أثر اللجوء إلى التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي على سيادة الدول

د. جمال رواب

جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة، rouabdjamel@yahoo.fr

تاريخ الإيداع: 2018/11/14 **تاريخ المراجعة:** 2020/01/22 **تاريخ القبول:** 2020/06/12

ملخص

للاستثمار الأجنبي دور مهم في دعم نمو اقتصاد الدول النامية لاسيما خلال السنوات الأخيرة أين شهد زيادة كبيرة في حجمه، غير أنه أصبح مثار جدل، فبينما يرى البعض، أن الدولة ستستفيد كثيرا إذا استعانت بالاستثمار الأجنبي، يرى البعض الآخر العكس، بل أخطر من ذلك أنه ينال من سيادتها، وعليه هل فعلا هناك ثمة أثر يترتبه اللجوء للتحكيم الدولي فيما يتعلق بالاستثمارات الأجنبية على مبدأ السيادة ؟

الكلمات المفاتيح: استثمار اجنبي، سيادة، تحكيم، حصانة قضائية.

International Arbitration in Foreign Investment Contracts and its Impact on the Sovereignty of States

Abstract

Foreign investment has played an important role in supporting the economic growth in developing countries especially in recent years, when its scale has grown strongly, but in the other side, it has become a matter of debate, because while some argue that the developing countries would benefit greatly from the foreign investment, others see the opposite and consider that its most dangerous aspect is that it undermines the sovereignty and judicial immunity. The question is what is the effect to choose international arbitration in matter of foreign investments on state sovereignty?

Keywords: Foreign Investment, Sovereignty, Arbitration, Judicial Immunity.

Le recours à l'arbitrage international dans les contrats d'investissement étranger et son impact sur la souveraineté des États

Résumé

L'investissement étranger a largement contribué à soutenir la croissance des économies des pays en développement, en particulier ces dernières années, où son ampleur a enregistré une forte croissance, mais il est devenu un sujet de controverse, car alors que certains jugent que les pays en développement bénéficieraient largement de l'investissement étranger, d'autres pensent le contraire, et le voient même comme un danger qui porterait atteinte à leurs souveraineté et immunité judiciaire. Par conséquent, y a-t-il vraiment un impact du recours à l'arbitrage international des investissements étrangers sur le principe de la souveraineté des États?

Mots-clés: Investissement étranger, souveraineté, arbitrage, immunité judiciaire.

المؤلف المرسل: جمال رواب، rouabdjamel@yahoo.fr

توطئـــــة

تلعب الاستثمارات الأجنبية دورا هاما في تطوير ودعم اقتصاد الدول النامية، نظرا للفوائد والامتيازات الاقتصادية التي يمكن للدول المضيفة الحصول عليها جراء استقطابها للمستثمر الأجنبي، وما يمكن أن يحققه من تنمية على المستوى المحلي والرغبة منها في دفع عجلة التنمية الاقتصادية والنمو محليا من جهة ومن جهة أخرى ما ينتج عنه من زيادة في حجم الأسواق الخارجية بالنسبة للمستثمرين الأجانب.

وقد تعاظم دور الاستثمار الأجنبي خلال السنوات الأخيرة، أين شهد زيادة كبيرة في حجم الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، وصاحب ذلك موجة من الجدل بين المختصين في مجال الاقتصاد والقانون والسياسية، حيث يرى الفريق الأول منهم أن الاستثمار الأجنبي له أثر إيجابي على اقتصاد الدول النامية، في حين يعتبر الفريق الآخر أن الأضرار التي سببها الاستثمار الأجنبي أكثر بكثير من فوائده، لاسيما آثاره السلبية على السيادة الوطنية والحصانة القضائية للدولة.

تتجلى أهمية الدراسة في كونه يبحث العلاقة بين مجالين مختلفين وهما الاستثمار الأجنبي الذي ينتمي لعلم الاقتصاد الذي يهتم بالأرقام والإحصائيات، والسيادة التي تنتمي لميدان العلوم القانونية والسياسية، وعليه جاءت هذه الدراسة لمحاولة الجمع بين المجالين ،حيث ستتناول العلاقة بين موضوع التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي ومبدأ السيادة، وتدرس الإشكاليات التي يثيرها التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي مع سيادة الدولة.

وعليه هل اللجوء للتحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي يؤثر على مبدأ سيادة الدولة؟

وللإجابة على ذلك ستتمحور هذه الدراسة حول الوقوف على الإطار المفاهيمي للتحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي ومبدأ السيادة ثم نستعرض طبيعة العلاقة بين شرط اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود وأثره على مبدأ السيادة.

