

ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)

د/ جفلول زغدود - سيف الدين بوجدير (باحث)

دكتوراه)

جامعة أم البواقي

zджagloul@gmail.com

seif18jjjel@gmail.com

ملخص:

بعد سنوات طويلة من إتباع المنهج الاشتراكي كإيدولوجيا شملت جميع المجالات سواء السياسية، الاجتماعية والاقتصادية، وبعد محصلة أثبتت فشل السلطة المركزية في تحمل جميع أعباء التنمية الوطنية، خاصة بعد الأزمة البترولية بداية الثمانينات والتي عصفت بالاقتصاد الجزائري الريعي، ما كان من الدولة الجزائرية إلا إتباع مسلك اقتصادي مغاير، وهذا من خلال تبنيها لسياسة اقتصاد السوق، والذي من أهم مقوماتها فتح المجال أمام الاستثمارات الأجنبية، والتي استهدفت الدولة الجزائرية من خلالها على الخصوص عقود نقل التكنولوجيا، وهو الأمر الذي استتبعه بالضرورة صدور جملة من القوانين سواء على مستوى التشريع الداخلي أو على مستوى الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، كان الهدف منها تقديم الضمانات القانونية اللازمة لجذب الاستثمارات الأجنبية.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار الأجنبي، ضمان المعاملة العادلة والمنصفة، ضمان ثبات التشريع، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، حرية تحويل الأموال؛ التحكيم التجاري الدولي.

Abstract:

After having defeat in dealing with national economy, the Algerian government has understood that neither policies of socialism, nor oil's rent could bring about boom.



Obviously, the eighties crisis has defined a belief that there should say ‘‘ fare well’’ to the state’s interventionism in the economy. the main mean to carry out welfare to the nation is to think seriously of such measures mainly to open door before foreign invesstissers, would be the fairway.there should be an adjustment of local legislation to the new era ,the technological shift would be made through bilateral or multilateral conventions , there should be such guarantees to get a successful investissements.

Key words: Foreign invesstissement; guarantying of just and equitable deal; ensurance of standing legislation; freedom of capital transfer; international trade arbitration.

مقدمة:

عرفت العديد من الدول الربية أزمة اقتصادية كبيرة منتصف الثمانينات، وهذا بعد الانخفاض الكبير في أسعار البترول، كونها تعتمد بصفة شبه كلية في تحصيل مداخيلها على عائداته، مما اضطرها إلى إعادة النظر في سياستها الاقتصادية المتبعة. كان أفضل خيار بالنسبة لهذه الدول المتضررة فتح المجال أمام الاستثمارات الأجنبية، وهذا بعد أن كان أقصى ما يمكن أن تمنحه الدول النامية في هذا المجال هو شراكة وطنية- أجنبية في إطار ما يعرف بالشركات المختلطة أو الاستثمارات المشتركة.

وتعتبر الجزائر من بين الدول التي عرفت تغيرا جوهريا في سياستها الاقتصادية المتبعة، وهذا من خلال تبنيها لسياسة اقتصاد السوق، والتي كان من أهم نتائجها فتح المجال أمام المستثمرين الأجانب بعد أن كانت إلى وقت قريب تعتبر الاستثمار الأجنبي بمثابة شكل آخر من أشكال الاستعمار الاقتصادي الذي لا ينبغي الرضوخ له.

وكان من نتائج دعم سياسة الاستثمارات الأجنبية ضرورة وضع منظومة قانونية جديدة تتوافق مع آليات التجارة الدولية ومختلف القوانين الاستثمارية المقارنة، ولاشك أن أحد أهم فصول هذه المنظومة القانونية هو الجزء المتعلق بالضمانات التي ستمنح للمستثمر الأجنبي من أجل جذبه لاستثمار رؤوس أمواله في الجزائر، خاصة والأمر يتعلق بضمانات أصبحت مكرسة بدهة وضرورة في أغلب القوانين الاستثمارية



المقارنة، وهو ما حاول المشرع الجزائري التأكيد عليه من خلال قوانين الاستثمار المتعاقبة من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، إلى الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغيين، وصولاً عند آخر قانون وهو القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

الإشكالية:

تتعلق إشكالية الدراسة من حرص الدولة الجزائرية على جلب الاستثمارات الأجنبية، والذي تُرجم على أرض الواقع بتوفير جملة من الضمانات القانونية والاتفاقية، نص عليها التشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، وبغية الوقوف على هذه الضمانات لطرح التساؤل التالي: ما هو مضمون هذه الضمانات؟ وهل مجرد توفر هذه الضمانات يساهم بالضرورة في جلب الاستثمارات الأجنبية؟. الإجابة على هذا التساؤل تكون وفق الدراسة التالية:

المبحث الأول: الضمانات الموضوعية للاستثمار الأجنبي

يقصد بالضمانات الموضوعية تلك الضمانات التي تمنح للمستثمر الأجنبي حال ممارسته للنشاط الاستثماري على التراب الجزائري، وتتمثل في أربع ضمانات أساسية: ضمان المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمر الأجنبي (المطلب الأول)، ضمان ثبات التشريع (المطلب الثاني)، الضمانات ضد نزع الملكية (المطلب الثالث)، وضمن تحويل الأموال (المطلب الرابع).

