مجلة البحوث القانونية و السياسية، دورية علمية محكمة
تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة د.الطاهر مولاي سعيدة
العدد الثامن
جوان 2017

مدى تقلص الحصانة السيادية للدولة في مواجهة الطرف الأجنبي الخاص

ط.د/دنون محمد بلبنة ،تحت إشراف: الدكتورة/ عمارة فتيحة ،جامعة سعيدة

المقدمة:

لقد أدت التطورات الإقتصادية المعاصرة إلى تزايد الإتجاه نحو تشجيع الإستثمارات الأجنبية ولم يقتصر الأمر على الدول النامية فقط. بل امتد إلى غيرها من الدول المتقدمة.

حيث تلجا الدول عادة لأجل هدا الغرض إلىإبرام العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة وعقود المساعدة والاستشارات الفنية.... اخ مما يدخل في إطار عقود الإستثمار. لكونه يستطيع أن يلعب دورا أساسيا في عملية تنمية الدول المضيفة له، فقد أضحت هده العقود بمثابة المفتاح الأساسي الذي تسعى من خلاله الدول إلى تحقيق تنمية اقتصادية مستدامة.

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وان ظهرت حسنة في بدايتها، إلاأنها سرعان ما تتبدل نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين، وتنشا منازعات الاستثمار الأجنبي لأسباب مختلفة ففي الماضي نشأت نسبة كبيرة من المنازعات بسبب التدخلات المادية للحكومات في أصول المستثمر.

كما أدت التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين إلى هروب أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي من القضاء الوطني في العديد من الدول و تحبيذ التحكيم لحل ما يثور بشان علاقاتهم من منازعات, و انشات له الكثير من مراكز التحكيم الدائمة ذات الطابع الدولي و لعل أهم هده المراكز , المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار, فقد أتى تشكيل هدا المركز معبرا عن مدى الأهمية الكبيرة للتحكيم الدولي في مجال الاستثمار الأجنبي لدى المستثمرين هدا من جهة, و من جهة أخرى فقد تدفع الدولة بغرض الانسحاب من عملية التحكيم بعدم أهليتها لإبرام اتفاقية التحكيم بمقتضى قانونها الوطني أو بما تتمتع به من حصانة سيادية تقتضي عدم مثولها أمام قضاء آخر غير قضائها الوطني , فما هو موقف المستثمر الأجنبي من هدا الاتجاه, هل سيوافق على الخضوع للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة له أو بصياغة أخرى : إلى أي مدى يمكن أن تتمسك الدول بحصانتها السيادية أمام المستثمر الأجنبي ؟

المبحث الأول: تمسك الدول بسيادتها وحصانتها القضائية أمام الطرف الأجنبي

إذا قامت الدولة الإقليمية بإبرام عقد معين مع مستثمر أجنبي , فان هذا العقد قد يحوي شرطا يفيد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدول المعنية ,و ذلك بحسم جميع المنازعات المتولدة عن هدا العقد, الأمر المتقدم لا يثير ثمة صعوبة [1], فضلا عن أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هده العقود يصطدم بمبدأ الحصانة القضائية و بمبدأ سيادة الدولة على أراضيها [2], فقد تدفع الدولة في سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم بعدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين, لكون الغالبية العظمى من المنازعات الناشئة عن هده العقود تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية[3].

المطلب الأول: تعارض التحكيم مع سيادة الدولة

ظهر مبدأ السيادة الدائمة في أوائل الخمسينات من خلال قرار الأمم المتحدة رقم 523 الصادر بتاريخ 12 جانفي 1952 و السيادة الدائمة على المصادر الطبيعية اثر على الدول المنتجة للبترول , فقد أصبح بإمكانها أن تعيد النظر في اتفاقيات الامتياز, و تضمن بيان صدر عن اوبيك في جوان 1968 تصريحا عن السياسة النفطية في الدول الأعضاء و أكد البيان كذلك : الحق الثابت للأقطار كافة في ممارسة سيادة دائمة على مصادرها الطبيعية خدمة للتنمية القومية فيها.... [4], وتشكل مسالة سيادة الدولة لدى دول العالم الثلث عموما الساعية إلى التنمية ونقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة رداءا تحتمي به من الظواهر السلبية التي تفرضها الليبرالية الجديدة عليه[5].

---

[1] هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشاة توزيع المعارف، الإسكندرية , 2005، ص 166

[2] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية,2012، ص 201

[3] بشار الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1, 2009، ص 60

[4] السعيد خويلدي وسمية صخري، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر, 2016، ص341,340

[5] مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر , 2010، ص 68

الفرع الأول: طبيعة العقد الإستثماري يعطي الدولة الحق في ممارسة سيادتها

لقد عبرت العديد من الحكومات عن رفضها لاختصاص هيئات التحكيم بالنظر في هده الإجراءات الانفرادية التي تتخذها دولها بهدف تحقيق الصالح العام، خصوصا إذا اتخذت هده الإجراءات في إطار تحقيق برنامج اقتصادي دو نفع عام، مثال على دلك تأكيد الحكومة الإيرانية أمام محكمة العدل الدولية أن تأميم صناعة البترول مرتبط بممارسة إيران لسيادتها وبالتالي تعتبر هده الإجراءات من المسائل غير القابلة للتحكيم.

