الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد – الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الدولي

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص : قانون الأعمال

إعداد الطالبتان:

- رديمي عبير
- زياني سهير

إشراف الدكتور: ربعية رضوان

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
سماعيلي حسام الدين	أستاذ محاضر – ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	رئيسا
ربعية رضوان	أستاذ محاضر – ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	مشرفا ومقررا
نويري محمد الأمين	أستاذ محاضر –ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	ممتحنا

السنة الجامعية 2023/2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد – الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الدولي

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص : قانون الأعمال

إعداد الطالبتان:

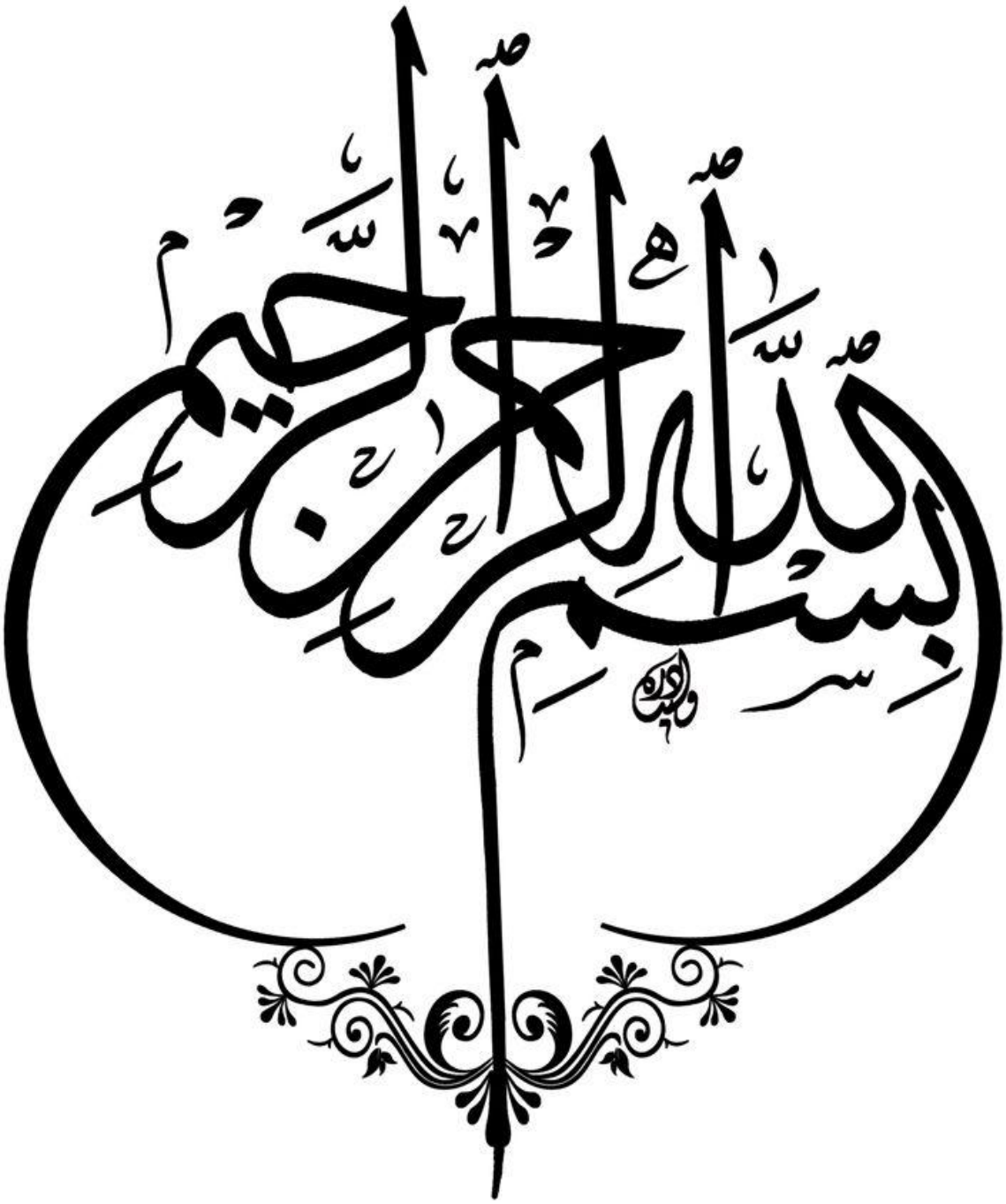
- رديمي عبير
- زياني سهير

إشراف الدكتور: ربعية رضوان

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الهيئة المستخدمة	الصفة
سماعيلي حسام الدين	أستاذ محاضر – ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	رئيسا
ربعية رضوان	أستاذ محاضر – ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	مشرفا ومقررا
نويري محمد الأمين	أستاذ محاضر –ب–	جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – الجزائر	ممتحنا

السنة الجامعية 2023/2022


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر

الحمد لله الذي ما تم جهد ولا ختم سعي إلا بفضله ، وما تخطى العبد من عقوبات وصعوبات إلا بتوفيقه ومعونته فلك المحامد كلها والحمد الله على التمام .

إن أول ما أتوجه به من كلمات الشكر والتقدير فهو إلى الأستاذ والدكتور رضوان ربعية الذي تفضل بالإشراف على هذه المذكرة، وتقديمه لنا النصيحة والمشورة ومنحه لنا من عمله ووقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاته و إرشاداته سندا وعونا لنا خلال إعدادنا لهذاالبحث، له منا عظيم الشكر والامتنان ونفع بعلمه لطلبة العلم .

كما تطيب نفسي شوقا لكي اتوجه ببعض من عبارات الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذا العمل

الشكر والتقدير إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل

إهداء

الحمد لله الذي يسر البدايات وتتم النهايات وبلغنا الغايات

الحمد لله الذي بفضله نلت المراد وتمم بنعمته الصالحات

اهدي ثمرة جهدي

إلى من كلله الله الهيبة والوقار...الى من احمل اسمه بكل افتخار

حفظه الله وأطال في عمره **"أبـي الغالي السعيد"**

إلى من دعمتني بدعائها وأعطتني من دمها وروحها حبا وتصميما دفعا

إلى غد أجمل حفظها الله سندا لي. **" أمي الحبيبة كاملة"**

إلى أختي الوحيدة سندي وحزام ظهري**"إكرام "**

إلى أخوتي كياني وفلذات كبدي وأصل الجمال بكل معانيه

" يعقوب والكتكوت الصغير إياد"

إلى زميلتي في المذكرة **"سهير"**

والى كل فرد من أفراد عائلتها الطيبة.

إلى صديقاتي دون استثناء وبالأخص **"خولة، فطيمة، سهير،**

إلى كل الأيادي البيضاء التي ساندتني من قريب أو من بعيد

وكل من كان له اثر جميل في حياتي.

إلى من ساعدتني في إتمام هذه المذكرة خالتي الغالية **"نجاة"**

عبيـــر

إهداء

الى من يطيب الليل الا بشكره، و لا يطيب النهار الا بطاعته،

ولا تطيب اللحظات الا بذكره،

ولا تطيب الاخرة الا بعفوه، و لا تطيب الجنة الا برؤيته، الله ﷻ.

الى من بلغ برؤيته واد الامان الى نبي الرحمة و نور العالمين سيدنا مُحَمَّد

صلى الله عليه و سلم

اهدي ثمرة جهدي الى كل من علمني حرفا في هذه الدنيا

استاذي الكريم ربعية رضوان

الى روح أبي الزكية الطاهرة رحمه الله

الى والدتي التي انارت دربي بالدعاء الى اغلى انسانة في الوجود

أمي حفظها الله

دون أن أنسى أخوتي وأصدقائي بالأخص عبيـــر

الى كل من وقف بجانبي وساعدني طيلة هذه السنين

زوجي الغالي

سهير

قائمة المختصرات:

أولا :باللغة العربية :

1	ص	الصفحة
2	د.ط	دون طبعة
3	د.س	دون سنة نشر
4	ج. ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
5	ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
6	ع	العدد
7	سا	الساعة
8	ص ص	الصفحةالصفحة

ثانيا :باللغة الأجنبية :

1	P	Page
2	№	Numéro

مقدمة

مقـــــــــدمة

يعتبر عقد الاستثمار الدولي من بين أبرز آداة الحقل الإقتصادي التي تلعب دورا فعلا وأساسيا في الحقل الاقتصادي، وعاملا بارزا في تطوير الإنتاج فهو أحد محركات التنمية الاقتصادية، فبالرغم من الأهمية التي استطاعت عقود الاستثمار الدولية حجزها على مستوى العلاقات الاقتصادية، فقد جعلت منها محل اهتمام من قبل الفقهاء لي إيجاد مفهوم قانوني فقهي لهذا العقد، وعدم وجود عقد مسمي نطلق عليه وهذا بسبب لانتمائه لأكثر من فرع ، وذلك بإدخاله في متاهات التمييز بين القانون العام والقانون الخاص.

إلا أن هذه العقود تبرم بين طرفين غير متساويين ينتمي كل منها إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر مما يثير مشكلة أساسية ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف التي يسعى كل طرف إلي تحقيقها فأصبح من ضروري تنظيم أحكام هذه العقود بشكل خاص.

فامتد هذا الإشكال إلى التكييف القانوني الذي فسح مجال أمام الفقه لإيجاد شرح لطبيعة هذه العقود،إذ أنها ليست عقود إدارية وليست عقود خاصة على إطلاقها فظهرت الطبيعة المختلطة التي جمعت بينهم، ولتحديد القانون الواجب التطبيق تسعي الدولة المضيفة أساسا إلى إخضاع هذه العقود لقانونها الوطني، فلا يتناسب مع المستثمر الأجنبي يضر بمصالحه يسعي لتطبيق قانون الدولة المتعاقدة.

من المستقر عليه أن عقود الاستثمار الدولية مثل بقية العقود الدولية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة وسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يراه الأطراف ملائما ومناسبات ليحكم علاقتهم التعاقدية.

ولذلك من الطبيعي أن تسعى الدول إلى بعث السبل الكفيلة لتشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال بتهيئة مناخا ملائما لاستقطاب المستثمرين الأجانب ، فمعظم الدول تعمل على ذلك من خلال تهيئة مناخ ملائما يشمل مجموعة القوانين والسياسات والخصائص الهيكلية المحلية والاقتصادية والسياسية والإدارية التي تؤثر في ثقة المستثمر وتقنعه بتوجيه استثماراته إلى بلد دون الأخروعلى الدول أيضا أن

تقدم كل التسهيلات والضمانات التي تدفع المستثمر الأجنبي لاستثمار رأس ماله على أرضها وجذب العديد من عقود الاستثمار الدولية.

وإذا كان الأصل طبقا لما هو متعارف عليه هو خضوع عقد الاستثمار الدولي لقانون الإرادة أي للقانون الذي يتفق عليه الاطراف، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد تؤدي إلى اختلاف موقف كل طرف، إذ وبينما تسعى الدولة إلى إخضاع العقد لقانونها، طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الاقتصادية، فإن المستثمر الأجنبي قد يرى في ذلك إضرار بمصالحه، وأن تحقيق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة وتدويل النظام القانوني لعقود الاستثمار، لاسيما في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة.

نتيجة لهذه الأهمية الكبيرة التي تحضي بها عقود الاستثمار ازدادت مشاكل العلاقة بين أطراف هذه الأخيرة نظرا لما تتميز به مسائل هذه العقود وخصوصية طبيعتها وتعارض مصالح طرفيها بين ما تسعى الدولة إلى تحقيقه وبين ما يسعى المستثمر الأجنبي لإنشاده ،فأصبحت القواعد الخاصة بالحماية الموضوعية التقليدية غير كافية لطمأنة المستثمر الأجنبي بل لابد من وجود وسائل أخرى للفصل في المنازعات الاستثمارية.

إن هذه الأهمية البالغة التي حظيت بها مسالة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار كانت من أهم الأسباب والدوافع التي دفعتنا إلى اختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي، إضافة إلى أهمية قطاع الاستثمار وما يحققه في مجال التنمية الاقتصادية في الدول النامية ووجود عدة أراء واتجاهات فقهية التي علينا دراستها وإيضاح حججها والانتقادات التي وجهت إليها، وكذلك ثقل العلاقة التعاقدية في مسالة القانون الواجب التطبيق بين التوطين والتدويل في حين تطبيقهاالقانون الوطني فإنها تمس بمصالح المستثمر الأجنبي أما في حالة تدويل العقد فإنها تمس بسيادة الدولة أما الأسباب الشخصية وراء اختيارنا لموضوع القانون الواجب التطبيق لعقود الاستثمار الدولية الرغبة الشخصية في البحث عن مفهوم عقد الاستثمار بصفة عامة و تنامي

الاهتمام الأكثر بعقود الاستثمار الدولي ، والبحث عن المعايير التي تبرز دولية هذه العقود ، ومحاولة إزالة الغموض الذي يعتري مسالة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية.

في حين أننا نحاول من خلال هذه الدراسة الوصول إلى جملة من الأهداف من بينها محاولة تسليط الضوء على عقد الاستثمار الدولي لمعرفة فحواه والخصوصية التي يتمتع بها و إزالة اللبس على عقد الاستثمار الدولي نظرا للخلط الذي يقع بينه وبين العقود الأخرى كعقود التجارة الدولية وعقود الدولة ، إضافة إلى تحديدالنظام القانوني الأنسب لحكم عقد الاستثمار إضافة إلى الهدف الرئيسي الذي تسعى الدول إلى تحقيقه جلب المزيد من الاستثمارات للدولة المضيفة وتحديد مسالة القانون الواجب التطبيق على مثل هذه العقود بين التوطين والتدويل، وتوضيح دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الدولية.

إن دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية توجب علينا التطرق إلى حل الإشكالية التي يفرضها هذا الموضوع والتي تتمثل أساسا في محاولة تحديد تعريف لعقد الاستثمار الدولي في ظل غياب الإطار القانوني له وتحديد القانون الذي يحكم عقد الاستثمار في ظل عدم تساوي المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار إضافة إلى تحديد النظام القانوني الأنسب لحكم عقد الاستثمار الذي يراعي الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار ،الامر الذي نطرح فيه اشكاليتنا :

ما مدى تحديد القانون الذي يحكم عقد الاستثمار في ظل اختلاف المراكز القانونية لطرفي هذا العقد الدولي؟

وسوف نعتمد في دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل أراء الفقه وأحكام التحكيم الدولية وكذلك نصوص الاتفاقيات الدولية المتعددة ا لأطراف إضافة على ذلك اعتمادنا على المنهج الوصفي المناسب لدراستنا لهذا الموضوع.

لقد ارتئينا أن نقسم دراستنا وفق أساس تقني إلى فصلين في بادي الأمر تطرقنا إلى عقد الاستثمار الدولي بين غياب الإطار القانوني المحدد وغموض الوصف القانوني في الفصل الأول والذي يضم

مبحثين المبحث الأول تطرقنا فيه إلى غياب الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار بالإضافة إلى تبيان أطراف العلاقة التعاقدية فيه أما المبحث الثاني عالجنا فيه التكييف القانوني لهذه العقود في حين نتطرق في الفصل الثاني إلى القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي بين التوطين والتدويل والذي بدوره قمنا بتقسيمه إلى مبحثين الأول تطرقنا فيه إلى توطين عقود الاستثمار بردها إلى القانون الوطني لدولة المضيفة أما المبحث الثاني سوف نتطرق فيه إلى تدويل عقود الاستثمار بتطبيق القانون الدولي.

الفصل الأول : عقد الاستثمار الدولي:
بين غياب الإطار القانوني المحدد وغموض الوصف القانوني

الفصل الأول : عقد الاستثمار الدولي: بين غياب الإطار القانوني المحدد وغموض الوصف القانوني

تعتبر عقود الاستثمار الدولية من أهم العقود التي تبرمها الدولة في إطار تنميتها عبر مختلف المجالات التي تتدخل في تسييرها وتنظيمها بحيث تحظى عقود الاستثمار الدولية بأهمية بالغة لاعتبارها من المفاهيم المتجددة فهي عقود تجمع بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية الدولة المضيفة كطرف أول والتي تتمتع بحق سيادي والمستثمر الأجنبي كطرف ثاني، الذي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة كما أن هدف كل طرف يختلف فالمستثمر الأجنبي يسعى إلى تحقيق أهداف شخصية تتمثل في الزيادة في رأس المال بينما الدولة تسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية إلا أن عقود الاستثمار احتلت، مكانة هامة في العلاقات الاقتصادية الدولية بحيث تعتبر من أكثر الأساليب انتشارا ،خاصة عندما يتعلق الأمر باستثمارات ضخمة وذات أهمية كبيرة[1].

ونظرا لأهميته الكبيرة من قبل الفقهاء خاصة فقهاء القانون إلا أنهم لم يتوصلوا إلى تعريف دقيق وواضح لهذا العقد فمعظم الدراسات الواردة حول عقد الاستثمار هي دراسات يطغي عليها الطابع الاقتصادي بالإضافة إلى أن عقد الاستثمار ذو صلة كبيرة مع عقود الدولة ومن المعلوم أن العقد الدولي هو الأداة التي تنفذ بها عمليات الاستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية فهو ذلك التعبير عن الإرادة المشتركة لأطرافه في إطار البحث عن إشباع حاجياتهم أو وفقا ما تقتضيه مصالحهم ولإيضاحه أكثر ارتأينا في فصلنا هذا إلى مبحثين نتطرق إلى غياب الإطار المفاهيمي لعقود الاستثمار، بالإضافة إل تبيان أطراف العلاقة التعاقدية فيه **(المبحث الأول)**، أما (**المبحث الثاني)** سنتطرق إلى التكييف القانوني لعقود الاستثمار الدولية.