1- الإطار المفاهيمي لعناصر الدراسة:

بداية لابد من ضبط الإطار المفاهيمي لمتغيرات الدراسة، والمتمثلة في التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي والسيادة.

1-1- مدلول التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي:

تنص المادة 157 من دستور الجمهورية الجزائرية سنة 2016 [(1)] على أن السلطة القضائية تحمي المجتمع والحريات،وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية، فالأصل أن القضاء هو الذي يحمي حقوق الأشخاص ويفصل في المنازعات الناشئة حولها، كما توجد طرق بديلة لتسوية المنازعات، ومن بينها التحكيم الداخلي أو ذو الطابع الدولي مثل التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي الذي له طبيعة قانونية خاصة تميزه عن باقي العقود الأخرى.

1-1-1- تعريف التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي:

لتعريف التحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي، يجب أن نفكك هذه العبارة المركبة من التحكيم الدولي وعقد الاستثمار الأجنبي.

- تعريف التحكيم الدولي:

لقد تعددت تعريفات التحكيم لكنها تكاد تكون في مجملها متقاربة[2]، من بينها التعريف الذي يرى أن التحكيم هو "**نظام للقضاء الخاص تقصى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها**"[3]، كما تم تعريفه بأنه " **اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في منازعة ثارت بينهم بالفعل أو يحتمل أن تثور بينهم من طرف أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين وتتولى الأطراف تحديد المحكمين أو يعهدون لهيئة أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفق قواعدها الخاصة**"[4] أو هو "الطريقة التي تختارها الأطراف لفض النزاعات التي تنشأ عن العقد والتي يتم البحث فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه المحكم أو المحكمين"[5] .

وقد عرف المشرع الجزائري التحكيم الدولي في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008**، التي جاء فيها " **يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل**"، وهذا هو الاختلاف الجوهري بين التحكيم والتحكيم الدولي الذي يتعلق بالنزاعات الناشئة حول المصالح الاقتصادية بين دولتين أو أكثر،وتتمثل الخصوصية التي يتمتع بها التحكيم الدولي في مجال عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة،في كون الدولة طرفا في هذا العقد الذي يضم طرفا أجنبيا[6].

- تعريف عقد الاستثمار الأجنبي:

عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من 74-58 المتضمن القانون المدني بأنه "**اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شي ما**"، وهو التعريف الذي ينطبق أكثر على عقود القانون الخاص.

أما بالنسبة للعقد الإداري فلا يوجد تعريف تشريعي له، لكن مجلس الدولة الفرنسي قد عرفه بأنه " ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام "[7] وعرفه الاجتهاد الإداري الفرنسي بأنه" العقد الذي تبرمه الإدارات العمومية مع الأجهزة التابعة لها أو الأفراد وتضمنه شروطا غير مألوفة في العقد المدني أو التجاري بتحديد الحقوق والالتزامات المتعاقد معها وذلك لضمان تسيير المرافق العامة"[8].

- **تعريف الاستثمار الأجنبي:**

الاستثمار في اللغة "مشتق من الثمر أي حمل الشجر،... وكلمة استثمار مصدر الفعل استثمر الدال على الطلب، وهي تعني استخدام المال أو تشغيله بقصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام فيكثر المال وينمو بذلك على مدى الزمن"[9].

أما إصطلاحا فقد عرفه البعض[10] بأنه "عبارة عن التوظيف المنتج لرأس المال أو هو عبارة عن توجيه للأموال نحو استخدامات تؤدي لإشباع حاجيات اقتصادية".

أما بالنسبة لتعريف الاستثمار الأجنبي فإن "المؤسسات الدولية تتفق جميعها في نظرتها للاستثمار الأجنبي المباشر على أنه تدفق لرأس المال على دولة غير الدولة صاحبة رأس المال، بغرض إنشاء مشروع طويل الأجل

يتولى المستثمر إدارته كليا أو جزئيا وذلك خدمة لهدفه المتمثل في تحقيق الربح"[11]، أو أنه " تدفق لرؤوس الأموال الدولية من بلد إلى أخر من خلال الأعمال التجارية أو توسع لشركة تابعة ومن مميزاته نقل الموارد واكتساب السيطرة"[12].

- **تعريف عقد الاستثمار الأجنبي:**

تعددت التعريفات الفقهية لعقد الاستثمار المتشابهة عموما، وعليه سنكتفي بذكر تعريفين على سبيل المثال لا الحصر بما يخدم الإطار العام للموضوع، حيث تم تعريفه بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية، مع شخص خاص أجنبي، يلتزم بمقتضاها بنقل قيمة اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق ربح لأطراف العقد"[13].

