

تتمحور دراستنا في هذا الفصل على الضمانات الموضوعية في القانون الدولي العرفي وكذلك ضمانات القانون الدولي الاتفاقي، بالإضافة إلى الضمانات الإجرائية والمتمثلة في الحماية الدبلوماسية والتحكيم والتي لا تقل في أهميتها عما سبق من ضمانات موضوعية.

ومن ما تقدم أن نصوص الاتفاقيات السابقة لا تخرج قيمتها عن كونها تقليد دولي لم تتأكد له الصفة العرفية الملزمة ولا تزال هذه القواعد تفتقر إلى الأداة القانونية الملزمة والجزاء المترتب على مخالفتها على المستوى الدولي.

ومنه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ولكل مبحث مطالب وفروع حسب الخطة الآتية:

المبحث الأول: الضمانات الموضوعية في القانون الدولي.

المطلب الأول ضمانات القانون الدولي العرفي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي لضمانات الاستثمار.

الفرع الثاني: الحماية للحد الأدنى للحماية الموضوعية.

المطلب الثاني: ضمانات القانون الدولي الاتفاقي.

الفرع الأول: تعريف الاستثمار الاجنبي في القانون الدولي.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب المعاهدات الثنائية.

المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: الحماية الدبلوماسية.

الفرع الأول: شروط الحماية الدبلوماسية.

الفرع الثاني: تقييم الحماية الدبلوماسية.

المطلب الثاني: التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم التحكيم.

الفرع الثاني: التحكيم في التشريع الجزائري.

## المبحث الأول: الضمانات الموضوعية في القانون الدولي

يقصد بالضمانات الموضوعية الضمانات التي تمنح للمستثمر الأجنبي حالة ممارسته للنشاط الاستثماري على التراب الوطني، حيث نجد أن المشرع الجزائري نص عليها في الفصل الرابع من قانون 16-09 المتعلق بقانون ترقيته الاستثمار تحت عنوان الضمانات الممنوحة للاستثمار، وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين حيث أن المطلب الأول تطرقنا فيه إلى ضمانات القانون الدولي العرفي، وفي المطلب الثاني إلى ضمانات القانون الدولي الاتفاقي.

### المطلب الأول: ضمانات القانون الدولي العرفي

إن الأحكام العرفية في القانون الدولي تفرض على الدولة المضيفة في مواجهة الاستثمارات الأجنبية قيودا يتمثل في ما يسمى الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، حيث تكون الحماية المقررة للاستثمارات الأجنبية بموجب الحد الأدنى محل دراستنا في هذا المطلب والذي قسمناه إلى فرعين مستقلين، حيث الفرع الأول تحدثنا فيه على التعريف اللغوي والاصطلاحي لضمانات الاستثمار، أما الفرع الثاني الحماية النافية إلى الحد الأدنى للحماية الموضوعية.

### الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لضمانات الاستثمار

**أولاً: التعريف اللغوي:** الضمان في اللغة مشتق من الفعل الثلاثي، ومن كفه، والضمان الكفيل، وضمن الشيء، وبه ضمانا، وضمانا كفل بزمه ودمنه إياه، كفه ودمنه، وضمان فإن دام وهو مضمون<sup>45</sup>، والضمان أيضا هو من فعل ضمانه أيضا من ضمان، ويكفل الشيء وقدم له الأمان، والضمان عبارة عن الالتزام مثل الهلاك إن كان مثليا وقيمه إن كان قيما<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز الأبادي، القاموس المحيط، الطبعة 8، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2005، ص 1212.

<sup>46</sup> عمر مصطفى جبر إسماعيل، ضمانات الاستثمار في الفقه الإسلامي و تطبيقاته المعاصرة، الطبعة 1، دار النفائس، الأردن، 2010، ص 27.

**ثانيا: التعريف الاصطلاحي:** أعتبر الفقهاء أن الضمان والكفالة مترادفان، أراد بهم الالتزام في حق ثابتة أم متغيرة، وهو ضمان الشيء، أو بإحضار من هو عليه وضمان نفسه وتسليم عين مضمونة، وهو ضمان العين الضمان، وإذا ضمن تضامني إلى ذمه المضمون عنه في المطالبة بنفس أو دين أو عين<sup>47</sup>.

### الفرع الثاني: الحماية للحد الأدنى للحماية الموضوعية

- **الحد الأدنى للحماية الموضوعية:** يعتبر نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من أقدم الأنظمة القانونية التي عرفها القانون الدولي والجماعة الدولية، ومقتضى هذا النظام هو الاعتراف الأجنبي بحد أدنى من الحقوق، حيث لا يجوز لأية دولة عضو في المجتمع الدولي أن تنزل عنه، وإن لا انعقدت مسؤوليتها الدولية في هذا الشأن.

- **الحد الأدنى لمعاملة الأجانب:** تمتاز أحكام العرق التي تتم صياغتها من طرف الدول النامية المضيفة لرأس المال الأجنبي بعد استقلالها من الدول الأوروبية الاستعمارية، بكونها أحكاما لا ترمي إلى تأكيد التحرر الاقتصادي وتحقيق التنمية، وذلك من خلال إبراز حقها في اللجوء إلى التأميم واتخاذ الإجراءات التي من شأنها تمكينها، الوصول إلى السيطرة على مصادرها من الثروة الوطنية<sup>48</sup>، إلا أن هذا لا يعني أن هذه الدولة لها الحق المطلق في ممارسة هذا الحقوق إزاء معاملتها للأجانب الموجودين على أقالمتها، ذلك أن قواعد القانون الدولي ألزمها مراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب، بمناسبة معارضته حقها في التأميم أو نزع الملكية، ولا يجوز أن تنزل من هذا الحد المفروض في معاملتها للأجانب، حتى ولو كانت معاملتها لرعاياها تقل عن هذا الحد<sup>49</sup>، يقودنا إلى القول أن معاملة الدولة للمستثمر الأجنبي لا يقتصر فيها التمييز في المعاملة فقط بين هذا الأخير والأجنبي العادي، بل تتجاوز ليشمل

<sup>47</sup> عمر مصطفى جبر إسماعيل، مرجع سابق، ص 23.

<sup>48</sup> عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي للسودان، بين القانون الأجنبي و القانون الداخلي، دار النهضة العربية، 1990، ص 93.

<sup>49</sup> صفوة إسلام عوض الله، الحوافز الضريبية و أثرها على الاستثمار في مصر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، 2003، ص 478.