المطلب الأول: ضمان المعاملة العادلة والمنصفة

يُعد ضمان المعاملة العادلة والمنصفة أحد أهم الضمانات الجوهرية التي يمكن أن تمنح للمستثمر الأجنبي، إذ من الصعب إغراء المستثمر الأجنبي بضمانات أخرى في غياب هذا الضمان، ويقصد بضمن المعاملة العادلة والمنصفة قيام الدولة المستضيفة للاستثمار بمعاملة المستثمرين الوطنيين والأجانب معاملة غير تمييزية من حيث الحقوق والواجبات.⁽¹⁾

تمّ النص على هذا الضمان في التشريع الداخلي وكذلك في مختلف الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي صادقت عليها الدولة الجزائرية، ففي التشريع الداخلي

نجد المادة 21 من القانون رقم 16-09 المتضمن قانون ترقية الاستثمار الجديد⁽²⁾ تنص على أنه: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهورية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".

أما من خلال الاتفاقيات الثنائية، فنذكر على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 2/2 من الاتفاقية الموقعة مع تونس حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين البلدين⁽³⁾: "تتمتع الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر، بمعاملة عادلة ومنصفة وبحماية وأمن شاملين وكاملين". هذا ورغم الاعتراف والإقرار بهذا المبدأ بشكل واضح ودون تردد من طرف المشرع الجزائري فإن الاختلاف يبقى مطروحا من حيث تحديد محتواه وأبعاده⁽⁴⁾، فقد ذهب البعض⁽⁵⁾ أن هذا المبدأ يقتضي عدم اتخاذ الدولة المضيضة للاستثمار أي إجراء يمس بملكية المستثمر الأجنبي كإجراءات التأمين ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة على نحو يجعل الصفة الأجنبية أو جنسية المستثمر وحدها المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات.

ومن جهة أخرى قد يقع التمييز من الناحية الموضوعية من خلال عدم منح المستثمر الأجنبي لظروف مماثلة ومناخ مستقر لجهة مقارن بها خلال ممارسته لنشاطه الاستثماري، أي ضرورة عمل الدولة المستضيضة للاستثمار على ضمان تكافؤ الفرص التنافسية لمستثمر مع المستثمرين الأجانب أو المواطنين الآخرين.⁽⁶⁾

وقد ذهب تقرير مؤتمر الأمم المتحدة للعدالة والتنمية (UNICTED) أبعد من ذلك عندما وسع في قائمة الإجراءات أو التصرفات التي قد تُعد تمييزية عندما أكد أن: "المعاملة غير العادلة وغير المنصفة تشمل الأفعال التي قد تظهر التهاون المقصود أو التقصير الشديد من جانب الدولة المستضيضة للاستثمار في خلق جو من تكافؤ في الفرص التنافسية، أو سوء نية الدولة المستضيضة للاستثمار في معاملة المستثمر الأجنبي، أو عدم الاهتمام المتعمد بمراعاة الأصول القانونية، أو مخالفة التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي".⁽⁷⁾



المطلب الثاني: ضمان ثبات التشريع

يعتبر شرط ثبات التشريع أو تجميد التشريع أحد أهم الضمانات التي قد تمنح للمستثمر الأجنبي، خاصة والأمر يتعلق بالتشريع الجزائري كثير التعديل والتغيير⁽⁸⁾. هذا ويقصد بشرط ثبات التشريع: "كل شرط أو بند في عقد الاستثمار أو في صلب قانون الدولة ينص صراحة على أن قانون الإدارة لا يسري على العقد المبرم بينهم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد مع استبعاد كافة التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل"⁽⁹⁾

ويبدو الهدف من شرط ثبات التشريع واضحاً جلياً، فالأمن القانوني الذي يجب أن يعمل التشريع على توفيره يقوم على أساس عدم مفاجئة المستثمر بصفة غير متوقعة بقوانين وتشريعات جديدة⁽¹⁰⁾ لم تكن موجودة وقت إبرام العقد، قد تكون في مضمونها أشد على المستثمر كأن تحمل رفع لنسبة الضرائب المفروضة أو إلغاء لبعض المزايا التي كانت ممنوحة في قانون سابق.