أما التعريف الثاني فيعرف عقد الاستثمار بأنه " عقد طويل المدة، يبرم بين الحكومة من جانب وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية، يتعلق باستغلال الموارد الطبيعية ويتمتع المستثمر الأجنبي بحقوق غير مألوفة في العقود الداخلية،ويخضع العقد في بعض جوانبه للقانون العام، وجوانب أخرى للقانون الخاص ويتضمن شرط التحكيم"[14].

وعليه يمكن إسقاط تعريف عقد الاستثمار على عقد الاستثمار الأجنبي وتعريفه بأنه عقد الاستثمار الأجنبي الذي هو عقد بين الدولة أو أحد أجهزتها العمومية من جهة وبين المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، يتعلق بنقل رؤوس الأموال من دولة المستثمر الأجنبي إلى الدولة المضيفة للاستثمار، بغرض إنشاء مشروع اقتصادي يتولى هذا المستثمر الأجنبي إدارته.

1-1-2- الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي:

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي، تستدعي بحث طبيعة هذا العقد على ضوء المعيار العضوي والموضوعي.

1- عقد الاستثمار الأجنبي وفقا للمعيار العضوي:

يرتكز المعيار العضوي المستمد من فقه القانون الإداري بصفة عامة على أطراف العلاقة التعاقدية باحثا عن وجود شخص معنوي عام لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وبما أنَّ عقد الاستثمار الأجنبي يتمتع بخصائص العقود الإدارية ذاتها، فهو عقد تبرمه السلطة العامة في الدولة ويهدف لتحقيق مصلحة عامة، ولا يختلف عن العقد الإداري، ويذهب جانب من الفقه إلى تأكيد هذا الطرح، على أساس أنه بالنظر لما تتمتع به العقود الإدارية الدولية من خصائص، فإنها أقرب ما تكون إلى فكرة العقد الإداري منها إلى عقود القانون الخاص، الأمر الذي يجعل هذه العقود تخضع للنظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، مما يعني أن الدولة بصفتها طرفا متعاقدا في عقد الاستثمار الأجنبي، فإنها تتمتع بنفس الامتيازات التي تملكها في العقد الإداري، والتي تمكنها من القيام بتعديله بإرادتها المنفردة، أو إنهائه تحقيقاً لمتطلبات المصلحة العامة، على خلاف عقود القانون الخاص التي تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين،والواقع أن تكييف العقود المبرمة بين الدولة والخواص لاسيما عقود امتياز التنقيب عن البترول واستغلاله على أنها عقود إدارية، لم يقتصر استخدامها على الصعيد الفقهي فقط بل تم الأخذ بهذا التكييف أكثر من مرة من طرف هيئات التحكيم، ومن بين أبرز هذه القضايا قضية تحكيم بين آرامكو (Aramco) وحكومة المملكة العربية السعودية[15].

2- عقد الاستثمار الأجنبي وفقا للمعيار الموضوعي:

تعرض المعيار العضوي إلى انتقاد لاذع، لاسيما في ظل المشاكل التي أثيرت بشأن إيجاد معيار للفصل بين عقود القانون العام والعقود المبرمة بين الخواص والتي تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري، إذ أن وجود الدولة كطرف في العقد المبرم بينها وبين الخواص لا يعتبر معيارا كافياً للقول بأن العقد إداري وإنما يتعيّن توافر عناصر أخرى، وبالتالي فاعتبار جميع العقود التي تبرمها الدولة من قبيل العقود الإدارية، سوف يضعنا أمام المشاكل التي أثارها المعيار العضوي على الصعيد الداخلي ،فيتعذّر الفصل بين العقود التي تبرمها الدول وتعدّ عقوداً إدارية، والعقود الأخرى التي لا تحمل هذه الصفة، وبالتالي فالمعيار العضوي رغم أهميته غير كافٍ، بل يحتاج إلى تدعيمه بالمعيار الموضوعي الذي يتطلّب تضمين العقد بعض الخصائص لكي يعتبر عقدا إداريا، ومن بينها احتواؤه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو أن يرتبط بإدارة أو تسيير مرفق عام.

بالإضافة لما سبق فإن فكرة المرفق العام لا يمكن الركون لها خاصة بعد أزمة المرفق العام وما نتج عنها من انعكاسات على هذا المفهوم، ولأن إعمال هذا المعيار يؤدي إلى عدّ أغلبية العقود التي تبرمها الإدارة من قبيل العقود الإدارية نظرا لارتباطها دوما بمرفق عام، علاوة على هذا فإن تطبيق نظرية العقد الإداري على العقود الدولية يعني إعمال هذه النظرية خارج نطاقها الأصلي الذي وضعت له، فنظرية العقد الإداري نظرية أوجدها القضاء الإداري الفرنسي للتمييز بين عقود القانونين العام والخاص المبرمة داخل النطاق الإقليمي للدولة، وتطبيقها على عقود الدولة المبرمة في إطار العلاقات الدولية مما يعني إعمالها على واقع لم تخلق هذه النظرية لمواجهته، خاصة وأن الكثير من الدول لا تنتمي للمنظومة القانونية الفرانكفونية ولا تعرف فكرة العقد الإداري، التي لم يكرسها القانون الدولي العام[16].