أيضا التمييز في معاملة المستثمرين الوطنيين ورؤوس الأموال المحلية، وهو أمر المتجلي فعلا من خلال تشريعات الدول المضيفة التي تولي اهتماما خاصا ومنفردا للمستثمر الأجنبي، من خلال الضمانات والحقوق المقررة له، والتي تختلف عن تلك المقررة للمستثمر الوطني، وذلك بحجة تشجيع الاستثمار الأجنبي ودعم الاقتصاد الوطني وذلك ما يجعلنا نخلص القول بأن لا مجال للدفع بإقرار تطبيق مبدأ الحد الأدنى في معاملة المستثمرين الأجانب على أساس أن الدولة المضيفة تجاوزت في معاملته هذا الحد الأدنى، ليرتقي بذلك المستثمر الأجنبي في مرتبة أعلى من تلك التي يخص بها المستثمر الوطني<sup>50</sup>.

وانطلاقا من ذلك هل نستطيع القول أن قاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب أصبحت غير فعالة في تحديد مضمون معاملة الاستثمارات الأجنبية، وبالتبعية قواعد القانون الدولي العرفي، على أساس أن هذه القاعدة من القواعد التي يتم صياغتها من جانب الدول النامية وإقرارها كقاعدة دولية عرفية على الرغم من إسهام القواعد الدولية العرفية بدور فعال في تنظيم الاستثمارات الأجنبية.

وانطلاقا من مبدأ ظهرت فكرة تقييد حق الدولة في أخذ ملكية المال الأجنبي، وأصبح حق مقيد بضوابط لا يجوز للدولة تخطيها ما لم تتوفر مجموعة من الشروط ومراعاة القيود التي أقرتها القواعد الدولية العرفية، وهي كالاتي:

**أولاً: قيد المصلحة العامة:** يجمع الفقه الدولي على أنه حتى يكون الإجراء مشروعاً دولياً يجب أن تتوفر الغاية من اتخاذ الدولة إجراء الاستيلاء على ملكية المشروع الاستثمار الأجنبي هو تحقيق المصلحة العامة.

ولهذا قد يعتبر باحث المصلحة العامة ركناً أساسياً للشرعية قرار الدولة على أموال الأجانب، وهذا ما قرره دساتير الداخلية للدول عديدة، إلى جانب المحاكم الدولية ومحاكم التحكيم، وهذا ما أكدته واعترفت به محكمة التحكيم في النزاع الذي كان قائماً بين الحكومة

<sup>50</sup> آدم محمود عبد الحميد سليمان، الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 58، القاهرة، 2002، ص 393.

الكويتية والشركة الأمريكية في عام 1979<sup>51</sup>، لقولها أن التأمين طالب بغرض المصلحة العامة، وهو قرار مشروع ولا يخالف أحكام القانون الدولي، ولا يقع على عاتق الدولة المتعاقد معها تعويضا مناسبا جاء في مذكرة المكسيك عام 1938 في أعقاب الإجراءات التي اتخذتها ضد رعاياها الدولي الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، حيث جاء فيها أن المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدمها الدولة حسب ما تراه<sup>52</sup>.

حسب خلاصة القول تعتبر المصلحة العامة الدولية العرفية للأموال الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة وبالإخلال بالسلامة الدولية إجراءات نزع الملكية والتأمين<sup>53</sup>.

**ثانيا: عدم مخالفة الالتزام التعاقدية:** صادق من المبادئ المفسرة في القانون الدولي العام إذا تعهدت الدولة ما بمقتضى معاهدة دولية بالامتناع عن الالتجاء إلى تأمين أموال الأجنبية، فإنها تعدوا مخلة بالتزاماتها التعاقدية إذا قامت بنقل تعهداتها، ومن ثم ستفرض إلي المسؤولية الدولية، وقد حكم القضاء الدولي بعدم شرعية التأمين في حالة قيام الدولة بمخالفة تعاقدية سابقة<sup>54</sup>.

وإذا كان مبدأ احترام الدولة بتعهداتها السابقة عدم بدء ثابت ومستقر في القانون الدولي، إلا أنها المبدأ كثيرا ما يصطدم بنظرية تغير جوارح في الظروف ودون أن يعد ذلك في جانبها، غير أن الفقه الحديث حديث هاجر هذه النظرية وذلك أن الظروف المحيطة بمعاهدات تغلب في فترة قصيرة جدا خاصة في مجال المعاملات الاقتصادية الدولية، غير أنه وقع إشكال والخلاف بين القضاء الدولي والفقه الحديث حول وضعية تأمين الأموال الأجنبية التزامات الناشئة عن العقود المبرمة بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص، غير أن خلال ذلك فإن جانب من الفقه الحديث أعطي له هذه الاتفاقيات المبرمة بين الدولة

<sup>51</sup> محمد عبد العزيز بكر، منازعات الاستثمار في آسيا بين لقانون و المصلحة، دار النهضة العربية، الطبعة 1، 2001 ص 27 و ما بعدها.

<sup>52</sup> عمر هاشم صدقة، مرجع سابق، ص 56.

<sup>53</sup> هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 30.

<sup>54</sup> علي الصادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 299.

وأشخاص القانون الخاص، وخاصة الأشخاص الأجنبية الخاصة طابعا دوليا، مما يترتب عليها المسؤولية الدولية وبالتالي الخضوع لأحكامها، ومهما يكون رغم الاختلافات بين الاتجاهين، إلا أن هذا الأمر الذي لا شك فيه، هو أن إخلال الدولة بتعهداتها مقررة بمقتضى المعاهدات الدولية في شأن الامتناع عن تأميم مشروعات أجنبية معينة<sup>55</sup>.

**ثالثا: القيد الخاص بعدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز وعدم المساواة وعدم التمييز:** إحدى القيود العرفية الدولية التي تفرض على الدول عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم مع احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز.

ولانعقاد مسؤولياتها الدولية يذهب الفقه التقليدي إلى أن مبدأ المساواة وعدم التمييز يتطلب من الدولة المستثمر الأجنبي على إقليمها بالحماية ذاتها التي توفرها لمواطنيها بقوانينها الداخلية، وبالتالي يترتب على أقدم الدولة المستقبلة للاستثمار الأجنبي عند الاستيلاء على المشروعات الأجنبية، دون الوطنية إلى آثاره فكرة ارتكاب عمل غير مشروع أساس الإخلال بمبدأ المساواة، وعدم التمييز بين الاستثمارات الأجنبية وهذه العامة تسمى بمعاملة<sup>56</sup> المفاضلة<sup>57</sup>.