إضافة إلى أن هذا الشرط يؤدي إلى حماية المستثمر من تقاضي إساءة استعمال السلطة في الإلغاء أو التغيير الاعتيابي للقوانين السارية⁽¹¹⁾، وهو يهدف أيضاً إلى الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يستمر فيه تنفيذ العقد⁽¹²⁾ وهذا إعمالاً لمبدأ إبقاء الأوضاع على حالها⁽¹³⁾.

أما بالنسبة لتكريس هذه الحصانة على مستوى التشريع فقد نصت عليها المادة 22 من قانون الاستثمار الجديد 16-09 سالف الذكر من أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

ومن خلال عقود الاستثمار مع الشركات الأجنبية ما نصت عليه المادة 6 من الاتفاقية الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها وأوراسكوم تيليكوم المصرية⁽¹⁴⁾ من أنه: "تمنع الدولة الجزائرية على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية



للدولة الجزائرية نظام استثمار أكثر من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من النظام، شريطة استبقاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماها التطبيقية".

المطلب الثالث: ضمانات ضد نزع الملكية.

يعتبر إجراء نزع الملكية أحد المخاطر غير التجارية التي قد تتعرض لها ملكية المستثمر الأجنبي⁽¹⁵⁾، لهذا كان لابد من وضع ضمانات تحول دون وقوعه، أو على الأقل الحصول على تعويضات مناسبة في حالة العكس، وتتنوع صور وأشكال نزع الملكية⁽¹⁶⁾، لكي يبقى نزع الملكية من أجل المنفعة العامة والتأمين أكثر هذه الصور شيوعا.

وقد اعترفت الجمعية العامة للأمم المتحدة من خلال عدة قرارات بحق الدول السيادي على مواردها الطبيعية وشرعية لجوئها إلى التأمين، ونزع الملكية من أجل المنفعة العامة وهذا ترجيحاً للمصلحة العامة أو القومية على المصلحة الفردية أو الخاصة الضيقة، وهذا من خلال القرار 1853 لسنة 1962 المتضمن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية للدول الأعضاء في الجمعية العامة للأمم المتحدة، وكذلك ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر بموجب القرار 3281 لسنة 1974⁽¹⁷⁾، ورغم أن هذا الحق كما قلنا حق راجع لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها وسيادتها على ممتلكاتها الطبيعية. إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً إذ يقابله مبدأ قانوني يقضي بحصانة المال الأجنبي من الاستيلاء التعسفي.⁽¹⁸⁾

ومراعاة لهذا المبدأ تم تكريس مجموعة من القيود لحماية المال الأجنبي من الاستيلاء التعسفي، وهذا بداية من التشريعات الداخلية إلى الاتفاقيات الثنائية ومتعددة الأطراف، فعلى مستوى التشريع الداخلي فقد نصت المادة 20 من دستور سنة 1996⁽¹⁹⁾ على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون وبترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".

أما القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار فقد نصت المادة 23 منه: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف". وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر نجدها أكثر تفصيلا وتبيانا في مسألة ضمانات نزع الملكية وشروطها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 4 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي- اللوكسمبورغي⁽²⁰⁾، والمادة 4 من الاتفاقية الثنائية الموقعة مع جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات⁽²¹⁾، من أن نزع الملكية لا يكون إلا للمنفعة العامة ويكون دون تمييز مع دفع تعويض عادل ومناسب وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير وأعلن فيه عنها، مع تحديد مبلغ وكيفية دفع هذا التعويض كأقصى حد بتاريخ نزع الملكية، وأن يكون مبلغ التعويض قابلا للتحويل بكل حرية، مع دفع الفوائد في حال التأخير.

المطلب الرابع: ضمان تحويل الأموال

يبقى أحد أهم الأهداف الرئيسية بالنسبة للمستثمر الأجنبي من العملية الاستثمارية هو تحويل رؤوس الأموال وعوائد الاستثمار إلى بلده الأصلي، والذي غالبا ما تركز أهم نشاطاته الاستثمارية فيها وهو ما يضمن له تمويل مستمر لتلك المشاريع. وقد نصت على هذا الضمان المادة 25 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بنصها على: "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصري، ومدونة بعملة حرة التحويل يُسعرها بنك الجزائر بانتظام..."⁽²²⁾.

