيب والحفر وإنتاج البترول في منطقة محدودة من المياه الإقليمية لمدة ثلاثين عاما، بشرط أن تتخلى الشركة عن 50% من هذه المنطقة بعد خمس (05) سنوات وعن 20% أخرى منها بعد ثمان (08) سنوات. كما نصّ العقد أيضا على أنّه في حالة عدم عثور الشركة في تلك المنطقة خلال ثمان سنوات على البترول الخام بكميات تجارية أو على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول وقابل للاستغلال على نحو اقتصادي، يجوز للحكومة القطرية إلغاء العقد. وإذا تمّ اكتشاف غاز طبيعي مصاحب للبترول يجوز للشركة استغلاله لوحدها أو بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقا لترتيبات تعاقدية جديدة يتم الاتّفاق عليها[2].

لم تعثر مجموعة Wintershall في منطقة العقد على بترول خام بكميات تجارية، وقد منعت من الحفر في جزء من منطقة عقدها والتي كانت منطقة نزاع بين قطر والبحرين، رغم أنّ الشركة إدّعت بأن احتمالات العثور على البترول الخام بهذه المنطقة تعدّ كبيرة. في المقابل عثرت الشركة على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول بكميات كبيرة وصالحة للاستغلال التجاري حسب رأيها.

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 267 و 268.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 112.

بدأت المفاوضات بين الشركة والحكومة لاستغلال هذا الغاز المكتشف في منطقة العقد وحدها، أو مع هذا الغاز الطبيعي المكتشف في المنطقة المجاورة والتي تستغلها الهيئة العامة القطرية للبترول QGPC، وقد دار البحث بين الطرفين حول ثلاثة (03) مشاريع مختلفة لاستغلال الغاز[1].

لم تنجح المفاوضات التي دارت بين الطرفين، فلجأت مجموعة Wintershall إلى التحكيم للمطالبة بتعويض قدره 250 مليون دولار، على أساس أنّ الحكومة القطرية هي المسؤولة عن فشل المفاوضات بين الطرفين لاستغلال الغاز الطبيعي، وهي المسؤولة أيضا عن منع مجموعة الشركات من التّنقيب في منطقة النّزاع المجاورة للبحرين، رغم ارتفاع احتمالات العثور على البترول في تلك المنطقة.

نظرا إلى كون العقد المبرم جاء خاليا من أيّ تحديد للقانون الواجب التطبيق كان لزاما على هيئة التّحكيم تحديد هذا القانون، وقد انتهت إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أي القانون القطري باعتبار أنّ قطر هي مكان انعقاد العقد وتنفيذه، ما يجعلها محل الأداء المميّز في العقد[2].

ثانيا: نظرية الأداء المميز وعقود التعاون الصناعي

يعتبر الاستثمار في القطاع الصناعي من أولويات البلدان المستوردة له حاليا، فعقود التعاون الصناعي على اختلاف صورها أصبحت اليوم الأداة الهامة لتبادل الأسرار ونقل التكنولوجيا بين مختلف بلدان العالم، لاسيما بين البلدان المتقدّمة صناعيا والبلدان النامية.

ونظرا لاختلاف أطراف هذه العقود، حيث نجدها تبرم بين الدولة والشخص الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيّا أو اعتباريّا، ومع تضارب مصالح هذه الأطراف واختلاف أحكام

1- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 268 و 269.
2- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 324.

التشريعات المنظمة لحماية الاختراعات وكيفية استغلالها والحقوق الواردة عليها، أكيد ستثور نزاعات بشأن هذه العقود لا محالة[1].

تقضي القاعدة العامة بشأن هذه العقود خضوعها لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية، أمّا عند انعدام الاختيار فإنّها تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة كونه المكان الذي يتجسّد فيه الأداء المميّز في العقد ويرتّب آثاره. كما يضمن الحماية للطرف الأضعف اقتصاديّا وهو الدولة المضيفة، والتي تسعى تشريعاتها إلى حماية اقتصادها ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا إلاّ في الحدود التي تساهم فيها في خطط لتنمية، وبما لا يضر التكنولوجيا المحلية ويحمي الاقتصاد الوطني من الشروط المقيّدة لحرية مستورد التكنولوجيا والتي يفرضها الطرف القويّ[2].

يحظى هذا الحلّ تأييد العديد من الفقهاء وهو ما نصّت عليه العديد من التشريعات الوطنية، فنجد مثلا المشرع المصري طبّق هذا الحل بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا حيث نصّ في المادة 87 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 على ما يلي: ***"...2- في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النّزاع بموجب أحكام القانون المصري..."*** [3].

أيدّت أيضا هذا الحل محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 22 نوفمبر 1980 بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية وحكومة تايلاند، فيما يخص إنشاء مصنع لتجميع قطع غيار للسيارات في تايلاند، وقد انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون التايلندي بوصفه قانون مكان الأداء المميّز في العقد، فهذا الأخير أبرم ونفّذ فيها باعتبارها محلّ تنفيذ المنشآت الصناعية[4].

1- **لبيك شوقي**، مرجع سابق، ص 166.
2- **فتحي عوض حسين أبو رضوان**، مرجع سابق، ص 113.
3- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 280 و 281.
4- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 326.

خلاصة الباب الثاني:

يظهر من خلال دراسة آليات تسوية الخلافات بين الدولة المضيفة والمستثمر في ظل اتفاقيات الاستثمار، أنّ هذه الأخيرة تكرّس آلية التحكيم كآلية بديلة للتسوية القضائية. فنظرا لعدم ثقة المستثمر بالقضاء الداخلي للدولة المضيفة وقوانينها، نجده يتهرب من إخضاع النزاع القائم بينه وبين هذه الدولة إلى قضائها الوطني، ويفضل اللجوء إلى التحكيم وتطبيق قواعد القانون الدولي لفض النزاع القائم.رغم ذلك اتفاقيات الاستثمار تكرس أيضا آلية قضائية لتسوية هذه الخلافات من خلال ضمان اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أو القضاء الدولي.

في ضوء نص العديد من اتفاقيات الاستثمار خاصة الثنائية منها على اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)، ازداد دور هذا المركز على صعيد تسوية الخلافات التي قد تنشأ بين الدولة والمستثمر، إلاّ أنّه في كثير من الأحيان تتبنّى هيئاته التحكيمية تفسيرا واسعا ضد البلدان النامية، حيث في بعض الأحيان يفترض المركز اختصاصه عندما تكون موافقة هذه البلدان إلى اللجوء إليه غير واضحة، ما جعل أغلبية البلدان تفكر بالانسحاب منه لأنّها ترى أنّ هذا المركز ينحاز لصالح المستثمر الأجنبي.

بالنظر إلى الضمانات الاتفاقية المتعلقة بتسوية نزاعات الاستثمار، نقول أنها تخدم مصالح المستثمر أكثر ممّا تخدم مصالح الدولة المضيفة، ما يجعلها لا تحقق التوازن بين مصالح هذين الطرفين، إذ الكفة تميل دائما لصالح هذا المستثمر وهو ما رأيناه عند دراستنا للمعاملة والحوافز الاتفاقية (في الباب الأول).

خاتمـة:

تعتبر اتفاقيات الاستثمار وسيلة دولية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية إلى أقاليم البلدان المضيفة لها، فهي تعدّ من بين أهم الآليات القانونية المكرسة لتنظيم وتأطير الاستثمار. والجزائر كغيرها من البلدان أبرمت هذه الاتفاقيات رغبة منها لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التطور والتنمية الاقتصادية بها.

تتضمن اتفاقيات الاستثمار أحكاما خاصة بأمن الاستثمارات، إذ تضمن معاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الذي يقضي بمعاملة هذا المستثمر على أساس مبدأ العدل والمساواة بعيد عن أيّ تمييز أو تطرّف، ومعاملته على أساس مبدأ المعاملة الوطنية الذي يقضي استبعاد أيّ إجراءات تمييزية بينه وبين المستثمر الوطني، إضافة إلى تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي ينص على أنّ الدولة المتعاقدة تكفل لمستثمري واستثمارات الدولة المتعاقدة الأخرى على أراضيها، نفس الضمانات والامتيازات التي تكفلها لمستثمري واستثمارات دولة ثالثة.

تكرّس اتفاقيات الاستثمار أيضا شرط الاستقرار التشريعي الذي يهدف إلى حماية الاستثمارات من التعديلات التي يمكن أن تطرأ على القواعد القانونية المنظمة لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

أقرّت اتفاقيات الاستثمار ضمانات مالية لحماية الاستثمار، تتمثل أساسا في الضمان ضدّ مخاطر الاستيلاء على ملكية المستثمرين الأجانب، وضمان حرية تحويل الأرباح ورأس المال المستثمر، إلى جانب الضمان ضدّ أخطار الحروب الأجنبية والاضطرابات الداخلية. كما تتضمن هذه الاتفاقيات منح حوافز ومزايا ضريبية لصالح المستثمرين الأجانب.

تكرّس اتفاقيات الاستثمار ضمانات قضائية تتمثل في تكريس آليات قانونية لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار والتي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وذلك من خلال اللجوء إلى الوسائل القضائية المتمثلة في القضاء الوطني أو القضاء الدولي، أو اللجوء إلى

التحكيم كوسيلة بديلة لفض هذه النزاعات بعدما أصبح المستثمر لا يثق بالقضاء الوطني للدولة المضيفة. إلى جانب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه النزاعات سواء في حالة اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون المطبق أو في حالة سكوتهم عن اختيار القانون الواجب التطبيق.

ترد على هذه الحماية والضمانات المقررة في اتفاقيات الاستثمار بعض الاستثناءات لصالح الدولة المضيفة، لكن تبقى هذه الاتفاقيات كآلية يراد منها إخضاع البلدان النامية لإرادة البلدان المتقدمة والتصدي لمركزها السيادي، من خلال منح المستثمر الأجنبي مركزا قانونيا دوليا في مواجهة الدولة المتعاقدة، ما يؤدي إلى قيام مسؤوليتها العقدية بسبب التنازلات المفرطة التي تمنحها للمستثمر الأجنبي.