فالدولة تنظر إلى النزاع وكأنه منازعة ذات طابع سياسي، إذأن مبعث المنازعة يتعلق بسيادة الدولة ومصلحتها القومية، ومفاد هدا التوجه انه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تعترض لشرعية إجراءات التأميم أو المصادرة وإنما يتعين أن ينحصر اختصاصها في حدود النظر في التعويضات الملائمة[1]. ونظرا لكون أن العقود الدولية غالبا ما تكون طويلة المدى مما يعطي الحق للدولة في مراجعة قوانينها حسب الظروف التي قد تطرأ بمرور الزمن، وإذا كان مبدأ السيادة هو الذي يعطي الحق للدولة في الاتفاق على أية شروط مع متعاقدها الخاص، فهو أيضا يعطي الدولة الحق والقدرة في تغيير أوإلغاءأو تعديل نصوصها القانونية أو اللوائح التنظيمية إذا تطلبت المصلحة العامة شريطة عدم الإخلال بالتوازن العقدي وإلا ترتبت المسؤولية في حقها[2].

وهناك جانب من الفقه يعارض الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة قانونية لفض المنازعات التي تنشا عن العقود التي تبرمها الدولة بحجة مخالفتها لسيادة الدولة، كما أن قيام هيئة التحكيم الدولية بالنظر في المنازعات بين المستثمر مثلا والدولة المضيفة للاستثمار يستدعي بالضرورة مناقشة وتقييم أعمال هده الدولة، وفي ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، إذ لا يحق لأية جهة دولية إصدار قرارات في أمور تعتبر من صميم الشؤون الداخلية للدولة[3].

---

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقا يدتلمسان،الجزائر, 2011, 2010، ص 202, 201

[2] وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الصبغة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية,2010، ص 679

[3] إيناس هاشم رشيد ووعود كاتبالانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول , 2015، ص 278

الفرع الثاني: حق الدول بتعديل تشريعاتها الإستثمارية

من المسلم به أن من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي، حقها في التشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها والمنظمة للعلاقات بين أفراد المجتمع، وكذلك بينهم وبين الهيئات العامة، وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة وكذلك من حق الدولة أن تجري التعديلات والتغييرات على هده القوانين، إذارأتأن هذه التعديلات والتغييرات تهدف إلى الصالح العام. فقد تقدم الدولة الطرف في عقود الدولة كعقود الاستثمار على تأميم أو نزع ملكية المشروع محل هدا الاتفاق. ويتضح مما تقدم أن شروط الثبات التشريعي لا تؤثر على سيادة الدولة إذ تكون الدولة محتفظة بسيادتها ومركزها القانوني بكامل اختصاصاتها التشريعية واللائحية في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام.

و يرى المؤيدون لحق الدولة في هده الإجراءات أن الدولة تتمتع بكافة مظاهر السيادة على إقليمها , سواء تعلقت هده المظاهر بالتنظيم السياسي أو الإداري الداخلي أو بالقضاء أو بالتشريع, فالدولة صاحبة السلطة العليا في دلك ما دامت الدولة تتخذ هده الإجراءات داخل حدود إقليمها و ما دامت الدولة قد فعلت ذلك بهدف تحقيق مصلحتها القومية و لم تخالف بدلك القواعد الدولية العرفية أو الاتفاقية و مساءلة الدولة في القرارات التي تتخذها بموجب سيادتها إنما يعد خرقا لمبادئ القانون الدولي المعمول بها و التي تعترف الدول بالسيادة على اقليمها[1].

فهناك بعض الصيغ الدولية، ذات الطابع العالمي أو الإقليمي أو التخصصي أكدت على الحصانة القضائية فقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها التاسعة والعشرون قرارا منحت بمقتضاه اختصاصا واسعا لمحاكم الدولة المضيفة في كل ما يتعلق بمنازعات الاستثمار، وذلك ما لم ترى الدول المعنية بكامل إرادتها ملائمة البحث عن وسائل أخرى سليمة كل هده المنازعات تقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول وتتوافق مع مبدأ الاختيار الحر للوسائل.ويضاف إلى ما تقدم أن بعض المنظمات الدولية المتخصصة قد أصدرت قرارات تفيد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية للدول الأعضاء ودلك بحسم المنازعات البترولية التي عسى أن تنشا بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي المعني. أو بعبارة أخرى، فقد خلصت منظمة الدول المصدرة للبترول في مؤتمرها السادس عشر الذي عقد في فيينا في يونيو 1968م إلىإصدار قرارها رقم 16/90 الذي

[1] خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن , 2014, ص129الى 131

ينص على انه[1](ما لم يقضي تشريع الدولة العضو بغير ذلك، فان جميع المنازعات التي تنشا بين الحكومة و المشروعات – يقصد بدلك الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الحكومة – يجب أن تخضع لقضاء المحاكم الوطنية المختصة أو المحاكم الإقليمية المختصة اذا كانت موجودة أو متى وجدت)[2].

المطلب الثاني: مبدأ الحصانة القضائية

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية[3]. فقد سادت نظرية الحصانة القضائية في معظم بلاد العالم تقريبا في القرن 19 وقد تبناها الفقه والقضاء وطبقا لنظرية الحصانة المطلقة فان الدولة لا تخضع إلا للقانون الدولي وبالتالي فان منازعاتها مع الأفراد لا تخضع لقضاء دولة أخرى[4].بمعنى انه لا يجوز إخضاع المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة المنبثقة عنها طرفا فيها لغير قضاء هده الدول، الأمرالذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر تلك المنازعات سواء كان دلك القضاء رسميا في دولة أجنبيةأم كان قضاء اتحكيميا ينظر تلك المنازعات[5].

الفرع الأول: عزوف دول أمريكا اللاتينية وليبيا عن التحكيم

ترى العديد من الدول الإفريقية، كذا العديد من دول أمريكا اللاتينية،أن الاستثمارات الأجنبية فيها قد حققت بعض الآثارالسلبية، فعقيدة الدول المتقدمة هيأن المستثمرين الأجانب إنما يقومون بتحقيق أقصى الفوائد الممكنة من استثماراتهم ودلك دونأن يقدموا ثمة فوائد مماثلة للدول المضيفة.