وقد أكد على هذا الضمان قانون النقد والقرض 11-03، إذ نصت المادة 126 على أنه: "يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل

نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر، يحدد المجلس شروط وتطبيق هذه المادة ويمنح الرخص وفقا لهذه الشروط". أما عن آجال تحويل هذه الأموال والذي يبقى الأهم بالنسبة للمستثمر الأجنبي هو أن تحول بأقصى وقت ممكن، فالقانونون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار لم يحدد أي آجال للموافقة على طلب التحويل، وترك ذلك للاتفاقيات الثنائية، والتي البعض منها لم ينص على آجال محددة تتم خلالها عملية تحويل الأموال، ومن ذلك المادة 6 من الاتفاقيات الثنائية الموقعة مع كل من الجمهورية التونسية⁽²³⁾ وجمهورية صربيا⁽²⁴⁾، والمادة 5 من اتفاقية التعاون مع فرنسا، والتي اکتفت بإيراد عبارة " تتجزأ التحويلات المالية دون تأخير" دون تحديد المقصود بهذه العبارة، وهي نفس العبارة الواردة في المادة 5 من الاتفاقية الثنائية مع كل من السودان وسوريا.

وبالرجوع إلى الاتفاقية الثنائية المتعلقة بالحماية والتشجيع المتبادل للاستثمار الموقعة مع حكومة مملكة الكويت⁽²⁵⁾ نجد أنها أكثر بيانا من خلال نص المادة 8/1 من أنه: " يعني مصطلح دون تأخير تلك المدة التي عادة تكون مطلوبة لإتمام الشكليات الضرورية لتحويل المدفوعات".

الملاحظ وأنه رغم كل هذه الضمانات الموسعة التي منحها المشرع الجزائري بشأن تحويل الأموال إلا أن هذا الحق ليس مطلقا، فقد وضع المشرع بعض الضوابط الهدف منها هو مراقبة عملية الصرف وتحويلات رؤوس الأموال، من جهة بغية الحفاظ على العملة الصعبة داخل البلاد، ومن جهة أخرى لأن الخروج المفاجئ لكل هذه العملة الصعبة من شأنه الإضرار بالاقتصاد الوطني وبميزان المدفوعات.

ومن تلك القيود ما نصت عليه المادة 10 من قانون المالية لسنة 2009⁽²⁶⁾ والمنشئة للمادة 5 مكرر والتي أكدت على ضرورة القيام بعملية تصريح مسبق لدى المصالح الجبائية المختصة إقليميا بتحويل الأموال مهما كانت طبيعتها والتي تتم لفائدة الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين غير المقيمين في الجزائر، فالهدف من هذا الإجراء هو مراقبة مدى احترام المستثمر لالتزاماته اتجاه المصالح الجبائية والضريبية.



وهناك بعض القيود الموضوعية فيما يخص تحويل الأموال ومن ذلك ما نصت عليه المادة 57 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009⁽²⁷⁾ والتي تلزم المستثمر بإعادة استثمار حصة من الأرباح التي حصل عليها عن طريق الإعفاءات والتخفيضات، وفي حال عدم قيامه بذلك فهو مهدد بإرجاع مبلغ التحفيز الضريبي مع تطبيق غرامة جبائية نسبتها 30 % من مبلغ التخفيض.

المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي في الجزائر

لا شك أن الضمانات الموضوعية وحدها لا تكفي لإغراء المستثمر الأجنبي للقدوم واستثمار أمواله في الجزائر، خاصة إذا قابلها نظام فض منازعات معقد ولا يأخذ بالآليات المتعارف دوليا في فض المنازعات الاستثمارية بعيدا عن القضاء الوطني، لذلك كان لا بد من وضع نظام متكامل من الضمانات الإجرائية، يستمد وجوده من التشريع الداخلي بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية والدولية.

وعليه قسمنا طرائق فض المنازعات الاستثمارية إلى طرائق ودية (المطلب الأول) وأخرى ذات طبيعة خاصة، المقصود هنا هو التحكيم التجاري الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرائق الودية لحل منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر

تتعدد طرائق فض منازعات الاستثمار الأجنبي وديا إلا أن ما استقر عليه ضمن التشريعات الاستثمارية المقارنة ومختلف عقود الاستثمار الوطنية والدولية تركزت حول حصرها عمليا في المفاوضات والتوفيق⁽²⁸⁾.

أولا- المفاوضات:

إن المفاوضات أي كان شكلها أو أسلوبها تعتبر عنصرا أساسيا من عناصر التعامل الإنساني⁽²⁹⁾، وقد عرّف البعض التفاوض على أنه: "وسيلة مباشرة بين الأطراف لحل الخلافات العالقة بينهم بتبادل الحوار والآراء والطلبات، قصد الخروج بحل يرضي الطرفين"⁽³⁰⁾ فهي أحد الطرق الدولية الودية التي تقوم على المواجهة المباشرة بين الطرفين من أجل التوصل إلى حل يرضي كلا الطرفين.