### المطلب الثاني: ضمانات القانون الدولي الاتفاقي

سبق القول والتوصل إلى أن القواعد العرفية لم تعد تتسم بالفاعلية المطلوبة كوسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية لاسيما وأن أهم قاعدة تقررها هذه القواعد وهي قاعدة الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي، ومن هنا ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، أولهما تطرقنا فيه إلى تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي، وثانيهما تطرقنا إلى مزايا وعيوب المعاهدات.

<sup>55</sup> علي الصادق أبو هيف، مرجع سابق، ص 301.

<sup>56</sup> فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية و مركز الأجنبي، الطبعة 5، دار النهضة العربية، 1988، ص 367.

<sup>57</sup> يوسف محمد، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة المديرية الوطنية للإدارة

ena، المجلة 9، العدد 2، 1999، ص 96 و 97.

**الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي:** تعددت المحاولات في جانب الفقه الدولي للسياحة تعريف الاستثمار الأجنبي إلا أنها لم تتوصل إلى اتفاق موحد في شأن موحد، ذلك لا على التعريف المقترح من طرف اللجنة التي شكلها إتحاد القانون الدولي للاستثمار الأجنبي، لا يبرز دليل على ذلك، نظرا للاتصال الدولي الفقهي بشأن هذا التعريف بينما بدله مع بعض التأييد التعديل وبين من يرى سعة في هذا التعريف.

ويقترح تضيق بمقتضى هذا التعريف ما يلي:

- الاستثمار الأجنبي يتمثل في تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد.
- إنشاء أو تسمية مشروع إنتاج السلع والخدمات بالغير.
- تنظيم مباشر وأمام عدم الاهتمام الدولي إزاء صياغة تعريف الاستثمار الأجنبي سواء على مستوى القواعد العرفية الدولية، أو أحكام المحاكم الدولية، أو على مستوى الفقه الدولي.

إن الاتجاه إلى بحث وفحص الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي أبرمت في مجال الاستثمار أمر لا بد منه للوصول إلى تعريف المقصود بالاستثمار الأجنبي، وأن الاتفاقيات تعتبر من المصادر الأصلية للقانون الدولي، وهو ما سنبينه في الفقرات التالية.

**أولاً: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية:** تنوعت اتفاقيات الاستثمار الثنائية المنعقدة في مجال التنمية وحماية الاستثمارات الأجنبية، حيث بلغت أكثر من 200 في 2005، ولم يسعنا المجال هنا لنتطرق إليها جميعها، وبحث كيفية تعاملها مع تعريف الاستثمار الأجنبي<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي و القانون الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص 35.



والملاحظ عند دراسة وتفحص العديد من الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع وحماية الاستثمار أن معظم هذه الاتفاقيات المبرمة في السنوات الأخيرة تتضمن تعريف الاستثمار على طريقة التعداد الحصري، فهذا الأخير أو ما يسميه البعض نظام القائمة يقوم على أساس تعداد الأموال المشتركة لعملية الاستثمار الثنائية، وذلك بتحديد قوائم مطولة على سبيل الحصر لا المثال إلى نوع من أنواع الاقتصادية، وعادة ما يلي هذا التعريف العام قائمة توضيحية من خمسة فئات من الاستثمار وتشمل ما يلي:

- الممتلكات المنقولة والثابتة.
- الأسهم والأوراق المالية والسندات التجارية.
- حقوق الملكية الفكرية والشهرة التجارية.<sup>59</sup>

**ثانيا: الاستثمار الأجنبي في نطاق الاتفاقيات الجماعية:** تعددت وتنوعت الاتفاقيات الجماعية المبرمة في إطار تشجيع وضمان الاستثمارات، ولنا في هذا المجال المذكور هو أن نتطرق إليها، وعليه سنركز دراستنا في هذا الجانب على أهم الاتفاقيات التي أوردت تعريف بعملية الاستثمار، وأشارت إلى ذلك بنصوص خاصة على أنه وبعد دراسة للاتفاقيات الجماعية، وجدنا أن القليل فقط منها من وضع تعريف الاستثمار وكمثال على ذلك الاتفاقية المؤسسة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار أين خصصت المادة 12 الفقرة 1 منها لتحديد تعريف للاستثمارات الصالحة للضمان وحده، أنها تشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعين، إضافة إلى صور الاستثمار المباشر التي يكون فيها للمستثمر دور في الرقابة- على المشروع.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنور بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004.

<sup>60</sup> عبد الحكيم مصطفى عبد الحمان، مرجع سابق، ص 34.

أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد نصت المادة 15 فقرة 1 منها على أن الاستثمارات الصالحة للضمان هي كافة الاستثمارات بين الأقطار العربية، سواء كانت من الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها، ووكالاتها، وملكية الحصص والعقارات، ومن استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يحاول أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر، التي قرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين<sup>61</sup>.

### الفرع الثاني: أهداف الاتفاقيات الثنائية

حققت الاتفاقيات الثنائية العديد من الأهداف وتتمثل عموماً فيما يأتي:

#### أولاً: الاتفاقيات الثنائية كتنظيم قانوني للاستثمار الأجنبي

بما أن الإجراءات التي اتخذتها الدول النامية في إطار قانونها الداخلي لا تخدم مصالح الدول المصدرة لرؤوس الأموال كان من الضروري وضع تنظيم قانوني أكثر ملائمة من أجل ضمان الحماية الكافية لأموالها، باعتبار أن قواعد الحماية الداخلية يمكن للدولة تعديلها في أي وقت بإرادتها المنفردة، وهذا هو الأمر الذي استدعى نقل وسائل الحماية من القانون الداخلي إلى القانون الدولي<sup>62</sup>.

وتعتبر الاتفاقيات الثنائية تنظيم قانوني يعمل على وضع إطار قانوني للاستثمارات الدولية ويصيغها بصيغة شرعية، و بالتالي فإن الاتفاقيات الثنائية كان لها دور من الناحية القانونية في أنها الإطار الذي أمكن الدول من إيجاد نوع من التوافق بين المصالح<sup>63</sup>، وذلك بتحقيق نوع من التوازن في العلاقة العقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

<sup>61</sup> راجع المادة 12 من نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار مذكورة في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، 1985، في القسم الخاص بالوثائق، ص 343 - 386.

<sup>62</sup> عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 247.

<sup>63</sup> شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة بن عكنون، الجزائر 008، ص 72.

### ثانيا: الاتفاقيات الثنائية كأداة لتشجيع وحماية الاستثمار

باعتبار أن الاقتصاد الدولي عرف العديد من التطورات والخلافات التي ميزت العلاقات بين الدول المضيفة والنامية حول مبادئ وقواعد القانون الدولي العرفي<sup>64</sup>.