وبالرجوع للعقود الإدارية نجد أن هناك مجموعة معايير تحكمها، استقر عليها القضاء والفقه منذ زمن بعيد في غالبية الدول التي تأخذ بنظام الازدواجية القانونية والقضائية، لاسيما توافرها على ثلاثة عناصر تتمثل في اتصال العقد بمرفق عام، وأن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ،فضلاً عن احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الذي يحكم العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص، ولا يغيرّ من طبيعة العقد الإداري كون أحد طرفي العقد أجنبيا.

1-2- مدلول السيادة:

إن السيادة وضع قانوني ينسب للدولة عند توفرها على مجموعة من المقومات التي تتمثل في الشعب والإقليم والنظام السياسي، وهي تمثل ما للدولة من سلطان تواجه به الأشخاص داخل إقليمها والدول خارجه، ومن مقتضيات ذلك أن يكون مرجع جميع تصرفاتها في مختلف الشؤون إرادتها وحدها التي لا تعلوها أو تسمو عليها إرادة أخرى[17]، ولتوضيح هذه الفكرة أكثر سنعرف السيادة ونحدد مظاهرها ومن هو صاحبها ونتائجها.

1-2-1- تعريف السيادة:

يعتبر مبدأ السيادة أحد المقومات الأساسية التي تقوم عليها نظرية الدولة في الفكر السياسي والقانوني التقليدي، بوصفها الشخص الرئيسي والمتميز في القانون الدولي،وتتكون الدولة من العناصر الثلاثة التي سبق وأن تطرقنا لها، ووجود هذه العناصر هو الذي يحدد اختصاصاتها في نطاق القانون الدولي، وبدون ممارسة الدولة لهذه الاختصاصات لا تتصف بالشخصية القانونية الدولية في نظر القانون الدولي العام، ولا تظهر كصاحبة سيادة ذات اتصال مباشر بالحياة الدولية، لأن مبدأ السيادة لا يعطي مضمونا واقعيا ما لم تجسده مباشرة هذه

الاختصاصات وعلى رأسها التشريع والقضاء، وقد ظهرت فكرة السيادة بمفهومها السياسي لدى الفقيه الفرنسي "جان بودان" وذالك في عام 1576 في كتبه الستة، حيث عرفها بأنها سلطة الدولة العليا المطلقة والأبدية والحازمة والدائمة التي يخضع لها جميع الأفراد رضاء أو كرها[18]، في حين عرفها الفقيه "أرسطو" بأنها السلطة العليا في الدولة[19].

ويعرفها الفقيه "دوجي" بأنها " هي القوة الآمرة للدولة، وهي إرادة الأمة، وبما أن الأمة انتظمت كدولة، فإنها القوة الآمرة لها، أو هي الحق في إصدار أوامر غير مشروطة لكل الأفراد المتواجدين على إقليمها"[20].

كما يتفق عدد كبير من الفقه على أن خصائص السيادة هي:

- **السيادة واحدة غير قابلة للتجزئة:** بمعنى أنه لا يوجد أكثر من سيادة واحدة في الدولة الواحدة.
- **السيادة غير قابلة للتصرف:** أي عدم جواز التنازل عنها لان الدول التي تتنازل عن سيادتها تفقد أحد أهم مقوماتها، وتنتهي بذلك شخصيتها القانونية باعتبار السيادة إرادة غير قابلة للفصل عن صاحبها.
- **السيادة شاملة:** أي أنها تنطبق على جميع الأشخاص الموجودين في إقليم الدولة.
- **السيادة دائمة:** فلا تخضع السيادة للتقادم.

1-2-2- مظاهر السيادة:

تتجلى سيادة الدولة على المستوى الداخلي في إطار إقليمها، وهذا ما يمثل المظهر الداخلي لها كما تظهر في إطار العلاقات بين الدول وعلى مستوى العلاقات الخارجية بينها وهو ما يعرف بالمظهر الخارجي للسيادة.