1- أحمد بن طالب حسين ،عبد الرزاق بختي ، "آليات حماية المستثمر الأجنبي "، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سنة 2018/2017 ، ص 1.

المبحث الأول: غياب الإطار المحدد لمفهوم عقد الاستثمار الدولي

يتضح من النصوص القانونية والتشريعات المتعلقة بموضوع النزاع نجد أن معظمه لم يضع مفهوم محدد لعقد الاستثمار الدولي بسبب تعدد المصادر والصعوبة في توحيد مفهومه لان مصطلح الاستثمار هو مصطلح اقتصادي أكثر منه قانوني لذا يصعب وجود تعريف قانوني دقيق وشامل له ،وتبعا لذلك جاءت معظم تعريفات الاستثمار اقتصادية [1]. ليس هذا فقط بل تمييع الطرح الجاد في إيجاد مفهوم قانوني للعقد الدولي للاستثمار وإطار قانوني محدد له، وذلك بإدخاله في متاهات التمييز بين القانون العام والقانون الخاص من جهة والقانون الدولي بفرعيه العام والخاص، والقانون الوطني الداخلي للدولة من جهة أخرى كل ذلك غايتها لمحافظة على مصالحهم وتبريره الا غير [2].

وبالنظر لغياب الإطار المفاهيمي لعقد الاستثمار الدولي في معظم التشريعات القانونية واكتفاءهم بتحديد المقصود بالاستثمار وحتى يمكننا استيعاب عقد الاستثمار الدولي فلا بد من البحث عن مفهومه في الجانب الفقهي (**المطلب الأول**) وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستثمار الدولي

تعتبر عقود الاستثمار طائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو أجهزة تابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاه بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة

1 – عماروش سميرة، محاضرات في قانون الاستثمار، موجهة لطلبة السنة ثانية ماستر ،تخصص قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2 ، 2016-2017، ص4.

2 – رضوان ربعية، "إشكالية الاختصاص النوعي للقضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الدولي" ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة الشاذلي بن جديد الطارف – المجلد 7، ع01 ، جوان 2022، ص4.

لاستغلالها في مشروعات على أرضها وتتعدد نماذج هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية [1].

وسوف نتناول في هذا المطلب فرعان: تعريف عقد الاستثمار الدولي(**الفرع الأول)** ، وتبيان أطرافه (**الفرع الثاني)** ثم نتطرق إلى نماذج عقود الاستثمار الدولية في (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار الدولي

يعد تعريف الاستثمار من أهم المصطلحات التي تجذب الانتباه في أي تنظيم دولي، مما يستدعي التدقيق والاهتمام عند وضعه أو صياغته لما يخلفه من تأثير كبير على المواد القانونية التي يشملها التنظيم الدولي لمثل هذه العقود.

فبالرغم من أهمية تعريف الاستثمار، إلا أن الملاحظ في الكثير من قوانين الاستثمار الداخلية للدول المتقدمة اقتصاديا والدول النامية لازالت محل خلاف في تحديد المعنى المقصود بالاستثمار وهو الموقف المجسد من خلال عدم اتفاق الفقه القانوني في تحديد تعريف قانوني واحد لمثل هذه العقود فمعظم التعاريف التي قيلت حول عقود الاستثمار اقتصادية أكثر منها قانونية[2].

كما عرف الاستثمار على أساس أنه " تلك العقود التي تبرم بين الدولة وأجهزتها أو مشروعاتها الاقتصادية، مع شخص خاص أجنبيي لتزم بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إليها لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقق ربح لأطراف العقد"[3].

1- بشار محمد الأسعد "الفعالية الدولية لتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية "، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ط 1، ص9.

2- قصوري رفيقة، "النظام القانوني لاستثمار الأجنبي في الدول النامية "،مذكرة لنيل أطروحة الدكتوراه في قانون الأعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر-باتنة- سنة 2011/2010، ص6.

3 - طيب قبايلي،"تقدير مفهوم الاستثمار في اجتهاد تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية- الجزائر، ع8 ديسمبر2020،ص 315.

– كذلك المشرع الجزائري لم يتطرق إلي مفهوم عقد الاستثمار الدولي بل اكتفي بتحديد مفهوم الاستثمار فقط، في قانون رقم 22_ 18 في المادة 05[1].

–كذلك في قانون رقم 16_09 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى في المادة 02[2] على أنه "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي:

1 – اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاجو إعادة التأهيل.

2– المساهمات في رأسمال الشركة".

أما على المستوي الدولي نجد مركز الأكسيد في مادته 25 فقرة1 تنص على أنه "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخري والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها علي المركز"[3].

يستنتج من هذه الاتفاقية أنها لم تحدد مفهوم عقد الاستثمار الدولي، بل تطرقت إلى الشروط المتعلقة بالنزاع وصفة الأطراف فقط.

1– قانون الاستثمار رقم 22–18، المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443، الموافق ل 24 يونيو سنة 2022 الجريدة الرسمية، العدد 50.

2– قانون رقم 16–09، المؤرخ في 29 شوال عام 1437الموافق ل 3غشت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ج.ج،ع،46.

3– طيب قبايلي، المرجع السابق ،ص320 .

المستقرأ أن العديد من التشريعاتا لوطنية المتعلقة بموضوع الاستثمار والاتفاقيات الدولية يقف على حقيقة عدم التطرق لبيان المقصود بعقد الاستثمار الدولي وإنما أغلبيتها اكتفت بتبيان المقصود بالاستثمار بين موسع ومحدد[1].

وبالتالي لا يوجد عقد مسمى نطلق عليه عقد الدولة للاستثمار، ففكرة هذه العقود اقرب ما تكون وصفية تطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة أوجدت لضرورات المصلحة العامة[2].

فليس من السهل وضع تعريف جامع وشامل لعقود الاستثمار وذلك نظرا لطبيعة الجد معقدة التي تتصف بها هذه العقود خاصة في ما يتعلق بالعناصر المكونة لها، ولقد حاول العديد من الفقهاء وضع تعريفات فقهية تلم بهذه العقود[3].

"أنه اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيق الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية[4].

1 – حيتم هبة، "عقود الاستثمار الدولية"، المجلد 2، العدد 2، سنة 2021، حوليات جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة ،ص48.

2 – رضوان ربعية، " فض منازعات العقود الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2019-2020، ص 39.

3– هاشمي أعمر، " سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص 9. متاح على الرابط: http://dl.ummto.dz، اطلع عليه بتاريخ 30،2023/03/20 : 20 سا.

4 – بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي" ط2، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد النشر، 2011، ص16.

وفي نفس السياق عرفه البعض الآخر: " بأنه الاستثمار الناشئ عبر الحدود نتيجة لانتقال رؤوس الأموال الاستثمارية وشتى الموارد الاقتصادية بين البلدان المختلفة بهدف جني الأرباح وتعظيم المنافع من جراء تلك الاستثمارات" [1].

ويعرف أيضا: " العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها، من طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار[2].

كما عرفه مجتمع القانون الدولي انه عبارة العقود التي تتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية، وهذا ما جاء كذلك في نهج تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (اليونيدو) بأنها عقود تقوم على علاقة تعاقدية ذات طابع تجاري[3].

كما وصف الأستاذ Dupuy في تحكيم Texacoضد الحكومة الليبية هذه العقود: "عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المتعاقدة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل لمدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو القانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد[4].

إذن فعقد الاستثمار الدولي هو عقد يتم إبرامه باتفاق بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها وأطراف أجنبية عامة كانت أو خاصة محله بإنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة أو توريد سلع أو خدمات أو تقنية حديثة لأحد هذه المرافق[5].

---

1 -إبراهيم محمد العقود، " الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية- ليبيا- العدد 7 ديسمبر 2015، ص 287. متاح على الرابط: http://www.zu.edu.lv ، اطلع عليه بتاريخ 2023/03/22 سا56: 00.

2 -حيتم هبة، المرجع السابق، ص4.

3 - بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي" ،المرجع السابق، ص16.

4 - المرجع نفسه، ص ص16-17.

5-إبراهيم محمد القعود، المرجع نفسه، ص189.

فمن خلال هذه التعاريف السابقة يمكننا إستخلاص خصائص عقود الاستثمار الدولية وفق الآتي :

1 – طرفا عقد الاستثمار الدولي هي الدولة أو احد الأشخاص التابعة لها، وبذلك تبرم بين الجهات الخاصة أو الأفراد التابعين لأكثر من دولة من عقود الاستثمار الدولية.

2 – الطرف الثاني في العقد يتعين أن يكون أجنبيا سواء كان دولة آو أشخاص طبيعيين، أو معنويين ولذلك لا تتمتع العقود التي تبرم بين الدولة والجهات والأشخاص الوطنية بالصفة الدولية بل هي عقود إدارية داخلية.

3 – محل العقد يجب أن يكون مرفقا عاما سواء بمفهومه الشكلي تبعية المرفق لإدارة ممثلة في الدولة هو احد أجهزتها العامة أو بمفهومه العضوي: "وهو تحقيق المصلحة العامة من وراء هذا المرفق".

4 –الهدف من العقد هو إنشاء أو صيانة أو إدارة المرافق العامة وكذلك توريد السلع أو خدمات أو تكنولوجيا لهذا المرفق[1].

من خلال ما سبق نجد أن عقد الاستثمار يربط بين طرفين احدها دولة وأخر مستثمر أجنبي وهذا ما سيتم معالجته في العنصر الموالي.

الفرع الثاني: أطراف عقد الاستثمار الدولي.

تتميز عقود الاستثمار الدولية بميزة التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها وذلك لأن أحد أطرافها يتمثل في الدولة[2]، (أولا) التي تتميز بمزايا خاصة ذات شخص سيادي، في حين أن هناك طرف ثاني

1– ربعية رضوان ، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص41.

2 – رضوان ربعية، إشكالية "الاختصاص النوعي للقضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية في الجزائر" ،المرجع السابق، ص6.

في عقد الاستثمار الدولي هو المستثمر الأجنبي (ثانيا) لا يتمتع بالسيادة ويعتبر الطرف الأخر في هذه العلاقة.

أولا: الدولة كطرف فيعقد الاستثمار الدولي

تبرم الدول في سعيها إلى تنفيذ خططها العديد من العقود اللازمة مع الأجانب بحسب حاجتها[1].

فبالنسبة للدولة هل يشترط أن تقوم بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة أم يمكنها القيام بذلك مباشرة عن طريق المؤسسات والهيئات التابعة لها[2] ؟.

والإجابة على التساؤل فالدولة هي التي قد تقوم بإبرام هذه العقود مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة– رئيس الوزراء – أحد الوزراء) بإبرامها، أو بطريقة مباشرة عن طريق إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها[3].

كما ذهب المحكم cavin في تحكيم sapphire بشأن النزاع بين الشركة الكندية والشركة الوطنية الإيرانية noice إلى أن العقود المبرمة بواسطة الشركات التابعة للدولة تختلف اختلافا جوهريا عن العقود التجارية التي تحكمها القواعد التقليدية.

وهو ما يستفاد منه أن خصوصية عقود الدولة ليست قاصرة على العقود التي تبرمها الدولة بشكل مباشر، ولكنها تمتد أيضا إلى عقودها التي تبرمها بواسطة الأجهزة والمؤسسات التابعة لها[4].

ويقصد بالطرف الوطني دولة السيادة، وهي شخص القانون الدولي الذي كان من المفروض أن يتعاقد مع طرف له نفس المركز القانوني له.

---

1 – بشار مُحَّد الأسعد، " عقود الدولة في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص19.

2 – المرجع نفسه، ص18.

3– المرجع نفسه .

4 – بشار الأسعد، "قانون الدولة في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص20

و في هذه الحالة لا تثير أي صعوبة لكن تثور الصعوبة عندما تتعاقد مع شخص أجنبي لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي، والمتمثل في الطرف الأجنبي الخاص[1].

ذهب الفقه والقضاء إلى اعتماد معيارين للقول بان آثار العقد الذي أبرمته الدولة بواسطة أحد أجهزتها أو مؤسساتها تنصرف آثارها إلى الدولة التي تتبعها أي دولة المضيفة لاستثمار ويتمثلان في المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي[2]. وسنوضح هذا الأمر بأكثر تفصيل في المبحث الثاني.

ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الدولي

يقصد بالأجنبي في الدولة ذلك الذي لا يتمتع بجنسيتها طبقا لأحكام قانون الجنسية الوطنية، ولا تنفى عنه صفة الأجنبي عندما تتوافق صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة، فيظل أجنبيا وان كان اتصاله بالدولة عابرا، أم طالت إقامته بها[3].

إلا أن الإشكالية التي تثار في حالة ما إذا كان الشخص الطبيعي المتعاقد مع الدولة يتمتع بجنسية أكثر من دولة، أي انه متعدد الجنسيات وكانت إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، فيعتبر أجنبيا بالنسبة لهذه الدولة؟

و في هذه الحالة تقضي القواعد العامة بأنه لا يمكن اعتبار شخصا ما أجنبيا في دولة يحمل جنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى[4].

1-ايت معمر الطاهر، سي محمد إدير، "الإطار القانوني لعقد الاستثمار الدولي"، مذكرة ماستر قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020، ص 7، متاح على الرابط: http://www.ummto.de . اطلع عليه بتاريخ 2023/04/01 ، 15: 35سا.

2-ايت معمر الطاهر، سي محمد إدير ، المرجع نفسه ، ص8

3-صالح أحمد المصطفى محمد، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار"، مجلة العدل المكتب الفني كلية الحقوق، جامعة الشندي-السودان- المجلد 17، العدد 44، سنة 17، ص244 .

4-لبيك شوقي ،"تنازع القوانين في عقود الاستثمار"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقا يد –تلمسان- سنة 2020ص ص27-28.

ومن المستقر عليه أن هذا الشخص الأجنبي كطرف في عقود الدولة قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا فقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 وهي معنية بتسوية منازعات عقود الاستثمار الدولية فيكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتميا لدولة أجنبية أخرى تكون طرف في الاتفاقية ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا اعتباريا أو طبيعيا من اجل انعقاد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات [1].

فقد عبرت نص المادة **2/25** من اتفاقية واشنطن "انه يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع.

كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة أخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع[2].

يتضح مرخلال ما ذكرناه سالفا أن اتفاقية واشنطن قد اعتمدت على ضابط الجنسية كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للشركة[3].

إلا انه هناك استثناء من هذا الأصل، فقد استثنت الاتفاقية الشخص الاعتباري الذي يحمل جنسية الدول التي تكون طرف في النزاع على معاملة المستثمر الأجنبي، ولذلك وجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا[4].

يفهم أن المستثمر الأجنبي الذي يعد طرف ثاني في عقد الاستثمار الدولي على هيئتين، المستثمر الطبيعي الأجنبي وهيئة المستثمر الاعتباري الأجنبي.

---

1 -بشار الأسعد،"عقود الدولة في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص ص28-29.

2 -رضوان ربعية، "إشكاليات الاختصاص النوعي للقضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية في الجزائر" ، المرجع السابق،ص8.

3 -صالح أحمد مصطفى محمد، المرجع السابق، ص251.

4 -المرجع نفسه، ص251.

1- المستثمر الطبيعي الأجنبي:

لا يؤثر في طبيعة عقود الدولة أن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة شخصا طبيعيا طالما أن محل العقد ومضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة في تطورها[1].

ولعل من ابرز الأمثلة على ذلك العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في 20 يناير 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس والذي بمقتضاه منحت لهذا الأخير أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية والتي يطلق عليها satco[2].

حيث أن المعيار المأخوذ به في هي الحالة للتمييز بين الوطنيين والأجانب هو الجنسية وهى رابطة "قانونية وسياسية ينتمي الشخص بمقتضاه لدولة معينة"[3].

ولقد اشترطت اتفاقية واشنطن عام 1965 في الشخص الطبيعي لانعقاد الاختصاص للمركز ما يلي :

أ-أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق عليه الطرفان على القيام بالتوثيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب.

ب- لا يكون الشخص الذي يحوز كل من جنسية الدولة طرف النزاع والدولة المتعاقدة الأخرى لا يعد مواطنا أجنبيا ومن ثم لا يخضع لاختصاص المركز[4].

---

1 -بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي "، المرجع السابق، ص29

2 - المرجع نفسه، ص29.

3 - صالح أحمد مصطفى محمد، المرجع السابق، ص247.

4- المرجع نفسه ، ص248.

2- المستثمر الاعتباري الأجنبي:

يتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي كطرف لعقود الاستثمار شكل شركة، وهذه الشركة غالبا ما تكون متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك[1].

وهكذا فإن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية، وان الرابطة الجنسية هي التي يتم الاستناد إليها للتفرقة بين الأشخاص الاعتبارية والوطنية والأجنبية، حيث يتم تحديد الصفة الأجنبية للشركة بالاستناد إلى ضابط الجنسية[2].

ثار الخلاف بين الفقهاء حول المعايير التي يتم الاعتماد عليها لتحديد جنسية الشركات فاعتمدوا على معايير يتم اللجوء إليها وهي كالآتي:

أ- **معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:** بموجب هذا المعيار فإن جنسية الشخص الاعتباري يستند على أساس جنسية الأعضاء المكونين له، باعتبار إن المشروع هو المعبر عن إرادة إفراده وهو المحقق لمصالحهم وتكون تلك الجنسية هي جنسية الدولة التي ينتمي إليها إن اختلفوا في الجنسية[3].