الاتفاقيات تهدف إلى حماية الضمانات والتحفيزات خدمة لمصالح الدول المضيفة لرؤوس الأموال والدول المصدرة لها<sup>65</sup>.

### ثالثا: اتفاقيات تهدف إلى تجنب الازدواج الضريبي

إن المزايا الجبائية التي تقوم بتقديمها أن تكون لها الفعالية المطلوبة إلا إذا عمدت البلدان المصدرة لرؤوس الأموال إلى إعفاء المداخل التي يحصل عليها مواطنيها المستثمرين من نشاطاتهم الخارج من دفع الضرائب ماعدا ذلك تعقد المزايا الجبائية كل قيمتها إذا فرضت على المستثمر ضرائب على البلد المصدّر لرؤوس الأموال هذا فيما يخص المستثمر الأجنبي<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> شوشو عاشور، المرجع نفسه، ص 172 .

<sup>65</sup> عيبوط محند و علي، المرجع نفسه، ص 246 .

<sup>66</sup> العايب عبد العزيز، النظام الإتفاقي في مجال الإستثمار، نموذج إتفاقية أوراسكوم تكوم الجزائر OTA، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ن كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، 2009 ، ص 4 .

## المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي

درجات الدول التي يعجز فيها الادخار الوطني عن تلبية حاجات التنمية من رؤوس الأموال بتوفير المناخ الاستثماري الملائم من خلال القواعد والغايات اللازمة لإضفاء الحماية الموضوعية للاستثمارات الأجنبية الوافدة ضد المخاطر التي تتعرض لها داخل الدولة المضيفة للاستثمار.

لا تقل الضمانات الإجرائية في أهميتها عما سبق من نظرة موضوعية من أخذ أموال للاستثمار يتعثر فقط بمضي، والقواعد السائدة في الدولة المضيفة التي تحكم وروابط الاستثمار، وإنما يتأثر هذا الملف وأيضاً في أسلوب المنازعات التي تفرق بين المستثمر والدولة المضيفة بما يناسب تنفيذ اتفاقيات الاستثمار، خاصة خطة عن عدم توافر حماية المحاكم الوطنية المختصة في هذه الدولة على دراية كافية بطبيعة المنازعات الاستثمارية.

إن الحماية الموضوعية لا تكفي المستثمرون الأجانب الطمأنينة إلى وجود وسائل إعادة تسمية بينهم وبين حكومة بلد المضيف للاستثمار من أجهزة القضائية المختصة في منازعات الاستثمار، ذلك أن تتكلم وحماية الاستثمارات الأجنبية إما عن طريق اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة بالحكم في منازعات الاستثمار ولو كان مدعي عليه هو الحكومة المحلية لذلك تتم حماية الاستثمارات الأجنبية إما عن طريق اللجوء على الجهات القضائية المختصة أو عن طريق التدخل الدبلوماسي وهو ما ارتأينا معالجته ضمن مطلبين وهو كالاتي:

المطلب الأول بعنوان الحماية الدبلوماسية، والمطلب الثاني بعنوان التحكيم.

### المطلب الأول: الحماية الدبلوماسية

القاعدة العامة أن الدولة تستطيع بإرادتها المفردة أن تعدل أو تلغي تشريعاتها الداخلية تولت مسؤولية عليها في ذلك، ومن المتصور أن تكون تشريعات الاستثمار عرضه للإلغاء والتعديل أكثر من غيرها، لما تمثله تلك التشريعات من مساس في النظم الاقتصادية والسياسية وهي النظم التي تحكم فيها عوامل محلية وعالمية لا تستطيع الدولة السيطرة عليها.

فإذا حدث وألغت دولة أو عدلت قانون الاستثمار بها، وتعرف على ذلك تحميل المستثمر الخاص بأعباء مالية جسيمة لم يكن يتوقعها عندما أقدم على مشروع وتحمل الأعباء المالية تفوق تلك التي يتحملها الوطنيون، ولو يستطيع الحصول على التنمية المناسبة عن طريق الوسائل القضائية الداخلية، له أن يلجأ إلى دولته طالبا منها المساعدة في حماية أمواله أو التخفيف من الأضرار التي ستلحق، وذلك استنادا إلى حق الدولة في التدخل الدبلوماسي لحماية رعاياها وأموالهم داخل أقاليم الدول الأجنبية<sup>67</sup>.

**الفرع الأول: شروط الحماية الدبلوماسية:** هناك شرطان أساسيان لممارسة الدولة لحمايتها الدبلوماسية على رعاياها وأموالهم بالخارج:

**الشرط الأول:** أن يكون الفرد موضوع الحماية الدبلوماسية متمتعا بجنسية الدولة التي تتدخل لحمايته من وقت وقوع الفعل الضار لحين الفصل في الدعوى.

**الشرط الثاني:** أن يكون قد استفاد كافة طرق التقاضي الداخلية المتاحة قبل أن يلجأ إلى دولته.

ويضاف إلى هذين الشرطين شرط آخر مفاده أن يكون يد الفرد نظيفة، أي أن يكون سلوكه لا غبار عليه، وإذا توافرت تلك الشروط، فإن الداخل الدبلوماسي يعتبر وسيلة من

<sup>67</sup> لحسن زايد، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية للقانون الدولي العام، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي للعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007.

وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية، ويقيم هذا التدخل عن طريق الاحتجاجات دولة أو اللجوء إلى وسائل دولية خاصة لتسوية المنازعات، التحكيم أو المحاكم الدولية أو المعاملة بالمثل<sup>68</sup>.