- المظهر الداخلي للسيادة:

مضمونه أحقية الدولة بالتصرف في شؤونها الداخلية فيما يتعلق بتنظيم الهيئات الحكومية المختلفة والمرافق العامة ولا يحدها شيء في بسط سلطاتها على كافة من يوجد في إقليمها، كما لا يجوز التدخل في مصالحها الداخلية إذ إن الدولة في ظل القانون الدولي المعاصر هي الوحيدة التي تحوز حق السيطرة على أراضيها وتملك الحرية المطلقة في اختيار مختلف أنظمتها القضائية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية وبالتالي فجل هذه المجالات تعد من الاختصاصات الداخلية استنادا إلى مبدأ السيادة[21]، وهذا ما كرسته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 2625 الصادر سنة 1970 الذي جاء فيه أن "لكل دولة حق اختيار نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي دون أي شكل من أشكال التدخل من طرف دول أخرى"[22].

وهذا ما يشكل المضمون الإيجابي للسيادة من خلال سموها بالنسبة لأفراد المجتمع ومؤسساته وهيئاته، ويتضمن ذلك الحرية التامة في اتخاذ القرارات ووضع القوانين والأنظمة والاحتكار الشرعي للقوة.

- المظهر الخارجي للسيادة:

وهو تمتع الدولة بالاستقلال الكافي الذي يجنبها الخضوع أو التبعية لدولة أخرى، فالسيادة بمظهرها الخارجي مرتبطة بالاستقلال السياسي للدولة، لهذا فالسيادة في هذا المجال قد تكون كاملة أو ناقصة[23]، وهذا هو المضمون السلبي للسيادة، الذي يعني عدم قبول الدولة لأي سلطة أعلى منها،فالمظهر الخارجي للسيادة يعني أن الدولة لا تخضع ولا تقر بوجود سلطة تعلوها،ولا يقيدها في ميدان العلاقات بين الدول إلا المعاهدات والاتفاقات الدولية التي أبرمتها بإرادتها الحرة معبرة بذلك عن سيادتها واستقلالها،فالسيادة هي المعبر عن أعلى درجات السلطان في الدولة، وهي تأخذ المضمون الايجابي داخليا والمضمون السلبي خارجيا[24].

1-2-3- نتائج السيادة:

إن تمتع الدولة بالسيادة تنجر عنه نتائج على المستوى الداخلي والخارجي.

- نتائج السيادة على المستوى الداخلي:

تتمثل نتائج السيادة على المستوى الداخلي في حق الدولة في التصرف في مواردها الأولية وثرواتها الطبيعية، كما يمكنها اتخاذ التدابير التي تراها مناسبة حيال جميع الأشخاص المتواجدين على إقليمها بصفة دائمة أو مؤقتة مواطنين أو أجانب[25]، وفرض قانونها الوطني وإرادتها العليا على كامل إقليمها البري والبحري والجوي، وتمتعها بامتياز الإكراه المشروع والصفة الآمرة العليا في إقليمها.

- نتائج السيادة على المستوى الخارجي:

إن أهم نتائج السيادة على المستوى الخارجي يتمثل في المساواة بين الدول، الذي يعني أن الدول متساوية من الناحية القانونية في إطار القانون الدولي، وليس هناك تدرج في السيادات أو أن هناك سيادة دولة تعلو سيادة دولة أخرى، وأن الحقوق والواجبات التي تتمتع أو تلتزم بها الدول متساوية من الناحية القانونية، بغض النظر عن الاختلافات الموجودة بينها من الناحية الديمغرافية أو الجغرافية أو الاقتصادية، ويعتبر مبدأ المساواة بين الدول أحد المبادئ التي كرستها الأمم المتحدة رغم التفاوت الواقعي بين دول العالم، وتعني المساواة كذلك أن تكون كل الدول على حد سواء أمام القانون الدولي وتباشر في ذلك اختصاصاتها الداخلية والخارجية بلا تمييز[26].

بالتالي فمبدأ المساواة في السيادة يقصد به تمتع الدولة بحقوق والتزامات متساوية في المجتمع الدولي بغض النظر عن الفروقات الاقتصادية والاجتماعية أو السياسية وهو في السيادة يتضمن العناصر التالية:

- كل الدول متساوية أمام القانون.
- كافة الدول لها الحق في التمتع بالحقوق التي تخولها لها السيادة.
- ليس لأي دولة أن تملي إرادتها على دول الأخرى.
- لا يمكن الاعتداء على الوحدة الإقليمية أو الاستغلال السياسي لأي دولة.
- كل دولة لها الحق في اختيار وتطوير نظامها السياسي والاقتصادي والثقافي.
- تلتزم كل الدول باحترام الشخصية القانونية للدول الأخرى.