لاستثماراتهم، ومن هذا المنطلق فان هده الأخيرة، إنما تحاول أن تفرض رقابة كاملة على هؤلاء المستثمرين الأجانب، بحيث تخضع استثماراتهم لولايتها الكاملة في شتى صورها وبصورة صارمة وذلك حرصا منها على منع هؤلاء المستثمرين من استغلال اقتصادها القومي بتلك الصورة المتقدمة[6].

---

[1] هشام خالد، مرجع سابق، ص 168, 167

[2] قرار رقم 16/90 , أوبك، المؤتمر 16 , فيينا , 1968

[3] علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص208

[4] السعيد خويلدي وسمية صخري، مرجع سابق، ص341

[5] بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 64, 63

[6] هشام خالد، مرجع سابق، ص 170

أولا: معارضة بعض دول أمريكا اللاتينية للتحكيم

يمكن أن نفهم بدقة سبب عزوف العديد من دول أمريكا اللاتينية التصديق عن الاتفاقية الدولية المنشاة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار , و إذا ما رجعنا قليلا إلى الوراء , فسوف نجد أن دول أمريكا اللاتينية و مند فترة طويلة من الزمن إنما تعارض معارضة تامة فكرة إنشاء محكمة بحيث يستطيع فيها المستثمرون و الحكومات التداعي بعضهم في مواجهة البعض الآخر, و قد ظهرت أول بوادر المعارضة من هده الدول في الاجتماعات التي تم عقدها في فبراير 1964م في مدينة سانتياغو في شيلي , و ذلك من جانب رجال القانون في الدول المعنية , و كان الهدف من هده الاجتماعات ذات الطبيعة الإقليمية , قيام البنك الدولي للإنشاء و التعمير بعرض مشروع الاتفاقية CIRDIعلى دول العالم المتخلفة. وفي خريف1964م قام البنك الدولي للإنشاء والتعمير بعقد اجتماعه السنوي لمجلس المحافظين في طوكيو، و في هدا الاجتماع طرح البنك مشروع قرار التصويت عليه من جانب المجلس المتقدم، و القرار المقترح كان يفيد تكليف المجلس التنفيذي للبنك بالمضي قدما في صياغة مشروع الاتفاقية المعنية، و في هدا الاجتماع و لسوء الحظ فقد اشتدت درجة معارضة دول أمريكا اللاتينية للاتفاقية بدرجة كبيرة و رفض ممثلوا الدول المعنية مشروع القرار السابق و قد سمي هذا الوضع (رفض طوكيو).

فقد كانت الأجواء السائدة في الاجتماعات المعنية بناءة بوجه عام , و قد قام الخبراء القانونيون لدول أمريكا اللاتينية باستعراض بعض الأحكام الواردة في الاتفاقية و اقترحوا بعض المقترحات بخصوصها , الأمرالذي يؤدي – حسب اعتقادهم – إلى تحسين الأخيرة بما يزيد من درجة قبولها لدى دوله, و قد حاولت اللجنة الماثلة بأقصى درجة ممكنة أن تستجيب للمقترحات و لكن في الحدود التي لا تتعارض البتة مع أهداف الاتفاقية, فقد تم إلغاء النص الوارد في مشروع الاتفاقية و الذي كان يجيز لدولة المستثمر أن تحل محله – بعد تعويضه – في دعوى الحلول ضد الدول المضيفة للاستثمار , استجابة لرغبة دول أمريكا اللاتينية, و كان من المأمول قيام الدول المعنية بالتوقيع على الاتفاقية, حيث لم تبادر دول أمريكا اللاتينية إلى التوقيع على الاتفاقية فور ظهورها إلى النور. إذن، فهده الدول حريصة كل الحرص على حصانتها القضائية وعلى اختصاص محاكمها بحسم جميع منازعات الاستثمارات الأجنبية[1].

[1] هشام خالد، مرجع نفسه، ص 172إلى181

ثانيا: معارضة ليبيا اللجوء للتحكيم

إن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة عند لجوئها إلى التحكيم يمكن أن تخسر كل شيء أو تكسب كل شيء، وذلك لأنها تجهل ما سيسفر عنه قرار التحكيم الذي سيصدر في المستقبل، ومما يؤدي إلى عدم معرفة الحد الذي يمكن قرار التحكيم أن يجره على الدولة، خصوصا أن المحكمين أشخاص يختارهم الأطراف بحرية تامة وبالتالي يمكن لأي طرف أن يضغط على الطرف الآخر باختيار شخص ما يقضي لمصلحته[1].

وتعتبر ليبيا من الدول الرافضة أيضا التخلي عن حصانتها القضائية، حيث رفضت التحكيم التجاري الدولي تحت مظلة اتفاقية واشنطن 1965، ومن هذا المنطلق رفضت التصديق على الاتفاقية، ومرجع الوضع السابق هو أن ليبيا من الدول البترولية في الشرق الأوسط ولأنها جميعا تملك قوة تفاوضية عالية نسبيا، وليس من السهل التعرف والوقوف على الأسباب التي حالت دون تصديق ليبيا على الاتفاقية المنشاة للمركز وبما قد يفيد رفضها التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار ذات الطابع الدولي.

فالثابت من محاضر الاجتماعات التمهيدية للدول الإفريقية والمنعقد في أديسأبابا، هو رغبة ليبيا في التعاون مع الدول الأخرى لإنجاح الاتفاقية وهدا ما صرح به ممثلوا ليبيا في هده الاجتماعات، ولكن رغم دلك فلم تصادق ليبيا على الاتفاقية الماثلة[2].وقد يقدر البعض أن الفائدة الوحيدة التي عادت على ليبيا من عدم التصديق على اتفاقية CIRDI , تتمثل في قدرتها على المناورة في تنفيذ الأحكامالتحكمية التي عسى أن تصدر في ضدها في التحكميات الفردية AD-HOCالتي عسى أن توافق عليها في بعض الأحيان و تحت ضغوط معينة.