ب – معيار التأسيس: تحدد جنسية الشركة وفقا لجنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها وباعتبار أن قانون الدولة التي تأسست بها الشركة هو الذي يمنحها الجنسية القانونية[4].

---

1 - المرجع نفسه.

2 - بشار الأسعد،" عقود الدولة في القانون الدولي "المرجع السابق، ص ص34-35.

3- بشارالأسعد، المرجع نفسه ، ص35.

4- صالح أحمد المصطفى مُحَمَّد، المرجع السابق، ص249.

ج – معيار مركز الإدارة الرئيسي: يقصد به أن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي، والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي هو المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره[1].

د– معيار مركز الاستغلال: أي أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يتمركز فيها نشاطها إذ يعتبر مكان تجمع مصالحها الحقيقية وهو بذلك يعبر عن الارتباط الحقيقي بين الشخص الاعتباري.

هـ – معيار الرقابة: ويقصد به أن الشركة أجنبية متى كانت تخضع للرقابة أو سيطرة أجنبية سواء من حيث الأموال، أو من حيث تمتع القائمين على إدارة جنسية دولية أجنبية التي لو كان مركز الإدارة الرئيسي الفعلي أو محل النشاط[2].

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بتعدد المعايير التي يمكن الاستناد إليها في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية غير انه مما لا شك فيه أن لكل دولة الحرية في أن تعتمد على المعيار الذي يلائمها لتحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها[3].

الفرع الثالث: أنواع عقود الاستثمار الدولي

تتنوع نماذج عقود الاستثمار الدولية، وتختلف صورها بحسب حاجة تلك الدول لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية، واهم هذه النماذج عقود البترول (**أولا**) وعقود التعاون الصناعي (**ثانيا**)وكذلك عقود الأشغال العامة الدولية (**ثالثا**) . سوف نتطرق إليها في مايلي:

1- بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي " ،المرجع السابق، ص375.
2- المرجع نفسه 37-38.
3- المرجع نفسه.

أولا: عقود البترول:

تعتبر عقود البترول من العقود الحديثة النشأة نسبيا إذ ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية والتجارية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة، فهذه العقود تعد بمثابة الأداة القانونية لاستغلال الثروات البترولية لم تظهر إلى حيز الوجود، إلا بعد اكتشاف البترول وتطور صناعته[1].

إذ يعتبر البترول المصدر الرئيسي للدخل الوطني لدول المنتجة للبترول وهذا ما يجعل الدول المتطورة تهتم بالبترول وذلك لاعتبارها من اكبر الدول المستهلكة له.

فهذا النوع من العقود أدى إلى ظهور عقود تقليدية عقود الامتياز (أ) وعقود المقاولة (ب).

أ–عقود الامتياز:

تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن التاسع عشر بداية القرن العشرين، وبمقتضاه تمنح الدولة لشركة أجنبيا حقا خالصا وقاصرا عليها في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية في إقليمها[2].

ولقد اتسعت هذه العقود في صورتها التقليدية في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية واتصفت بالإجحاف والاحتكار إذ تحقق فوائد كبيرة لجانب واحد وهو المستثمر مقابل فوائد ضئيلة لدولة منتجة كون هذه الدول كانت عاجزة عن وضع إطار قانوني تمارس عليه وخلاله الشركات الأجنبية نشاطها بدون قيود[3].

1- حيتم هبة، المرجع السابق، ص49.

2- بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص 56.

3- رضوان ربعية، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولي بين القضاء والتحكيم "، المرجع السابق، ص45.

ب– عقود المقاولة:

يعتبر عقد المقاولة أيضا من الطرق البديلة لعقود الامتياز التقليدية في مجال البترول هو اتفاق يتولى بموجبه احد الأشخاص تنفيذ عمل محدد خلال فترة محددة ولقاء أجر معلوم بعد الانتهاء من تنفيذ العمل من طرف المقاول وحصوله على أجره من قبل صاحب العمل تنتهي صلته بالمشروع هذا كأصل عام في عقود المقاولة[1].

ثانيا: عقود التعاون الصناعي:

لا يمكن تحقيق التطور الصناعي، إلا بتعاون صناعي قوي يربط بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية ويأخذ هذا التعاون الصناعي عدة صور وأهمها:

أ–عقود نقل التكنولوجيا:

هو إتفاق يتعهد بموجبه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية غير قابلة للتسجيل أو غير المسجلة و المستخدمة في الصناعة والتجارة وأي نشاط أخر إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلطة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات[2].

فإن عقود نقل التكنولوجيا تعتبر من العقود طويلة الأجل، يرتكز موضوع عقود نقل التكنولوجيا في التزام المستثمر الأجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين، لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في الإنتاج لتدريب العمالة الوطنية على تشغيلها[3].

1- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 18.

2- عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، "الأصول القانونية للتجارة الدولية"، ط1، دار الثقافة والتوزيع، عمان الأردن، 2017 ص130.

3- حيتم هبة، المرجع السابق، ص51.

ب –عقود المساعدة الفنية:

يقصد بعقد المساعدة الفنية ذلك الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الايجابية وتقديم المساعدة الضرورية[1].

ج – عقود تسليم المفتاح:

هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي في إحدى المشروعات الكبرى بإعداد التصاميم وتوريد كافة المواد الخام والمعدات والأجهزة اللازمة لعملية التشييد والبناء و كل المشاريع الأخرى سواء كانت كهربائية أو ميكانيكية أو خلافها والقيام بتسليمها في صورتها النهائية للدولة المتعاقدة[2].

ثالثا: عقود الأشغال العامة الدولية:

إن عقد الأشغال العامة الدولية هو العقد الذي يبرم بين الدولة أو احد هيئاتها أو الشركات التابعةلها مثل: مقاول أجنبي بغية انجاز أعمال من طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا ليكون عقد أشغال عامة الدولية يجب توفر عدة شروط منها: أن ينصب العقد عقارا وان يكون الهدف من إبرامه تحقيق المنفعة العامة [3].

وتتخذ عقود الأشغال العامة عدة صور أهمها: عقود البناء والتشغيل والتحويل أو عقود البوت (B.O.T) ويقصد بعقد البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الدولة إلى إحدى الشركات الوطنية والأجنبية وتسمى " شركة المشروع " وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة زمنية محددة ثم

1- بشار الأسعد،"عقود الدولة في القانون الدولي" المرجع السابق، ص ص65-66.

2- رضوان ربعية، "فض منازعاتعقود الاستثمار الدولية بينالقضاء والتحكيم "، المرجع السابق، ص47.

3-علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 22.

نقل ملكية المشروع إلى الحكومة وحروف B.O.T هي الحروف الأولى لثلاث حروف مصطلحات انجليزية وتعني البناء، والتشغيل، ونقل الملكية [1].

المطلب الثاني: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن المفاهيم المشابهة له

إن مفهوم عقد الاستثمار الدولي يقترب من المفاهيم المشابهة له فنجد بعض العقود تتوازى مع مفهوم عقد الاستثمار الدولي دون أن تتطابق معها لذا سنميز بين عقود الاستثمار الدولي وعقد الدولة (**الفرع الأول**)، ثم نميز بين عقد الاستثمار الدولي وعقود التجارة الدولية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: عقود الاستثمار الدولية وعقود الدولة

مصطلح عقود الاستثمار ينصرف إلى تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص أجنبي خاص في مجال الاستثمار بمعني أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناه الواسع ويشكل مرادفا لما يطلق عليه تسمية التنمية الاقتصادية.

فتعددت الآراء باعتبار أن عقود الاستثمار من ضمن العقود التي تبرمها الدولة فوقع الخلط بين عقود الاستثمار وعقود الدولة نظرا لعدم وجود مسمى يمكن أن نطلق عليه عقود الاستثمار الدولية[2].

نلاحظ أن عقود الاستثمار تتقاطع مع تعريف عقد الدولة حيث تشير عقود الاستثمار عبر الدولية إلى العلاقات القانونية التي تدخل فيها الدولة والتي غالبا ما تكون من أقطار العالم الثالث ،مع

1- خالد ممدوح، "عقود الاستثمار أنواعها وصياغتها"، ندوة عقود الاستثمار ومنازعتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الدار البيضاء 2007، ص4.

2- عدلي محمّد عبد الكريم، "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2010-2011، ص20.

مستثمر أجنبي عادة ما يكون شركة أو بمعنى أخر عقود الاستثمار هي عقود مبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف اجنبي خاص في حق الاستثمار[1].

الفرع الثاني: عقود الاستثمار الدولية وعقود التجارة الدولية

يمكن التمييز بين عقود الاستثمار وعقود التجارة الدولية من خلال عدة مبادئ إذا نجد أن الاستثمار يستلزم بناء الثروة تدريجيا على مدار فترة زمنية طويلة وذلك من خلال شراء الأسهم وحفظها بينما تنطوي التجارة على شراء وبيع أكثر للأسهم والسلع والخدمات، وذلك من اجل تحقيق عائدات أسرع بحيث تمثل معاملات أكثر تكرارا مثل بيع وشراء السلع أو أي أدواتأخرى ، من خلال هذا فانالهدفمن التجارة هو تحقيق عوائد عالية من هذه المعاملات تفوق عوائد الاستثمار بكثير .

كما انه يمكن التمييز بينهما من خلالالمبادئ الذي يعتمد عليه كلا منهما إذا تحتاج التجارة إلى إنتاج السلع والخدمات وعرضها والتواصل مع المشتري وتحقيق حاجاته وفقا منا قدم من خدمات ووفقا لارتفاع وانخفاض الأسعار المتكرر أما الاستثمار فهو يعتمد على الدخول في مشاريع مختلفة في كافة المجالات بهدف توظيف رأس المال وتنميتيه.

ونرى أيضا من أهم فروقات العامل الزمني من خلال روية أن التجارة تحتاج إلى وقتا قصيرا لتحقيق أرباح جيدة بينما الاستثمار يحتاج إلى وقت طويل لتحقيق الربح الذي قد يصل إلى عدة سنوات[2].

1_ عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 21.

2-الفرق بين التجارة والاستثمار https://damasoil اطلع عليه بتاريخ 2023/04/24، 14:36 سا.

المبحث الثاني: إشكالية الوصف القانوني لعقد الاستثمار الدولي

نظرا لما تلقاه عقود الاستثمار من أهمية خاصة في عصرنا الراهن وذلك سواء كان في المجال القانوني أو الاقتصادي ،أصبح من الأهم تحديد التكييف القانوني لهذه العقود والأساس التي ترتكز عليه وذلك لأهمية الآثار المترتبة على هذا التكييف سواء تعلق ذلك بفض المنازعات الخاصة بها أو تحديد القانون الواجب التطبيق على مثل هذه المنازعات.

تعتبر مسألة التكييف القانوني لعقود الاستثمار من أكثر المسائل دقة وحساسية، وهذا راجع إلى التفاوت وعدم التساوي من الناحية القانونية وغياب التنظيم القانوني لهذه العقود في التشريعات الوطنية وكذا الدولية، الأمر الذي دفع بالفقهاء للاجتهاد من أجل إيجاد شرح لتكييف هذه العقود بحيث وجد جدلا فقهيا كبيرا لتحديد التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي **(المطلب الأول)** وحول المعايير التي تناولها الفقه لإضفاء الصفة الدولية للعقد(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي

إختلف الفقه الدولي حول تحديد التكييف عقود الاستثمار فرأي اعتبر أن عقد الاستثمار ما هو إلا تصرف قانوني مرده إلى الاتفاقيات الدولية **(الفرع الأول)** ،بينما الأخر اعتبره من العقود الإدارية وذلك لما يحتويه من شروط العقد الإداري **(الفرع الثاني)** ،بينما هناك من رأى أنها تدخل في نطاق العقودالخاصة أي تخضع لإحكام القانون الخاص **(الفرع الثالث)** .

الفرع الأول: عقود الاستثمار الدولي هي اتفاقيات دولية

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن عقود الاستثمار الدولي ما هي إلا اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقات قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة، بحيث يرى أن عقود الاستثمار من ضمن الاتفاقيات الدولية، وهذا من أجل جعل الالتزامات الناشئة من عقد

الاستثمار إلزامات دولية، وذلك لصالح المتعاقد الأجنبي أي أنه لا يترتب عن إخلال الدولة المضيفة للاستثمار بالتزاماتها اتجاه المستثمر الأجنبي مسؤولية دولية ،حتى لو أنها أخلت بإحدى اتفاقياتها الدولية [1].

وبهذا فإن دولية العقود المبرمة بين الدولة والشخص الأجنبي لا يعني بالضرورة إعطاءه اختصاصات مماثلة لاختصاصات الدولة. ولكنه يهدف إلى الاعتراف بتمتعه بأهلية دولية من نوع خاص، تمكنه من التصرف على المستوى الدولي والدفاع عن حقوقه بإسناد قواعد القانون الدولي العام بهذا فان صفة الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي، لا تخوله إلا الدفاع عن حقوقه المستمدة من العقد[2].

ولقد استند هذا الاتجاه في تبرير وجهة نظرهم إلى مجموعة حجج من بينها:

– أن عقود الاستثمار تبرم في شكل صورة اتفاقية دولية يكون احد أطرافها شخصا قانونيا دوليا مثل :اتفاق دولي وتنشئ أثارا على عاتق الدولة المتعاقدة ويكون الاختصاص في فض المنازعات الناشئة عنه مسندا إلى هيئات دولية متمثلة في التحكيم الدولي وغالبا ما تستبعد القوانين الداخلية من تطبيق على المنازعات الناشئة على هذه العقود [3].

– أن عقود الاستثمار هي عقود تنمية لا تقوم بها إلا الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع الدول الأخرى.

1– علاوة الصادق، المرجع السابق، ص26.

2– حيتم هبة، المرجع السابق، ص57.

3– رضوان ربعية،"فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"،المرجع السابق، ص49.

ولقد تم تكريس هذا الرأي في قضاء التحكيم ففي تحكيم tescacalasiatica توصل المحكم الوحيد Dupuy إلى أن العقد محل النزاع ما هو إلا عقد مدول، فهو يعادل المعاهدة الدولية ولقد نتج عن ذلك مسؤولية الحكومة الليبية على أساس أن العمل الذي قامت به غير مشروع[1] .

ولقد حرصت العديد من الاتفاقيات الدولية على حل إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية سعية إلى تطبيق القانون الوطني كقانون ضابط لهذه العقود، ومنبين هذه الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع معظم الدول في مجال حماية وتطوير الاستثمار جلها تنص على تطبيق قانون الدولة التي يزاول فيها النشاط [2].

وفي نفس السياق نجد اتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة الأرجنتين سنة 2001 التي نصت هي كذلك على تسوية منازعات التي تنشئ بين الطرفين في المادة الثامنة منها في الفقرة الرابعة.

وتعد اتفاقية واشنطن لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى خطوة هامة باتجاه خلق نظام قانوني دولي حقيقي يتضمن قواعد قانونية دولية ملزمة تتعلق بعقود الاستثمار.

بالإضافة إلى أن أحكام التحكيم الصادرة عنها تعد أحكاما فيرى الأستاذ Paninigueberlu أن ذلك يدل على بداية وجود نظام قانوني و جزاءات تطبيق على فئة محددة من العقود ألا وهي عقود الاستثمار [3].

1- ايت يوسف نعيمة " الطبيعة القانونية لعقود الدولة في مجال الاستثمار"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو بـ 2020/11/04، ص30.

2_ بوخالفة عبد الكريم "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية "،مجلة أفاق للبحوث والدراسات ،المركز الجامعي اليزي العدد 3جانفي2019 ،ص 78.

3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة باستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، 1965/03/18، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج رج.ج العدد 66.

– بالرغم من تقديم هذا الاتجاه الفقهي من حجج لاعتبار أن عقود الاستثمار الدولي ما هي إلا اتفاقيات دولية إلا أنه لم يسلم من النقد.

فتم نقد هذا الاتجاه من خلال جملة من العناصر التي يمكن أن نوضحها في ما يلي :

– عقد الاستثمار يعد اتفاقية بين الدول أو منظمات دولية فاتفاقية الدولي لا تصرف إلا الاتفاقيات المبرمة بين أشخاص القانون الدولي بينما تبرم عقود الاستثمار بين أحد هؤلاء الأشخاص المتمثل في الدولة وشخص خاص من أشخاص القانون الداخلي فبهذا لا يمكن اعتبار عقود الاستثمار من قبل الاتفاقيات الدولية [1] .

– إن عقد الاستثمار الدولي وإن كان غرضه التنمية وان احد أطرافه شخص قانوني دولي لا يخرجه من فئة العقود الدولية بل تبقى الصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة هذه العقود [2].

وفي الأخير فإن الهدف وراء اعتبار عقود الاستثمار اتفاقيات دولية هو محاولة إفلات الشركات الاستثمارية الدولية من سلطان قانون الدولة الوطني ومحاولة منع هذه الأخيرة من التمسك بقانونها وما يمنحه لها من سلطات ومن الأحكام التي أبدت فكرة عدم اعتبار عقود الاستثمار اتفاقية دولية والحكم الصادر عام 1952 من محكمة العدل الدولية بأن عقد الامتياز الذي أبرمته إيران وشركة النفط المذكورة والتي تحمل الجنسية البريطانية لا يعد كذلك اتفاقية دولية [3].

1- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص ص 28-29.

2- ربعية رضوان "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم "، المرجع السابق، ص 50.

3- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص29.

الفرع الثاني: عقود الاستثمار هي عقود إدارية

ذهب جانب من الفقه إلى أن عقود الدولة وفي مقدمتها عقود الاستثمار تعتبر من قبيل العقود الإدارية. حتى تتمكن الدولة من تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة من أجل تحقيق المنفعة العامة[1].