**الفرع الثاني: تقييم الحماية الدبلوماسية:** لا بد من الاعتراف أن حماية الدبلوماسية التي تضفيها الدولة على مواطنيها الذين يستثمرون أموالهم في الخارج ليست في ذاتها عاملا لحمايتهم، عندما تصور المنازعات، ونظرا بما يحيط بها من تغيرات سياسية كثيرة، قد تفعلها في ظروف معينة إلى عدم الاهتمام أصلا بحماية حقوق المستثمر، لذا فإن الحماية عن طريق التدخل الدبلوماسي غير كافية، كما أن أهم عيب في الحماية الدبلوماسية من وجهة نظر المستثمر الأجنبي يكمن في طابعها الاختياري والتقديرية، ذلك أن الكلمة الأخيرة في ممارسة هذه الحالة تبقى في يد السلطة التنفيذية التي تحدد على ضوء الظروف التي تحيط بها، بما فيها الموقف السياسي، ما إذا كانت تستورد هذه الدعوى أم لا، وكيفية ذلك هو الوقت الذي ستقدم فيه الدعوى وإذا حدث أن المدعي حكومته بأن تتولى دعواه بالنيابة عنه فإنه يجب عليه أن يقبل أي تسوية تحصل عليها الحكومة، علاوة على ذلك في الحكومة غير ملزمة بأن تستشير المدعي خلال المفاوضات، ولما كان حق مباشرة الحماية الدبلوماسية يعد وسيلة غير كافية أو غير مقتنعة أو غير فعالة، أضف إلى ذلك وقوف مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية عائقا في مواجهة تصرفات الدولة المضيفة، انطلاقا من مبدأ السيادة، غير أن التحكيم يظل الوسيلة الأكثر انتشارا ورجوع في مجال المعاملات التجارية الدولية، وخصوصا في مجال روابط عقود الاستثمار الدولي وذلك خصص له المطلب الثاني إلى تكريس التحكيم الدولي في التشريع الجزائري، أن الكيفية التي تتم بها تسوية الخلافات الاستثمارية لطالما كانت نقطة خلاف بين الطرفين، فالمستثمرون الأجانب لا يتقون في النظام القضائي للدولة المضيفة، ويطالب بضمانات أكثر فعالية حتى يطمئن على استثمارات في حين الدولة المضيفة للاستثمار اعتبرت أن أي حل للنزاع خارج حدودها الإقليمية، وبالتالي خارج اختصاص نظامها القضائي يشكل أهم أساس مبدأ سيادة عن نتيجة

<sup>68</sup> محمود خليل العولمة و سيادة إعادة صياغة وظائف الدولة سلسلة دراسات إستراتيجية و الأهداف، العدد 136، فبراير 2004، ص 4.

لتبنيها التوجهات الأيديولوجية، معينة أن رفض المستثمر الأجنبي للقضاء الداخلي، يبعد من عدم استقلاليته عن الدولة التي يتنازعو معها، وفي المقابل يعتبر اللجوء إلى تسوية النزاعات عن طريق التحكيم الوسيلة الأكثر فعالية نتيجة المميزات التي تتسم بها في الدولة المضيفة للاستثمار تعتبر التحكيم وسيلة في يد الشركات المتعددة الجنسيات، التي تستعملها الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها<sup>69</sup>.

### المطلب الثاني: التحكيم

إن هذا الخلاف المحتدم بين الطرفين قد تتعارض ومصالحهم يتعين علينا الوقوف للتعرف أكثر عن نظام التحكيم عن طريق التطرق من خلال الفرع الأول مفهوم التحكيم، ثم نتطرق بعد ذلك لتكريس التحكيم في التشريع في الفرع الثاني.

**الفرع الأول: مفهوم التحكيم:** يعتبر التحكيم طريق الاستثنائي للفصل في المنازعات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، وهو النظام المعروف منذ القدم فقد عرفت المجتمعات البدائية، حيث كان يسير جنبا إلى جنب مع التنظيم القضائي لدى هذه المجتمعات باعتباره طريقة تتم بها حل النزاعات التي قد تقع بين الأفراد بشكل ودي<sup>70</sup>.

ويعتبر الفقه التحكيم وسيلة بدائية لحل المنازعات بداية في عرض الخلافات على أشخاص خواص، ميزتهم الوحيدة كونهم اختيروا من قبل طرفي النزاع، حسب المختصون يحتمل أن يكون التحكيم قد وجد فجر تجاري، فكل مبادلة تتطوي على احتمالية وجود نزاع، هذا خاصة وإن الاستمرار المتبادل للتجارة الدولية إلى طلب وسيلة لحل النزاعات غير القوة<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> محمود خليل العولمة، مرجع سابق، ص 9.

<sup>70</sup> TRATI TANI Mostaoha, les règles d'arbitrage international en Algérie, commentaire du décret législatif N° 93-09 du 25 avril 1993 modifiant et complétant le cadre de procédure civile, RASJEP, N°1, 1997, P 2.

<sup>71</sup> قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري، ضمان الاستثمار، دار هومة، الطبعة 2، الجزائر، 2006، ص 222.

تميز التحكيم في البداية بالبساطة والبعد عن التعقيدات والشكليات المعروفة من القضاء فهو يجسد الطبيعة الرضائية، ذلك أن ينهض في معناها ومبناها على مبدأ سلطان الإرادة<sup>72</sup>.

التطورات الخاصة في قانون التجارة الدولية، والعلاقات الاقتصادية الدولية أثرت بشكل كبير في تطور التحكيم التجاري الدولي، فمن الطبيعي أن يواكب التطورات الحاصلة بحيث أصبح يعمل ويتشكيلة معقدة من القوانين<sup>73</sup>، كما أصبح ظاهرة في مجال الفصل في المنازعات، يتلاءم ومقتضيات العلاقات الاقتصادية الدولية المتشابهة<sup>74</sup>.

فأمام هذا الاهتمام الذي يلقاه موضوع التحكيم من طرف الباحثين، يستوجب علينا التعرف أكثر على هذا النظام.

**أولاً: تعريف التحكيم:** تعددت التعاريف المقدمة على التحكيم، حيث شاع استعماله في مختلف قوانين الدول نظراً لمزاياه.

من المزايا التي يتمتع بها هو التعرف إليه بيان معناه في اللغة والاصطلاح:

**لغة:** تصدر حكماً بتجديد الكاف مع الفتح ، يقال وامنتان حكمته في ما ينفعكم، إيجاز فيه حكمه، وحكمة بين القوم فصلت بينهم، والمحكمة بتشديد الكاف مع الفتحة هو الذي يخوض إليه الحكم في الشيء، وقيل الرجل مجرب<sup>75</sup>، و يقال وحكمتنا فلان فيما بيننا يأخذنا حكمه بيننا، لما سبق يفهم أن التحكيم في معناه اللغوي في طرح الأمر للغير للفصل فيه نظراً لخبرته وتجربته ورضا الأطراف في حكمه، وسمي الشخص الذي يفصل في النزاع المحتكم فيه محكماً، وهو مجرب المنسوب إليه الحكمة، وتعني أيضاً التدخل في خلاف أو نزاع، والفصل فيه<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 14.

<sup>73</sup> قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 222.

<sup>74</sup> زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية و القوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 9.

<sup>75</sup> خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار، دار الثقافة، الطبعة 1، عمان، 2014، ص 41.

<sup>76</sup> مناني فراح، مرجع سابق، ص 15.



أما **التعريف الاصطلاحي**: تعددت التعاريف المقدمة للتحكيم فيعرف على أنه الاتفاق على طرح نزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين، يفصل فيه تولى المحاكمة المختصة أصلاً بتحقيق الفصل في الموضوعات، والتحكيم هو النظر في نزاع لمعرفة الشخص أو هيئة يلجأ إليها المتنازعون مع اتسامه تنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع، كما يعد نظام لتسوية المنازعات عن طريق الأفراد العاديين يختارهم الخصوم، وإما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها<sup>77</sup>.