خلاصة ما تقدم، أن العديد من الدول لم تزل متمسكة بحصانتها القضائية، أي أنها راغبة في حسم منازعاتها مع المستثمرين الأجانب عن طريق محاكمها الوطنية، وأنها ترفض اللجوء إلى طريق التحكيم الدولي ومؤسساته المختلفة، فما أساس ذلك.

---

[1] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 71

[2] هشام خالد، مرجع نفسه، ص 208و240

الفرع الثاني: أساس حرص هده الدول على حصانتها القضائية

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، انه تأسيسا على فكرة السيادة والمساواة بين الدول فان كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية[1].

أولا: شرط كالفو (Calvo clause)

يرى البعض أن الأساس القانوني مما تقدم، - وفقا لتقدير دول أمريكا اللاتينية – هو شرط كالفو، ومفاد هذا المبدأ عدم أحقية الدول الأجنبية في التدخل في الشؤون الوطنية لدول أمريكا اللاتينية ودلك تحت أي ستار، ولأي سبب كان، وبأي شكل كان، والمبدأ محل العرض يقتضي بالضرورة خضوع الأجانب للقضاء الوطني للدولة المضيفة لهم، شانهم في ذلك شان الوطنيين.

ولا شك أن فكرة التحكيم بوجه عام، والتحكيم تحت مظلة مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن على وجه الخصوص، إنما تجافي فلسفة شرط Calvo، فأحكام الاتفاقية المنشاة للمركز المتقدم تعطي المستثمر الأجنبي مزية لا يتمتع بها المستثمر الوطني[2].

ويجاب على موقف دول أمريكا اللاتينية بأنها كانت حريصة على سيادتها، وأنها ترى أن من شان الموافقة على التحكيم في ظل CIRDI الانتقاص من سيادتها، فان أحد الآثار المترتبة على فكرة السيادة – ذاتها - قدرة الدولة المتمتعة بها على التنازل عنها عن طريق الاتفاقيات الدولية[3].

ثانيا: تقنين اندين ANDEAN

قد حرص تقنين اندين على تكريس الاختصاص القضائي الدولي لحسم المنازعات المعنية، لصالح المحاكم الوطنية للدول المضيفة للاستثمارات المعنية، أو بعبارة أخرى فقد نص تقنين الاستثمار الأجنبي الذي وافقت عليه دول ميثاق كارتاجينا[4]، في مادته 51 على انه: (في مجال اتفاقات الاستثمار أو

---

[1] بشار الاسعد، مرجع سابق، ص 63

[2] GOPAL, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, CASE WESTERN RESERVE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, VOL 14, N1, WINTER ,1982, P 602

[3] هشام خالد، مرجع سابق، ص186

[4] ميثاق دول كارتاجينا : مدينة كولومبية تم التوقيع فيها على هذا الميثاق من جانب غالبية دول أمريكا اللاتينية (بيرو , شيلي , كولومبيا , أكوادور , بوليفيا)

نقل التقنية لن يكون هناك شروط من شانها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من الاختصاص القضائي للدولة المضيفة).

وقد قامت الأرجنتين بإدماج المادة 51 من التقنين السابق في نظامها القانوني الداخلي، كدا فان الدستور الفنزويلي يحوي نصا مشابها لنص المادة سالفة الذكر[1].

المبحث الثاني: الضمانات القانونية للمستثمر الأجنبي وإهدار الدفع بالحصانة

إن طرفي العقد ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر , الدولة من جهة و المستثمر الأجنبي من جهة أخرى , مما يثير مشكلة أساسية في العقود المبرمة إلا و هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها , حيث تحرص في اغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في السيادة العامة و السلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية و مصيرها الاقتصادي [2], حيث يكون من الصعب إخضاع الدولة و هي بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون قضاء دولة أخرى ما لم تكون قد ارتضت صراحة , و تجري محاولات لتدويل هذه العقود و تضمينها شروطا ذاتية كشروط الثبات التشريعي و غل يد الدولة عن المساس بالعقد و تجميده زمنيا [3], وأيضا من أهم الحوافز التشريعية في نظرنا التي يمكن الإشارة إليها هي إمكانية اللجوء إلى المصالحة و التحكيم[4].و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون 16-09المتعلق بترقية الاستثمار[5].

المطلب الأول: رفض المستثمر الأجنبي الخضوع لقضاء الدولة المضيفة للاستثمار وتمسكه بالتحكيم

إن قضاء محاكم الدولة قد لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي , بسبب الصعوبات التي قد يواجهها في اللجوء إليه, و لعدم توقعه أن موقفها سيكون حياديا بشكل كامل نحو هذا النزاع, فالقضاء الوطني و إن كان مستقلا عن الدولة ذاتها إلا انه قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات

---

[1] هشام خالد، مرجع نفسه ,184, 185

[2] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 26

[3] محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية,2009، ص 14

[4] عمور محمد، الاستثمار في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة، الجزائر، العدد الرابع، جوان 2015، ص 203

5انظر: المادة 24 (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ..... إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطرافأبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم....) قانون رقم 16-09 , ترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46 , الفصل الرابع , 2016 , ص22

الاستثمار أو تلك التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي[1], لان المستثمر الأجنبي يعتقد أن مثل هذا القضاء - قضاء الدولة المضيفة – لن يكون محايدا و خاصة في نطاق الدول حديثة النشأة , ذات الأنظمة القضائية الهشة , و التي قد تتأثر بما تفرضه عليها السلطة التنفيذية المعنية[2].