ويعرف العقد الإداري بأنه هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره [2] .

ويستند هذا الاتجاه من الفقه في تكييف عقود الدولة على أنها عقود إدارية إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية حيث تتوافر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري والمتمثلة في كون الدولة طرفا في العقد، واتصال العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص [3].

فإن الشرط الأول اعتبر الدولة طرفا في العقد فهذا موجود في عقود الدولة في حين أن المستثمر الأجنبي يعتبر من أشخاص القانون الخاص والذي يعتبر الطرف الثاني في العقد.

أما الشرط الثاني هو أن عقود الاستثمار الدولية أو الأنشطة الاقتصادية التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها الحكومية التابعة لها وذلك بحسب طبيعة النشاط التي يقوم به سواء كانت صناعة أو زراعة أو نفط أو تجارة أو أدوية...الخ فعقود الاستثمار كلها لها اتصال بالمرافق العامة [4] .

بحيث يستند هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى الحجج الآتية:

1_ايت يوسف نعيمة، المرجع السابق ،ص 31.

2- أحمد مُحَّد البوشي عبده علي، "مفهوم العقد الإداري وسماته، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية"، جامعة القاهرة مجلة 8 ع 11 نوفمبر 2020ص3894.

3- ايت يوسف نعيمة، المرجع نفسه ، ص31.

4- ربعية رضوان، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص50.

– أن عقود الاستثمار او عقود النشاط الاقتصادي وإن كان مظهرها الخارجي يهدف إلى تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي إلا أن من وجهة نظر الدولة المضيفة تهدف إلى تسيير مرفق عام حيوي.

– أن أحد أطراف العقد هو الدولة أو أحد الأجهزة العامة التابعة لها والقائمة على النشاط الاقتصادي [1].

– أما بالنسبة للشرط الثالث هو احتواء العقد على مجموعة من الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص مثل المزايا التي يقررها الطرف الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية وما تحتويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص ، كما يرى هذا الاتجاه أن شروط الثبات التشريعية تعد شروط استثنائية تجعل العقد إداريا [2].

وبهذا فإن من المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري تطبيق نظريات إعادة توازن العقد، وذلك للمحافظة على مصالح طرفي العقد مدة سريانه، وهو ما أيدته أحكام التحكيم الدولي في قضية BP ضد ليبيا والتي أكدته نظريات القضاء الإداري السابقة الأمر الذي يؤدي إلى اعتراف التحكيم الدولي بأن تلك العقود هي عقود إدارية [3].

واحتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص فالدولة باعتبارها ذات سيادة تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها المتعاقد مع الدولة تتمثل في ممارسة نفوذها على مستويات التشريعية والقضائية والتنفيذية وهذا ما يقودنا إلى مسمى اختلاف المراكز القانونية في العقد [4].

بالرغم من أهمية هذا الاتجاه وما استندوا إليه إلا أنه وجه له العديد من الانتقادات، فإن تطبيق نظرية العقود الإدارية على عقود الدولة يعتبر تطبيق خارج نطاقها، فنظرية العقود الإدارية أساسها

1- غالية يونس الدباغ ،وس ن مقداد، " عقد الاستثمار" مجلة جامعة تكريت في العلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 2،العراق،نشاط 2009، ص367.

2- بشار الأسعد،"عقود الدولة في القانون الدولي "، المرجع السابق، ص93.

3- حيتم هبة، المرجع السابق، ص58.

4- ربعية رضوان، "فض منازعات عقود الاستثمار بين القضاء والتحكيم "المرجع السابق، ص 51.

التفرقة بين القانون الخاص والقانون العام ، ففي تحكيم aramco رفضت هيئة التحكيم تكييف العقد بأنه عقد إداري استنادا إلى أن السعودية لا تأخذ في نظامها الداخلي بمبادئ القانون الإداري الفرنسي [1] .

وأن توفر الشرطين شرط أن تكون الدولة طرفا في العقد وان يتصل العقد بمرفق عام لا يكفي ليعتبر هذا العقد إداريا إذ يعتبر شرط أو شروط غير مألوفة واجبا ليعد العقد إداريا [2].

بهذا فإنهم انطلقوا من خلفيات اقتصادية وليست قانونية وعالجوا هذه العقود من زاوية أهدافها الاقتصادية وهذا راجع إلى أن جلهم ينتمي إلى الدول النامية التي تسعى إلى التنمية الاقتصادية وتحقيق نمو اقتصادي من وراء إبرام هذه العقود.

كما أن صفة السيادة التي بني عليها أصحاب هذا الرأي فكرهم هو مجرد غطاء للضغط على الدولة المضيفة[3].

بحيث أنه توجد شروط وبنود في تلك العقود تتساوى فيها المراكز القانونية بين أطراف العقد، وبالتالي تتنافي فكرة السيادة ولا تعد أساسا تميز هذه العقود وباعتبارها عقود إدارية بالإضافة إلى أن معظم أطراف عقود الاستثمار احتكاريين مما يعطيهم قوة في هذه العقود الأمر الذي يحقق المساواة الاقتصادية بينهم وبين الدولة [4].

1- ايت يوسف نعيمة، المرجع السابق، ص33.

2- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص31.

3- ربعية رضوان،"فض منازعات عقود الاستثمار بين القضاء والتحكيم" المرجع السابق ، ص51.

4- إبراهيم محمد العقود، المرجع السابق، ص ص 302-303.

إضافة إلى ذلك أن إضفاء صفة العقود الإدارية على تلك العقود يتطلب بالضرورة وجود قضاء إداري دولي للنظر في المنازعات التي تنشأ عنها، والواقع يثبت لنا أن هذا النوع من المنازعات عادة ما يكون الاختصاص فيه للتحكيم الدولي [1].

ومن الأحكام التحكيمية التي تعترف بالطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار نذكر منها تحكيم أرماكو الذي كان بين شركة أرماكو وحكومة المملكة السعودية، قضية تاكاسكو وتحكيم ليمكو بين الشركة الأمريكية ليمكو والحكومة الليبية [2].

الفرع الثالث: عقود الاستثمار عقود مدنية

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود الدولة في مجال الاستثمار من عقود القانون الخاص استنادا إلى أن كثيرا من هذه العقود تدخل في إطار الأعمال المدنية والتجارية وان معظم المؤسسات التحكيمية تحيل الأمر إلى إرادة الأطراف، ومن ثم قانون الدولة وقانون الدولي وهذا بخلاف العقد الإداري الذي يبقى وطنيا يخضع في كل الأحوال إلى قانون الدولة التي تكون طرفا فيه [3].

بحيث يرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة اللجوء إلى العقود المدنية التي تعتبر أكثر انسجاما مع متطلبات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمارات الدولية نظرا إلى انه في العديد من الدول غير معرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مما يؤدي إلى عزوف الكثير من المستثمرين الأجانب واتخاذه موقفا عدائيا اتجاه السلطة العامة في الدولة المضيفة. ويستند هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج من بينها:

1- ربعية رضوان،"فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص 51.

2- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 32.

3- ايت يوسف نعيمة، المرجع السابق، ص ص 302-303.

– أن عقود الاستثمار الدولية لم تعد ترتبط بالمرافق العامة وتقديم الخدمات إنما أصبح ذات طبيعة خاصة تنظمها مبادئ القانون الخاص والذي يستند على مبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والعقود المشتقة من مبدأ سلطان الإرادة المتعارف عليه في القانون الخاص.

– عقود الاستثمار الدولي هي عقود تتخطى الحدود الجغرافية لإقليم الدولة وغالبا ما تتعلق بمسائل التنمية والتجارة الدولية وتتجاوز النطاق الاقتصادي الداخلي وهي مواصفات يصدق عليها تكييف بأنها عقود تجارية دولية [1].

وبالتالي فعقد الاستثمار الدولي قد يتخذ صورة العقد الخاص وهذا إذا دخلت الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص في هذا العقد، حيث يكون أطراف عقد الاستثمار كلاهما من أشخاص القانون الخاص، وعلى هذا الأساس تتمتع الأطراف بحرية في اختيار القانون الواجب تطبيق وكذا الهيئة التي تفصل في المنازعات الاستثمارية، ولقد تم الأخذ بهذا الاتجاه من طرف المركز الدولي بحيث اعتبرت كل النزاعات المتعلقة بالاستثمار عقود خاصة [2] .

كما يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدول أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك الشأن العادي حيث تتحقق مصالحها وحتى تحتفظ بعلاقات اقتصادية كبيرة بالخارج، وبضرورة اللجوء إلى العقود المدنية التي تعتبر أكثر انسجاما مع متطلبات التجارة الدولية [3].

1- ربعية رضوان، "فض منازعات عقود الاستثمار بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص 55.

2- ايت يوسف نعيمة، المرجع السابق، ص34.

3- غالية الدباغ ، وسن مقداد، المرجع السابق، ص368.

وكذلك نظرا لما قدمه هذا الاتجاه من حجج إلا انه لم يسلم من النقد على فكرة اعتبار عقد الاستثمار من قبل عقود القانون الخاص إذ يرى هذا الجانب من الفقه أن فكرة اعتبار عقود الاستثمار من عقود القانون الخاص لا تتلائم وتتعارض مع ذاتية وخصائص عقود الاستثمار [1].

وكما أن شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد يثبت إدارية عقد الاستثمار وليس انتماءه لفئة القانون الخاص فشرط الثبات التشريعي يعد اعترافا غير مباشر من الطرف الأجنبي بأن للدولة سلطة يمكن استعمالها في أي وقت إلا أن الطرف الأجنبي اتفق مع الدولة على عدم استعمال هذه السلطة [2].

وعليه فعقود الاستثمار الدولي ليست عقود إدارية وليست عقود خاصة على إطلاقها وليس من السهل تغليب طرف على طرف وإنما يرجع تكييفها حسب كل عقد في ضوء شروطه وعناصره وظروفه وما إذا كان من الأنشطة المرتبطة بسيادة الدولة أو الأنشطة الأخرى ذات صبغة صناعية أو تجارية تديرها هي أو بواسطة أجهزتها التابعة لها.

المطلب الثاني: المعايير الدولية لعقد الاستثمار الدولي.

طرح تساؤل فقهي حول انتساب صفة الدولية في عقد الاستثمار الدولي، وايهما اصح عقد الاستثمار الدولي أو عقد الدولي للاستثمار؟ فالدولية تتبع العقد أو الاستثمار؟ لم يستقر الفقه القانوني على وضع معيار محدد لإضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة أو احد هيئاتها وبين المستثمر الأجنبي كطرف ثاني في العقد. بحيث تبنى المعيار الأول معيار قانوني بينما اتجه الرأي الثاني بالأخذ بالمعيار الاقتصادي في حين ذهب الجانب الآخر إلى الجمع بين المعارين لإضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار.

1- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص35.

2- حيتم هبة، المرجع السابق، ص59.

الفرع الأول: المعيار القانوني لدولية عقود الاستثمار.

ذهب جانب من الفقه في تكييفه للرابطة العقدية إلى أن اعتبار العقد الدولي هو ذلك العقد الذي اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد أي إذا تضمن عنصر أجنبي واحدا على الأقل[1]سواء كان هذا العنصر شخصيا : كجنسية الأطراف المتعاقدة أم موضوعيا: كمحل إقامة، أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه.

ووفقا لهذا المعيار يعد عقدا دولياذلك العقد المبرم مثلا في فرنسا بين فرنسي وسعودي مقيم في فرنسا لاختلاف جنسية كل منهما[2].

وبهذا فإن هذا الاتجاه أخذ بفكرة أن عقود الاستثمار تعد عقود دولية إذا اتصلت عناصرها بأكثر من نظام قانوني واحد. ومن خلال هذه الفكرة يقوم المعيار القانوني على توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية حيث يميل الفقه التقليدي إلى أن وجود عنصر أجنبي في العقد يطغى عليه الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لقواعد القانون الدولي [3].

بمعنى انه يكفي الاعتبار العقد دوليا أن يتطرق العنصر الأجنبي إلى عنصر الأطراف كأن يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو عنصر الموضوع كان يكون مكان تمثيل العقد مختلفا عن دولة القاضي وهذا المعيار يعتبر المعيار القادر على تأكيد عالمية حلول القانون الدولي الخاص حسب رأي أنصار هذا الاتجاه [4].

وعليه فان العقد إذا ابرم في دولة أجنبية وبين أشخاص احدهما يكون مقيم في دولة غير دولته أو أجنبيا أو يكون محل العقد أو تنفيذه في دولة أجنبية، فانه يضفى عليه الصفة الدولية.

1_ عدنان بن صالح العمر، المرجع السابق، ص56.

2- المرجع نفسه، ص57.

3- إبراهيم محمد العقود، المرجع سابق، ص304.

4- علاوة الصادق، المرجع سابق، ص38.

فتجدر الإشارة إلى أن هذا المعيار يمتاز بتحقيق الاستقرار القانوني في الروابط التعاقدية أين يعرف كل طرف مقدما سيكون ملتزما أمامه بتنفيذ العقد والآثار المترتبة عليه وقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم منها على سبيل المثال: قضية هضبة الأهرام [1].

ولقد تعرض أصحاب هذا المعيار للنقد حيث اتهموا بالجمود وعدم المرونة لأنهم نادوا بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد الطابع الدولي بغض النظر عن أهمية وفاعلية هذا العنصر في إضفاء الصفة الدولية على العقد[2].

وعلى خلاف هذا المعيار القانوني التقليدي، ذهب الجانب من الفقه الحديث مدعما المعيار القانوني في اكتساب عقد الاستثمار بصفة دولية إلى التفرقة بين العناصر القانونية التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية للعقد بين العناصر الغير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية بحيث لا يعد – بناء على هذا المعيار – العقد دوليا لمجرد توفر العناصر المحايدة ولا تكفي لإصباغ الطابع الدولي على هذا العقد، بل يتعين على اكتساب الصفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فعال أو مؤثر [3].

فلا يمكن اعتبار العقد دوليا لمجرد انه حرر على ورق في دولة أجنبية، فتحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسالة نسبية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ويتوقف على طبيعة الرابطة العقدية فمثلا إذا كانت جنسية المتعاقدين تعد عنصرا سلبيا غير مؤثرا في عقود المعاملات المالية فهي على العكس تعد عنصرا حاسما في عقود الزواج حيث أن تمتع احد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء الصفة الدولية على هذا العقد.

1- ربعية رضوان، "فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم "المرجع السابق، ص38.

2- حيتم هبة، المرجع السابق، ص61.

3- إبراهيم محمد العقود، المرجع السابق، ص305.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد وهذا راجع إلى مسألة مدى فاعلية عناصر العقد وعدم فعاليتها لسلطة القاضي التقديرية، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر القضائية من دولة إلى أخرى .

وبالتالي لا تصلح وجهات النظر المتضاربة لوضع معيار قانوني جامع ومانع يأخذ به إلى الصفة الدولية للعقد [1].

لذلك ظهر جانب من الفقه أخذ بالمعيار الاقتصادي لتحديد الطابع الدولي العقد الاستثماري الدولي.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي لدولية عقود الاستثمار

يعتبر العقد دوليا وفقا لهذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية، ولما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، فقد اتخذ هذا المعيار صور متعددة حيث كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات اقتصادية معينة يشهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه هذا المعيار كحاجة تطبيق أو تفادي تطبيق نص قانوني معين [2].

وبهذا اتجهت محكمة النقد الفرنسية إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية وتطورت أفكار هذا المعيار على النحو التالي:

أولا– فكرة المد والجزر للبضائع عبر الحدود الدولية:

لعل هذه الفكرة أول ما ظهرت على يد المحامي العام Maitre وذلك بمناسبة قضية PlayerduBest والتي طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 1927/05/17، ولقد كان السؤال

1- حيتم هبة، المرجع السابق، ص65.

2- بشار الأسعد،"عقود الدولة في القانون الدولي" المرجع السابق، ص78.

المطروح يدور حول مدى صحة الشرط الثبات التعاقدي المتعلق بوسائل الدفع النقدي في عقود دولية فقد كان هذا الشرط باطلا في فرنسا عقب صدور قانون 1914/08/05 [1].

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)

يمزج هذا المعيار بين المعيارين السابقين القانوني والاقتصادي، حيث أن المعيار القانوني يمكنه نظريا إثارة مشكلة تنازع القوانين إلا انه لا يمكن الاعتماد عليه لوحده لإسباغ الصفة الدولية على العقد فلا يمكن مثلا اختلاف جنسية المتعاقدين فحسب للاعتراف لهذا العقد بالصفة الدولية وإخضاعه لقانون أجنبي، كما انه من جهة أخرى قد لا يكون المعيار الاقتصادي كافيا لوحده لمنح الوصف الدولي للعقد بسبب عدم الأهمية الاقتصادية للعقد على الصعيد الدولي [2].

أي أن هذا الاتجاه لم يعمد بالاكتفاء عند تقرير دولية عقود الاستثمار بالمعيار القانوني لتوفر العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية فقط، بل أكد أيضا من الارتباط الوثيق للعقد بمصالح التجارة الدولية أي المعيار الاقتصادي وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 4 يوليو 1976 بتطبيق المعيار المختلط بالاعتماد على المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي معا.

وكذلك ما ذهبت إليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، حيث جمعت بين محل إقامة أطراف العقد [3]واتفاقية واشنطن عام 1965، التي أخذت بالمعيار القانوني الاقتصادي لدولية عقود الدولة للاستثمار حتى وان كانت لم تفصح عن ذلك صراحة.

1- إبراهيم محمد العقود، المرجع السابق، ص307.

2- بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي "المرجع السابق، ص307.