بالنسبة لتكريس المفاوضات كطريق ودي لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري ورغم عدم نص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار الجديد 09-16 على

طريق المفاوضات واكتفائها بالنص على اللجوء للتوفيق والتحكيم كطرق بديلة، فإن طريق التفاوض تم تكريسه في العديد من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر، ومن ذلك الاتفاقية الموقعة بين الدولة الجزائرية ودولة الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات⁽³¹⁾ الموقع ببيكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996 إذ أكدت المادة 1/9 من الاتفاقية الثنائية من أنه: "يسوى قدر الإمكان وديا عن طريق التفاوض بين الأطراف ذات العلاقة أي نزاع بين مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين"، وكذلك ما أكدته المادة 1/12 اتفاقية التعاون الثنائي في مجال الاستثمار الموقعة مع الجمهورية الإسلامية الإيرانية.⁽³²⁾

ثانيا- التوفيق

يعتبر التوفيق أحد أساليب تسوية منازعات الاستثمار بطريقة ودية بعيدا عن المحاكم ومقتضاه مثل أطراف النزاع أمام طرف ثالث محايد من اختيارهم بغرض إيجاد حل لنزاعهم⁽³³⁾.

وقد عرّفه القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال المادة 3/1 كالتالي: "لأغراض هذا القانون يقصد بمصطلح "التوفيق" أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

وقد أكدت المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على خضوع أي خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية في حال وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف إلى التوفيق، لكنها استعملت مصطلح المصالحة بدل التوفيق، وكذلك المادة 25 من الاتفاقية الموحدة للاستثمار الرؤوس الأموال العربية⁽³⁴⁾ من خلال نصها على أنه: "تم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية".



أما الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى⁽³⁵⁾، فقد نصت من خلال المادة 28 على أن أي طرف يرغب في اللجوء إلى إجراءات التوفيق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام الذي يقوم بتقديم هذه الدعوى إلى الطرف الآخر⁽³⁶⁾.

هذا وعلى الرغم مما تمتاز به الطرق الودية من سرعة ومرونة في الإجراءات مقارنة مع إجراءات التقاضي العادية أو حتى التحكيم، إلا أنها تبقى من الطرق الاختيارية والتي لا يمكن إجبار الأطراف اللجوء إليها ولا قبول نتائجها، وهذا عكس التحكيم التجاري الدولي، الذي وإن كان يلجأ إليه أطراف النزاع بمحض إرادتهم لكن حكم التحكيم يكون في النهاية نافذا وملزما لطرفيه، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التحكيم التجاري الدولي كطريق لفض منازعات الاستثمار

رغم تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم، إلا أن الممارسة أثبتت أن التحكيم يعتبر الأسلوب الأنجع لحل منازعات الاستثمار مهما كانت صفة المستثمر.

هذا ومع وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار فإن المستثمر الأجنبي يكون في حاجة إلى ضمانات إجرائية تتصدى لأي نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أو حتى تفسيره، إذ عادة لا يرتاح المستثمر إلى قضاء الدولة المضيفة ويشكك في حياده، لذلك فقد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا بديها في منازعات الاستثمار "إذ أصبح القضاء العادي في هذا المجال"⁽³⁷⁾.

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي

لا يوجد تعريف جامع مانع للتحكيم التجاري الدولي، فقد عرّف البعض التحكيم على: "أنه طريقة خاصة يخول القانون اللجوء إليها للفصل في بعض أصناف المنازعات"⁽³⁸⁾.

وعرفه البعض الآخر بأنه: "وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص أو عدة أشخاص بمهمة حسم النزاع المتعلق بهم عن طريق إصدار حكم ملزم يتمتع بحجة الأمر المقضي"⁽³⁹⁾.

وبالرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽⁴⁰⁾، فقد عرفته المادة 7 منه على أنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية".

وعلى العموم فإن التحكيم التجاري بمفهومه الحديث هو نظام شبه قضائي يهدف إلى مساعدة قضاء الدولة في حل نوع معين من المنازعات التي قد تمتاز بالتعقيد والتشعب والدقة ويغلب عليها الطابع الفني مما يتطلب لحلها خبرات فنية عالية.⁽⁴¹⁾

ثانيا- تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري:

مر التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بمرحلتين متميزتين، المرحلة الأولى طبعها الرفض التام للتحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وسبب هذا الرفض هو عدم ثقة الجزائر في آليات التجارة الدولية التي قامت بوضعها الدول الرأسمالية من جهة، ومن جهة أخرى على اعتبار أن الجزائر أصبحت دولة كاملة السيادة وأن قضاءها يختص بكافة النزاعات⁽⁴²⁾، وبالتالي فإن عملية اللجوء إلى التحكيم تعتبر إنقاصا من هذه السيادة، ومرحلة ثانية ميزها الاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي.