يعرف أيضا على أنه الطريقة التي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع ولبسه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكمة أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء، فهو عبارة عن طريق تهدف إلى إيجاد حل للقضية تخص العلاقات بين شخصين أو أكثر عن طريق المحكمة أو محكمين، يستمدون اتفاق الخاصة بين الأفراد، ويتخذون قراراتهم على أساس الاتفاق المذكور، دون أن يكون مخولين من قبل الدولة بهذه المهمة<sup>78</sup>.

ويميل الاتجاه الغالب إلى إعطاء تفسير واسع للتحكيم التجاري الدولي، وهذا بعد مد قانون نموذجي للتحكيم الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث جاء في المادة الأولى منه التحكيم التجاري الدولي يخص النزاعات التي تبث جميع العلاقات في الطبيعة التجارية التي تخص أي معاملة تجارية، أريد بها الخدمات والبيع والاستثمار<sup>79</sup>.

والتحكيم عبارة عن تكريس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في حسب رأي الأستاذ الطيب زروتي: "إن الأساس القانوني للتحكيم و مبدأ سلطان الإرادة، مفهوم المطلق للقانون الدولي

<sup>77</sup> خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 41.

<sup>78</sup> فوزي محمود سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 13.

<sup>79</sup> الأحذب عبد الحميد، موسوعة تحكيم في ابلاد العربية، الجزء الثاني، دار العارف، القاهرة، 1998، ص 9.

يعد تطبيق من كل قانون، بحيث يستطيع المتعاقدين تجاوز كل الحواجز القانونية، بما فيها القانون الوضعي، كلما تعلق الأمر بالمعاملات الخاصة بالتجارة الدولية<sup>80</sup>.

وعرف الدكتور علي صادق أبو هيف التحكيم على أنه: "النظر في نزاع في معرفة شخص أو هيئة لجأ إليها المتنازعون، مع التزام التام بتنفيذ القرارات الذي تصدر في النزاع"<sup>81</sup>.

وإن المشرع الجزائري بموجب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد عرف التحكيم بنفسه: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أعتمد المعيار الاقتصادي لتحديد دولية التحكيم بخلاف ما كان عليه الحال في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي أعتمد على المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني بموجب المادة 458 مكرر: "التي تعتبر دورياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، التي يكون فيها مقرر وموطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج"<sup>82</sup>.

والملاحظ أن تختلف التعريفات في الصياغة لكنها تصب في معنى واحد، أن التحكيم وسيله قانونية للفصل في النزاعات المتعلقة بالاستثمار، استعمالها في القوانين المتعلقة بالاستثمار وفي الاتفاقيات الدولية المشجعة على الاستثمار، وفي إطار الاتفاقيات الاقتصادية الدولية، وتلجأ مختلف الدول لهذه الوسيلة في إطار سعيها لاستقطاب الاستثمار الأجنبي، حيث يجد المستثمر الأجنبي والتحكيم الضمان الكافي والتسويق خلافاته مع الدول المضيفة، بعيداً عن القضاء داخلياً، بالنظر إلى المزايا يتمتع بها.

<sup>80</sup> زيروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص 111.

<sup>81</sup> مناني فراح، المرجع السابق ذكره، ص 17.

<sup>82</sup> مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يتضمن تعديل قانون إجراءات المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 27، الصادرة سنة 1993 ملغى.

وأثبتت التجارب المختلفة أن المستثمر الأجنبي لا يهتم بالذات المالية والجباية تفصيل، فقد يحشموا عن الاستثمار في دولة تعتبر القضاء الداخلي هو الفريق الوحيد لحل النزاعات التي قد تطرأ بينه وبين الدولة المضيفة على رقعتها الجغرافية، ذلك أنه يبحث في كل مرة عن الضمانات الخاصة في ما يخص النزاعات على اعتبار على الاستثمارات الأجنبية التي تتفق من غير مقابل، خاصة وأنها يعرض أمامها كل الخيارات، فلها أن تختار أي منها وأكد المستثمر الأجنبي سيقع اختياره على الدول التي تتضمن منظومتها القانونية على ضمانات تحقق للمستثمر الطمأنينة لاستثماراته التي تتجز في جو قانوني نائم في التحكيم، وأصبح يحتل مكانته هامة على مستوى التجارة الدولية، فلا تكاد تخلو أجل العقود التجارية الدولية المبرمة بين الدول في بنودها على شرط التحكيم.

### الفرع الثاني: التحكيم في التشريع الداخلي الجزائري

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا معاديا لنظام التحكيم التجاري، واعتبرته تسجيل للإمبريالية خاصة وأنها كانت متعطشة على ممارسة سيادتها الكاملة، حيث تم إصدار قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، الذي تبني فيه المشرع الجزائري قاعدة أساسية وهي أن المصالح الحكومية أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام، وهذا ما جاءت به المادة 442 / 3: " لا يجوز للدولة والأشخاص الاعتبارية العموميين أن يطلب التحكيم"<sup>83</sup>.

إن نص هذه المادة جاء ولا يقبل أي تأويل ولا تفسير في مضمون أو محتوى هذا الرفض التام والقطعية مع نظام التحكيم، لكن بالإطلاع على بعض اتفاقيات التعاون التي أبرمتها الجزائر أدرج شرط التحكيم في طياتها<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 8 جوان 1966 معدل و متمم يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 47،.  
<sup>84</sup> الأمر رقم 67-346 مؤرخ في 16 نوفمبر 1967 يتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر و الحكومة اللبنانية و المتعلق بالنقل الجوي و الموقع عليه بتاريخ 21 أبريل 1967 بيروت، راجع المادة 1/124، ص 158.

وهو ما يثير فكرة الطلاق في موقف الجزائر تجاه التحكيم من جهة الرفض الصارم والصریح له، خاصة في إطار الخطب السياسية، ومن جهة أخرى تكريسه في بعض اتفاقيات التعاون، وكذلك بعض العقود التجارية الدولية.

بعد أخذ ورد، وبعد ثلاث وعشرين من القطيعة والمعدات، ونتيجة تسارع الأحداث الدولية خاصة مع نهاية الثمانينات، ومطلع التسعينات بدأ موقف الجزائريين تجاه نظام التحكيم التجاري الدولي، حيث سايرت التحولات الاقتصادية الدولية بهدف تكييف الاقتصاد الجزائري مع المتغيرات الاقتصادية والتجارية الدولية، وهو ما تجسد في تكريس نظام التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري إلى جانب إقرار اللجوء إليه بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>85</sup>.