3- بشار محمد الأسعد، "الفعالية الدولية للتحكيم في عقود الاستثمارالمرجع السابق، ص83.

أما المشرع الجزائري فيتضح موقفه من المعايير الدولية في نص المادة 458 من المرسوم التشريعي الملغى رقم 09/93[1] والذي تعرض إلى دولية التحكيم (عندما تكون المنازعة المختلفة متعلقة بمصالح التجارة الدولية)، وحسب هذه المادة فقد يأخذ بالمعيارين القانوني والاقتصادي[2].

غير أن موقفه قد تغير بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 09/08 المعدل والمتمم بقانون 08/09 المعدل والمتمم بالقانون 22- 18 حيث نصت المادة 1039 " التحكيم يعد دوليا إذا كان يخص الالتزامات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية للدولتين على الأقل"[3].

وبهذا فان المشرع الجزائري أصبح يأخذ بالمعيار الاقتصادي فقط لتحديد صفة الدولية للعقد.

وفي الخير تعتبر عقود الدولة عقود دولية وذلك بالنظر إلى توفر المعيار القانوني والاقتصادي فيها ويترتب على ذلك خضوعها للآثار المترتبة على العقود الدولية[4].

بهذا نرى وجوب الأخذ بالمعيار المختلط وذلك لما يحتويه من معايير مكملة لبعضها فلا يمكن أن نتصور انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود والقيام بعمليات الاستيراد والتصدير دون أن يكون هناك طرف أجنبي في العلاقة.

1- المرسوم التشريعي 93-09 ،المؤرخ في 25 افريل1993، المعدل والمتمم للأمر 66-154، المؤرخ في 08 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخ في 27 افريل 1993 .

2- حيتم هبة، المرجع السابق، ص63.

3- القانون رقم 08-09 ،المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر، العدد 21 مؤرخة في 2008/04/23. المعدل والمتمم بقانون 08/09.

4 - بشار الأسعد،"عقود الدولة في القانون الدولي " المرجع السابق، ص307.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما تناوله من هذا الفصل المعنون تحت عنوان عقد الاستثمار الدولي بين غياب الإطار المفاهيمي وغموض الوصف القانوني، نجد أن عقد الاستثمار الدولي أو مفهومه يطرح إشكالية تحديد مفهومه أو تعريفه. أين نجد غياب وجود تعريف محدد لعقد الاستثمار الدولي في التشريعات الوطنية والمقارنة وحتى في إطار الاتفاقيات الدولية الأمر الذي أثار خلافا فقهيا جدليا واسعا في مفهوم عقد الاستثمار، فهو عقد يختلف عن بعض العقود الأخرى التي تتقاطع معه ،كعقد الدولة أو عقود التجارة الدولية . ناهيكعن اختلاف تحديد الصفة الدولية لهذه العقود كل هذا انعكس كذلك على الوصف القانوني لهذه العقود ،فلاحظنا اختلاف الآراء الفقهية في تحديد التكييف القانوني أين نجد وقوع عقود الاستثمار الدولية من حيث تنظيمها القانوني في المنطقة الرمادية لا هي تنتمي للقانون العام ولا هي تنتمي للقانون الخاص ، الأمر الذي يطرح إشكالية أخرى في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود الواقعة بين المنطقة الرمادية تنهى طرح إشكال القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الذي سنعالجه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية بين التوطين والتدويل

تشكل عقود الدولة للاستثمار إحدى أهم الوسائل القانونية التي تستعملها الدول النامية في علاقاتها التعاقدية بهدف جلب الاستثمارات، ومواكبة تطور العلاقات التجارية الدولية التي أصبحت تفرض قواعدها وآلياتها دون اعتبار للحدود، لذلك وجدت الدول النامية نفسها أمام تحديات صعبة،حاجتها للاستثمار والتنمية الاقتصادية من جهة، ورغبتها في الحفاظ على سيادتها منجهة أخرى.

فهذه الرغبة وتلك التحديات هو ما أثار الجدل بين الدول النامية المالكة للمواد الأولية، وبين الدول المصنعة المصدرة للاستثمارات، لاسيما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، بحيث تمسكت الأولى **بتوطين** العقد أي بتطبيق قوانينها الوطنية[1] استنادا للاعتبارات السيادية والمصلحة العامة من جهة، في حين تدافع الثانية من جهة أخرى عن **تدويل** العقد أي، تطبيق القانون الدولي [2].

ونظرا لأهمية العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، وللمشاكل التي تطرحها خاصة تكييفها والقانون واجب التطبيق عليها، فإنها عينت باهتمام الكثير من الفقهاء، بل أكثر من ذلك فأنها تعتبر ذات أهمية قصوى بالنسبة للدول النامية ومن بين الدول نذكر الجزائر، التي عمدت إلى إبرام الكثير من العقود الدولية مع شركات خاصة أجنبية لتنمية وتطوير اقتصادها وبهذا تراوحت عقود الاستثمار بين نظامي التوطين والتدويل، حيث تصر الدول النامية على إخضاع علاقاتها التعاقدية مع الطرف الأجنبي إلى تشريعاتها الداخلية بتطبيق القانون الوطني أي توطينها[3] (**المبحث الأول**) ، في حين تم رفض هذا الأخير بحجج مختلفة، مع الرغبة الواضحة في الخضوع إلى القانون الدولي أي تدويله (**المبحث الثاني**).

1- أمُحَمَّد سعد الدين، "عقود الدولة بين التوطين والتدويل" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص53.

2- صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012 ، ص9.

3- أمُحَمَّد سعد الدين، المرجع السابق، ص54.

المبحث الأول:توطين القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولية

يعتبر خضوع عقود الاستثمار للقوانين الوطنية هو الأصل الذي اعتمد في القانون الدولي من خلال هيئات دولية، فبالنظر إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، نجد كل عقد يبرم بين دولة وشخص أجنبي يحكمه القانون الوطني لتلك الدولة لأن عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد، يعتبر بمثابة وجود قرينة على الاختيار الضمني لقانون الدولة المتعاقدة [1].

فتكريس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة في مختلف التشريعات الوطنية للدول خاصة الدول النامية استنادا إلى عدّة أسس قد تكون أسس قانونية، اعتبرت أن هذه العقود عقود إدارية تخضع لمختلف سلطات الدولة الداخلية، أو إلى الاتفاقيات الدولية، وكما قد تطبق القانون الوطني استنادا إلى أسس من جهة أخرى خاصة تلك المتعلقة بالسياسة التنموية المتبعة من طرف هذه الدول التي تسعى إلى تكييف عقود الاستثمار وفق قانونها الوطني لتحقيق تنميتها (**المطلب أوّل**) وقد يطبق القانون الوطني على عقود الاستثمار بناءًا على إرادة الأطراف (**المطلب ثاني**) [2].

1- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص12.

2- براش خليجة، عزون منيرة، عقود الاستثمار بين فكرتي التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2015 2014 ،ص 5.

المطلب الأول: الأسس القانونية والغير قانونية لتطبيق قانون الوطني لدولةالمضيفق

يعتبر خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني كما ذكرناه سالفا بمثابة الأصل بحيث يكون موضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني إما يستند إلى أسس قانونية **(الفرع الأول)** كما قد يكون يستند إلى أسس غير قانونية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة

بالرغم من التطبيق العادي لقواعد تنازع القوانين، فهناك من يؤكد على حق الدولة المتعاقدة بتنظيم عقود الاستثمار استناد إلى تكييفها كعقود إدارية **(أولا)**، والأخر يقر بتطبيق القانون الوطني إعمالا للقانون الاتفاقي **(ثانيا)** [1].

أولا : توطين عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية

يعتبر القانون الوطني للدولة المضيفة القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي تبرمها مع الأجانب، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929 المتعلق بالقروض الصربية البرازيلية الذي قضى فيه بعدم إمكانية افتراض أن الدولة بمالها من سيادة ترتضي استنادا التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، وأضاف الحكم أن الدولة تستطيع اختيار قانون غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار انه تم الاتفاق عليه في العقد[2].

وأكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ذلك استنادا إلى فكرة السيادة في قضية القروض المصربية والبرازيلية المذكورة سالفا، على أنه:"لما كان الطرف المقترض في عقود القرض دولة ذات

1- عناب حسام، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2017 /2018، ص32 .

2- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص14.

سيادة، فلا يمكن افتراض أنالالتزامات التي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها"[1]، أي أن التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية الذي بدور هي كيف عقود الاستثمار على أنها إدارية هو دخول الدولة كطرف في العقد واتصال هذ االأخير بالمرفق العام، وبالتالي من المنطقي أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للدولة المضيفة التي ينفذ على مستواه االمشروع الاستثماري.

فالطبيعة الإدارية لهذه العقود تستلزم كون أحد أطرافها الدولة أو احد المؤسسات التابعة لها، لان عقودها مبرمة من طرف سلطة عامة لتحقيق مصلحة عامة واعتماد على الحقوق والسلطات المخولة لها بمقتضى القوانين، لهذا فإنها لا تختلف عن العقد الإداري الداخلي وكما أنهذه العقود وان كان مظهرها الخارجي يوحي إلتحقيق الربح من قبل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلا أنها فينظر الدولة المتعاقدة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام ومن هذا المنطلق فإنّ التكييف القانوني يعد من المسائل ذات الأهمية الكبرى في جميع العلاقات القانونية عموما، وفي عقود الاستثمار عل وجه الخصوصب اعتبارها أهم أنواع العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية[2].

ولأن هذا العقد مبرم من طرف الدولة بصفتها سلطة عامة وشخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية لهذه الدولة لعدم امتلاكها تقنية علمية كافية لفع لذلك بنفسها [3].

1- عناب حسام، المرجع سابق، ص23.

2- بوخالفة عبد الكريم، المرجع سابق، ص 75.

3- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص 6.

فلقد أكدّ المشرع الجزائري في المادة **4/10** من ق.م.ج. على إخضاع عقود الاستثمار للقانون الداخلي للدولة المضيفة بصفتهاسلطة عامة تتمتع بالسيادة وذلك بنصه على"غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنّها تخضع للقانونا لجزائري" [1].

وحسب هذها لمادة فإنّه يطبق القانونال جزائري على كل الأشخاص الأجنبية الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر. وبهذا يتيح تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد ويمنحها الحرية الكاملة لتعديل التزاماتها التعاقدية من جانبها وذلك استنادا إلى المقولة القديمة التي تقضي بان الدولة أقوى من الطرف الخاص وأنها تستطيع التأثير على التوازن العقدي بفرض إرادتها في التعديل أو الإلغاء فمن جهة تعتبر دولة ذات سيادة تخضع للقانون الإداري لكونها طرفا عام يشترك فيها المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام ومن جهة أخرى يعتبر طرف خاص برغم من قوته الاقتصادية إلا انه لا يتمتع بالسيادة ولا بالسلطات التي تتمتع بها الدولة [2].

وفي الحقيقية أن فكرة العقد الإداري ظهرت وتطورت من خلال مجلس الدولة الفرنسي، وهي عقود ملزمة تبرم من قبل إحدى السلطات العامة أو الهيئات الحكومية مع شخص خاص، تهدف الدولة من خلالها إلى تحقيق مصلحة عامة، إنما يلاحظ على العقود الإدارية أنها تتوفر فيها بعض الصفات والشروط الخاصة، وهي نفسها متوفرة في العقود التي تبرمها الدولة مع الأجانب، والقانون الداخلي للدول هو الذي يحددشروط إبرام هذه العقود من جهة، وحقوق والتزامات كل طرف من جهة ثانية، بحيث تكون هنا للدولة سلطات وامتيازات أوسع من تلك التي تمنح للمتعاقد معها "الشركات الأجنبية"، وهذا أمر طبيعي في ظل دولة تنتهج سياسة اقتصادية منظمة ومخططة، زيادة على أنها كيان صاحب سيادة[3].

1- أمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- صراح ذهبية، مرجع سابق، ص16.

3- أمُحَمَّد سعد الدين، المرجع سابق، ص 61.

وعلى عكس عقود القانون الخاص التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين نجد أن عقد الاستثمار يطبق عليه القانون الوطني للدولة المتعاقدة ولها حرية تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية تعاقدية، وأكثر من ذلك فإن الدولة تتمتع بحق تعديل بل إنهاء عقد التنمية الاقتصادية الذي ينفذ على أرضها بإرادتها المنفردة، فالدولة تتمتع بحرية لكاملة لتعديل التزاماتها التعاقدية.

إلا انه تعديل العقد بالإرادة المنفردة لا يقتصر فقط على الدولا لنامية إنّما يمكن لكل الدول أن تقوم بالتغيير وتعديل العقد بالإرادة المنفردة بشرط تحقيق فكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد معها [1].

بحيث انتهى أحد الأساتذة في هذا إلى أن عقد الامتياز وهو من عقود الاستثمار ويعتبر امتياز مرافق عامة،وعليه فعقد الاستثمار عقد إداري يخضع لقانون الدولة مانحة الامتياز واستندوا في تكييفهم لعقود الاستثمار على أنها عقود إدارية إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية من حيث المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة فيكون الدولة طرفا في العقد، واتصال العقد بمرفق عام واحتواءه على شروط استثنائية غيرمألوفة[2] في عقود القانون الخاص [3].

1- براش خليجة، عزون منيرة ، المرجع سابق، ص6.

2- الغير مألوفة في عقود الاستثمار هي الشروط التي تضعها الدولة بصفتها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص بما يتضمنه من إخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد كإعطاء الدولة حق لنفسها بتعديل العقد بإرادتها المنفردة الى جانب سلطتها بإنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون حاجة إلى تنبيه المتعاقد معها، وذلك خلافا للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص، انظر : صراح ذهبية، المرجع السابق ص17.

3- الغير مألوفة في عقود الاستثمار هي الشروط التي تضعها الدولة بصفتها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص بما يتضمنه من إخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد كإعطاء الدولة حق لنفسها بتعديل العقد بإرادتها المنفردة الى جانب سلطتها بإنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون حاجة إلى تنبيه المتعاقد معها، وذلك خلافا للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص، انظر : صراح ذهبية، المرجع السابق ص17.

ويعد إضفاء الصفة الإدارية على عقد الاستثمار في العقود التي تبرمها الدولة وتقبل فيها تقييد سلطاتها[1] على هذه الأخيرة جعلها تخضع لقواعد القانون الإداري وأساس ذلك أن الدولة رغم هذا التعاقد إلا أنها لم تنزل إلى مستوى الإفراد ولم تتخلى عن حقها في مباشرة سلطاتها السيادية لذا فهذه العقود تخضع لإحكام القانون الإداري الذي تخضع له الهيئات الإدارية.

وفي الأخير يمكن القول أن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار لا ترجع إلى كونها عقود من عقود القانون العام وإنما ترجع هذه الخصوصية لارتباطها بخطط التّنمية في الدولة المضيفة ومن ثم فعقود الاستثمار هي عقود إدارية ذات طبيعة خاصة، وتبعا لذلك يجب إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وبالخصوص الدول النامية دائما تسعى لتطبيق قانونها الوطني على ما هو موجود على إقليمها، وبالإضافة أن جل العقود المبرمة في مجال الاستثمار تكون في مناطق حساسة في الدولة [2].

و يضرب المثال في هذا السياق بالجزائر حيث نجد أن معظم عقود الاستثمار التي تبرمها تكون في مجال البترول، حيث أن المشرع خصص قانون خاص بهذا القطاع وأولى عناية في نصوصه القانونية في حالة ما إذا شاب نز اع فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق كما أشرنا إليه سابقا في دراستنا، وعليه فإن هذا المبدأ هو مكرس في كل النصوص التشريعية للدول وبالخصوص الدول النامية منها، وحتى الاتفاقيات التي تبرمها دائما تولي أهمية على تطبيق القانون الوطني للدولة التي يزاول فيها النشاط [3].

1- لأن هناك ما يميز ويتخذ معيار تصرف الدولة أو احد فروعها العامة لتكيف هذه العقود "عقود الاستثمار" فان كان تصرفها كشخص عام وتتوفر في تصرفاتها العناصر المميزة للعقد الإداري فان عقد الاستثمار هنا يخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى فكرة تكييف هذا العقد انه عقد إداري.

2- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص 19.

3- بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص78.

ثانيا: توطين عقود الاستثمار استنادا إلى المعاهدات الدولية

لقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتنوعة من حيث المواضيع والأهداف والتي تناولت القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، ولقد كرّست هذه الاتفاقيات تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ويتضح ذلك من مختلف نصوصها التي تقر بتطبيق القانون الوطني لهذه الأخيرة، ومن بين هذه المعاهدات في هذا المجال نجد معاهدة واشنطن الموقعة سنة **1965** والمنشئة للمركز الدولي[1] لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثماربين الدول ورعايا الدول الأخرى ومعاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[2].

1- اتفاقية واشنطن الموقعةفي 18 مارس 1965:

أبرمت اتفاقية واشنطن في 18مارس 1965 وهي اتفاقية دولية خاصة أنشأت المركز الدولي الخاص بتسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالاستثمار في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير [3]، ونظرا لكون تشجيع الاستثمارات الأجنبية يمثل احد أهم أهداف هذا البنك فقد توجهت جهوده في هذا الشأن إلى إبرام هذه الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشا بين الدولة المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، بحيث منحت اتفاقية واشنطن حرية واسعة للأطراف لتحديد القانون الذي يخضع له عقد الاستثمار وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وضعت الاتفاقية حلا وأزالت الغموض حول هذه المسالة إذا نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق على هذا العقد المبرم بينها وبين مواطن دولة أخرى [4].