1- مرحلة رفض التحكيم (قبل سنة 1993):

كان رفض المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم صريحا، وهذه من خلال نص المادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية 66-154: "...ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"⁽⁴³⁾، ورغم الحظر الصريح لقانون الإجراءات المدنية اللجوء للتحكيم سواء بالنسبة للدولة أو للأشخاص الاعتباريين العموميين، إلا أن الممارسة العملية أثبتت عكس ذلك، فالدولة الجزائرية نصت في الكثير من العقود التي أبرمتها-خاصة عقود نقل التكنولوجيا- على إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي⁽⁴⁴⁾، وهو ما طرح العديد من التساؤلات وآثار النقاشات في ذلك الوقت حول مشروعية تلك العقود⁽⁴⁵⁾.

وكان من بين الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر والتي نصت على التحكيم، اتفاق شركة سوناطراك مع شركة جيتي (GETTY) الأمريكية الموقع بتاريخ 19 أكتوبر 1968⁽⁴⁶⁾.

هذا التضارب بين نص المادة 3/442 سالفه الذكر والممارسة العملية استمر مع القانون المتعلق بأنشطة التنقيب والبحث عن المحروقات لسنة 1991⁽⁴⁷⁾، وهذا من خلال نص المادة 3/12 التي أكدت على إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.

2- مرحلة الاعتراف بالتحكيم (بعد سنة 1993):

بعد المرحلة التي مر بها التحكيم في الجزائر قبل سنة 1993 والتي طبعها التعارض بين القانون والواقع العملي، كان بديها أن يكون اعتراف المشرع الجزائري بالتحكيم التجاري الدولي مسألة وقت فقط، خاصة وأن إرهاصات ذلك بدأت عندما وقعت الجزائر سنة 1988 على اتفاقية نيويورك الدولية الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958⁽⁴⁸⁾.

وهو ما تجسد بالفعل في المرسوم التشريعي رقم 93-09⁽⁴⁹⁾ المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، عندما نصت المادة الأولى منه: "لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقتهم التجارية الدولية".

إذا أصبحت مسألة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي مسألة مسلم بها في النظام القانوني الجزائري، وهو ما أكدته المادة 24 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار- من أنه: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم".

وكذلك ما أكدته المادة 3/1006 من قانون 08-09⁽⁵⁰⁾ من جواز لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في علاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.



أما الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر في مجال الاستثمار، فقد نصت أغلبها على إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري بالنسبة للمستثمرين الأجانب، وهذا بعد 6 أشهر من بداية المفاوضات أو إتباع أحد الطرق الودية ما عدا الاتفاقية الثنائية المبرمة مع الولايات المتحدة الأمريكية والتي نصت على مدة 3 أشهر.

ثالثاً: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي:

تعتبر أحكام التحكيم نهائية وغير قابلة للطعن⁽⁵¹⁾، لكن السؤال الذي يطرح هو عن كيفية تنفيذ هذه الأحكام التي لم تصدر عن سلطة قضائية جزائرية؟ في الأصل تختلف أحكام التحكيم عن الأحكام القضائية، في كون هذه الأخيرة تحمل في كيانها القوة التنفيذية بمجرد أن تصير نهائية أي مستنفذة لطرق الطعن العادية⁽⁵²⁾، بينما أحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية التي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري، فهي لا تعتبر بمثابة سندات تنفيذية⁽⁵³⁾ حتى يصدر أمر قضائي بتنفيذها والذي يسمى بالأمر بالتنفيذ.

أما عن كيفية صدور الأمر بالتنفيذ فبالرجوع إلى المادة 3 من اتفاقية نيويورك نجدها تنص على أنه: "تقر كل من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي وتوافق على تنفيذ هذا القرار وفقاً للقواعد الإجرائية المطبقة في التراب الذي يستهدف فيه القرار"، أي أنّ نص المادة الثالثة من الاتفاقية ترك لكل قانون وطني حق تنظيم إجراءات الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه.

وبالرجوع إلى نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجدها تنص على شرطين للاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر، وهما أن يتمسك طالب التنفيذ بوجود حكم التحكيم وهذا بتقديم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها مستوفية لشروط الصحة، وأن يكون حكم التحكيم غير مخالف للنظام العام الدولي.