بعد دراستنا لمضمون اتفاقيات الاستثمار بالتأصيل والتحليل واستنتاج دورها في إيجاد التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، يمكن أن نتوصل إلى النتائج التالية:

1. تساهم اتفاقيات الاستثمار في خلق مناخ استثماري ملائم يعكس النظرة الايجابية للبلدان اتّجاه الاستثمارات.

2. يعدّ اللجوء إلى إبرام اتفاقيات الاستثمار من أكثر الضمانات القانونية بالنسبة للمستثمر الأجنبي، فهي بمثابة الإنذار المبكر الذي يحذّر الدولة المضيفة من اتّخاذ تدابير وإجراءات معينة من شأنها الإضرار بالاستثمارات المنجزة على أراضيها، كما يشكّل مخالفة نصوص هذه الاتفاقيات انتهاكا لالتزام دولي يرتّب مسؤولية الدولة المضيفة.

3. أوجدت اتّفاقيات الاستثمار آلية دولية محايدة لحل نزاعات الاستثمار والتي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، وذلك عن طريق اللّجوء إلى التّحكيم لفضّ هذه النزاعات.

4. تؤثر اتّفاقيات الاستثمار بشكل كبير على الأنظمة القانونية والسياسة الاستثمارية للبلدان المتعاقدة.

5. تترجم اتفاقيات الاستثمار في الحقيقة، العودة إلى المبادئ الدولية العرفية أكثر من التعبير عن ظهور نظام قانوني دولي يعكس رفض البلدان النامية لهذه المبادئ.

6. تتميّز نصوص اتفاقيات الاستثمار بالصياغة الواسعة والغامضة، فمثلا: إجراء نزع الملكية الذي تضمنه هذه الاتفاقيات يشير إلى كافة الإجراءات التي قد تمارسها الدولة المضيفة بوصفها

صاحبة سيادة، والتي ينجم عنها الاعتداء على ملكية المستثمر الأجنبي ولاشكّ أن مثل هذه الصياغة الواسعة لنصوص هذه الاتفاقيات لن يساهم في خلق جوّ مناسب للاستثمار، إنّما يعمل على تجنّب النزاعات التي قد تثور بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي قدر الإمكان.

7. لا تثار أيّة مشكلة إذا كانت اتفاقيات الاستثمار الثنائية تبرم بين دولتين متساويتين في المركز الاقتصادي، فهنا تكون القدرة التفاوضية متوازنة بين الطرفين ما يجعل الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما متكافئة. لكن إذا كان اختلاف في المراكز الاقتصادية للدولتين المتعاقدتين فهنا الدولة القوية تستطيع أن تفرض الشّروط التي تخدم مصلحتها الخاصة، في حين تضطر الدولة الضعيفة النامية إلى التنازل عن بعض المزايا والحقوق، وفي بعض الأحيان تصل إلى منح بعض الامتيازات لصالح الطرف القويّ والخضوع لشروطه حتى تحصل على استثمارات رعاياه.

بالتالي فهذه الاتفاقيات غاليا ما تبنى على سيطرة وتحكم الطرف المتعاقد القويّ دون الأخذ بعين الاعتبار المصلحة المشتركة للدولتين المتعاقدتين، بدليل أنّ أغلب البلدان المتقدمة أنشأت معاهدات استثمار نموذجية، وكلّ دولة ترغب في التعاقد معها لابد أن توقع على هذه المعاهدات وتوافق على محتواها، ما يضفي عليها طابع الإذعان.

8. أدّت اتفاقيات الاستثمار إلى تدويل العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي، فظهرت عقود ذات طبيعة خاصة تتميز عن باقي العقود الدولية الأخرى، ونظرا للتّفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لهذين الطرفين المتعاقدين لم تتمكن هذه الاتفاقيات من تحقيق التّوازن بين مصالحها، إذ نجد المستثمرون من رعايا البلدان المتقدمة يتمتّعون بمزايا وضمانات ولو على حساب سيادة الدولة المضيفة للاستثمار، كما تشك البلدان المتقدمة في نزاهة وقدرة الجهاز القضائي في البلدان النامية للحكم في النّزاع الذي قد يكون أحد رعاياها طرفا فيه، ما جعلها تنادي بإخضاع عقود الدولة للنظام القانوني الدولي بعيدا عن النّظام القانوني الوطني.

رغم سلبيات إبرام اتفاقيات الاستثمار، فهذه الأخيرة لم تتمكّن من تحقيق التوازن المنشود بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر، إلاّ أنّه لا يمكن إنكار ايجابيات إبرام مثل هذه الاتفاقيات والتي تعدّ من أفضل الوسائل القانونية لتنظيم الاستثمارات وحمايتها، باعتبار أنّها تبرم بين أشخاص القانون الدولي وتحكمه قواعد القانون الدولي بصفة أساسية، كما يقع على أطرافها

واجب الوفاء، فالحقوق والالتزامات التي تتضمنها بحسن نية فأيّ إخلال بها سيرتّب المسؤولية الدولية على عاتق الدولة المخلّة بها.

طبقا لما انتهينا إليه من أنّ اتفاقيات الاستثمار لم تحقق بصورة كاملة الغاية التي وجدت من أجلها وهي تحقيق التّوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة، وقد تتضمّن هذه الاتفاقيات شروطا مجحفة وغير عادلة في حقّ البلدان النامية المستوردة لرأس المال الأجنبي، فإنّنا نضع الاقتراحات الآتية:

1. لابدّ على البلدان النامية تنسيق سياستها اتّجاه الاستثمار في إطار المنظمات الاقتصادية الإقليمية والتي تكون أعضاء فيها، فتضع هذه المنظمات المبادئ والأحكام العامة التي يجب على هذه البلدان إتّباعها في معاملتها للاستثمارات، وحتّى تضمينها في الاتفاقيات التي تبرمها مع غيرها من البلدان الأخرى.

2. يجب أن تكون المجموعة التي تفوّضها البلدان النامية للتّفاوض مع البلدان المتقدمة من أجل إبرام اتفاقيات الاستثمار الثنائية، تتمتّع بدرجة كبيرة من الخبرة والدّراية في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية، فتعرف متى تقدم التنازلات ومتى تتمسك بموقفها.

3. لابدّ أن تتمسك البلدان النامية بحقوقها خاصة ما تعلّق بحق الإشراف والرقابة على الاستثمار.

4. يجب أن لا تقبل البلدان النامية أي شرط تعسفي في الاتفاقية ينقص من سيادتها على مواردها الطبيعية ويقيّد حريّتها في اتّخاذ الإجراءات اللاّزمة لحماية مصالحها خاصة الاقتصادية منها، ومسألة التّعويض النّاجم عن الإجراءات التي تتّخذها الدولة المضيفة كإجراء التأميم أو نزع الملكية، لابدّ أن يكون متّفقا مع ظروف هذه الدولة وإمكانياتها المالية.

5. يجب على الدولة المضيفة أن تهتم بإصلاح نظامها القضائي، حتّى تتمسّك بإخضاع النزاعات التي قد تنشأ عن عقود الاستثمار لقانونها وقضائها الوطني.

6. يجب على البلدان المصدرة لرأس المال والمستوردة له أن تسعى معا من أجل عقد اتّفاقية دولية متعدّدة الأطراف على غرار اتّفاقية الجات لعام 1994، وذلك لتنظيم الجوانب المتعلّقة بالاستثمار كافة، لأنّ الاتّفاقيات الثنائية المبرمة لحدّ الآن لم تستطع إغلاق الفجوة الموجودة بين

تفسيرات البلدان المتقدمة والبلدان النامية للقواعد الدولية الخاصة بتنظيم الاستثمار وحمايته، والاتفاقيات متعدّدة الأطراف كانت ولازالت تخضع لسلطة البلدان الأعضاء ذات القوى الكبرى، ما يستدعي التفكير في إيجاد اتفاقية متعدد الأطراف تجمع بين جميع البلدان بغض النظر عن درجة تقدّمها وإمكانياتها الاقتصادية، وتراعي بالدّرجة الأولى المصالح المشتركة لأعضائها، فتعمل على تحقيق التوازن بين مصالح البلدان المضيفة الأعضاء والمستثمرين الأجانب رعايا البلدان الأعضاء الأخرى.

أخيرا، نخلص إلى أنّ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار وغيرها من الاتفاقيات المرتبطة بهذا المجال، صحيح أنّها تؤدي إلى تحسين مناخ الاستثمار بالبلدان المتعاقدة وتعمل على تجنّب النزاعات التي قد تثور بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، والناجمة عن عقود الاستثمار المبرمة بينهما قدر الإمكان، إلاّ أنّها لا تستطيع وحدها إصلاح الثغرات الموجودة على المستوى الدولي والمرتبطة بالاستثمار، وتحقيق التوازن المنشود بين الأطراف المتعاقدة بغضّ النظر عن الاختلاف في المراكز القانونية والاقتصادية بينها.

والحل في نظرنا – كما أسلفنا الذكر- يكمن في إيجاد اتفاقية متعدّدة الأطراف خاصة بتنظيم كل جوانب الاستثمار، مع الأخذ بالاقتراحات المذكورة آنفا، حتىّ يتمّ إنشاء نظام قانوني دولي مناسب ليحكم الاستثمار ويحقق التوازن بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

قائمة المراجع والمصادر

أولا: باللّغة العربية:

ا- الكتب:

1- أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.

2- السامرائي دريد محمود، الاستثمار الأجنبي –المعوّقات والضمانات القانونية-، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

3- المراغي أحمد عبد الله، الإصلاح التشريعي في مواجهة جرائم الاستثمار، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

4- باسم حمادي الحسن، الاستثمار الأجنبي المباشر – عقود التراخيص النفطية وأثرها في تنمية الاقتصاد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

5- بشار محمّد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، ط2، الأردن، 2011.

6- جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

7- حفيظة السيّد الحدّاد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية -تحديد ماهيتها والنّظام القانوني الحاكم لها-، مؤسّسة عز الدّين للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2003.

8- خصاونة محمّد قاسم، الاستثمار في المناطق الحرّة، دار الفكر، عمان، 2010.

9- رمضان عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها (FDI)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.

10- رنا محمّد راضي، دور الإدارة في منح الإجازة الاستثمارية وإلغائها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

11- عرفه سيد سالم، إدارة المخاطر الاستثمارية، دار الرّاية للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

12- شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي، الاستثمار الأجنبي المباشر -ما بين الضمان الدولي ووسائل الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية الخاصة وأثره على النمو الاقتصادي في الدول النامية-، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2019.

13- صلاح الدين جمال الدين محمّد، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

14- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، د.ب.ن، 1990.

15- عبد المطلب عبد الحميد، اقتصاديات المشاركة الدولية: من التكتلات الاقتصادية حتى الكويز، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.

16- عبد المنعم محفوظ، قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر -دراسة مقارنة-، د.د.ن، 1989.

17- عز الدّين عبد الله، القانون الدولي الخاص، -ج2- في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.

18- عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

19- **علاء محي الدّين مصطفى أبو احمد،** التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم –دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

20- **عليوش قربوع كمال،** قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

21- **عمر سعد الله،** القانون الدولي للأعمال، ط2، دار هومة، الجزائر، 2012.

22- **قادري عبد العزيز،** الاستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات-، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

23- **محمد صلاح السباعي بكري الشربيني،** استثمارات الشركات متعددة الجنسيات في تكنولوجيا الطاقة المتجددة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2017.

24- **منير عبد المجيد،** قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.

25- ـــــــــــــــ، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

26- **نزيه عبد المقصود محمّد مبروك،** محدّدات وضمانات جذب الاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

27- **هشام خالد،** الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة و النشر والتوزيع، الإسكندرية، 1988.

28- ـــــــــــ، شرط الجنسية وفقًا للنّظام العربي لضمان الاستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1988.

29- ـــــــــــ، عقد ضمان الاستثمار -القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه-، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000.

30- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول العربية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1981.

31- ـــــــــــــــ، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.

32- ـــــــــــــــ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

33- ـــــــــــــــ، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

34- ـــــــــــــــ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التّجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

35- **هبة نزاع**، توازن عقود الاستثمارات الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.

II- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1- **إقلولي محمّد**، النّظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجًا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

2- **الحاج سي فضيل**، آليات فضّ منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصّص: القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019/2018.

3- **الطيّب زروتي**، النّظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1991.

4- **بركان عبد الغاني**، الآليات القانونية للتوفيق بين الاستثمار وحماية البيئة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

5- **بشار محمّد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2004.

6- **بقة حسان**، حماية الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

7- **بلحسان هواري**، تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية - دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار-، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017.

8- **بوسته جمال**، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه L.M.D في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01 الحاج لخضر، 2017/2016.

9- **حساني لامية**، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمارات في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

10- **خصاونة أحمد فؤاد**، الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية وأثر السياسة الضريبية على اجتذابها، رسالة أعدت لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2006.

11- **سعد الدين أمحمد**، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013.

12- شريفي راضية، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017.

13- شعبان صفيان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.

14- شنتوفي عبد الحميد، المعاملة الإدارية والضريبية للاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

15- صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1999.

16- عدلي محمّد عبد الكريم، النّظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيّل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

17- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006/2005.

18- عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

19- قبايلي الطيّب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتّفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصّص: القانون، كليّة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

20- **قرطبي سهيلة**، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017-2018.

21- **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصيص الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2010.

22- **كنده جمال عبد الساتر**، التحكيم في عقود البترول (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، الجامعة اللبنانية، 2017.

23- **لبيك شوقي**، تنازع القوانين في عقود الاستثمار، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص: القانون الدولي الخاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020/2019.

24- **محمد عبد الودود أبو عمر**، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية، أطروحة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2016.

25- **نجود هيبة**، مكانة الأعراف التجارية في التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث ل.م.د في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2021.

26- **نزليوي صليحة**، عقد ضمان الاستثمار الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2021.

27- **والي نادية**، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

ب- مذكرات الماجستير:

1- العايب عبد العزيز، النظام الإتفاقي في مجال الاستثمار (نموذج اتّفاقية أوراسكوم تليكوم الجزائر – OTA -)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "القانون العام"، تخصص "القانون العام للأعمال"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2009/2008.

2- القهيوي جلال محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار وفقا لاتفاقية واشنطن، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، قسم: القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2012.

3- أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتّفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

4- أيت شعلال وردية، ضمان الاستثمار ضدّ المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضّمان العربية والإسلامية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2006/2005.

5- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع: التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014/2013.

6- حرزي لوناس، دور الاتّفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع "القانون الدولي للأعمال"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

7- سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص: قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2011.

8- **سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007.

9- **سعيدي كريم**، الحماية القانونية للتراث الثقافي في الجزائر، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص: قانون البيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم: الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، الجزائر، 2016/2015.

10- **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2007.

11- **صياد شهيناز**، الاستثمارات الأجنبية المباشرة ودورها في النمو الاقتصادي -دراسة حالة الجزائر-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد، تخصص: مالية دولية، كلية العلوم الاقتصادية علوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2012-2013، ص 11.

12- **عبد الله حميد نصر أحمد الحميري**، الاستثمار الأجنبي (الحوافز والحماية القانونية)، "دراسة قانونية"، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2008.

13- **عتيق حنان**، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012.

14- **فاروق محمد الحاج شيماء**، شروط الممارسة الدولية للحماية الدبلوماسية (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون، قسم: القانون، جامعة إفريقيا العالمية، الخرطوم، 2017.

15- **فتحي عوض حسيين أبو رضوان،** القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2017.

16- **قبايلي الطيّب،** نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفضّ منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002/2001.

17- **كعباش عبد الله،** الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2002 .

18- **لعماري وليد،** الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011/2010.

19- **نزليوي صليحة،** النظام القانوني لعقد ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

20- **هاشمي أعمر،** سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

21- **هناء اللافي سالم محمد،** الاتفاقية الدولية لتحرير تجارة الخدمات المالية وآثارها على اقتصاديات البلدان النامية، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الإجازة العالمية (الماجستير) في الاقتصاد، كلية الاقتصاد، جامعة بنغازي، ليبيا، 2015.

22- **وائل صلاح الدين محمّد الأمين،** عقود الاستثمار الدولية ومنازعاتها، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، 2009.

23- واتيكي شريفة، النظام القانوني لعقود الصناعة الدولية في قطاع المحروقات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007.

24- ياسر عبد الهادي البستنجي، دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الأردن، رسالة مقدمة إلى عمادة الدراسات العليا استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم: القانون الخاص، جامعة مؤتة، الأردن، 2007.

III- المقالات والمداخلات:

أ- المقالات:

1- أحمد المصطفى محمد صالح، "المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في ضوء قانون الاستثمار السوداني 2013م"، مجلة البحوث والدراسات الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة شندي، السودان، 2017، ص ص 1-20. متوفر على الموقع: repository.ush.sd.

2- أحمد حرير، "النظام القانوني لعقود البوت ودورها في تمويل الاستثمار في مجال إنجاز مشاريع البنية التّحتية"، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد 6، 2017، ص ص 102-122، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

3- أحمد سيّد أحمد السيّد & أحمد محمود أحمد الحبسي، "خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية"، المجلة القانونية للدراسات والبحوث القانونية، المجلد 4، العدد 4، 2018، ص ص132-168. متوفر على الموقع: jlaw.journals.ekb.eg.

4- أحمد صالح علي، "خصوصية نظام شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار قانون منظمة التجارة العالمية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 55، العدد 2، ص ص 343-373، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

5- **إبراهيم محمّد القعود،** "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، العدد السابع، 2015، ص ص 283-317.

6- **إرزيل الكاهنة،** "اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة الخاصة بالسلع والخدمات والمنظومة القانونية الجزائرية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 4، العدد 2، 2009، ص ص 190-228، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

7- **إرزيل الكاهنة & نجود هيبة،** "عن القوة الإلزامية لمصادر قانون التجارة الدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص ص 556-569، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

8- **إقلولي محمّد،** "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 6، 2006، ص ص 94-123، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

9- **المرضي عوض أميرة،** "النظام القانوني لشرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي"، المجلة العربية للبحوث في القانون والاقتصاد، المجلد الأول، العدد الأول، 2020، ص ص 1-26، متوفر على الموقع:

Alraafid.com

10- **برايك الطاهر & جعيرن بشير،** "ضمانات تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة في عقود الدولة الاستثمارية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول، 2017، ص ص 36 و 37، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

11- بقة حسان، "دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 16، العدد 02، 2017، ص ص 95-108. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

12- بلجراف سامية & مستاوي حفيظة، "التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات عقود الاستثمار وأثره على الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة المضيفة، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص ص 134-155. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

13- بن أحمد الحاج، "شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، المجلد 3، العدد 1، 2017، ص ص 530-542، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

14- بن الصغير عبد المؤمن، "دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، 2013، ص ص 161-186.