الفرع الأول: فعالية التحكيم لحل منازعات عقود الإستثمار

لقد كثر تدخل الدولة في ممارسة الأنشطة التجارية، من اجل تحقيق تعاقدات مع الأشخاص الأجنبية ونتج عن ذلك أن خفت حدة مبدأ الحصانة القضائية للدولة، حيث ترتب على هذا التدخل انتشار التحكيم بشكل واسع النطاق وذلك لما يتميز به من مزايا عديدة، وهذا لا يعني مطلقا أن في لجوء الدولة وهيئاتها إليه انه من شان القضاء الوطني أو من اختصاصه أو الحد من سلطانه لصالح التحكيم.

والتحكيم هو تطور باعتباره نشا قبل نشأة قضاء الدولة [3]،فهو معروف منذ بدء الحضارة الإنسانية و عندما جاء النظام الإسلامي اقره في القران الكريم في الآية 35من سورة النساء : (و إن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلهاإن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا) [4], ولا ينصب هذا القبول على أن التحكيم هو الوسيلة المثلى والملائمة لفض المنازعات الناشئة في إطار العلاقات الدولية والخاصة فقط وإنما أيضا كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات وتطويرها بما يحقق المزايا للدولة المنتجة والمستهلكة [5].

حيث يعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها، إذأن وجود الدولة طرفا في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته فعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال[6]، نظرا لتمتعه بعديد من المزايا أهمها:

---

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دون ناشر,2004، ص 353

[2] هشام خالد، مرجع سابق، ص 220 ,225

[3] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 85

4الآية 35من سورة النساء , القران الكريم

[5] إيناس هاشم رشيد ووعود كاتب الانباري، مرجع سابق، ص 273

[6] بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 10

أولا: السرعة في الإجراءات

إنإجراءات التحكيم بسيطة، حيث تقوم أطراف النزاع بتحديد تلك الإجراءات، وهو الأمر الذي يؤدي إلى سرعة إصدار قرار التحكيم، تلك السرعة لا تتوافر عادة في النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع.

ثانيا: السرية في التحكيم

فجلسات التحكيم غير العلنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، حيث تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والمقترحات سرية، فالأطراف في عقود الاستثمار ترغب في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها نظرا لما قد تؤدي إليه هذه المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

ثالثا: التحكيم قضاء متخصص

فهو يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة، حيث يكون المحكمون في الأغلبالأعم على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المسندة إليهم[1].

رابعا: حرية الأطراف في ظل التحكيم

حيث لتلك الأطرافأولا اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا إماأن يكون التحكيم خاصا أو تحكيما مؤسسيا، كما يفتح التحكيم المجال أمامإرادةالأطراف في اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم[2].

الفرع الثاني: عدم جواز التحلل من التحكيم بالدفع بسيادة الدولة وحصانتها القضائية

ويقصد بهذا المبدأ رفض ادعاءات الحصانة القضائية من جانب الدولة للتخلص من عملية التحكيم استنادا إلى كونها في وضع سلطة وتسيد، لان هذا يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي قبلته، وعليه

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 167, 170

[2] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص352

فمثول الدولة أمام هيئة التحكيم لا يمس سيادة الدولة من قريب أو من بعيد لان مثول الدولة أمام هذه الهيئات قد تم برضاها وموافقتها[1].

لقد رفضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية الدفع الذي تقدمت به احد الدول الإفريقية مع شركة فرنسية , على أساسأن حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي , غير أن الهيئة رفضت هذا الدفع لكون الحكومة أبرمت اتفاق التحكيم بإرادتها و كان لها الرفض من البداية, كما أعطت اتفاقية نيويورك لسنة 1958في الفقرة الأولى من المادة 05الدولة أهليةإبرام اتفاقية التحكيم الدولي , في الوقت الذي أكدت فيه اتفاقية جنيف لعام 1961بشان التحكيم التجاري الدولي صراحة على أهليةالأشخاص المعنوية عموما في اللجوء إلى التحكيم , و عليه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابة على إخضاع منازعة ما نشأت أو يمكن أن تنشا عن علاقة تجارية أو مدنية للتحكيم , فان هذه الدولة لا يمكنها أن تتمسك بالحصانة أمام دولة متعاقدة أخرى يتم التحكيم على إقليمهاأو بموجب قانونها, فلا يمكن قبول ادعاءات الحصانة القضائية المستمدة من كون الدولة في وضع سلطة و تسيد لان ذلك يتعارض مع اتفاق التحكيم الذي ابرمته[2].

ومثال ذلك النزاع الذي نشا بين شركة نيترشال ودولة قطر عام 1987م حول امتياز تقاسم الإنتاج الممنوحة للشركة، حيث قامت دولة قطر بعدم السماح للشركة بالتنقيب عن البترول بموجب الامتياز الممنوح لها وذلك في منطقة أنشت-الدبيل بحجة أن هناك اعتبارات سياسية دفعتها لمنع الشركة من التنقيب عن البترول والتي تتمثل بالنزاع القائم بين دولة قطر ودولة البحرين على الحدود البحرية في تلك المنطقة وان السماح للشركة بالقيام بعملية التنقيب عن البترول في تلك المنطقة سوف يتسبب في إثارة المشاكل بين الدولتين،وذهبت هيئة التحكيم في منطوق حكمها أن لدولة قطر أن تعمل على تحديد ميعاد استئناف الشركة لعمليات التنقيب عن النفط في الوقت المناسب وذلك وفقا لما تراه الدولة محققا لهذه الاعتبارات[3].