### أولاً: نظام التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري

تشكل الاستثمارات الأجنبية اليوم، الوسيلة التمويلية الخارجية الأكثر طلباً من طرف مختلف الدول التي يوجد بها واستثمارها على مستوى أقاليمها لدورها الأساسي في تحقيق التنمية الاقتصادية، الأمر الذي دفع بها إلى وضع نظام قانوني تتماشى مع تطلعات المستثمر الأجنبي، الذي يتجنب حقوقه من النظام القضائي داخل الدولة المضيفة له، مبرراً ذلك بأن تساوي المنازعات التي قد تفور بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر والمشكلات، وتنازع القوانين، لأن القاضي يقوم بتطبيق قانون الوطني حتى إن كانت تلك المنازعات تتعلق بالتجارة الدولية<sup>86</sup>.

فضلاً عن ذلك فإن أناطت الاختصاص للقضاء الوطني للدولة الفصل في منازعات بينها وبين مستثمر من تلك الدولة، حكم أو خصم في آن واحد.

<sup>85</sup>الأحدب عبد الحميد، مرجع سابق، ص 266.

<sup>86</sup>خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 163.

نظرا للاعتبارات المذكورة أعلاه، تأكدت أهمية التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الاستثمارية، محايدة بطاقة المستثمرة وتأييده، وتبع ذلك أقرب تشريعات الاستثمار جواز اللجوء إلى التحكيم بما يتم الاتفاق عليه مع المستثمر في إطاره، أو في إطار الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة<sup>87</sup>.

حرصت الجزائر على إقامة المناخ الاستثماري موالى للاستثمارات الأجنبية إليها عن طريق تضمين قانون الاستثمار بالضمانات، وكيفية جذب الاستثمارات الأجنبية، حيث قامت بنزع الاختصاص في المنازعات الاستثمارية من القضاء الوطني، وإعطاء الولاية للتحكيم الدولي رغم ما يشكله من الأمر من مشيتها الوطنية التي ظلت متمسك بها ما يقارب الثلاثين سنة، ابتداء من تاريخ استقلالها وذلك بدخولها اقتصاد السوق استجابة لما تغير الدول تحت ضرورات التنمية التحكيمية في إطار قانون الاستثمار إلى جانب القضاء الوطني، لكن في حال وجود اتفاقيات دولية أو اتفاق التحكيم في هذه الحالة، وحل النزاع لتسويتها عن طريق التحكيم.

أ- **تكريس التحكيم في إطار قانون الاستثمار:** تعد مرحلة التسعينات مرحلة جديدة على النظام القانوني الجزائري الذي بدأ التجوال خطوات ثابتة نحو الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية، وتقديم دعم اللازم والكافي عن طريق توفير ضمانات القضائية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، خاصة مع الاعتقاد السائد بأن الأجهزة القضائية للدولة المضيفة للاستثمار لا تتمتع بالاستقلالية في مواجهة السلطة السياسية، فضلا عن غياب المحاكم الوطنية المتخصصة بالكفاءة العالية إلى النظر في مثل هذه المنازعات، ويعتبر التحكيم الوسيلة الوحيدة المقنعة لدى المستثمر الأجنبي استجابة لذلك وتحت ضغط متطلبات التنمية والاستثمار، حيث أصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 12-93 المتعلق بترقية الاستثمار المادة 41 منه أقرب إمكانية للجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار، وبدت إعلانات الجزائر متاحة على الأسواق الدولية، وضع حد للتردد في

<sup>87</sup>دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 163.

النصوص القانونية الغير مستقرة، والمتناقض تأكيدا على هذا التوجه بإصدار الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم، تضمنه الإحالة إلى التحكيم بموجب المادة 17 منه<sup>88</sup>.

أقرت هذه المادة اختصاص القضاء الجزائري في منازعات الاستثمار التي يمكن أن تطرح بين الجزائر والمستثمر الأجنبي سواء كان السبب من طرف المستثمرين، أو في إجراء تتخذ الدولة الجزائرية ضد القضاء صاحب الولاية العامة المختصة بالفصل في المنازعات التي تقع فيه الإقليم الجزائري، إلا أن هذا لا يمنع الدولة بحسبانها مستقر كل السلطات ومستودعها، ومثل التحكيم الصورة الأساسية لهذا الخروج<sup>89</sup>.

فنظرا لتخوف من المستثمر الأجنبي من الوسائل الداخلية لحل النزاعات، خاصة و أن أحد أطراف النزاع الدولي ذات السيادة طرف في العقد في نظر المستثمر الأجنبي يجعله في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته لذلك يرى في التحكيم قضاء طبيعيا.

ب- وسائل تسوية الخلافات في ظل قانون الاستثمار: باستقراء نص المادة 17 من الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم فإن هذه الجهات القضائية الجزائرية هي المختصة بالنزاعات التي تقع في حدود إقليمها، تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة على إقليمها كأصل عام، لكن بحكم أن المستثمر الأجنبي قد يحجم عن الاستثمار في دولة يعلم أن اللجوء إلى قضائها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة وجود أي نزاع.

تبعاً لذلك نزع المشرع الجزائري الاختصاص من القضاء الوطني على سبيل الاستثناء في حالة وجود اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف، يسمح باللجوء إلى الوسائل الودية، أو اللجوء إلى

<sup>88</sup>المادة 17 من الأمر 03-01: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود إتفاقيا ثنائية و متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم او في حالة وجود إتفاق خاص ينص على بند تسوية او بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص ".  
<sup>89</sup> عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، دار الكتب و الوثائق المصرية، القاهرة، 1996، ص 6.

التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، أو أي بند آخر يتفق عليه الطرفين، فلهم كامل حرية الاختيار سواء باللجوء إلى تحكيم حر أو خاص أو اللجوء إلى هيئات تحكيمية دولية، أو في حال غياب اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف يشترط وجود اتفاق خاص بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ينص على شرط التحكيم.

التسوية الداخلية هي الأصل، لكن تخوفات المستثمر الأجنبي جعلت منه يبحث عن وسائل وضمانات أخرى أكثر حيادا في نظره، خاصة وأن الدولة تبحث دائما عن إقناعه بالاستثمار في إقليمها، فما من خيار أمامها سوى الاستجابة لتطلعاته، خاصة وأن التحكيم التجاري قضاء من نوع خاص، يعد أهم وأبرز الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية<sup>90</sup>.