وتعد المادة 1/2 من ميثاق الأمم المتحدة عصب مبدأ المساواة في السيادة وهذا:

لأنه تم ذكر المساواة في السيادة في الفصل الأول من ميثاق الأمم المتحدة تحت عنوان "في مقاصد الهيئة ومبادئها "وبعدما تم ذكر مقاصد الهيئة في المادة الأولى نجد أن المادة الثانية مخصصة للمبادئ التي تقوم عليها منظمة الأمم المتحدة أين نجد أن مبدأ المساواة في السيادة قد تم ذكره أولا وهذا يدل على حرص الميثاق على تكريس هذا المبدأ، مما يجعل جميع التصرفات والتنظيمات على مستوى الهيئة تقوم على هذا المبدأ.

2- أثر لجوء الدولة للتحكيم الدولي في عقود الاستثمار الأجنبي على مبدأ السيادة:

إن التحكيم كما سبق التطرق له هو طريق بديل لحل النزاعات القضائية الناشئة بين الأشخاص، ولكي يحمل الصفة الدولية يجب أن يكون بين المصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل حسب نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 سابقة الذكر، وهذا ما يعني بالضرورة أن أحد أطراف النزاع أجنبي، الذي قد يطالب بتضمين عقد الاستثمار الأجنبي شرط اللجوء للتحكيم الدولي أمام هيئات تحكيم قد تكون أجنبية وتطبق قانون أجنبي، هذا ما أثار خلافا فقهيا دفع للبحث عن علاقة التحكيم الدولي بسيادة الدولة.

2-1- التحكيم الدولي وسيادة الدولة بين الإطلاق والتقييد:

بما أن التحكيم يفترض إمكانية تطبيق نظام قانوني وقضائي آخر غير قانون الدولة وقضائها الوطني على النزاع، فإن جانب من الفقه يذهب إلى القول أن التحكيم الدولي يتعارض مع سيادة الدولة المطلقة في حين أن هناك من يرى غير ذلك، على أساس أن سيادة الدولة قابلة للتقييد.

2-1-1- تعارض التحكيم الدولي مع فكرة سيادة الدولة المطلقة:

إن قبول امتثال الدولة بما تملكه من سلطة وسيادة للوقوف أمام هيئات قضائية غير وطنية – هيئات التحكيم الدولي– وخضوعها لأحكام قانونية أجنبية غير تلك التي أصدرتها، هو أمر يتعارض وسيادتها باعتبارها سلطة عامة لا تعلوها سلطة أخرى، ولا تخضع إلا إلى القضاء الوطني وأحكام المحاكم الوطنية التابعة لها والتشريع الصادر عن السلطة التشريعية فيها، يعتبر انتهاكا لمبدأ سيادة الدولة وسلطتها.

وعليه فهناك من يرى أنه يحظر على الدولة كصاحبة سيادة اللجوء إلى التحكيم الدولي،من أجل فض النزاعات الناشئة مع المستثمرين الأجانب، على اعتبار أن السيادة التي تتمتع بها تمنعها من ذلك وتوجب عليها عدم قبول مقاضاتها إلا أمام القضاء الوطني الرسمي التابع لها، كما توجب عليها عدم خضوعها إلا للقانون الصادر عن مؤسستها التشريعية.

2-1-2- توافق التحكيم الدولي مع فكرة سيادة الدولة المقيدة:

إن القول بتعارض التحكيم الدولي مع سيادة الدولة لا يمكن التسليم به على إطلاقه، لأن الدولة بإرادتها تستطيع تقييد هذه السيادة إذا شاءت ذلك، وهو الأمر الذي نجده على سبيل المثال في نظام التصديق على المعاهدات الدولية واعتمادها، حيث تقوم الدولة بإرادتها الحرة بتقييد ما تتمتع به من سلطة وامتياز من خلال اعتمادها نصوصا قانونية تمنح الأولوية للقوانين الدولية أو الإقليمية على حساب الوطنية، وفي هذا الإطار تنص على سبيل المثال المادة 150 من دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 2016 على أن "**المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون**".

2-2- التحكيم الدولي في مواجهة الحصانة القضائية للدولة ذات السيادة:

يعتبر امتياز الحصانة القضائية في مواجهة المحاكم الوطنية وعلى المستوى الدولي من بين الامتيازات الثابتة في القانون الدولي التي تتمتع بها الدولة ذات السيادة.

2-2-1- مبدأ حصانة الدولة ذات السيادة:

يعتبر مبدأ حصانة الدولة ذات السيادة من بين المبادئ الراسخة في القانون الدولي العام كما يعتبر من القواعد الآمرة الملزمة لجميع الدول في القانون الدولي التي يجب على جميع الدول الالتزام بها وعدم مخالفتها، وتمثل ركنا أساسيا في تنظيم العلاقات بينها، وتشكل ضمانة حقيقية لتكريس مبدأ المساواة في السيادة بين الدول في المجتمع الدولي، لكن هذه القاعدة تصطدم بتضمين عقود الاستثمار الدولية نصاً يتيح إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض المنازعات المتعلّقة بعقود الاستثمار الدولية أمام هيئات تحكيم التي كثيرا ما قد تكون أجنبية وتطبق قانون أجنبي.