كما جاء في الحكم التمهيدي الصادر بشأن الدعوى رقم 2321 سنة 1974م، قرار المحكم إن فكرة الحصانة القضائية للدولة لا يتم العمل بها إلاأمام المحاكم القضائية الأجنبية،أما المحكم فلا يمثل دولا ولا

[1] بشار الأسعد، مرجع نفسه، ص 96

[2] إيناس هاشم رشيد ووعود كاتب الانباري، مرجع سابق، ص 278

[3] مراد محمود المواجدة، مرجع سابق، ص 66

ينتمي لأجهزتها القضائية،ويستمد سلطته من اتفاق الأطراف المتعاقدة وهو ما يعني عدم وجود محل للدفع بالحصانة فيما يخص إجراءات التحكيم [1].

حيث يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلىأن الدولة تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت شرط التحكيم، حيث أن اتفاق الدولة على التحكيم يعني تنازلها عن سيادتها بالنسبة للموضوع الذي جرى الاتفاق بشأنه على التحكيم وان المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما هو ينفذ مهمة عهد بها الأطرافإليه، أيأن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أية دولة ومن ثمة فهو لا يمثل اعتداءا على سيادة الدولة الطرف في النزاع[2].

المطلب الثاني: شرط الثبات التشريعيstabilité législative

إن شرط التحكيم الوارد ضمن عقد الاستثمار يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع إعمال هذا الشرط،و مما لاشك فيه أن هذه التغيرات تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة و تسهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة , مما يدفع ببعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقيات الاستثمار شروط الثبات التشريعي و عدم المساس[3] , لذلك يحاول الفقه منذ عقد بعيد أن يقيم التوازن المرغوب بين الإرادة الفردية وإرادة القانون، بل و سعى إلى تأكيد هيمنة الثاني على الأول لما تقود إليه إرادة القانون من تحقيق الأمان و استقرار الروابط العقدية[4].

الفرع الأول: مفهوم شرط الثبات التشريعي

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي أو(تجميد قانون العقد في الزمان) la pétrification de la loi du contrat dans le temps

---

1السعيد خويلدي وسمية صخري، مرجع سابق، ص 343

[2] بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 64 ,65

[3] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، 134, 131

[4] سعد الدين أحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر , 2008,2007,ص 52

ويقصد بشرط الثبات التشريعي، تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه[1]، أو ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي[2].

فهذه الشروط تستهدف بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، وتعهدها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلىالإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها [3].

واهم الاتفاقيات التي نصت على ذلك نجد انه قد ورد النص على هذه الشروط في الاتفاق المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة freeportindoesiatفي07 ابريل1967 م بحيث نصت المادة 14منه على انه:(تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أنتتخذ طوال مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو ما شاء ذلك)[4].

و كما نصت المادة 26من اتفاقية فيينا بشان قانون المعاهدات الموقعة بتاريخ 23ماي 1969[5]على انه : (كل معاهدة معمول بها يرتبط الأطراف و يلتزم عليهم القيام بتنفيذها بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية) هذا يعني أن كلا الطرفين يكونا ملزمين بالاتفاق المبرم بينهما و شرط الثبات يكون ضمن الاتفاق , لذا في حالة الإخلال بالاتفاق يترتب على الدولة المساءلة.

ثانيا: تصنيف شروط الثبات التشريعي

إن التحليل الفني لهذه الشروط يؤدي إلى تصنيفها بين نوعين، شروط تعاقدية، وأخرى تشريعية وذلك على النحو الأتي:

---

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1,2006, ص 162

[2] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 132

[3] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان,2003, ص 324

[4] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 157

[5] اتفاقية فيينا، قانون المعاهدات , 23 ماي 1963

1- شروط تعاقدية (اتفاقية) : و يقصد بالشروط التعاقدية أو الاتفاقية تلك الشروط التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد ذاته , و تنص صراحة على أن القانون الذي يسري على عقد المنازعة هو القانون بأحكامه و قواعده النافدة فقط وقت الإبرام, مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها[1].

ومن أمثلة تلك الشروط، نذكر نص المادة 15من العقد المبرم بين دولة الكاميرون وإحدى شركات البحث عن البترول واستغلاله، الذي جاء فيه انه لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق.

و أيضا نص المادة 14من العقد المبرم بين دولة توجو و شركة مناجم Beninالذي قرر انه في الحالة التي تطرأ عليها تعديلات تشريعية أو تنظيمية للاختصاص في جمهورية توجو المستقلة , فان تلك الأخير تتعهد بان تضمن باستثناء خاص لصالح شركة مناجم Beninالاستفادة من الأحكام السابقة المتعلقة بنظام المواد المنجمية و حقوق المناجم المقابلة الممنوحة للشركة هذا ما لم تتمسك تلك الأخيرة بالأحكام الجديدة[2].

2- الشروط التشريعية : هي عبارة عن نصوص تشريعية وضعتها الدولة في صلب قانونها الوطني و هي نصوص تنص على مجمل الالتزامات التي تضعها الدولة و تلتزم بها اتجاه المشروع الاستثماري , و أهم التزام تلتزم به الدولة هو عدم تعديل أو تغيير قانونها أوإلغاء القانون المنظم للعلاقة التعاقدية بينها و بين المستثمر و هذه الشروط تضعها الدولة التي تستضيف المشروع الاستثماري كطرف في العقد أو اتفاق دولي مع شخص أجنبي بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بالتعهد بالا تقوم بأي تعديل لقانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي[3].