15- بن هني أحمد & زياد امحمد، "الانتقال الطاقوي كمدخل لتعزيز البعد البيئي للتنمية المستدامة في الجزائر"، مجلة الاقتصاد والبيئة، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص ص 11-30، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

16- بوبالو يمينة، "عن واقع مبدأ المعاملة الوطنية المكرّس للمستثمر الأجنبي في القانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 14، العدد 2، 2016، ص ص 434-452، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

17- بوجلال صلاح الدين، "طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر-محكمة الاستثمار العربية-"، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، المجلد 21، العدد 2، 2015، ص ص 31-51. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

18- بوجلال صلاح الدين & بوغابة شافية، "طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر -محكمة الاستثمار العربية-"، مجلة القانون العقاري والبيئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص ص 28-46. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

19- جموح سهيلة، "اتّفاقية حقوق الملكية الفكرية (TRIPS)، تأثيرها على الاقتصاد العربي واتّجاه العلاقات التجارية (الأردنية- الأمريكية)"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 17، 2017، ص ص 102-112. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

20- حديدي عنتر & عكروم عادل، "شرط الثبات التشريعي كضمانة للمستثمر الأجنبي في الجزائر"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 4، 2017، ص ص 656-671، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

21- حراش إبراهيم، "دور الاتفاقيات الجبائية في الحدّ من ظاهرة الازدواج الضريبي الدولي"، مجلة العلوم التجارية، المجلد 5، العدد 2، 2006، ص ص 79- 91. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

22- حرزي لوناس، "مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسات التحكيمية الدولية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد السابع، الجزء (2)، 2017، ص ص 666-678، متوفر على الموقعين: www.asjp.cerist.dz

www.univ-oeb.dz

23- حساييني لامية، "واقع مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين الاستثمارات في ضوء قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09"، مجلة القانون والتنمية، جامعة طاهري محمد، بشار، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص ص 1-21، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

24- **حسين نوارة**، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 4، العدد الأول، 2009، ص ص 55-105، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

25- ـــــــــــــ، "حماية البيئة شرط لإنجاز الاستثمارات الأجنبية في الجزائر"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص ص 488-509، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

26- ـــــــــــــ، "مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الأجنبي"، مجلة الفقه والقانون، العدد 16، 2014، ص ص 41-60، متوفر على الموقع: academia-arabia.com

27- **حميدة جميلة**، "إدراج البعد البيئي في القانون الجديد للاستثمار – دراسة على ضوء المادة الثانية من القانون 16-09"-، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية - مخبر المؤسسات الدستورية والنظم السياسية-، العدد الرابع، 2018، ص ص 11-27، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

28- **خلاف فاتح**، "إلغاء قاعدة الشراكة الدنيا (51-49) في مجال الاستثمارات الأجنبية وفقا للقانون الجزائري"، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06، العدد 02، 2021، ص ص 88-110. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

29- **دنون محمّد بلبنة**، "تدويل المحكم للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة بناءً على شروط عقدية"، مجلة القانون الدولي والتنمية، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم، المجلد 5، العدد 2، 2017، ص ص 67-96، على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

30- **رابحي لخضر & بن ذهبية رباب ريمة**، "الحوافز الضريبية وتأثيرها في جذب الاستثمار في الجزائر"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،

المجلد 2، العدد 4، 2017، ص ص 140-156. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

31- **رحموني عبد الرزاق & والي عبد اللطيف**، "شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار"، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، العدد الثاني، 2020، ص ص 139-151، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

32- **زايد محمّد**، "دور الوكالة الدوليّة لضمان الاستثمار في ضمان الاستثمارات الأجنبية المباشرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسّياسية، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 50، العدد 3، 2019، ص ص 329-360، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

33- **سلامي ميلود & بوستة جمال**، " حماية حقوق الملكية الفكرية وفقا لاتفاقية التريبس وتأثيرها على استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، 2017، ص ص 549-560. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

34- **سماعيلي حسام الدين**، "ضوابط استفادة المستثمر من خدمة التأمين في ضوء الاتفاقيات العربية لضمان الاستثمار"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 16، العدد 1، 2019، ص ص 156-180.

35- **سويلم محمد & بوحادة محمد سعد**، "الحماية القانونية للموروث الثقافي المادي وأثرها في ترقية الاستثمار السياحي بالجزائر"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 05، 2018، ص ص 238-262. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

36- **شاشوة حميد**، "المناطق الحرة الصناعية للتصدير كأداة للانتعاش الاقتصادي الجزائري"، مجلة الإصلاحات الاقتصادية والاندماج في الاقتصاد العالمي، المجلد 10، العدد 20، 2015، ص ص 15-40، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

37- **شتوح عمر**، "تسوية المنازعات المتعلّقة بالاستثمار بين القضاء والتحكيم –قراءة في ظل القانون 16- 09 المتعلّق بترقية الاستثمار"، حوليات جامعة الجزائر 01، المجلد 34، العدد 02، 2020، ص ص 86-106، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

38- **طالبي حسن**، "خصوصية التّحكيم في مجال منازعات الاستثمار"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسّياسية، كليّة الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 45، العدد الأول، 2018، ص ص 132-168، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

39- **طالبي محمد**، "أثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، المجلد 5، العدد 6، 2009، ص ص 313- 332، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

40- **طوطاوي محمد أمين & بلغيث عمارة**، "تفعيل شرط الثبات التشريعي كضمانة حمائية لصالح المستثمر الأجنبي في القانون الجزائري"، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 4، العدد 3، 2021، ص ص 716-730، متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz

41- **عبد السلام أحمد حسين امحمد**، "تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار وفقا لقانون تشجيع الاستثمار الليبي"، مجلة البحوث القانونية، العدد 12، 2021، ص ص 1-35.

42- **عدّلي محمّد عبد الكريم**، "خصوصيّة التّحكيم في منازعات العقود المبرمة بين الدّول والأشخاص الأجنبيّة"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 3، العدد الأول، 2010، ص ص 102-114، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

43- **عكاكة فاطمة الزهراء & بن يحي رقية**، "أسباب وتقدير تعويض المستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،

المجلد 06، العدد 01، 2021، ص ص 959-971، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

44- **عليوط زكرياء & حطاب فؤاد**، "الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي المباشر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 07، العدد 02، 2020، ص ص 1384- 1403. متوفر على الموقع:. www.asjp.cerist.dz

45- **عماري محمد نذير**، "تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على منازعات عقود الاستثمار"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، 2018، ص ص 793-806. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz.

46- **عماني خديجة & علاق عبد القادر & بن شنوف فيروز**، "آثار مبدأ الثبات التشريعي على عقود استثمار البترول"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 7، العدد 1، 2021، ص ص 2792-2815. متوفر على الموقع:

www.asjp.cerist.dz.

47- **عمراني مراد**، "إصلاح الوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، المجلة الشاملة للحقوق، المجلد 1، العدد 1، 2021، ص ص 99-114.متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

48- **عيبوط محند وعلي**، "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية"، المجلة النّقدية للعلوم القانونية والسّياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 5، العدد 1، 2010، ص ص 100-128، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

49- ــــــــــــــــ، "شرط الدولة الأولى بالرّعاية في القانون الدّولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 5، العدد 2، 2010، ص ص 77-99، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

50- **فريجه حسين**، "أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي"، حوليات جامعة الجزائر، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 25، العدد 1، ص ص 246-268. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

51- **قبايلي الطيب**، "تدخل الدولة لحماية مصالح رعاياها في ظل اتفاقية واشنطن لتسوية نزاعات الاستثمار"، مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 118. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

52- **قطافي السعيد**، "تحديات وآفاق انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة"، Revue d'Economie et de Statistique Appliquée, N° 22, 2014, P P 49-58, Sur le site: www.asjp.cerist.dz.

53- **كسال سامية**، "التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي (مستجدات القانون رقم 16-09 لمواجهة هذا العائق)"، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02، 2018، ص ص 438- 471، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

54- **لعجال ياسمينة & الصّب طارق**، "إشكالية الازدواج الضريبي الدّولي بين الآثار السلبيّة وفعاليّة الحلو الوطنية"، دفاتر السّياسة والقانون، المجلد 8، العدد الخامس عشر، 2016، ص ص 114-127، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

55- **مسعداوي يوسف**، "دور الوكالة الدّولية لضمان الاستثمار في تنمية الاستثمارات الأجنبيّة المباشرة في الدّول النّاميّة"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانية والاجتماعيّة، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 9، العدد 2، 2010، ص ص 222-241، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

56- ـــــــــــــــ، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار"، مجلة الحقيقة للعلوم الإنسانيّة والاجتماعيّة، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 15، العدد 2، 2016، ص ص 241-253، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

57- معاويـة أحمـد حسـين، "الاسـتثمار الأجنبـي المباشـر وأثـره علـى النمـوّ والتكامـل الاقتصادي بمجلس التعاون لدول الخليج العربي"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصـاد والإدارة، م 28 ع2، 2014، ص ص 103-150.

58- معيفي لعزيز، "دور المعاملة الضـريبية فـي تشـجيع الاسـتثمار الأجنبـي وتوجيهـه فـي قـانون الاسـتثمار الجزائـري"، المجلـة الأكاديميـة للبحـث القـانوني، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسية، جامعة عبد الرحمـان ميرة، بجاية،المجلد 2، العدد 2، 2011، ص ص 52-72. متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

59- ـــــــــــــ، "تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري: آلية تفعيل العملية الاستثمارية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 9، العدد 1، 2018، ص ص 461-475، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

60- موزاوي عائشة، "حماية حقوق الملكية الفكرية بين استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر وأداة في التجارة الدولية -مع الإشارة لحالة الصين-"، مجلة المعيار في الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، المركز الجامعي الونشريسي، تيسمسيلت، المجلد الحادي عشر، العدد 2، 2020، ص ص 100-122، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

61- نزليوي صليحة، "الطبيعة القانونية لعقد ضمان الاستثمار الدولي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، المجلد 6، العدد 1، 2011، ص ص 161-196، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

62- نجاح عصام & حوالة محمد الصالح، "ماهية شرط الدولة الأولى بالرعاية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 57، العدد 4، 2020، ص ص 412-425، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

63- نور حمزة حسين، "الازدواج الضريبي الدولي وسبل علاجه"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد الأول، 2020، ص ص 266- 296.