### ثانيا: التحكيم في إطار قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

تبنّت الجزائر النظام الإقتصادي بعد صدور دستور 1989 الذي يحتوي على تصريح الدولة الجزائرية بتبنيها لقواعد القانون الدولي، التي تسمو على قواعد القانون الداخلي وفق مقاربة جديدة للعلاقات الاقتصادية الدولية، لاسيما في ما يتعلق في آليات الاستثمار الدولي، وخاصة الطرق التي تتم بها تسوية منازعات الاستثمار.

نتيجة مساعي الجزائر لكسر عزلتها، قامت بإجراء تعديلات على منظومتها القانونية، حتى تكيفها مع توجهاتها الجديدة، فتم إصدار المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق بتعديل قانون الإجراءات المدنية، فبعد 30 سنة من التردد وتذبذب المواقف، تم إدراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي، بهدف تكييف اقتصادها مع التغيرات الاقتصادية والتجارية، والأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، أن تطلب التحكيم في العلاقات التجارية الدولية<sup>91</sup>.

بموجب المادة 442 من المرسوم التشريعي 93-09 نصت على: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها"، من خلال هذه المادة تكون الجزائر تتنازلت

<sup>90</sup> يوسف محمد، مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المرجع السابق ذكره، ص 48.

<sup>91</sup> عيلوشقربوع كمال، مرجع سابق، ص 25.

بشكل صريح عن جزء من سيادتها القضائية، حيث يتم حل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات عن طريق اللجوء إلى نظام التحكيم التجاري الدولي واستبعاد اختصاص القضاء الداخلي من النظر في النزاع، إلا في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، تأكيداً على جواز في حالة النزاع على التحكيم كرس المشرع الجزائري ذلك في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، كما قام بتحديد الإشارات التحكيمية.

وتطبيقاً لسياسة الإصلاحات التي شرعت الجزائر في إعدادها قامت بإلغاء قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09<sup>92</sup>، حيث أدرج الفصل السادس من القانون الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث تم النصب بموجب المادة 1039 على ما يلي: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". الملاحظ من خلال المادة المذكورة على أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار الاقتصادي فقط لتحديد دولية التحكيم، على خلاف ما كان عليه الحال سابقاً في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-09 الذي كان يعتمد على المعيار الاقتصادي والقانوني معاً.

فرض التحكيم نفسه كمرجع أساسي لحسم خلافات التجارة الدولية، فلا تكاد تخلو جل العقود التجارية الدولية من شرط التحكيم، حيث أصبح الوسيلة المقبولة التي تلجأ إليها أطراف عقود الاستثمار، لما له في ذلك من مبررات وخصائص وضمان حقوق الأطراف في العقد<sup>93</sup>.

لأجل ذلك كرست الجزائر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنثور بينها وبين المستثمر الأجنبي، ولم يكتف بذلك فحسب، بل قام النص على الإجراءات الخاصة بشأن منازعات الاستثمار بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق ذكره.

<sup>93</sup> الأحمد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 58.

<sup>94</sup> خالد كمال عكاشة، مرجع سابق، ص 163.



## أ- الإجراءات المتعلقة بالتحكيم

بغية طمأنة مستثمر أجنبي وتحفيزه وجلبه لإنشاء استثماره في الجزائر، كرست الجزائر التحكيم نظرا لما يوفره الضمان من حماية كبيرة للمستثمر الأجنبي، فالتحكيم وسيلة هامة لتسوية المنازعات الاستثمارية، ونظرا لغياب نظام قضائي متخصص لفض منازعات الاستثمار بين الدولة المضيقة والمستثمر الأجنبي إلى تعظيم الدور المتزايد له.

تضمن قانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات الخاصة بالعمليات التحكيمية منذ بدايتها إلى نهايتها بموجب المادة 1041 من قانون رقم 08-09 يمكن للأطراف تعيين محكم أو أكثر، ولهم مطلق الحرية في تحديد شروط تغيير وشروط العزل أو الاستبدال تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، في حال غياب التعيين أو صعوبة ذلك، يرفع الأمر لمن يهمله التعجيل إلى:

- رئيس المحكمة الذي يقع في ذات الاختصاص التحكيمي الذي يجري في الجزائر.
- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم في الخارج، واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المعمول به في الجزائر<sup>95</sup>.

وأول مسألة جوهرية يلزم على الهيئة التحكيمية البث فيها والتأكد من اختصاصها بالفصل في النزاع المبرم بخصوص اتفاق التحكيم، وهو ما تنص عليه المادة 1044 من قانون رقم 08-09، وقد رفعت الجهات القضائية الجزائرية الفصل في منازعات معروضة عليها كانت مشمولة باتفاقية تحكيم مكرسة بذلك ضمنا مبدأ الاختصاص<sup>96</sup>.

بعد التأكد من الاختصاص تتولى محكمة التحكيم البحث في الاختصاص طبقا للمادة 1047 ولا يتدخل القاضي الوطني في إجراءات التحكيم إلا في حالة تقديم يد المساعدة

<sup>95</sup>المادة 1041 من القانون رقم 08-09.

<sup>96</sup>عليوشقربوع كمال، مرجع سابق، ص 46.

القضائية للمحكمة التحكيمية عن طريق تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين، أو تثبيت الإجراءات، ولما كان الحكم التحكيمي الجوهرية الأساسية للتحكيم، فلن يكون له أية قيمة قانونية أو عملية إذا لم ينفذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه وتحدد به مدى فعاليته لفض وتسوية منازعات الإستثمار<sup>97</sup>، لكي يدمج الحكم التحكيمي في النظام القانوني الجزائري يجب أن يتم الاعتراف به لكي يصبح قابلاً للتنفيذ، يجب أن تضى عليه الصيغة التنفيذية<sup>98</sup>.

حددت المواد من 1051 إلى 1053 شروط الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي والوثائق التي يستوجب إيداعها لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعديل بعد التأكد من وجود الحكم التحكيمي، وعدم مخالفته للنظام العام الدولي، يصبح قابلاً للتنفيذ طبقاً للمواد 1035 إلى 1038 من قانون رقم 08-09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>99</sup>.

ولم تكف الجزائر بتكريس التحكيم في إطار قوانينها الداخلية على النحو الذي رأيناه سابقاً إلى توفير ضمانات مضاعفة للمستثمر الأجنبي حتى تؤكد نيتها الصادقة لتوفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي.

<sup>97</sup> أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2001، ص 120.

<sup>98</sup> عيلوشقربوع كمال، مرجع سابق، ص 62.

<sup>99</sup> القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.