فقد سمحت تشريعات العديد من الدول , و لا سيما النامية منها , بإدراج شروط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمرين الأجانب , و ذلك في إطار السياسة التي تتبعها هذه الدول, و الهادفة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية , و من أمثلة القوانين التي نصت على مثل هذه الشروط يمكن أن نشير إلىقانون البترول الليبي رقم 25 لعام م1955الذي نص في مادته الرابعة و العشرين على عدم

---

[1] خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 133

[2] سعد الدين أمحمد، مرجع سابق، ص 50

3عبد الرسول عبد الرضا و خير الدين كاظم,تأثير الصفقة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي , مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية و السياسية , جامعة بابل , السنة الأولى, العدد الأول , 2009 , ص 135

سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره , فضلا على أن التعديلات التي لحقت هذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها.

و قد انتهى مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة بمدينة أثينا عام 1979م, إلى الاعتراف بمشروعية اتفاق الأطراف على التجميد الزمني للقانون المختار, حيث نص في المادة الثالثة من التوصية الصادرة عنه على انه : يجوز للأطراف الاتفاق , علىأنأحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد , هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد[1].

و في قضاء التحكيم الدولي الحديث نسبيا صدر قرار في قضية liamcoفي 12-04-1977م يقضي بان شرط التجميد الزمني لقانون العقد أو شرط الثبات التشريعي عموما , يتفق مع المبدا العام لمعصومية -او عدم جواز خرق – العقود المعترف به عموما في القانون الداخلي و الدولي على حد سواء , كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين[2].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي

عملت الجزائر على سن مجموعة معتبرة من التشريعات من اجل تلطيف مناخ الإستثمار و كسب ثقة المستثمرين الأجانب عن طريق ما تضمنته هده التشريعات من محفزات و ضمانات [3].

أولا : موقفه من شرط الثبات التشريعي بالنسبة للإتفاقيات الدولية

قام المشرع الجزائري بالاهتمام بالجانب الإستثماري على غرار الدول النامية , و هدا من اجل حركة رؤوس الأموال و كدا لتحقيق الأمن و الإستقرار القانوني في العلاقة التعاقدية بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي , فقد تم التوقيع و الانضمام إلى عدة اتفاقيات ثنائية و جماعية تتضمن عدة مبادئ و ضمانات و ضعتها الدولة من اجل جدب الاستثمار سواء كانت هده الاتفاقيات مع الدول العربية أو الدول الأجنبية , و نظرا لتشابه المبادئ و الضمانات التي نصت عليها , نذكر من بينها اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي لسنة 1991 م , بحيث أدرجت الدولتين في اتفاقهما انه في حالة وجود مستثمر مع الدولة يجب على هده الأخيرة أن تلتزم بالإجراءات القانونية المتفق عليها و من بينها القانون الواجب التطبيق على العقد لابد أن يثبت في اللحظة التي تم فيها إبرام العقد, و أن تلتزم بتعهداتها و ألا تقوم بأي إجراء من شانه أن

1بشار محمد الأسعد, عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة, منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة 1 , 2006 , ص 166إلى168

2سعد الدين أمحمد , مرجع سابق , ص 53

[3]عور محمد , مرجع سابق , ص 198

يؤدي إلى نزع الملكية , حيث نص المرسوم الرئاسي [1] رقم 91-345 في المادة 1/4 : (يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء أخر من شانه نزع الاستثمارات التي يمتلكها مستثمرون الطرف الآخر على إقليمها و دلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة) إلا إذا تطلبت دلك المنعة العامة أو تأميمها أو أي إجراء من شانه نزع الاستثمارات التي يمتلكها المستثمر الأجنبي.

كما أبرمت الجزائر و الدولة الايطالية اتفاقية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار على ما نصت عليه الاتفاقية السابقة , فبالرجوع إلى أحكام المادة 1/4 من الفصل الثالث المعنون بعنوان حماية الاستثمارات التي تنص على : (تستفيد الاستثمارات التي يقوم بها المواطنين و الأشخاص المعنويين لإحدى الدولتين المتعاقدتين على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى , من حماية و امن ثابتين و كاملين بعيدا عن كل إجراء غير مبرر أوتمييز يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا تسييرها...)[2] , فنلاحظ أن هده الاتفاقية قد أدرجت شرط الثبات التشريعي ضمن بنودها , و هي أن المستثمر يحظى طيلة مدة الاتفاق بالحماية الكاملة و بقاء العقد المبرم بينه و بين الدولة يخضع للقانون السابق و لا يخضع للتعديلات التي تطرأ على العقد.

ثانيا : موقفه من شرط الثبات التشريعي في القوانين الداخلية

هدا الثبات التشريعي الذي يطمح إليه المستثمر لا نجده فقط في عقده مع الدولة , و إنما نجده في قوانين بعض الدول[3] . فنجد أن المشرع الجزائري سن مجموعة من الحوافز تمويلية و إجرائية و إدارية هامة من اجل استقطاب حجم اكبر من الاستثمارات الأجنبية, تمثلت أساسا في ضمان المعاملة بالمثل هدا إضافة إلى عدم تطبيق المراجعات أو الإلغاءات [4] , و هذا ما نص عليه القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمارات الجديد[5] حيث نصت المادة 22 منه في الفصل الرابع المتعلق بالضمانات

---

[1] مرسوم رئاسي , رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع أول 1412 الموافق ل 05 أكتوبر 1991 , مبرم بين حكومة الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بتشجيع الاستثمارات و الحماية المتبادلة

[2] مرسوم رئاسي رقم 91-345 , مرجع نفسه

[3] خالد كمال عكاشة , مرجع سابق , ص 132

[4] عور محمد , مرجع سابق , ص 2002 و 2007

[5] قانون رقم 09/16 , الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية , العدد 46 , 29 شوال عام 1437هـ 03 اوت 2016م , متعلق بترقية الاستثمار, ص 22

الممنوحة للاستثمارات على انه : (لا تسري الثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هدا القانون , التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هدا القانون , إلا إذا طلب المستثمر دلك صراحة).