1-براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص 7.

2- اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة، في 19 جوان 1980.

3- وقد وقعت على هذه الاتفاقية ثلاثة وسبعين 73 دولة، منها 8دول أوروبية و34 دولة افريقية و 11 دولة أسيوية، 4دول أمريكية منها الولايات المتحدة الأمريكية ولا تزال الدول تزداد عاما بعد عام نقلا من مقال موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية اطلع عليه على الموقع : بتاريخ: 2023/05/02 ، على الساعة 16:00سا .http://www.hrdiscussi.com

4- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص22.

وهذا ما أكدته المادة **42** من هذه الاتفاقية التي تنص على انه :"تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة طرف النزاع (بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين) وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد **...**"[1] تطبيقا لهذه المادة فإن هيئة التحكيم ملزمة بقانون الدولة المضيفة للاستثمار بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وكذا مبادئ القانون الدولي.

بحيث أكدت هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف[2]، كما أشارت إليه المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن يلاحظ أنه حتى في حالت قيام الأطراف باختيار قانون الدولة المتعاقدة صراحة كقانون واجب التطبيق، فان هذا الاختيار سوف يتم تكملته أو استبعاده بتطبيق القانون الدولي.

وهذا الانتقال لتطبيق قواعد القانون الدولي بدلا من القانون الوطني للدولة المتعاقدة رغم الاتفاق عليه مسبقا من الأطراف يمكن اعتباره انه يشكل خطرا كبيرا يودي إلى المساس برغبة الأطراف المتعاقدة وإلى إعطاء حرية كبيرة للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد [3].

1- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 بواشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/346 مؤرخ في 30أكتوبر 1995ج. ر. عدد 66، 1995.

2- يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق اختيارا صريحا وواضحا ومعبرا عن هذا الاختيار وذلك بغض النظر عن الوقت الذي يستوفيه هذا الاختيار سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء الاتفاق على شرط التحكيم أو حتى أثناء التحكيم ذاته فالمهم أن يتم هذا الاختيار قبل قيام المحكم بالفصل في النزاع.

3_صراح ذهبية، مرجع سابق ص9.

ويلاحظ أن اتفاقية واشنطن أنها منحت أطراف عقود الاستثمار قدرا واسعا من الحرية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تترتب على علاقة الاستثمار التي تربطهما وتمتد حرية الأطراف لتشمل حق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات[1].

بحيث جسدت الجزائر أيضا توطينها على المستوى الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها، والتي نصت على توطين عقود الاستثمار.

فنصت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر في السنوات القليلة الماضية على خضوعها للقانون الجزائري حيث نصت المادة 15 من اتفاقية الاستثماربين الدولة الجزائرية وشركة أوارسكوم تيليكوم على مايلي" :يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها.

وكرست أيضا الجزائر توطين عقود الاستثمار في المجال الدولي من خلال مصادقتها على، اتفاقية واشنطن عن طريق مرسوم رئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 باعتبار أن اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار تقر بتطبيق القانون الوطني في حالةسكوت الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق[2].

ومن خلال التعمق في دراسة المادة 42 من اتفاقية واشنطن يلاحظ انه حتى في حالة قيام الأطراف باختيار قانون الدولة المتعاقدة صراحة كقانون واجب التطبيق فان هذا الاختيار سوف يتم تكملته أو استبعاده بتطبيق القانون الدولي وهو ما يشكل خطرا يودي إلى النيل من رغبة الأطراف المتعاقدة من ناحية ومن ناحية أخرى يمنح للمحكمين حرية اكبر لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

1- نعيمي فوزي تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المراكز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية كلية الحقوق جامعة جيلاي اليابس سيدي بلعباس ص22.

2- براش خليجة عزون منيرة مرجع سابق ص32

أما في حالة عدم وجود اختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق فيطبق قانون الدولة المتعاقدة لأنه من غير المعقول أن تسمح هذه الأخيرة أن يطبق على التزاماتها قانون غير قانونها الداخلي وهذا من اجل اعتبارات سيادية وهذا ما أقرت بهمعاهدة واشنطن [1].

2- اتفاقية روما

أبرمت اتفاقية روما في 19 جوان 1980 [2] ودخلت حيّز التنفيذ في أول أفريل 1991 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث حددت هذه الاتفاقية العقود التي لا تدخل في نطاق سريانها. ولمتدرج عقود الدولة ضمنها أي أنها لم تذكر في هذا الحصر وبالتالي فان النتائج المترتبة عن ذلك خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق يمكن أن تطبق على عقود الدولة في مجال الاستثمار[3].

ومن خلال النظر في المادة 3فقرة 1 من اتفاقية روما نجدها تؤكد على أن مهمة تحديد هذا القانون لا يتم إلا من خلال الاختيار الإرادي والحرية المطلقة لأطرافه وهو ما نصت عليه المادة 3من الاتفاقية بقولها " أن العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف" [4].

واستنادا للمادة 3 من الاتفاقية يتضح لنا انه قد يقع اختيار الأطراف على قانون الدولة المضيفة أو القانون الوطني للطرف الأجنبي أو اختيارهم لقانون دولة محايدة .إلا انه وفي المقابل نصت المادة 4 من الاتفاقية على إخضاع العقد لقانون الوطني لدولة المتعاقدة التي يتم فيها تنفيذ العقد

1- صراح ذهبية، المرجع سابق، ص25.

2_ Antoine Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993. Jacques Foyer: Le contrat d,electio juris à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980, in, Mélanges Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p.169178-.

3- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص7.

4- اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في 19 جوان 1980.

باعتبارها الأقرب لهذا الأخير في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيضبط علاقتهما التعاقدية وهذا الذي يقوم في غالبية الأحيان لتطبيق قانون الوطني لدولة التي تبرم العقد [1].

ويتضح لنا من خلال كل هذا أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة بالعقد ومما لاشك فيه أن هذا القانون عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة لأنه غالبا ما يكون العقد قد ابرم على إقليمها كما انه يتم تنفيذه على هذاالأخير [2].

وكذلك نجد اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى المنعقدة في عام 1976التي نصت في مادتها 16 على ما يلي "تفصل المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي نصت عليها هذه الاتفاقية والأنظمة التي يقرها المجلس وفي حالة عدم وجود نص فيما سبق تطبق المحكمة قانون الدولة المضيفة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها" [3].

وإلى جانب الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني على عقد الاستثمار نجد أسس أخرى يوطن على أساسها العقد كذلك.

الفرع الثاني : تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا لاعتبارات غير قانونية

كانت معظم الدول في عقد زمني ليس ببعيد تخضع للاستعمار بكافة أشكاله وما صاحبها من نهي لخيرتها وهو ما جعلها تسعي لدعم نظامها القانوني للمحافظة على هذه الثروات وذلك باتخاذ موقف حذر اتجاه الاستثمارات الاجنبية، رغم حاجتها لرؤوس الأموال والخبرة الفنية الأجنبية للمساهمة

1- عبد مزيامحند كادم أنيس، "حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، بتاريخ 2020/2021، ص.

2- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص26.

3- فارح وليد، "عقود الدولة الاقتصادية بين التوطين والتدويل" مجلة الدراسات القانونية، جامعة سعيد د. مولاي الطاهر ،الجزائر، ع 1 ماي 2021 ص ص 346، 347.

في تنميتها، وبهذا فهي تسعى لحماية اقتصادها القومي من خلال التشريعات التي أصدرتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة يقوم على معيار الغاية، أي القصد من إبرام العقد، فالدولة عند إبرام عقد الاستثمار فإنها تسعى إلى تحقيق التنمية [1].

ومن هنا فإن تطبيق القانون الوطني يقوم على أساسين وهما أساس مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها (**أولا**) وعلى أساسا لسياسة التي تنتهجها الدولة بهدف التنمية (**ثانيا**).

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها

يندرج أساس تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار الدّولية في إطار مبدأ سيادة الدّولة المضيفة على ثرواتها الطبيعية وهذا ما تم تأكيده في العديد من المواثيق الدّولية وكذا التوّصيات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، خاصة وأنّهذه العقود ليس تلها علاقة بالقانون الدولي لكونها تستمد قوتها الإلزامية من النظّام القانوني الوطني للدّولة المتعاقدة الذي يحكم مختلف جوانبها العقدية.

فتوطين عقود الاستثمار الدّولية وخضوعها الكامل للقانون الوطني ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه التقّليدي للقانون الدّولي، وهي حلول تم تكريسها صراحة في كل من القضائيين الوطني والدولي وكذ افق ه القانون العام، وترتكز في أساسها على أن للدولة حق مطلق في ممارسةسيادتها على إقليمها وبهذا عملت العديد منا لدولا لنامية على إصدار تشريعات هدفها حماية الاقتصاد الوطني، وعدم إغفالا لمصلحة العامة للدول النامية [2].

وأدركت أن الاستقلال السياسي وحده لا يكون كافيا بل لابد من أن تحقق استقلالها الاقتصادي تفاديا لوقوعها في التبعية الاقتصادية للدول المتقدمة هذا ما جعل الدول تتمسك أكثر

1-براش خليجة، عزون منيرة ، المرجع السابق، ص 11.

2- المرجع نفسه.

بسيادتها فطالبت بمبدأسيادتها على الموارد والثروات الطبيعية بعد تحقق موجة الاستقلال الحديثة التي عرفتها الدول [1].

بحيث اعتبرت الدول النامية هذا المبدأ كفاح لقهر التخلف، وتم تقنينه في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1974، والذي أكد أن لكل دولة الحق في ممارسة سيادتها الفعلية على كافة مواردها، وذلك باختيارها لنظامها الإيديولوجي[2].

ويلعب مبدأ سيادة الدولة على ثروتها دورا كبيرا في تقليص نسبة تبعيتها ودعمها لاستقلالها الاقتصادي عن طريق ممارسة سيادتها على كل ما يوجد داخل إقليمها إلى جانب استعمال الدول للمبدأ بكل حرية وبما يتلاءم مع مصالحها وكما قلنا يستند تطبيق القانون الوطني على العقد إلى قرينة الحق السيادي لهذه الدول على إقليمها.

إلا انه في المقابل وجد مبدأ السّيادة حدودا له تظهر في شكل استثناءات أو ما يعرف بالمجاملات الدولية التي تتجه إلى تطبيق القانون الأجنبي أو الاعتراف بالاختصاص لمحكمة أجنبية طبق القواعد الإسناد التي تقوم الدولة المتعاقدة بتحديدها وفقا لما تراه ملائما لها ومحققا لمصالحها إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أقرت في قرارها الصادر تحت رقم 1371 بحق الدولة في ممارسة سيادتها على مواردها الطبيعة في إطار السيادة الدائمة والتنمية الاقتصادية[3].

ولقد أكدت محكمة العدل الدّولية الدّائمة في حكمها الصّادر في 12 يوليو 1929 فيقضية الدّيوان العربية بأنه لا يمكن أن نفترض إسنادا لدّولة لالتزاماتها بما لها من سيادة إلى قانون مخالفا لقانونها[4].

1- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص29.

2- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص12.

3- بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص81.

4- المرجع نفسه.

وهو ما يعني بوضوح أن قانون الدولة هو الذي سيطبق على عقود الاستثمار في حالة غياب الاختيار، لان سيادة الدولة على إقليمها تخوله حق إدارته والتصرف فيه ولها الحق أيضا في تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها.

بحيث لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني من خلال أن لا يقتصر إسنادا لعقود المبرمةما بين الدولة والأشخاص الأجنبية على نحو كامل إلى القانون الوطني فقط بل تقتضي كقاعدة عامة خضوعا لأجانب إلى القانون الوطني للدولة التي يباشرون فيها نشاطهم الاستثماري كذلك.

ثانيا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ السياسة التنموية التي تنتهجها الدولة

لقد ارتبط مفهوم التنمية بظاهرة التحرر التي أدت إلى استقلالا لعديد من الدول التي سعتبدورها لتحرر الاقتصادي وإتباع سياسات تنموية على مواردها المحلية، بحيث اعتبرت التنمية وسيلة لتحقيق النمو الاقتصادي، فاحتلت مكانة كبيرة وأهمية بالغة بل أصبحت الشغل الشاغل لدول العالم الثالث خاصة بعد حصولها على استقلالها، اتجهت إلى إبرام العقودسعيا منها لتحقيق تنميتها الاقتصادية مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، وتلبية حاجيات الأفراد وتحقيق رفاهيتهم وتحسين ظروف معيشتهم [1].

فيرتبط مفهوم التنمية بدول العالم الثالث لأنها بعد حصولها على استقلالها السياسي دخلت في معركة اقتصادية لتحصل أيضًا على استقلالها الاقتصادي عن طريق تحقيق التنمية ونظرا لهذا الهدف الذي وضعته هذه الدول، ففي سبيل تحقيقه أبرمت عقود الاستثمار معا لأجانب ولجأت إلى الزيادة من الناتج القومي، من خلال هذه العقود التي تبرمها ولكي تحققا لهدف المرجو منها يجب أن تطبق هذه الدول قانونها الوطني على هذه الأخيرة لأنه هو الأدرى بمصلحة الدولة، فمن هذا المنطلق أيضا

1- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص13.

يطبق القانون الوطني لتحقيق التنمية الشاملة للدول، فيمكن اعتبار القانون الوطني في هذه الحالة هو السبيل للوصول إلى التنمية المرجوة من إبرام عقود الاستثمار .

وعلى هذا المبدأ من غير الممكن إخضاع عقد أبرمته الدولة بقصد تحقيق وظيفة من وظائفها إلى قانون آخر أو قواعد أخرى فقانونها الوطني هو الذي يحقق لها الهدف أو الغاية التي تعمل على الوصول إليها [1].

وعليه وضعت اعتبارات تحقيق التنمية الدول النامية أمام حتمية إحداث موازنات بين اعتباراتها السيادية واستقطاب المستثمرين فلا يمكن تحقيق التنمية إلا بالاستعانة بالمستثمر الأجنبي.

تؤخذ الجزائر كمثال يؤكد ما ذكر، حيث كانت معظم العقود التي أبرمتها في مجال الاستثمارات النفّطية خاضعة لقانون البترول الصّحراوي الذي وضع من قبل السّلطات الفرنسية في اتفاقية افيانا لمنظمة للتعّاون الجزائري الفرنسي، وهو ما أكدته المادة 6 من الاتفاق الجزائري الفرنسي في 26 يونيو 1963 الذي كان يهدف إلى إخراج علاقات البترول مع الشركات ذات السيادة الجزائرية وإخضاعها لقانون البترول الصحراوي، مما أثّر على السّياسة التنموية للجزائر إلى أن تغير الوضع سنة 1971 بتأميم الجزائر للبترول أين أصبحت عقود الدّولة كمبدأ عامخاضعة للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر [2].

1- فوزي قدور نعيمي، مضفر جابر الراوي،" النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العلمية الجديدة"،مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد3 ،عدد 10 ،دس،ص ص6،5.

2- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص13.

الفرع الثالث: الضمانات المقدمة من طرف الدولة كقيود توطين العقد

تسعى معظم الدول إلى تطبيق قوانينها الوطنية على عقد الاستثمار، ولكن في نفس الوقت تنص على إدراج شرط الاستقرار التشريعي [1] (أولا)، إضافة إلى لجوء المستثمر إلى ضمان التحكيم الدولي (ثانيا).

أولا: ضمان الثبات التشريعي

يعتبر شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار من الضمانات الهامة والأساسية بالنسبة للمستثمر فهو يجني فوائده، فهو عبارة عن وسيلة هامة لجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية إلى الدولة المضيفة لاستثمار وهو شرط يحقق مصلحة الطرفين [2] .

الثبات التشريعي بأنه ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون والذي يحكم العقد لمصلحتها، مما يغير الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين، مثال ذلك تعديل النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وان هذا العقد من العقود طويلة المدة فيأتي شرط الثبات التشريعي ليعفى الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة [3].

1- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع نفسه، ص 24.

2- عبد الرزاق رحموني، عبد الطيف والي، "شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار"، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة،ع 2، ديسمبر 2020، ص139 متاح على الرابط: https://www.asjp.cerist.dz، أطلع عليه بتاريخ 2023/05/20. على الساعة 10:00سا.

3- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص144.

عدم تغيير النظام القانوني قد يكون مطلقا عندما تتعهد الدولة لعدم تطبيق أي قانون جديد على عقود الاستثمار، وقد يكون نسبيا عندما يتعلق الأمر بعدم مراجعة المسائل التي من شأنها تزيد في الأعباء المالية للمستثمر دون باقي بنود العقد [1].

يرى البعض أن الدولة تتنازل عن حقها في تعديل وإلغاء تشريعاتها أمر ممكن من وجهة نظر القانون الدولي لأن الدولة مثل ما تستطيع تقليص بعض صلاحياتها من خلال ما تبرمه من معاهدات دولية تستطيع أيضا تقليص اختصاصاته السيادية عن طريق العقد المبرم مع الأجنبي أما إذا كان التنازل ناتجا عن الإرادة المنفردة للدولة، فإن ذلك يعتبر من وجهة نظر القانون الداخلي بمثابة تخلي الدولة عن ممارسة سلطتها السيادية [2].

ثانيا: ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلا أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشان هذه الطائفة من العقود وأنه أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال، حيث يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ويرجع ذلك لعدة أسباب يتعلق بعضها بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار [3].

1- كعباش عبد الله، "الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية"، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر بن عكنون، 2002/2001، ص 100. متاح على الرابط: https://www.beiaiadroit.net أطلع عليه بتاريخ 2023/05/21، على الساعة 14:00سا.

2- كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص 101.

3- بشار محمد الأسعد، "الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية"، المرجع السابق، ص26.

فيفضل المستثمر الأجنبي اللجوء لتحكيم على القضاء الداخلي في تسوية منازعاته المتعلقة بالاستثمار واعتبار التحكيم القضاء الطبيعي لفض منازعات هذه العقود [1]. وذلك نظرا لما يتسم به التحكيم من مزايا تميزه عن البدائل الأخرى فيتميز التحكيم بالسرعة في الإجراءات [2].

فالأطراف في عقود الاستثمار تحب ذا لتحكيم نظرا لما يقدم همن سرعة بالفصل في المنازعة المعروضة في زمن معين فقوانين التحكيم تحدد مدة لا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره في النزاع المعروض عليه.

كما يتمتع التحكيم أيضا بالخصوصية كونه لا يجرى من خلال إجراءات رسمية علنية أمام المحاكم التقليدية والتي يستطيع أيا كان أن يطلع على مجرياتها بل هو إجراء بين طرفي النزاع ولا يجب إعلان مجرياته أو أية تفاصيل عنه لذا يتسم التحكيم بالسرية في اجراته وهذا ما تطمح إليه الحياة التجارية التي تخشى على معلوماتها من القرصنة ووثائقها من الكشف. وتترجم سرية التحكيم في عدة صور من بينها التزام المحكم بعدم إفشاء كلما يتعلق بالنزاع المعروض عليه، وهذا الالتزام لا يشمل بطبيعة الحال بعض الصور التي أباحها القانون،كحق المحكم في الامتناع عن التوقيع عن القرار، وحقه في إعطاء رأي مخالف للأغلبية ومن مظاهر السرية أيضا أن جلسات التحكيم كأصل عام تكون مغلقة فيوجها لصحافة والجمهور[3].

ويعتبر التحكيم قضاء متخصص وذلك لما يكفله من معرفة وخبرة قانونية متخصصة بالإضافة إلى القيمة اللازمة لتسوية المنازعات.

1- بشار محمد الأسعد، "الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية"، المرجع السابق، ص19.

2- خصائص التحكيم _انظر https://www.tahkeem.ae>arbitration : بتاريخ :30/04/2023، 50 : 23سا.

3- عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين، المرجع السابق، ص173.

ومما لاشك فيه أن التحكيم يحتوي على قضاء مختص من شانه تحقيق عدالة ورعاية للأطراف [1]. فيفتح المجال أمام الأطراف في اختيارهم مكان انعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم وإجراءاته [2].

المطلب الثاني: توطين عقود الاستثمار علي أساس مبدأ سلطان الإرادة

يتحدد القانون الواجب التطبيق لعقد الاستثمار الدولي بعدة طرق من بينها، مبدأ سلطان الإرادة فمن حق الأطراف الاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما للقانون الذي تتجه إرادتهم (الفرع الأول)، وإما أن يتم كشف اختيارهم من قبل القاضي من خلال الظروف المحيطة وهو ما يسمى بالاختيار الضمني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختيار الصريح للقانوني الوطني

يعتبر القانون الوطني للدولة المتعاقدة قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقودها المبرمة مع الأشخاص الأجنبية، إذا كان الأطراف اختاروا هذا القانون صراحة ليحكم عقدهم [3].

ومنه فإرادة الأطراف هي كل شيء، فإن إرادتهم هي التي تحدد القانون الذي يحكمهم وهي معترف بها في القانون الدولي الخاص، ومعظم النصوص القانونية تطبق على جميع العقود الدولية [4].

بالتالي لا يمكن مخالفة هذا الاختيار مادام الأطراف اختاروا القانون الذي يحكم عقدهم لان العقد شريعة المتعاقدين.

1- بوستة جمال، "التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد الخامس، مارس 2017، ص148..

2- المرجع نفسه، ص148.

3- بشار الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 150.

4- Jaber, Hamza, Conflit de Lois dans le Contrat Electronique, Revue Droit et Affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Hassan I, p.86, Mai 2021 p : 224

ويكمن تعبير الأطراف عن إرادتهم بعبارات صريحة، في العقد يعتبر مصدر الأمان لكلا الطرفين، وإحدى الشروط الأساسية لنجاح العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي مما يؤدي إلى ارتياح المتعاقدين لان هذا الاختيار ناتج عن إرادتهم [1].

يعد خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، وما تقره التشريعات الوطنية للعديد من الدول وأحكام القضاء الوطني، لذا من حق الأطراف المتعاقدة الاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الوطني، الذي اتجهت إرادتهم الصريحة إلى اختياره، وبالتالي القاضي مقيد بهذا الاختيار الصريح الذي قامت به الأطراف [2].

ونظرا للأهمية البالغة لاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية ومن ثمة عقود الاستثمار فان مجتمع القانون الدولي و في قراراته التي أصدرها بخصوص العقود الدولية قد حث أطراف هذه العقود على ضرورة أن يحددوا صراحة القانون الواجب التطبيق على عقودهم، وذلك حتى يتجنبوا ما قد يترتب عن إهمالهم عن قيامهم بهذا التحديد [3].

ومن بين أمثلة الاختيار الصريح لقانون العقد، ما تم ذكره في العقد بين الشركة Atlantic TritionCompany Limited ودولة غينيا من القانون هو الواجب التطبيق على هذا العقد [4]، أن القانون الغيني هوا الواجب التطبيق على العقد.

وأيضا ما ورد في العقد المبرم بين حكومة جمايكا وشركة Alcoa Minarabofjamaica" أن محكمة التحكيم سوف تطبق القانون الجامايكي وقواعد القانون الدولي الذي يمكن تطبيقها" [5] أن القانون الجامايكي هو القانون الذي يطبق على العقد.

1- براش خليخة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص14.

2- المرجع نفسه، ص16 .

3- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 60.

4- لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 91.

5- بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي" المرجع السابق، ص 136.

وكذلك من خلال المادة 04 من الفقرة 01 من قرار الصادر بصدد عقود الدولة المبرمة مع الأشخاص الأجنبية في دورة أثينا عام 1979 التي دعت أطراف عقود الدولة المبرمة بين الدول ورعايا لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم بشكل صريح، أي إدراجه كشرط أو بند من بنود العقد الأصلي، حيث نصت المادة 1/4 على انه "من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقوده"، أي القانون الواجب التطبيق يكون بعبارات واضحة وصريحة ولا غموض فيها [1].

الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الوطني

تعتبر الإرادة الضمنية ضابط احتياطي في حالة غياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق بالتحفظ الشديد لان إعمالها بصفة مطلقة سيؤدي إلى ظهور وإدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من طرف المحكم أو القاضي ، يسعى هذا الأخير إلى استخدام قرائن وأدلة إضافة إلى ذلك استنباط الإرادة الضمنية [2].

بينما يعتد المشرع الجزائري بالإرادة الضمنية في المادة 60 منق.م.ج. على انه:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" [3].

1- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 60.

2- بودالي منية، بوحارة لامية، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، في القانون العام للإعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 40. متاح على الرابط :
http://www.univ-beiaia.dz اطلع عليه بتاريخ 2023/05/22 على الساعة 13:30 سا.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 المتضمن للقانون المدني، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

يلاحظ أن المشرع الجزائري أعطي كامل الحرية الكاملة فيما يخص التعبير عن الإرادة بكامل الوسائل المنصوص عليها، لذلك التعبير الإرادة ضمنيا هو تعبير مباشر عن الإرادة يتم كشف عن الأفعال التي تصدر عن الشخص.

بالنظر إلى ظروف العقد وملابساته فانه يظهر أن الأطراف المتعاقدة تقبل الخضوع للقانون الوطني على الرغم من غياب التعبير الصريح عنه، ولقد أقره قضاء التحكيم صراحة ذلك في القضية رقم 1526 التي فصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس 1968، ذهب المحكم إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدولة وشركة بلجيكية في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد، هو قانون الدولة المتعاقدة، فعلى الرغم أن العقد تم إبرامه في بروكسل مع شخص بلجيكي وعلى الرغم من طابعه الدولي، فان الشروط الموضوعية له تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إذ أن إرادة الأطراف انصرفت إلى الخضوع لهذا القانون زيادة أن هذا العقد يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة [1].

قد أوضح كل من الفقه والقضاء والتحكيم أن هناك عدة قرائن لدلالة عن الإرادة الضمنية بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، فعلى سبيل المثال يمكن الأخذ بقانون إبرام العقد، أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي بها مقر محكمة التحكيم التي اختارها الأطراف، أو قانون الدولة التي تتبعها لغة المحرر بالعقد، كما أن الإرادة الضمنية يمكن أن تستخلص من شروط العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه[2].

1- براش خليجة ، عزون منيرة ، المرجع السابق، ص15 .

2- علاوة الصادق، المرجع السابق، ص ص 61، 62.

الفرع الثالث: موقف المشروع الجزائري من توطين عقود الاستثمار الدولية

الدولة الجزائرية اعتبرت توطين عقود الاستثمار من مسؤوليتها فهي المسؤولة عنه، دون تدخل الدولة الأجنبية الأمر يطرح فيه تساؤل عن موقف المشرع من التوطين على المستوى الداخلي ؟ (أولا) وكذلك على المستوى الدولي ؟(ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري على المستوى الداخلي

باعتبار أن الجزائر دولة حديثة الاستقلال ومن بين الدول النامية، فقد اعتبرت أن توطن عقود الاستثمار عمل من أعمالها السيادية تمارسه على إقليمها وذلك بغية التخلص من السيطرة الأجنبية إذا بعد تأميمات 1971، تؤكد كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقة الاقتصادية الدولية والنشاطات المنجمة على تطبيق القانون الجزائري ،وبالتالي رفض مسألة تدويلها وإخضاعها للقانون الدولي [1].

كما أن العقود التي تبرمها هذه الشركة مع الشركات الأجنبية على تطبيق القانون الجزائري، وكما تتضمن مختلف عقود البترولية عبارات صريحة تؤكد أن القانون الواجب التطبيق، هو القانون الجزائري أو القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد، هو القانون الساري المفعول في الجزائر [2].

تنص المادة 16 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI)والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC): "على أنه يقر الطرفان بأن الاتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الديمقراطية الشعبية"[3].

1- براش خليجة ، عزون منيرة ، المرجع السابق، ص 33.

2- المرجع نفسه، ص 33.

3- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، والشركة الجزائرية للإسمنت، بتاريخ 2003/10/30، ج.ر.ج.ج.ع. الصادر في 2004/11/13.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري على المستوى الخارجي

بالإضافة إلى إعمال الجزائر لمبدأ توطين عقود الاستثمار على المستوى الداخلي أي في التشريعات الداخلية، فقد جسد توطينها على المستوى الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية التي أرمتها والتي نصت على توطين عقود الاستثمار [1].

لقد نصت اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر في السنوات القليلة الماضية على خضوعها للقانون الجزائري حيث نصت المادة 08 من اتفاقية الاستثمار بين الدولة الجزائرية وشركة أوراس كوم تيليكوم على ما يلي:" يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها" [2].

المبحث الثاني: تدويل القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولية

تهتم الدولة النامية بتطوير معاملاتها وعلاقتها بالدولة المتقدمة قصد جلب المزيد من الاستثمارات للنهوض بتنميتها، التي أصبحت عصب الاقتصاد الدولي الحديث وبالتالي فالبيئة الدولية الراهنة تتسم باحترام التنافس على جلب الاستثمار بين مختلف الدول المتقدمة منها والدول النامية على حد سواء، نتيجة الدور الهام الذي تلعبه في توفير التمويل المطلوب لإقامة المشاريع الإنتاجية وخصوصا نقل التكنولوجيا [3].

يحاول كل طرف في عقد الاستثمار إقناع الطرف الأخر بضرورة تطبيق القانون الذي يرغب به، وبالضرورة القانون الذي يحقق له مصالحه، لينظم هذه العلاقة التعاقدية، لهذا افتعال مشكلة تنازع القوانين بينهم فتكون الغلبة فيه للطرف الأقوى وعادة ما يكون الطرف الأجنبي المالك للمال والتكنولوجيا الذي يعمل على تجاوز سيادة الدولة المتعاقدة، عموما يؤدي إخضاع للقانون الدولي

1- براش خليجة، عزون منيرة ، المرجع السابق، ص 34.
2- المرجع نفسه، ص 34.
3- صراح ذهبية، المرجع السابق،ص 72.

على أساس إرادة الأطراف[1](المطلب الأول)، وكذا في دور العقد للتحكيم التجاري الدولي في تدويل عقد الاستثمار الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدويل عقد الاستثمارالدوليعلى أساس إرادة الأطراف

استقر في نظر القانون الدولي الخاص، وفي معظم النظم القانونية المعاصرة خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة، أي ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطرافه، لأن هذا من مهامهم بالدرجة الأولى، بمعنى أن هذا التحديد يتم عبر آلية الاختيار ا لإرادي المطلق للقانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية [2].

تطورت العلاقات الاقتصادية الدولية بين الطرفين، كل طرف يصر ويرغب في تطبيق نظامه القانوني على علاقتهما التعاقدية، ليضمن تحقيق أهدافه، فمن جهة تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي ومن جهة أخرى تحقيق الأهداف التنموية للدولة المضيفة للاستثمار، من أجل التوفيق بين هذين الهدفين فقد كان النطاق واسع لمبدأ سلطانالإرادةلاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم [3]ولذا سوف نتطرق إلى التدويل وفق نوعيه وفق الإرادةفيكون هنا صريحا (الفرع الأول)، أو يكون تدويل ضمنيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدويل الصريح

يتضمن العقد نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق أين يلزم كل من القاضي الوطني والمحكم الدولي، إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم بالأخذ باحترام تلك الإرادة، وهنا نشير إلى أن المحكم يمتاز عند القاضي الوطني بعدم تقيده بالرجوع إلى القانون الوطني معين وبالضبط لقواعد التنازع

1- المرجع نفسه،ص 72.
2- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص 73.
3- المرجع نفسه،ص 73.

للتأكد من صحة ذلك الاختيار، لأن الأخذ بإرادة الأطراف قد صار في القضاء التحك يعي قاعدةمادية نشأت وتثبت بتكرارها [1].

الاختيار الصريح يكون لما يدرج أطراف العقد عبارات صريحة توضح القانون المطبق عليه، والتعبير عن هذه الإرادة يكون بعدة طرق منها بأن يكون القانون المطبق عليه عقدهم، يتضمن شروط أو بنود تحدد الاختصاص التشريعي لهذا العقد [2].

وتظهر أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد ، في أن تحديد هذا القانون سيكون غاية السهولة طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي سيخضع لها العقد تفاديا لما يمكن أن يثار لو غاب مثل هذا الاختيار الصريح.

يقوم المتعاقدين بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد عند حدوث أي نزاع بينهم وبالتالي يحددون القانون الواجب التطبيق على العقد لحماية أنفسهم من خطر نشوب النزاع في غياب اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق [3].

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1050 من ق.إ.ج.م.إ"تفصل محكمة التحكيم في النزاع وعملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة" [4].

1- صراح ذهبية، المرجع السابق،ص 74.

2- براش خليجه، عزون منيرة، المرجع السابق،ص 37.

3- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق،ص 214.

4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المعدل والمتمم .

وعليه فالمشرع الجزائري جسد مبدأ الإرادة هي صلة العقد ونص ت المادة 1/18 من ق.م.ج.على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد" [1].

فقد اشترطت فقط الإرادة الصريحة دون الإرادة الضمنية فإن التعديل المشرع لهده المادة جاء بتدابير احتياطية تطبقها المحكمة عند خلق الإرادة الصريحة أوالضمنية.

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري بين القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هو قانون محل إبرام كأصل. فالمادة 18من ق .م .ج تنص على ضابط الإسناد هو المكان الذي يبرم فيه فقط فجاء التعديل الجديد أضاف قانون الموطن المشترك والجنسية ومحل إبرام العقد.

الفرع الثاني: التدويـــل الضمنـي

عندما تختلف الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق ، يتجه لإرادة الضمنية التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد خصوصا مع قرائن وأدلة تشير إلى وجود هذه الإرادة التي لم يتم الإعلان عنها، فقط حيث تحتل الدرجة الثانية بعد الاختيار الصريح بحيث لا مجال للبحث عنها [2].

إلا أن هناك من يري أن الإرادة الضمنية غير موجودة أصلا لذلك يجب البحث عنها وما بين غياب هذه الإرادة يكمن في عدم انتباه المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق،و كذا حالة التي يتطرق فيها العنصر الأجنبي،للرابطة التعاقدية في تاريخ لاحق عن إبرام العقد [3].

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، بالقانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 09 أغشت 1980.

2- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص ص77، 78.

3- براش خليجة،عزون منيرة، المرجع السابق، ص 39.

الفرع الثالث: مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل العقد والمعوقات التي تواجه تطبيقه

إذ اكانت قدرة الأطراف في اختيار لقانون العقد الدولي من المبادئ المسلمة بها في كل من التشريع والفقه على حد سواه ، فان الأمر لا يزال محل خلاف في حدود هذه الإرادة، فهي تصطدم بكثير من المعوقات (أولا) التي تجعل لا قيمة لها.

أولا: مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل عقد الاستثمار الدولي

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تلعب دورا هاما، في تسوية مشكل القانون الواجبالتطبيق لعقد الاستثمار الدولي، من خلال إعطاء الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون ال ذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية [1].