خاتمة:

لم يأت قانون الاستثمار الجديد 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بالجديد في موضوع الضمانات الاستثمارية، فهي نفسها منذ إتباع الدولة الجزائرية لسياسة الانفتاح الاقتصادي والتي جسدها في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار، والأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغين، فقد حرصت الدولة من خلال هذه القوانين المتعاقبة على التأكيد على مختلف الضمانات الموضوعية والإجرائية من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية، بل إن الدولة الجزائرية تخلت عن الدوغماتية بمنحها لبعض الضمانات النوعية، وأقصد هنا على وجه الخصوص إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي من أجل فض المنازعات الاستثمارية، رغم العديد من القضايا التي خسرتها الشركات الوطنية الجزائرية والتي كلفت الجزائر ملايين الدولارات، ما يؤكد أن الجزائر ما زالت متأخرة قانونيا وتقنيا من أجل مجارة الشركات المتعددة الجنسيات في هذا المجال، خاصة وأن اللجوء إلى القضاء الوطني يبقى مستبعدا مع وجود الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، والتي تجعل من التحكيم التجاري الدولي الخيار الأول لفض المنازعات.

والأكيد أن مجرد توفير هذه الضمانات لا يعني بالضرورة خلق مناخ استثماري مشجع، فالمناخ الاستثماري يتأثر بتوفير جملة من الظروف الاقتصادية المحفزة مثل توفير منظومة بنكية متطورة وعصرية، إضافة لتوفير استقرار تشريعي وسياسي، وبالدرجة الأولى توفير أجهزة استثمارية تعمل على تيسير الجانب الإداري في العملية الاستثمارية، وهو ما حاول القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار تجسيده، من خلال تعويضه نظام الشباك الوحيد اللامركزي الذي أثبت عدم نجاعته، بأربع مراكز متخصصة تشأ لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تهدف إلى تقديم الخدمات الضرورية لإنشاء المؤسسات ودعمها وتطويرها، وكذا لإنجاز المشاريع، لدى لا بد من الإسراع في تصويب هذه المراكز، إضافة إلى ضرورة الإسراع في إصدار نصوص تنظيمية تتوافق مع فلسفة قانون الاستثمار الجديد، في انتظار المحصلة بعد بضعة سنوات.



الهوامش:

- (1)- عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 79-80.
- (2)- قانون رقم 09-16 مؤرخ في 29 شوال 1437 الموافق 3 غشت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر: عدد 46.
- (3)- مرسوم رئاسي رقم 06-404 مؤرخ في 14 نوفمبر 2006 ج.ر: عدد 73، الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر.
- (4)- عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 80.
- (5)- حسين نواره، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 115.
- (6)- تقرير الأمم المتحدة النهائي حول مفهوم الدولة الأولى بالرعاية، منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للشؤون القانونية: legal.un.org/ilc/reports، تاريخ التصفح: 15/09/2015.
- (7)- سلسلة الأونكتاد بشأن سياسات الاستثمار الدولية لأغراض التنمية، دون دار طبع، نيويورك، 2005، ص 39.
- (8)- الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار- الملغى جزئياً بموجب القانون رقم 16-09- عدل بموجب الأمر 06-08، إضافة إلى التعديلات المستمرة التي طالته في كل من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 وقانون المالية التكميلي لسنة 2010 وقانون المالية 2012، نشير فقط إلى أن المادة 4 مكرر عدلت أكثر من 5 مرات في ظرف ثلاث سنوات: (راجع المواد من 63، 65 من قانون المالية لسنة 2012 المادة 45 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2010، المواد 58، 62 من ق المالية التكميلي لسنة 2009).
- (9)- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 162.
- (10)- Revue Le cadre juridique de l'investissement en Algérie, Zouaimia, Rachid, Académie pour le recherche juridique, Université Abderrahmane Maira, Bejaia, V08, N02, 2013, p 06
- (11)- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية (التحكيم التجاري الدولي- ضمانات الاستثمار)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 133.
- (12)- عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 211.
- (13)- عبد الله كعباش، المرجع السابق، ص 451.
- (14)- مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 5 شوال 1422 الموافق ل20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار وأوراسكوم تيليكوم المصرية.