فهدا يعد من الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي , و يتضمن هدا المبدأ كما سبق الذكر انه يجب على الدولة احترام نصوصها القانونية و التنظيمية المتعلقة بالاستثمارات التي تم انجازها داخل التراب الوطني و خاصة هده الاستثمارات تكون في مجال الطاقة في عقود البترول و عقود الامتياز , لدا و جب على الدولة عدم إدخال تغييرات أو تعديلات عليها إلا إذا كان هدا بطلب من المستثمر في حد ذاته, لان اتخاذ هدا الإجراء يعد تعطيلا مؤقت مرغوب فيه من قبل الدولة باعتبارها صاحبة سيادة في ممارسة صلاحياتها الدستورية [1].

إضافة إلى ضمان و ثبات القانون الذي تم إبرام العقد فيه فقد أعطى المشرع الجزائري إمكانية الاستفادة من القوانين الجديدة للمستثمر في حالة ما إذا كان القانون الجديد يناسبه.

الخاتمة:

إن العديد من الدول سواء في أمريكا اللاتينية أو مثل ليبيا إنما تميل إلى التمسك بحصانتها القضائية و ترفض من حيث المبدأ الخضوع لقضاء أجنبي أو لتحكيم يجري خارج ديارها الوطنية. لكن مثل هدا الموقف النظري, لا يتفق مع المسلك العملي للدول المعنية حيث تقوم الأخيرة بالموافقة على الخضوع للتحكيم خارج ديارها الوطنية في حالات محددة و ضغوط معينة.

أصبح من الثابت انه لكي يتحقق الجدب الأكبر للاستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة , فانه لابد من توفير الحماية الكافية لتامين استثمارات الطرف الأجنبي الخاص. فراس المال جبان يحتاج إلى الأمان, و المستثمر قلق و خائف و يحتاج إلى طمأنته, فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر و ينزع القلق عن نفسه و من أهم هذه الضمانات, توفر ضمانات قضائية تتمثل في التحكيم.

إذن التحكيم أصبح ضرورة ملحة , و رفض اللجوء إليه يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة , حيث تتوقف الاستثمارات الأجنبية عن التدفق نحو الدول النامية , و الأخيرة في أمس الحاجة إليها لمثل هده الاستثمارات أيا ما كان نوعها.

---

[1] عيبوط محند وعلي, الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر , رسالة دكتوراه , جامعة مولود معمري , تيزي وزو ,2006,2005 , ص 48

لكن يجب الإشارة إلى نقطة هامة و هي أن شرط التحكيم الوارد ضمن عقد الاستثمار يمكن أن يصبح دون فعالية إذا ما سمح للدولة القيام بتغيير تشريعاتها بشكل يتعارض مع إعمال هدا الشرط, و بالتالي فان التحكيم كنظام اختاره الأطراف لتسوية المنازعات الناشئة أو التي قد تنشا بينهم , يستحق أن تتوفر له الإمكانية ليوضع موضع التنفيذ, فالتحكيم في هده الحالة ليس فقط وسيلة لفض منازعات الاستثمار , و إنما هو ضمانة إضافية تقدمها الدولة للمستثمر , و بالتالي يجب أن يؤدي دوره في حماية الاستثمارات من المخاطر التي تهددها سواء كانت تشريعية أم اقتصادية أم سياسية.

قائمة المراجع:

- القران الكريم

بالنسبة للكتب العربية:

- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشاة توزيع المعارف، الإسكندرية, 2005
- علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية,2012
- بشار الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1, 2009
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1,2006
- مراد محمود المواجدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي-دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر , 2010
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان,2003
- وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الصبغة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية,2010
- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن , 2014
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية,2009

بالنسبة للكتب الأجنبية:

- GOPAL, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES, CASE WESTERN RESERVE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, VOL 14, N1, WINTER ,1982

بالنسبة للرسائل:

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، دون ناشر,2004
- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقا يدتلمسان،الجزائر, 2011, 2010
- عيبوط محند وعلي, الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر , رسالة دكتوراه , جامعة مولود معمري , تيزي وزو ,2006,2005
- سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، الجزائر , 2008,2007

بالنسبة للاتفاقيات و القوانين:

- إتفاقية فيينا، قانون المعاهدات , 23 ماي 1963
- قرار رقم 16/90 , أوبك، المؤتمر 16 , فيينا , 1968
- مرسوم رئاسي , رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع أول 1412 الموافق ل 05 أكتوبر 1991 , مبرم بين حكومة الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي المتعلق بتشجيع الاستثمارات و الحماية المتبادلة

- قانون رقم 09/16 , الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية , العدد 46 , 29 شوال عام 1437هـ 03 اوت 2016م , متعلق بترقية الاستثمار

بالنسبة للمجلات العلمية:

- عبد الرسول عبد الرضا و خير الدين كاظم,تأثير الصفقة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي , مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية و السياسية , جامعة بابل , السنة الأولى, العدد الأول , 2009
- السعيد خويلدي وسمية صخري، شروط إبرام اتفاق التحكيم البترولي وأثاره على الحصانة السيادية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر, 2016
- إيناس هاشم رشيد ووعود كاتب الانباري، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة، العدد الأول , 2015
- عمور محمد، الإستثمار في الجزائر بين النصوص القانونية والواقع، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د. مولاي الطاهر – سعيدة، الجزائر، العدد الرابع، جوان 2015