64- هاني مطر أبو سعود & عباسة طاهر، "ارتباطات الأمن المعلوماتي بالأمن القومي"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص ص 204-221، متوفر على الموقع: www.asjp.cerist.dz

ب- المداخلات:

1- أيمن أحمد محمد الدلوع، "أثر حماية الملكية الفكرية على تشجيع الاستثمار"، المؤتمر العلمي الثاني بعنوان "القانون والاستثمار"، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، في الفترة من 29-30 أفريل 2015.

2- إرزيل الكاهنة، "التعليق على الأمر رقم 16-09 المتعلّق بترقية الاستثمار"، يوم دراسي حول "مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات"، المنعقد يوم 27 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم الأساسيّة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

3- سامي محمد عبد العال،" دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار"، بحث مقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق -طنطا-، مصر، في الفترة من 29 إلى 30 أفريل ، 2015. متوفر على الموقع: law.tanta.edu.eg.

قرفي إدريس، "ضمان حماية ملكية المستثمر في التّشريع الجزائري"، الملتقى الدولي السادس عشر حول "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربيّة" المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة.

4- كسال سامية، "دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجا"، الملتقى الدولي السادس عشر حول "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربيّة" المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016، مخبر

الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة و مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التّشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة خضير، بسكرة.

5- عزه الأزهر & ميرة محمد لمين، "الاستثمار الأجنبي المباشر كآلية إستراتيجية لدعم التنمية الاقتصادية"، مؤتمر دولي خامس حول: "الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومستقبل المناطق الحرّة الصناعية للتصدير"، أيّام 25-26 ماي 2016، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية، وعلوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس.

6- علي الديّن رشا، "سلطة المحكم في إعادة التّوازن المالي للعقد"، "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة قدمت خلال أشغال المؤتمر العلمي السنوي العاشر تحت عنون: "الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، يومي 1 و2 أفريل 2009.

7- مباركي سهيلة، "تأثير قاعدة مناخ الأعمال في الجزائر وأثره على الاستثمارات"، مداخلة قدّمت خلال أشغال اليوم الدراسي المنعقد يوم 27 أكتوبر 2016، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

IV- النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-12، المؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ر.ج.ج عدد 9، الصادر بتاريخ 1 مارس 1989.

2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، الصادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب:

أ- القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج.ر.ج.ج عدد 25، الصادر بتاريخ 14 أفريل 2002.

ب-القانون رقم 08-19، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج.ج عدد 63، الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008.

ج- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 6 مارس 2016، ج.ر.ج.ج عدد 14، الصادر بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الدولة الجزائرية:

1- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول الاتحاد المغرب العربي، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية سنة 1990، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-424، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، ج.ر.ج.ج عدد 06، الصادر بتاريخ 6 فيفري 1991.

2- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي سنة 1991، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991، ج،ر،ج،ج عدد 46، الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1991.

3- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345، المؤرخ في 5 أكتوبر سنة 1991، ج.ر.ج.ج، عدد 46، الصادرة بتاريخ 6 أكتوبر سنة 1991.

4- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلّقة بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري سنة 1993، مصادق عليه

بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01، المؤرخ في 23 جانفي 1994، ج.ر.ج.ج عدد 01، صادر بتاريخ 2 جانفي سنة 1994.

5- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا، والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 28 جوان 1994، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328، المؤرخ في 22 أكتوبر سنة 1994، ج.ر.ج.ج عدد 69، صادر بتاريخ 26 أكتوبر سنة 1994.

6- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد يوم 23 ديسمبر سنة 1994، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، المؤرخ في 25 مارس سنة 1995، ج.ر.ج.ج عدد 23، الصادر بتاريخ 26 أفريل سنة 1995.

7- اتفاقية سيول لعام 1985 المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج.ر.ج.ج عدد 66، الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

8- اتفاقية إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-144، المؤرخ في 23 أفريل سنة 1996، ج.ر.ج.ج عدد 26، الصادر بتاريخ 24 أفريل 1996.

9- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة في عمان بتاريخ 1 أوت سنة 1996، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-103، المؤرخ 5 أفريل سنة 1997، ج.ر.ج.ج عدد 20، الصادر بتاريخ 6 أفريل سنة 1997.

10- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 24 سبتمبر سنة 2000، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01-206، المؤرخ في 23 جويلية 2001، ج.ر.ج.ج عدد 41، الصادر بتاريخ 29 جويلية سنة 2001.

11- الاتفاق المبرم بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية أندونسيا، حول ترقية وحماية الاستثمارات، الموقع بالجزائر في 21 مارس سنة 2000، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-226، المؤرخ في 22 جوان سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد45، الصادر بتاريخ 30 جوان سنة 2002.

12- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية الصين الشعبية، حول التشجيع والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-392، المؤرخ في 25 نوفمبر سنة 2002، ج.ر.ج.ج عدد 77، الصادر بتاريخ 26 نوفمبر سنة 2002.

13- الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية السودان، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 24 أكتوبر سنة 2001، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-121، المؤرخ في 17 مارس سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 20، الصادر بتاريخ 23 مارس سنة 2003.

14- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة دولة الكويت، للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالكويت في 30 سبتمبر سنة 2001 جانفي سنة 2003، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-370، المؤرخ في 23 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 66، الصادر بتاريخ 2 نوفمبر سنة 2003.

15- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 25 جانفي سنة 1999، وتبادل الرسائل المؤرخة في 12 جوان سنة 2002 و28 أكتوبر سنة 2002، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 02، الصادر بتاريخ 7 جانفي سنة 2004.

16- الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية النمسا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفينا في 17 جوان سنة 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327، المؤرخ في 10 أكتوبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 65، الصادر بتاريخ 13 أكتوبر سنة 2004.

17- اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ANDI والشركة الجزائرية للاسمنت **ACC**، مؤرخة في 30 أكتوبر سنة 2003، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادرة بتاريخ 13 نوفمبر 2004.

18- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة السويد، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 15 فيفري سنة 2003، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-431، المؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2004، ج.ر.ج.ج عدد 84، الصادر بتاريخ 29 ديسمبر سنة 2004.

19- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس في 16 فيفري سنة 2006، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-404، المؤرخ في 14 نوفمبر سنة 2006، ج.ر.ج.ج عدد 73، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر سنة 2006.

20- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية فنلندا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 جانفي 2005، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-469، المؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2006، ج.ر.ج.ج عدد 82، الصادر بتاريخ 17 ديسمبر سنة 2006.

ت- النصوص التشريعية:

1- مرسوم تشريعي رقم 93-03، مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993(ملغى).

2- قانون رقم 01-10، المؤرخ في 3 جويلية سنة 2001، يتضمن قانون المناجم، ج.ر.ج.ج رقم 35، صادر بتاريخ 04 جويلية سنة 2001 (ملغى).

3- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت 2001، يتضمن قانون تطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001 (ملغى جزئيا).

4- قانون رقم 05-07، المؤرخ في 28 أفريل سنة 2005، يتعلّق بالمحروقات، ج.ر.ج.ج عدد 50، صادر بتاريخ 19 جويلية سنة 2005 (ملغى).

5- قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدّل ويتمم الأمر رقم 73-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 جوان 2005.

6- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

7- أمر رقم 09-01، مؤرخ في 22 جويلية سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 جويلية سنة 2009.

8- قانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ج.ج عدد 68، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2013.

9- قانون رقم 15-18، مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2015، يتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج.ر.ج.ج عدد 72، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2015.

10- قانون رقم 16-09، مؤرخ في 3 أوت سنة 2016، يتعلّق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 3 أوت سنة 2016، معدل ومتمم.

11- قانون رقم 19-14، مؤرخ في 11 ديسمبر سنة 2019، يتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 30 ديسمبر سنة 2019.

12- قانون رقم 20-07، مؤرخ في 4 جوان سنة 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج.ر.ج.ج عدد 33، صادر بتاريخ 4 جوان سنة 2020.

13- قانون رقم 20-16، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2020، يتضمن قانون المالية لسنة 2021، ج.رج.ج عدد 83، صادر بتاريخ 31 ديسمبر سنة 2020.

ث- النصوص التنظيمية:

1- مرسوم تنفيذي رقم 01-416، مؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر، ج.ر.ج.ج عدد 80، صادر بتاريخ 26 ديسمبر سنة 2001.

2- مرسوم تنفيذي رقم 02-108، مؤرخ في 3 أفريل سنة 2002، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وشركة L.N.M HOLDING N.V، ج.ر.ج.ج عدد 22، صادر بتاريخ 3 أفريل سنة 2002.

3- مرسوم تنفيذي رقم 17-102، مؤرخ في 5 مارس سنة 2017، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا تشكل نتائج الشهادة المتعلّقة به، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 3 أوت سنة 2017.

4- مرسوم تنفيذي رقم 21-145، مؤرخ في 17 أفريل سنة 2021، يحدّد قائمة النشاطات التي تكتسي طابعا استراتيجيا، ج.ر.ج.ج عدد 30، صادر بتاريخ 22 أفريل سنة 2021.

V- الوثائق:

أ- الاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة المبرمة بين مصر والاتحاد الاقتصادي لبلجيكا ولوكسمبورغ، المنشورة على الموقع الالكتروني للأونكتاد: http://investmentpolicyhub.unctad.org. تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2017/04/05، على الساعة: 10:10.

2- الاتفاقية المبرمة بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية مصر العربية، لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، متوفرة على الموقع:

ArbitrationlawEgypt20%.
تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2021/07/13، على الساعة: 15:00

3- الاتفاقية الأوروبية للتّحكيم التجاري الدولي لعام 1961، متوفر على الموقع:

www.aifica.com.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/03، على الساعة: 14:00.