فالتحكيم الدولي يمثل الآلية الاعتيادية للفصل في هذه النزاعات، بسبب أن القضاء الوطني رغم حياده واستقلاليته، قد ينحاز بشكل أو بآخر إلى الدولة التابع لها إذا ما كانت هي أو إحدى هيئاتها العامة طرفا في نزاع

مع طرف أجنبي، خاصة إذا كان العقد محل النزاع بين الطرفين يرتبط بالمصالح الاقتصادية الكبرى للدولة، أو يمس بسيادتها.

2-2-2- تمسك الدولة بالحصانة القضائية أمام هيئات التحكيم:

يمكن للدولة أن تتمسك بحصانتها القضائية أمام هيئات التحكيم،بالرغم من إدراج شرط في عقد الاستثمار ينص على أن المنازعات والإشكالات بين المتعاقدين الناتجة عن هذا العقد يتم الفصل فيها بواسطة التحكيم، في هذه الحالة هناك من يرى أن هذا التمسك بالحصانة ليس له قيمة من الناحيتين العملية والقانونية، ذلك أن قبول الدولة بمحض إرادتها شرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع المتعاقدين معها،يعدّ بمثابة تنازلها عن حصانتها القضائية،والقول بغير ذلك يعني الخروج عن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية، الذي أكدته المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات[27].

بينما يذهب رأي آخر للقول بأن الحصانة القضائية للدولة ذات السيادة، امتياز تتمتع به الدولة فقط في مواجهة قضاء دولة أخرى تتساوى معها في السيادة، وأن فكرة الحصانة القضائية لا تثار في هذا الشأن لأن التحكيم هو قضاء من نوع خاص، ولا يعدّ من قبيل القضاء الوطني للدول، وعليه لا محل لإعمال فكرة الحصانة القضائية في هذا السياق، لأنه لا يخشى أن يصيب سيادة الدولة مساس جراء لجوئها إلى التحكيم، وبفحص هذا الرأي نجد أنه عرضةً للنقد فإذا كان من غير الجائز المساس بسيادة الدولة عن طريق إخضاعها للنظام القضائي والقانوني لدولة أخرى، فإنه من باب أولى عدم خضوعها لهيئات التحكيم التي تعتبر قضاءً صادرا عن أشخاص عاديين لا يملكون امتيازات الدولة أو سيادتها[28].

وعليه الفصل في هذه المسألة هي أن قبول الدولة بشرط التحكيم الدولي يعني حقيقةً قبولها اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تبرمها ومن بينها عقود الاستثمار الأجنبي،بما يوحي بتنازلها عن امتياز الحصانة القضائية الذي تتمتع به كأصل عام، ويفترض فيها بعد ذلك أن لا تتمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، احتراما لالتزاماتها العقدية وحفاظا على مبدأ حسن النية واستقرار المعاملات بينها وبين المتعاقدين معها، والقول بعكس ذلك من شأنه إهدار قيمة التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى نعتقد أنه لا يعدّ شرط التحكيم بحد ذاته قرينة على تنازل الدولة عن حصانتها القضائية إلا إذا عبرت صراحة عن ذلك، وإن كان البعض يرى بأن مجرد إدراج شرط التحكيم يفيد التنازل الضمني.

خاتمـــة

لقد كرس المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، التحكيم كآلية لفض النزاعات وأحد الطرق البديلة في تسويتها خارج مرفق القضاء، واِعترف من خلال نص المادة 1039 من نفس القانون بالتحكيم الدولي الذي يندرج في هذا الإطار،ويعتبر من بين الضمانات الأساسية التي تعكس درجة الانفتاح الاقتصادي في الدولة، وتوفر حماية للمشاريع الاستثمارية،ويمنح المستثمرين الأجانب وسائل بديلة لتسوية النزاعات بينهم وبين الدولة خارج القضاء الوطني التابع لها، لتجنب عدم حياديته وتعقيدات الإجراءات القضائية وثقلها.