- ¹⁵- عبد الله كعباش، المرجع السابق، ص 378.
- ¹⁶- هناك أيضا إجراءات آخر كالمصادرة والاستيلاء.
- ¹⁷- قرارات منشورة بالمكتبة الإلكترونية للأمم المتحدة، متاح على الموقع التالي: research.un.org/en/does. (10/09/2015).
- ¹⁸- عبد الله كعباش، المرجع سابق، ص 311.
- ¹⁹- مرسوم رئاسي 96 – 438 مؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج:ر: عدد76، الصادرة بتاريخ 27 رجب 1417.
- ²⁰- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 26 ربيع الأول عام 1412 الموافق ل 5 أكتوبر 1991، ج:ر: عدد 46.
- ²¹- مرسوم رقم 98-320 مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1419 الموافق ل 11 أكتوبر 1998 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية مصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، ج:ر: عدد 76.
- ²²- انظر: المادة 25 كاملة: القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
- ²³- مرسوم رئاسي رقم 06-406، مرجع سابق.
- ²⁴- مرسوم رئاسي رقم 13-334 مؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج:ر: عدد 49.
- ²⁵- مرسوم رئاسي رقم 03-370 مؤرخ في 23 أكتوبر 2003، ج:ر: عدد 66.
- ²⁶- قانون رقم 08-21، مؤرخ في 2 محرم 1430 الموافق ل 30 ديسمبر 2008، المتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج:ر: عدد 74.
- ²⁷- أمر رقم 09-01، مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق ل 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية التكميلية لسنة 2009، ج:ر: عدد 44، الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009.
- ²⁸- رفيقة قصوري، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010، 2011، ص 200.
- ²⁹- محمد بدر الدين زايد، المفاوضات الدولية بين العلم والممارسة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2008، ص 5.
- ³⁰- محمد نبهي، المرجع السابق، ص 36.
- ³¹- مرسوم رئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 20 رمضان 1423 الموافق ل 25 نوفمبر 2002 يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة جمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، ج:ر: عدد77، الصادرة بتاريخ 26 نوفمبر 2002.

- (32)- مرسوم رئاسي رقم 05-75 مؤرخ في 26 فبراير 2005. ج.ر: عدد 15.
- (33)- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 318.
- (34)- مرسوم رقم 95-306، مرجع سابق.
- (35)- مرسوم رئاسي رقم 95-346 مؤرخ في 6 جمادي الثانية عام 1416 الموافق 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر: عدد 66، الصادرة بتاريخ 12 جمادي الثانية عام 1416.
- (36)- راجع المواد 29 حتى 35 تبين إجراءات تشكيل لجنة التوفيق والإجراءات أمامها.
- (37)- حسين فريجة، أثر التحكيم في عقود الاستثمار الدولي، ملتقى دولي بعنوان: الطرق البديلة كل النزاعات، حوليات جامعة الجزائر 1، سنة 2014، ص 246.
- (38)- أحمد الورفلي، التحكيم الداخلي، مجلة التحكيم، تونس، 2005، ص 13.
- (39)- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 346.3
- (40)- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1985 والمعدل سنة 2006، الموقع الإلكتروني: <http://www.uncitral.org/arbitration>
- (41)- انظر: في هذا المعنى: سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2010-2011، ص 10.
- (42)- بن سهلة ثاني علي ونعيمي فوزي، تطور الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مقال بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد رقم 03، 2008.
- (43)- أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر: عدد 47، الصادرة بتاريخ 19 صفر 1386 الموافق ل 9 يونيو 1966.
- (44)- AllouchKerboua et Meziani Naïma , L'arbitrage commercial international en Algérie. Office des publications universitaire, 2010. P 05.
- (45)- هذا الجدل في الحقيقة كان راجع لتعدد القرارات والتفسيرات التي أعطيت للمادة 3/442 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966، ففي حين اعتبر البعض ان نص المادة يقتصر على التحكيم الداخلي فقط دون الدولي، فقد فسرها البعض الآخر تفسيراً ضيقاً معتبراً أن نص المادة واضح وصريح وليس للدولة ولا للأشخاص الاعتبارية العمومية طلب التحكيم سواء كان داخلياً أو خارجياً. انظر: - Allouch Kerbour. Opcit. P 5, 9 et Yacoube Akroum. L'arbitrage commercial international. RASJES. N° 4: 2000. P 278.
- (46)- ارجع إلى: معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 123 – 124.



- (47)- قانون رقم 91-21 مؤرخ في 27 جمادى الأولى عام 1412 الموافق ل 4 ديسمبر 1991 والمتعلق بأنشطة التنفيذ والبحث عن المحروقات واستغلالها ونقلها بالأنابيب، ج.ر: عدد 63.
- (48)- مرسوم رقم 88-233 مؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق ل 5 نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية لسنة 1958 ج.ر: II.
- (49)- مرسوم تشريعي 93-09 مؤرخ في 3 ذي القعدة 1413 الموافق ل 25 أبريل 1993، ج.ر: عدد 27.
- (50)- قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
- (51)- وهو ما أكدته المادة 5/9 من الاتفاق الثنائي مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي- اللوكسمبورغي : "تعتبر الأحكام التحكيمية نهائية وملزمة للأطراف المتنازعة....".
- (52)- سليم بشير، مرجع سابق، ص 265.
- (53)- الياس عجابي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مقال بمجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، العدد السابع، ص 229.