4- اتفاقيـة عمـان العربيـة للتحكـيم التجـاري لسـنة 1987 متـوفرة علـى الموقـع:

www.legal law.ul. e du.lb.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/03/17، على الساعة: 16:30.

5- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللّجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي أسيا، 2010، الجزء الرّابع، منشور على موقع الإسكوا:

http://bit,escwa.org.Ib/Manual.on.Biloteral-investment treaties.aspac.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2017/11/02، على الساعة: 09:30.

6- دليل الاتّفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا (الإسكوا)، الأمم المتحدّة، 2011، متوفر على الموقع: E-ESCWA-EDGD-2011-1-MAUAL-AR. تم الاطلاع عليه بتاريخ 2017/3/25، على الساعة 11:00.

7- اتفاقيـة بـين حكومـة دولـة الإمـارات العربيـة المتحـدة وحكومـة المملكـة الأردنيـة الهاشمية، لتجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب المفروضة على الدول، متوفرة على الموقع:

Istd.gor.jo/attached arabic/agreement/emarat.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/02/12، على الساعة: 11:00.

8- اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات بين حكومتي جمهورية مصر العربية واليابان، متوفرة على الموقع الالكتروني: site.east-laws.com.

تمّ الإطلاع عليها بتاريخ 2018/06/17، على الساعة: 11:11.

11- اتفاقية التبادل التجاري والتعاون الاقتصادي والتقني وتشجيع الاستثمار بين حكومة قطر وحكومة جمهورية مصر العربية، متوفرة على الموقع الالكتروني:

www.alneezan-qa.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/08/20، على الساعة: 09:30.

ب- القوانين الأجنبية:

1- القانون المدني المصري لسنة 1948، معدّل ومتمم، متوفر على الموقع:
www.wipo.int/edocs/lexdocs/law/ar/eg/ego26ar.
تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/06/10، على الساعة: 13:30.

2- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، متوفر على الموقع:
www.wipo.int/edocs/lexdocs/law/ar/jo/jo/019 ar.

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/05/15، على الساعة 10:00.

3- القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، متوفر على الموقع:

www.admin.ch/ch/f/rs/291.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/06/20، على الساعة: 11:30.

ت- وثائق أخرى:

1. القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، متوفّر على الموقع: uncitral.un.org. تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/01/03، على الساعة: 14:10.

2. حولية لجنة القانون الدولي 2001، منشورات الأمم المتحدة، المجلد الثاني، الجزء الثاني، 2007، ص 103، متوفر على الموقع: legal.un.org . تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/15، على الساعة: 10:30.

3. الجمعية العامة للأمم المتحدة، مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دوليّا، الدورة الثانية والستون، 2007، متوفر على الموقع:

Undocs.org.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/15، على الساعة: 09:30.

4. دليل الشركات المصّدرة الصغيرة والمتوسطة الحجم -إدارة جودة التصدير-، ط 2، مركز التجارة الدولي، جنيف، 2011، متوفر على الموقع:

www.intracen.org.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/13، على الساعة: 14:00.

5. مسؤولية الشركات عن احترام حقوق الإنسان - دليل تفسيري -، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2012.

6. ملخص عن محكمة العدل الدولية، متوفر على الموقع الرسمي للمحكمة:

www.icj-cijorg.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/03/10، على الساعة: 17:00.

7. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، منشور على الموقع:

www.ngrc-aq.org.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2019/04/03، على الساعة: 11:30.

8. النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، متوفر على الموقع:

https://almeezan.qa.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/02/10، على الساعة: 09:30.

9. قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (قواعد الأونيسترال للتحكيم) لسنة 2010، منشورة على الموقع:

www.unictral.org.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/20، على الساعة: 17:00.

10. تقرير الخبير المستقل المعني بإقامة نظام دولي ديمقراطي ومنصف **ألفريد موريس دي زاياس**، مجلس حقوق الإنسان، الدورة الثلاثون، البند 3 من جدول الأعمال "تعزيز حقوق الإنسان، المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بما في ذلك الحق في التنمية"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، ، 2015. متوفر على الموقع:

https://www.ohchr.org.A_HRC_30_44_ARA.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/10، على الساعة: 09:00.

11. مشروع قانون الاستثمار الإفريقي لسنة 2016، متوفر على الموقع:

https://au.int.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/06/15، على الساعة: 09:30.

12. قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة 2017، منشورة على الموقع:

www.unictral.com.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2019/01/20، على الساعة: 16:50.

13. قرار مجلس الوزراء رقم (16) لسنة 2020 لدولة الإمارات، في شأن تحديد القائمة الايجابية للقطاعات والأنشطة الاقتصادية التي يجوز الاستثمار الأجنبي المباشر فيها ونسب تملكها، متوفر على الموقع:

https://u.ae.finance-and-investment.

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/07/09، على الساعة: 14:20.

14. الحوافز الاستثمارية المؤقتة، سلسلة خاصة عن جائحة كوفيد -19-، صندوق النقد الدولي، 2020، متوفرة على الموقع:

www.imf.org.

تم الاطلاع عليها بتاريخ: 2022/02/17، على الساعة: 10:30.

ثانيا: باللّغة الفرنسية:

I- Ouvrages :

1. **BONZONE Anne Juliette**, La protection des investissements suisses à l'étranger dans le cadre des accords de promotion et de protection investissement, Helbing lichtenhahn, Bale, Suisse, 2012.
2. **BOUHACENE Mahfoud**, Droit international de la coopération industrielle , OPU, Alger,1982.
3. **CACHARD Olivier**, Droit Du Commerce International , 2eme Edition, Extenso Edition, LGDJ, Paris 2001.
4. **CARREAU Dominique & JUILLARD Patrick**, Droit international économique, 2eme Edition, Dalloz, Paris, 2005.
5. **CAZALA Julien**, , Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Edition A. Pedone , Paris, 2015.

6. **CHARVIN Robert**, L'investissement international et de droit au développement , L'harmatton, Paris, 2002.
7. **CRAIG Van-Grasstek**, Histoire et avenir de l'Organisation mondiale du commerce, Edition OMC, Genève, 2013.
8. **COLAS Bernard**, L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et l'environnement, Edition OECD Publishing, Paris ,2012, Disponible sur le site : oecd-ilibrary.org.
9. **DE NANTEUIL Armand**, Droit international de l'investissement, 2eme Edition, Pédone, Paris, 2017.
10. **E.GILDEMEISTER Arno**, L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements, Extenso Editions, LGDJ, Paris, 2013.
11. **JACQUET Jean-Michel**, Le contrat international, Edition Dalloz-Sirey, Paris, 1992.
12. **JACQUET Jean Michel & DELEBECQUE Philipe & CARNELOUP Sabine**, Droit du commerce international, Dalloz, Paris, 2007.
13. **LOUSSOUARN Yvon & BOUREL Pierre**, Droit international privé, 4e Edition, Dalloz, Paris, 1993.
14. **LOUSSOUARN Yvon & BOUREL Pierre & DE VAREILLES-SOUMMIERES Pascal**, Droit international privé, 8e Edition, Dalloz, Paris, 2004.
15. **OCDE**, Droit international de l'investissement : Un domaine en mouvement Complément aux Perspectives de l'investissement, Editions OCDE, 2006, Disponible sur le site : oecd-ilibrary.org.
16. **NOUVEL Yves**, Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, Edition A. Pedone, Paris, 2015.
17. **SANTULLI Carlo**, Le statu international de l'ordre juridique étatique, Edition Pédone, Paris, 2001.

18. **TERKI Nour-Eddine**, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger, 1999.
19. **TRARI-TANI Mostefa**, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti, Alger, 2007.

II- Thèses :

1. **ARFAOUI Besma**, L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international, Thèse de doctorat en Droit privé, Université de limages, France, 2007-2008.
2. **HOUCINE Farida**, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge Algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le doctorat en Droit, Faculté de droit et science politiques, Université Mouloud MAMMERI, Tizi Ouzou, 2012.
3. **KOKOZI Charles Katembo**, Impacte territoriaux différenciés de l'ouverture national aux marchés mondiaux : Le cas de l'ALENA au QUEBEC, Thèse présentée comme exigence partielle du programme de doctorat en développement régional, Université de Québec, Canada, 2012.
4. **TANON LOPES Abédjinan Sandrine**, Le droit des investissements internationaux vu par la CIJ et le CIRDI, Thèse de doctorat spécialité Droit public, Université de Bordeaux, France, 2016.

III- Articles :

1. **BACHAND Rémi & GALLIE Martin & ROUSSEAU Stéphanie**, «Droit de l'investissement et Droits humains dans les Amériques», In :Annuaire français de droit international, Volume 49, 2003, P P 575-610.
2. **BASTID BURDEAU Geneviéve**, «Droit international et contrats d'Etats -la sentence Aminoil contre koweit du 24 mars 1982 », In : Annuaire français de droit international, Volume 28, 1982, P P 454-470.