أما بخصوص الإجابة على الإشكالية فقد توصلنا إلى أن اللجوء إلى التحكيم لا يمس بسيادة الدولة أو ينتقص منها، كما أنه لا يؤثر في مبدأ حصانة الدولة القضائية، لان لجوء الدولة للتحكيم الدولي أمام هيئات قد تكون أجنبية وتطبق القانون غير الوطني، على النزاعات المتعلقة بعقود الاستثمار الأجنبي التي أبرمتها الدولة، قد كان بمحض إرادة الدولة المتعاقدة وانطلاقا من سيادتها الحرة، وعليه فإن هذه العقود تشبه من زاوية معينة عقود الإدارة

التي تتنازل فيها الدولة عن إمتيازتها لتكون على قدم المساواة مع الافراد، خاضعة للقانون الخاص ويحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

الهوامش:

1- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016

2- إيناس هاشم رشيد، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة 07،عدد 01، 2015، ص 273.

3- سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، أبوظبي، الطبعة الأولى، 2014، ص 10.

4- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013، ص 08.

5- إيناس هاشم رشيد، مرجع سابق، ص 273.

6- المرجع نفسه، ص 273 و274.

7- مومن روبيلة، العقود الإدارية، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010، ص 08.

8- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008، ص 1 2-

9- عبد القادر بابا، الاستثمارات في الجزائر وتحديات التنمية في ظل التطورات العالمية الراهنة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص 25.

10- كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، مدرسة الدكتوراه: التسيير الدولي للمؤسسات، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2011/2010، ص 03.

11- المرجع نفسه، ص 06.

12- بامحمد نفيسة، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربةOli ،رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلـوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران 2، 2016/2015، ص04.

13- عالية يونس الدباغ ووسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد02، المجلد16،2009، ص 365.

14- المرجع نفسه.

15- حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص 46 2-

16- المرجع نفسه، ص 478.

17- نواري أحلام، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية، دفاتر السياسة والقانون، عدد 04، جانفي 2011، ص 25.

18- غرداين خديجة، السيادة في القانون الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، جوان 2018، ص 393.

19- رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2014-2015، ص 213.

20- لوشن دلال، السيادة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري الحالي، رسالة ماجستير في القانون الدستوري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005/2004، ص 1 2-

21- فيصل إياد جعفر فرج الله، مبدأ السيادة في القانون الدولي، مجلة الكوفة، العدد رقم 14، ص 347.

22- بوغزالة محمد الناصر، المساواة في السيادة في ميثاق الممم المتحدة – دراسة تحليلية ونقدية –، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد رقم 15، جانفي 2017، ص 1 2-

23- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 01، 2006، ص 34.

24- نواري أحلام، مرجع سابق، ص 26.

25- المرجع نفسه

26- جنيدي مبروك، أثر حق النقض "الفيتو" على مبدأ المساواة، مجلة المفكر، العدد 16، ديسمبر 2017، ص 213.

27- http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html-17-10-2018

28- المرجع نفسه.

قائمة المراجع:

الكتب:

- سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، أبوظبي، الطبعة الأولى، 2014.
- حفيظة السيد الحداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية.
- نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة 01، 2006.

الرسائل والمذكرات :

- عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري: في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009/2008.
- عبد القادر بابا، الاستثمارات في الجزائر وتحديات التنمية في ظل التطورات العالمية الراهنة، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، قسم العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004/2003.
- رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2014-2015.
- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014/2013.
- بامحمد نفيسة، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربةOli ،رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلـوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة وهران 2، 2016/2015.
- لوشن دلال، السيادة الشعبية في النظام الدستوري الجزائري الحالي، رسالة ماجستير في القانون الدستوري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005/2004.
- كريمة قويدري، الاستثمار الأجنبي المباشر والنمو الاقتصادي في الجزائر، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، مدرسة الدكتوراه التسيير الدولي للمؤسسات، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2011/2010.
- مومن روبيلة، العقود الإدارية، مذكرة نهاية الدراسة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010.

المجلات:

- إيناس هاشم رشيد، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، مجلة رسالة الحقوق، السنة 07،عدد 01، 2015.
- عالية يونس الدباغ ووسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد02، المجلد16،2009.
- عالية يونس الدباغ ووسن مقداد، عقد الاستثمار، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد02، المجلد16،2009.
- نواري أحلام، تراجع السيادة الوطنية في ظل التحولات الدولية، دفاتر السياسة والقانون، عدد 04، جانفي 2011.
- فيصل إياد جعفر فرج الله، مبدأ السيادة في القانون الدولي، مجلة الكوفة، العدد رقم 14.
- بوغزالة محمد الناصر، المساواة في السيادة في ميثاق المم المتحدة – دراسة تحليلية ونقدية –، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد رقم 15، جانفي 2017.

- جنيدي مبروك، أثر حق النقض " الفيتو" على مبدأ المساواة، مجلة المفكر، العدد 16، ديسمبر 2017.
- غرداين خديجة، السيادة في القانون الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، جوان 2018.
-http://hrlibrary.umn.edu/arabic/viennaLawTreatyCONV.html-17-10-2018