3. **BENCO François**, «Les investissement en capitaux et le progrès économique dans les payes du tiers monde», In : Population, 20^{e} année, N$^{\circ}$ 3, 1965, P P 457- 476.
4. **BEN HAMIDA Walid**, «L'arbitrage Etat investisseur cherche son équilibre perdu : Dans quelle mesure l'Etat peut introduire des demandes reconventionnelles contre l'investisseur privé», P P 261-262, Disponible sur le site : brill.com > previerr pdf>, journal> inla> article.
5. **CAZALA Julien**, «La protection des attentes légitimes de l'investisseur dans l'arbitrage international » , Revue internationale de droit économique, P P 5-32.
6. **FERRARI Franco**, « La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de règlement Rome », In : Droit international privé : travaux du comité français de Droit international privé, 18eme année ,2006-2008, P P 115-149.
7. **GAILLARD Emmanuel**, «Chronique des sentences arbitrales, CIRDI », J.D.I, N°01, 2001, P P 149-159.
8. **GAILLARD Emmanuel**, « Chroniques des sentences arbitrales », journal du droit international, n°1, 2005, P P 311-364.
9. **JUILLARD Patrick**, «L'arrêt de la cour internationale de justice (Chambre) du 20 juillet 1989 : Affaire de l'Elettronica Sicula (Etas Unis c. Italie). Procès sur un traité au procès d'un traité?», In : Annuaire français de droit international, Volume 35, 1989, P P 276-297.
10. **LANKARANI EL-ZEIN Leila**, «Quelques remarques sur la sentence SPPC. La république arabe d'Egypte », Revue belce de droit international, N° 02 , Edition Bruxelles , 1994 , P P 533-558.
11. **LAZREG Mohammed & GODIH Djamel Torqui**, « Le rôle des zones franches industrielles d'exportation (ZFIE) dans l'attractivité des investissements directs étrangers (IDE) En Algérie », Revue Algérienne de

l'économie et Finances, N° 07, 2017, P P 7-30. Disponible sur le site : www.asjp.cerist.dz

12. **MEKPO Cosme**, « La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement : regard sur les sentences récentes », Bulletin du droit économique, Vol 02 , N° 1, 2011, P P 1-9.
13. **RAMBAUD Patrick**, «Des obligations de l'Etat vis-à-vis de l'investisseur étranger : la sentence CIRDI du 27 juin 1990, Société ASIAN Agricultural Products LTD (A.A.P.L) c, Srilanka », In : Annuaire français du Droit international, Vol 38, CNRS, Paris 1992, P P 501-510.
14. **RAMBAUD Patrick**, «L'affaire des Pyramides, (arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris) », In annuaire français de Droit international, Volume 31, 1985, P P 508-520.
15. **TERKI Nour-Eddine**, «La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », RASHEP, Vol 39, N° 02, 2001, P P 9-31.
16. **USTOR Endre**, «Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée » Doc, A/CN.4/213, Annuaire de la C.D.I, Vol 02, 1969, P P 01-260.
17. **WANNOUS Nawwar**, «Le principe de la liberté d'investir : l'exemple des législations Tunisienne, Egyptienne, et Saoudienne », Revue québécoise de droit international, V 29, N° 2, 2016, P P 277-295.

IV- Documents :

1. Convention portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA), Disponible sur le site : //www.admin ch., OPC, Fr/ classified- compilation/ 19850217/2010101800010.975.1. Consultation le : 20/03/2017, A 10 :20.

2. Accord générale sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT 1947) in : http : // www.uta.org/ french/docs. f/ lcgal- f/gatt 47-01- f htm. Consultation le 21/04/2017, A 14h00.
3. Accord de libre-échange nord- américain (ALENA), Disponible sur le site :www.nafta-sec- alena.org. Consultation le 25/03/2017, A 11h30.
4. Accord de libre-échange entre les Etats de l'association Européenne de libre-échange (l'AELE) et la République Tunisienne, Disponible sur le site : http://www.commerce.gov.tn. Consultation le 17/07/2021, A 10:20.
5. **Annuaire de la CDI**, Document A/C.N.U/SER.A/ADD, 1978, Vol 2, 12éme Partie.
6. Bulletin des services fiscaux, N°10, Mars, 1995.
7. **CNUCED**, «Traitement de nation la plus favorisée», Nation Unies, 2010.
8. **CNUCED**, «Intégration régionale et investissement étranger directe dans les payes en développement et les payes en transition», Nations Unies, 2012.
9. **OCDE**, «Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements», Document de travail sur l'investissement international N° 02, 2002, Disponible sur le site : www, oecd, org/ investiment. Consultation le 20/10/2017, A 14h00.
10. **OCDE**, «La norme du traitement juste et équitable dans le Droit international des investissements», Document du travail sur l'investissement international, N° 04, 2004, Disponible sur le site : www,oecd,org/investment/. Consultation le 15/3/2017, A 13h00.

V- Sentences et décisions CIRDI :

1. Sentence klockner, (ARB, CIRDI), rendue le 21 octobre 1983.
2. Affaire letco c. République du Cibéria, sentences du 31 mars 1986 CIRDI, affaire arb/83/2.

3. Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana (ICSID Case No.ARB/92/1).

4. Affaire Etats – Unis d'Amériques contre la république démocratique du Congo, CIRDI, l'affaire ARB/93/1 décision rendue le 21 février 1997.

5. Affaire royaume – unis contre la république arabe égyptienne, CIRDI affaire ARB/98/4, décision 8 décembre 2000.

6. Metaclad corporation c. Mexique, affaire CIRDI, affaire ARB/97/1, sentence du 30 aout 2000.

7. Maffezini contre le royaume d'Espagne, CIRDI, affaire ARB/97/1, décision rendue le 13 novembre 2000.

8. T'enciras mediombientales temed S.A contre les états-uniens du Mexique, CIRDI, affaire ARB/00/2, décision 29 mai 2003.

VI- Cour internationale de justice :

. C.cass Belgique 27/11/1974, et 21/2/1975 en Rev. Crit. Dip 1976.

قائمة المحتويات

مقدمة.....01

الباب الأوّل: تكريس الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر من خلال آليتي المعاملة والتحفيز.....07

الفصل الأوّل: دور المعاملة الاتفاقية في تحقيق الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر.....08

المبحث الأوّل: المعاملة الاتفاقية بين متطلبات حماية المستثمر والسياسة التنموية للدولة المضيفة 09

المطلب الأوّل: تطبيق مبادئ القانون الدولي حماية لمصالح المستثمر الأجنبي.....10

الفرع الأوّل: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.....10

الفرع الثاني: مبدأ المعاملة الوطنية.....16

الفرع الثالث: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.....25

المطلب الثاني: تكريس شرط الاستقرار التشريعي خدمة لمصالح الأطراف في عقود الاستثمار.....32

الفرع الأول: دور شرط الاستقرار التشريعي في حماية المصالح المتعارضة بين الأطراف.....33

أولا: شرط الاستقرار التشريعي ضمانة للمستثمر الأجنبي.....33

ثانيا: مدى فعالية شرط الاستقرار التشريعي في تحقيق الموازنة بين الأطراف في عقود الاستثمار.....39

1- الاتجاه المدافع عن شرط الثبات التشريعي.....40

2- الاتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي.....42
3- الاتجاه التوفيقي بين سيادة الدولة والحرية التعاقدية.....43
الفرع الثاني: أهم القضايا التحكيمية المعالجة لشرط الاستقرار التشريعي.....45
أولا: قضية Texaco.....46
ثانيا: قضية شركة "سوناطراك" الجزائرية مع شركة "أناداركو" الأمريكية.....48
المبحث الثاني: عن اعتبار الاستثناءات الواردة على المعاملة الاتفاقية آلية لحماية مصالح الدولة المضيفة 51
المطلب الأوّل: الاستثناءات العامة الواردة على المعاملة الاتفاقية.....51
الفرع الأوّل: الاستثناءات التقليدية الواردة على المعاملة الاتفاقية.....52
أولا: حماية النظام العام.....52
ثانيا: حماية حقوق الإنسان.....54
ثالثا: حماية الصحة العامة.....57
رابعا: الحفاظ على الأمن الوطني.....60
الفرع الثاني: استثناءات الجيل الجديد الواردة على المعاملة الاتفاقية.....61
أوّلاً: حماية البيئة.....61
ثانيًا: حماية الثروات الطبيعية.....64
ثالثا: حماية الثروات الثقافية.....65
رابعا: حماية الملكية الفكرية.....66
خامسا : حماية المستهلك.....69
المطلب الثاني: الاستثناءات الخاصة الواردة على المعاملة الاتفاقية.....70
الفرع الأوّل: الاستثناءات الخاصة المرتبطة بالمصلحة العامة.....71
أوّلاً: الانتزاع للمصلحة العامة.....71
ثانيًا: حالة الضرورة.....72

ثالثا: المساعدات التنموية..... 73
رابعا: الاستثناءات المتعلقة بتحويل المال المستثمر إلى الخارج.....74
الفرع الثاني: الاستثناءات الخاصة المرتبطة بمصلحة معيّنة.....76
أوّلاً: الاتحاد الاقتصادي والمجموعات الاقتصادية..... 76
ثانيًا: منع الازدواج الضريبي.....78
ثالثا: اللّوائح السلبية والايجابية.....79
الفصل الثاني: دور الحوافز والمزايا الاتفاقية في تحقيق الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر.....81
المبحث الأول: عن اعتبار الحوافز المالية آلية لإيجاد التوازن بين المصالح المتعارضة.....82
المطلب الأوّل: وضع نظام للتحفيز المالي محاولة لإيجاد الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر.....82
الفرع الأول: ضمان حرية تحويل الأرباح ورأس المال المستثمر.....83
الفرع الثاني: ضمان التعويض عن المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي.....88
أولا: الضمان ضد مخاطر الاستيلاء على ملكية الأجانب.....88
1- مبدأ حصانة أموال المستثمرين الأجانب.....88
2- الاستثناء الوارد على مبدأ الحصانة.....93
ثانيا: ضمان التعويض عن أخطار الحروب الأجنبية والاضطرابات الداخلية.....100
1- الضمان ضد الخسائر الناتجة عن الحروب الأجنبية.....100
2- الضمان ضد الخسائر الناتجة عن الاضطرابات الداخلية.....103
المطلب الثاني: وضع هيئات للضمان خدمة لمصالح الأطراف في عقود الاستثمار....106
الفرع الأول: دور المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات في خدمة مصالح الأطراف في عقود الاستثمار.....106

الفرع الثاني: دور الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في خدمة مصالح الأطراف في عقود الاستثمار.....118
المبحث الثاني: دور المزايا الضريبية الاتفاقية في حماية مصالح الأطراف في عقود الاستثمار..... 128
المطلب الأول: السياسة المتبعة من قبل الدولة المضيفة لتخفيف الأعباء الضريبية على المستثمر..... 128
الفرع الأول: سياسة منع الازدواج الضريبي.....129
أولا: تعريف الازدواج الضريبي.....130
1- وحدة الضريبية المفروضة.....130
2- وحدة المادة الخاضعة للضريبة.....131
3- وحدة الشخص المكلف بالضريبة.....131
4- وحدة الفترة الزمنية المفروضة فيها الضريبة.....132
ثانيا: أسباب نشوء الازدواج الضريبي.....132
ثالثا: الطرق الاتفاقية المعتمدة لتفادي الازدواج الضريبي الدولي.....136
1- نظام الإعفاء.....137
2- نظام تأجيل الضريبة الوطنية.....139
3- نظام تنزيل الضريبة الأجنبية من وعاء الضريبة الوطنية.....139
4- نظام تخفيض سعر الضريبة.....140
5- نظام خصم الضريبة الأجنبية من قيمة الضريبة الوطنية.....141
الفرع الثاني: إزالة العوائق الضريبية الأخرى أو الحد منها.....143
أولا: عدم التمييز في المعاملة الضريبية..... 143
ثانيا: الاتفاق المتبادل بين الدولتين المتعاقدتين.....144
ثالثا: تبادل المعلومات.....145

الفرع الثالث: تخفيف العبء الضريبي بتقديم مزايا و حوافز ضريبية.....145

أولا: آلية الحماية الجمركية.....146

ثانيا: آلية إنشاء المناطق الحرّة.....147

ثالثا: آلية المعاملة الضريبية التفضيلية.....149

المطلب الثاني: جدوى الحوافز والمزايا الضريبية في حماية مصالح الأطراف في عقود الاستثمار.....151

الفرع الأول: الاتّجاه المؤيّد لفعالية الحوافز والمزايا الضريبية في خدمة مصالح الأطراف المتعاقدة.....151

الفرع الثاني: الاتّجاه المعارض لفعالية الحوافز والمزايا الضريبية في خدمة مصالح الأطراف المتعاقدة.....154

خلاصة الباب الأول:.....158

الباب الثاني: تكريس الموازنة بين مصالح الدولة المضيفة والمستثمر من خلال آليات تسوية الخلافات 161

الفصل الأول: من حيث طرق تسوية الخلافات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر.....162

المبحث الأوّل: التحكيم كآلية لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر.....163

المطلب الأول: أنواع التحكيم المعتمد لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر 164

الفرع الأول: التحكيم المؤسساتي.....165

الفرع الثاني: التحكيم الحرّ.....173

المطلب الثاني: خصوصية التحكيم في عقود الاستثمار.....175

الفرع الأول: خصوصية التحكيم اتجاه الدولة المضيفة.....176

الفرع الثاني: خصوصية التحكيم اتجاه المستثمر الأجنبي 179

المبحث الثاني: القضاء كآلية لفض النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر.....184

المطلب الأوّل: ضمان اللجوء إلى القضاء الوطني.....185

الفرع الأوّل: خصوصية القضاء الوطني في مجال نزاعات الاستثمار.....185

أولا: الخصوصية المستمدة من أطراف النزاع.....186

ثانيا:الخصوصية المستمدة من أسباب النزاع.....191

1- أسباب نزاعات الاستثمار الراجعة للدولة المضيفة.....192

2- أسباب نزاعات الاستثمار الراجعة للمستثمر الأجنبي.....193

الفرع الثاني: الصعوبات التي تثيرها التسوية القضائية الداخلية لنزاعات الاستثمار.....194

الفرع الثالث: تقييم دور القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار.....196

أولا: اختصاص القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار.....196

ثانيا: تقدير دور القضاء الوطني في حل نزاعات الاستثمار.....198

المطلب الثاني: ضمان اللجوء إلى القضاء الدولي.....200

الفرع الأوّل: دور محكمة العدل الدولية في تسوية نزاعات عقود الاستثمار.....201

أولا: شروط ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية.....203

1- شرط الجنسية.....203

2- شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية.....205

3- شرط الأيادي النظيفة.....206

ثانيا: دور الحماية الدبلوماسية في حل النزاعات الناشئة بين أطراف عقود الاستثمار.....206
الفرع الثاني: دور محكمة الاستثمار العربية في حل نزاعات عقود الاستثمار.....209
أوّلا: تنظيم محكمة الاستثمار العربية..... 209
ثانيا: المرحلة التنازعية أمام محكمة الاستثمار العربية.....211
ثالثا: تقييم دور محكمة الاستثمار العربية في حل نزاعات الاستثمار.....214
الفصل الثاني: من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر 217
المبحث الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.....218
المطلب الأوّل: خضوع النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر لقانون الإرادة.....219
الفرع الأول: فكرة قانون الإرادة.....219
الفرع الثاني: مدى ملائمة قانون الإرادة لحلّ النزاعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر.....223
الفرع الثالث: إعمال قانون الإرادة بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني.....225
أولا: الاختيار الصريح في تحديد القانون الواجب التطبيق.....225
ثانيا: الاختيار الضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق..... 228
المطلب الثاني: مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.....231
الفرع الأول: اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة.....232
أولا: الحجج المعتمدة لاستبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة.....234

1- عدم ملائمة قواعد القانون الوطني لمعاملات التجارة الدولية.....234
2- النقص في قواعد القانون الوطني.....235
3- تعارض قواعد القانون الوطني مع المبادئ العامة للقانون الدولي.....236

ثانيا: تقييم حجج استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة.....237

الفرع الثاني: اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام.....239

أولا: الاتّجاه الفقهي المؤيّد لحق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي العام.....239

ثانيا: الاتجاه الفقهي المعارض لحقّ الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي العام.....240

الفرع الثالث: اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية.....245

أولا: الاتفاق الصريح على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.....248

ثانيا: الاتفاق الضمني على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.....249

1- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بالاتفاق على تطبيق قواعد تلزم المحكم بمراعاة الأعراف التجارية.....249
2- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بمجرّد الاتّفاق على التحكيم.....250
3- الدلالة الضمنية على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بمجرد الاتّفاق على التّحكيم بالصلح.....250

المبحث الثاني: عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.....252

المطلب الأوّل: الاتجاهات المختلفة في تحديد القانون الواجب التطبيق.....253

الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.....253

أولا: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى تكييفها عقودا إدارية.....254

ثانيا: خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى اعتبارات سياسية وقانونية.....258

الفرع الثاني: تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة.....263

أولا: تطبيق القانون الذاتي للعقد.....263

1- الاتجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار للقانون الذاتي للعقد.....263

2- تقييم الاتجاه المنادي بالكفاية الذاتية لعقود الاستثمار.....264

ثانيا: تطبيق قواعد القانون الدولي العام.....265

1- الاتّجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار.....265

2- تقييم الاتّجاه المنادي بتدويل عقود الاستثمار.....266

ثالثا: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.....268

1- الاتّجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية.....268

2- تقييم الاتّجاه المنادي بإخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية....270

المطلب الثاني: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي وإخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة.....272

الفرع الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق.....273

أولا: منهج الإسناد الجامد.....275

ثانيا: منهج الإسناد المرن.....277

ثالثا: نظرية الأداء المميز.....278

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية الأداء المميز على بعض نماذج عقود الاستثمار.....282

أولا: نظرية الأداء المميز وعقود البترول.....282

ثانيا: نظرية الأداء المميز وعقود التعاون الصناعي.....284

خلاصة الباب الثاني.....286

خاتمة.....287

قائمة المراجع والمصادر.....292

قائمة المحتويات.....330

ملخص:

تسعى اتفاقيات الاستثمار لتوفير حماية وأمن للاستثمارات، وذلك من خلال مبادئ وتدابير الحماية التي توفرها لصالح المستثمر الأجنبي، من خلال تكريس مبادئ القانون الدولي العرفي، وتكريس شرط الاستقرار التشريعي. كما تضمن هذه الاتفاقيات حرية تحويل رؤوس الأموال وعدم نزع الملكية، إلى جانب منح حوافز ومزايا ضريبية لصالح المستثمر الأجنبي. وضمان اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات التي قد تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر.

في المقابل ترد على هذه الحماية والضمانات استثناءات لصالح الدولة المضيفة، حماية للمصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية بها.

يرجع سبب اللّجوء لهذه الاتفاقيات كوسيلة لضمان الاستثمارات، لعدم ثقة المستثمر في المنظومة القانونية للبلدان المضيفة خاصة ما تعلق بحماية هذه الاستثمارات، لكن نظرا للتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية بين الدولة المضيفة والمستثمر، من الصّعب أن توفّق هذه الاتفاقيات لتحقيق التّوازن بين مصالح هذه الأطراف.

Résumé :

Les accords d'investissements visent à assurer la protection et la sécurité des investissements, par des principes et des mesures de protection qu'ils prévoient au profit de l'investisseur étranger, en consacrant les principes du droit international coutumier, ainsi que l'exigence de stabilité législative.

Ces accords garantissent également la liberté de transfert des capitaux, la non-expropriation, ainsi d'accorder des avantages fiscaux pour l'investisseur étranger. En plus d'assurer le recours à l'arbitrage en tant mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements pouvant survenir entre l'Etat d'accueil et l'investisseur. En revanche, des exceptions sont faites à ces protections et garanties en faveur du pays d'accueil, afin de protéger ses intérêts politiques, économiques et sociaux.

Le recours à ces accords comme moyen de garantie des investissements tient au manque de confiance des investisseurs étrangers dans le système juridique des pays d'accueil, Compte tenu des différences des positions juridiques et économiques entre l'Etat d'accueil et l'investisseur, il est difficile de concilier les accords d'investissements pour parvenir à un équilibre entre les intérêts de ces parties.