يتحدد دور الإرادة في تدويل عقود الاستثمار من خلال نظريتين مختلفتين، نظرية الشخصية، تسما أيضا بالنزعة الذاتية أي أن حرية الأطراف في اختيار القانون مطلقة، وان القانون المختار يفقد صفته كقانون،ويتحول إلى تنظيم اتفاقي، وبهذا تصبح إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها والإرادة هي الوسيلة لتحقيق العدل [2].

وعلى رغم من حرية الأطراف مطلقة إلى أنها لم تسلم من النقد : اذ وجه لها عدة انتقادات:

- انه في حالة اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق فالقاضي لا يعتد بالحرية، إنما يستخلص القانون الواجب التطبيق من ملابسات العقد وظروفه [3].

- ومن هذه الانتقادات أدت إلى ظهور النظرية الموضوعية، التي تدعو إلي القانون الواجب التطبيق على العقد يستخلص من تركيزه حسب معطياته الخارجية، أي أن أساس فكرة تركيز العقد

1- ايت معمر الطاهر، المرجع السابق، ص 45.

2- لبيك شوقي، المرجع السابق، ص 76.

3- المرجع نفسه، ص 76 ،77.

بمعني أن المتعاقدين دور في تحديد مقر العقد، لكن يرجع القاضي تعيين القانون المختص على أساس هذا المقر وعلى ذلك وان كانت الإرادة عنصرا أساسيا إلا أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع.

على الرغم من أهمية هذه النظرية الموضوعية كذلك إلا أنها لم تسلم من النقد.

قيل أن المصطلح التركيز ذاته يعتريه الغموض فقد ،يراد به ظرف واقعي يدعو إلى استعراض جميع الروابط التي تربط عناصر العقد بمختلف الدول ،لاختيار واحدة منها يتحدد بها اختصاص قانون هذه الدولة، وقد يراد به الصلة القانونية التي تربط دولة ما بعقد معين [1].

فحسب رأي يجب الأخذ بالنظرية الشخصية ، وذلك نظرا لما تتجه إليه إرادة الأطراف في اختيارهم القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية.

ثانيا: المعوقات التي تواجه تطبيق قانون الإرادة

يتلقى قانون الإرادة العديد من الصعوبات التي تواجه طريقه، ومن بين هذه المعوقات نجد:

1- التجديد الزمني لقانون الإرادة:

يترتب على اندماج قانون الإرادة في العقد تجميد هذا القانون في الزمان فلا يسرى على العقد إلا أحكامه السارية وفق الإبرام، ومن ثم فان أي تعديلات تشريعية قد تطرأ على أحكام القانون وقت إبرام العقد لا تندمج فيه بل يصبح العقد بدون قانون [2].

2- الدور الاحتياطي قانون الإرادة :

يعد العقد الدولي عقد محررا بشكل دقيق فينشا حقوق وواجبات تلتزم الأطراف به دون الحاجة إلي قاعدة قانونية، تحقق له الكفاية الذاتية.

1- ا لبيك شوقي، لمرجع السابق، ص 8.

2- بشار الأسعد، "عقود الدولة في القانون الدولي"، المرجع السابق، ص 233.

ودون اللجوء أيضا إلى قانون آخر يستند إليه القاضي والمحكم دون الخروج عن نطاق العقد [1].

المطلب الثاني: دور التحكيم في تدويل عقد الاستثمار الدولي

يلعب التحكيم دورا هاما فيحسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، إلى درجة أن البعض يعتبره أمرا حتميا بشأن هذه الطائفة من العقود، بلأصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال[2]، في فضل الأطراف في عقود الاستثمار عندما تتعاقد الدولة مع طرف أجنبي بشأن عقد من عقود الاستثمار، عدم قبول هذا الأخير الخضوع لاختصاص المحاكم الوطنية لهذه الدولة بشأن المنازعات الناشئة بينهما وفي مقابل هذا فإن الدولة المتعاقدة لا تقبل اختصاص المحاكم الوطنية لدولة أخرى باعتبار أن هذا يمس بسيادتها . ومن هنا برز التحكيم على أنه القضاء المقبول لكل االطرفين فقد أصبح التحكيم مبدأحتمي وواقعي[3] تكرس على أساسه عقود الاستثمار **(الفرع الأول)** المنازعات **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول:مفهوم التحكيم ومدى تكريسه في عقود الاستثمار

يعتبر التحكيم هو القاعدة العامة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب هذا ما جعله أكثر من ضرورة في مجال علاقات ذات عنصرأجنبي.

أولا–مفهوم التحكيم:

القضاءالإجراءالعادي لفض المنازعات التي تثور بين الأفراد،ومع تطور الحياةا لاقتصادية ظهرت وسائل أخرى اختيارية يلجاإليهاالأطراف بمحض إرا دتهم بدلامن اللجوءإلى التقاضي أمام المحاكم التي تنظمها، حيث نجد من أهم هذه الوسائل الاختيارية نظام التحكيم الذي ارتبط بفكرة التنمية

1- بودالي منية، بوحارة لامية، المرجع السابق، ص42.

2- عناب حسام، المرجع السابق، ص 48.

3- براش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص43.

الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية، نظرا لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدولة كبساطة وسرية الإجراءات وسرعتها كمثال، وإعطاء الحرية للإطراف في اختيار محكمين لهم الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع،كما انه يوفر الثقة والطمأنينة للمستثمرين الأجانب[1]، بحيث فرض التحكيم على الساحة الدولية لأهميته وفعاليته،كطريقة لحل المنازعات وكان من الطبيعي أن تعتني بها

لدول لتضع قوانين منظمة لعملية التحكيم، وإنشاء مراكز[2]وهيئات متخصصة بشأنه ذلك سواء بشأنه وذلك سواء كان على المستوى الإقليمي أو الدولي.

إلا انه رغم هذه الأهمية التي يحضى بها التحكيم فمعظم التشريعات لم تقم بتعريفه بل اكتفت بتحديد المعايير التي يعتبر فيها التحكيم دوليا[3].

فالمشرع الجزائري على سبيل المثال لم يعط تعريفا للتحكيم بل بين معايير دوليته في نص المادة 1039[4] من القانون رقم 08-09 المعدل والمتمم بالقانون 22/ 13، حيث نص على أنه":يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"رغم أن المشرع الجزائري لم يعطى تعريف اللتحكيم، إلا أنه عرف اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 على أنه": الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[5].

1-زينب سالم، حورية لشهب، "مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية والدولية"، مجلة العلو م القانونية والسياسية، المجلد9، العدد3، ديسمبر2018، ص 717.

2- - من أهم هذه المراكز: غرفة التجارة الدولية بباريس CCI جمعية التحكيم الأمريكية AAA جمعية التحكيم الفرنسية AFA مركز الوساطة والتحكيم بباريس ،CMPA جمعية التحكيم الايطالية AIA غرفة التحكيم البحري بباريسCMPA المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات، CIRDI محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز التحكيم التجاري لدول المجلس، التعاون لدول الخليج العربي.

3- صراح ذهبية، المرجع السابق، ص 82.

4- قانون رقم08/ 09 مؤرخ في25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر.ج.ج.ع. 21 صادرة بتاريخ 23 افريل 2008 .

5- شرط التحكيم : هو اتفاق يتم بعد نشوء النزاعو بتطبيق يلتزم الأطراف باللجوء إلى التحكيم.

أي انه يلجأ المستثمر الأجنبي، إلى التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار، وذلك من أجل تجاوز القوانين الوطنية التي يعتبرها غير مؤهلة لتقديم الحلول الملائمة لطبيعة المنازعات التي تثيرها هذه العقود، لذا يلجأ الطرفين إلى التحكيم.

لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية[1] ويعمل على تضمينها كحلول لبعض مشاكل المعاملات الاقتصادية الدولية خير مثال نجد اتفاقية واشنطن التي أنشأة المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI.

وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار من اجل تسوية منازعاتهما لناشئة، فإن التحكيم يعتبر من أهم وسائل التي يمكنها الفصل في المنازعات الاستثمارية. فوجود الدولة طرفا في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمان اتقضائية لحماية استثماراته، فالمستثمر يرفض اللجوء للقضاء الداخلي، لاتسامه بعدما لحياد وعدم استقلاله عن الدولة التي يتنازع معها[2]، لهذا يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة واحتوائه على عاملين العامل الأول، هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه فيزمن معين يحددها لأطراف كأصل عام، فقوانين التحكيم ومواثيقه كما نعلم عادة ماتحدد فيمدة معينة يجب ألا يتجاوزها المحكم عند إصدار قراره، أما العامل الثاني فانه يتعلق بدرجة التقاضي في التحكيم بكونها مندرجةواحدة[3].

مشارطة التحكيم : إتفاق مستقل عن العقد الأصلي... قبل نشوء النزاع يلتزم فيه الطرفان بعرض أي نزاع محتمل بينهما على التحكيم.
إن المشرع الجزائري فرق من خلال المادتين 1011 و 1007 من ق.إ.م.إ. بين "مشارطة التحكيم "الذي سماه" اتفاقيةالتحكيم."
-أنظر : عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، للجزائر) ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزيوزو، 2015، ص20 .

1- من أهم هذه الاتفاقيات :اتفاقية نيويورك بشان تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة سنة1958 ، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف سنة 1961، واتفاقية البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثماربين الدول ومواطني الدول الأخرى المبرمة سنة 1965.

2- آيت يوسف نعيمة، المرجع السابق، ص62.

3- الأصل أن نظام التقاضي في التحكيم من درجة واحدة واستثناءا يمكن أن يرد على درجتين.

فالمستثمر الأجنبي يفضل اللجوء إلى التحكيم في فصل منازعاته كما أن ا لحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي.

ولا يجوز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية، مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون[1].

فالتحكيم قضاء متخصص يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار التي تتطلب لفض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، ومما لا شك فيه إن وجود قضاء متخصص من شانه أن يحقق عدالة تحقق رغبات الأطراف ولعل مما يساعد على ذلك أن الأطراف هم الذين يختارون المحكم ين[2]. وكذلك نظرا للسرعة التي تمتاز بها حركية عقود الاستثمار عبر التدفق الهائل لرؤوس الأموال في شكل عقود استثمارية كما قلنا لهذا ظهرت الحاجة الماسة إلى وجود آلية فعالة تساهم في التوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة عبر آلية التحكيم؛ فما المقصود بالتحكيم.

ثانيا :مدى تكريس التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار

كان موقف الدول النامية المستقلة حديثا هو رفض التحكيم لأنها ترى أنه يمس بسيادتها من حيث أن الهيئات التحكمية تسوي بين المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار أبي جعل الدولة في نفس المرتبة مع الطرف الأجنبي، إلا أن المستثمر الأجنبي يسعى إلى التحكيم لإخراج العقد من سيادة الدولة، فهو يخدم مصالحه أكثر من مصالح الدولة، وفي الواقع هناك من وضح أن التحكيم لا يمثل

انظر سمية صخري،"النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية " أطروحة لاستكمال متطلبات الدكتورة ، ل. م. د. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2018/2017، ص15.

1- تنقسم أحكام التحكيم الدولية إلى قسمين ، أحكام تحكيمية صادرة في الجزائر تكون قابلة للطعن فيها بالبطلان أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه وهذا الطعن يوقف التنفيذ (انظر إلى المواد 1058 -1059 -1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إحكام تحكيم دولية صادرة خارج الجزائر تقبل الطعن بالاستئناف ويتم توقيف تنفيذ الحكم (انظر المواد 1060 1056 1057 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية)

2- سمية صخري، مرجع سابق، ص60.

ضمانا تحقيقية للدولة المضيفة وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية، فقبولا لدول النامية اللجوء للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية[1].

إلا أن موقف الدول اتجاه التحكيم قد تغير في ظل النظام الاقتصادي الجديد، بحكم حاجتها إلى إبرام عقود مع الأطراف الأجنبية ونتيجة لكل هذا ازدادت أهمية التحكيم وازداد اهتمام المؤسسات الدولية به، وأولته الدول والمنظمات المهتمة بشؤون التجارة الدولية أهمية خاصة، وأعطته اهتماما لم يسبق له مثيل على كل المستويات.

فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من أهمها : بروتوكول جينيف الذي أبرم في 24 سبتمبر 1923 بشأن الاعتراف بصفة شروط التحكيم واتفاقية جينيف في 26 ديسمبر 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، واتفاقية نيويورك في 10 جويلية 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، أما على المستوى الداخلي فنجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 08-09 الصادر في 252//2008 المعدل والمتمم بموجب القانون 22-13 الصادر في12/07/2022[2] الذي خص التحكيم التجاري الدولي بأحكام جد مهمة، وهذ انظر اللتحولات الاقتصادية والتجارية وتوجه الجزائر نحو اقتصاد السوق الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية[3].

وذلك نظرا للضغوط والحتمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر، والتى كانت تعارض فكرة التحكيم التجاري الدولي وإعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية والقانون الجزائري، فيحل

1- براش خليجة، عزون منيرة، مرجع سابق، ص45.

2- قانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .قانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداري

3- موسى بوكريطة،"التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد8، 02 جوان 2017، ص114.

المنازعات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون [1].

الفرع الثاني: سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق

من الالتزامات التي تقع على عاتق المحكم، والتي تعد حد يجب التقيد به عند ممارسة مهمته في فض النزاعات بصفة عامة هو مراعاة تطبيق القانون المتفق عليه بين الأطراف ليحكم موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم.

اولا :سلطة مطلقة: في تطبيق القانون المختار أو الملائم

تتفق الدولة والمستثمر في هذه الحالة منذ البداية على منح هيئة التحكيم السلطة في اتخاذ ما تراه مناسبا لظروف الواقعة فيعد هذا بمثابة تفويض لهذه الهيئة بتقرير ما تجده محققا لمصلحة الأطراف على انه في حالة وقوع حالة من الحالات القوة القاهرة فان الأمر يحال إلى هيئة التحكيم لاتخا ذ ما تراه مناسبا [2] والغني على البيان أنه لا يمكن للمحكم أن يقوم بأي تغيير أو تعدي للإعادة التوازن المالي للعقد لغيبة التنظيم التشريعي لهذه السلطة، كونا لتعديل سيؤدي لامحاله إلى التغيير في التزامات وحقوق الأطراف، وفي مقابل ذلك اعترف للقاضي الوطني تعديل العقد في حالات محددة، وأجاز له المساس بجوهر الالتزامات العقدية وأساسها كما في حالة القوة القاهرة أو تعدي لنطاقها كما في حالة المبالغة في قيمة التعويض الاتفاقي أو الجزائي، لكن هذا لا يمنع إمكانية تضمين الأطراف لشرط يسمح بمراجعة العقد أو يمنح للمحكم ما يراه ملائما ومناسبا يستوجب بإجراء تعديل أو تغيرات معينة في بنود العقد[3].

1- موسى بوكريطة ، المرجع تفسه ، ص148.

2 _ عليوط زكريا ،« دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية "، رسالة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ،سنة 2017، ص14.

3 _ ربعية رضوان"فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص 293.

ويشمل قضاء التحكيمفي ميدان عقود الاستثمار إلى الأخذ بنظام وقف التنفيذ حفاظا على العقد والماما بحجم الخسائر التي قد تنجم على إنهاء العقد وهنا يلعب التحكيم دورا مهما في حال طلب احد طرفي العقد وقف التنفيذ في حين الطرف الأخر طلب استكمال التنفيذ إذ يحق للمحكم الحكم بوقف التنفيذ من تلقاء نفسه حينما يجد ضرورة لذلك كما يمكن لهيئة التحكيم عند انقضاء الوقف أن ترد الالتزام إلى الحد المعقول فيكون الطريق الطبيعي لانقضاء الوقف أما بانتهاء مدة الوقف أو التوصل إلى وسيلةإعادة توازن التزامات طرفي العقد ورده إلى الحد المعقول وقد تطرق المشرع الجزائري إلى فكرة رد الالتزام إلى الحد المعقول في القانون المدني

وذلك من خلال نص المادة 17 التي تنص على الحوادث الاستثنائية التي تجعل الالتزام مرهقا لا مستحيلا والتي يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فلو نظرنا لدور القاضي في النزاعات الناشئة بين الأفراد لوجدنا أن القاضي يعتبر القوة القاهرة مانعا من موانع المسؤولي ة فالقوة القاهرة تظهر هنا كحدث خارج عن إرادة الأطراف ، فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعترف إلا بمبدأ تعديل العقد وليس إلغائه(1).

ثانيا :سلطة مقيدة: في الخروج عن تطبيق القانون (التحكيم بالصلح)

يقصد بالتحكيم بالصلح إعطاء سلطات واسعة للشخص المفوض –الهيئة التحكمية –حتى تفصل في الموضوع وفقا أحكام موضوعية عادلة تجعله قادرا على تجاوز حتى القواعد القانونية التي تقف أمامه في سبيل ذلك. أو هو سلطة ممنوحة للمحكم من طرف المتعاقدين لحل النزاع وفق ما يراه مناسبا وعادلا.

1_ ربعية رضوان ، "فض منازعات عقود الاستثمار بين التحكيم و القضاء"، ص284 .

وهو نفس التعريف الذي أطلقته الأستاذةحفيظة السيد الحداد "أنه ذلك التحكيم الذي يخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقواعد القانونية"

إذا التحكيم بالصلح هو تخويل المحكم صلاحية الفصل في النزاع وفق فكرة الصلح التي لا تعتمد في تحديد من المخطئ ومن المحق، ولكن محاولة فض النزاع بشكل ودي حسب تقدير المحكم الشخصي لما هو عادل، وهو يخرج بذلك عن الأصل المتمثل في الفصلفي النزاع على أساس أحكام القانون أو القواعد القانونية التي تحكم موضوعه والمحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف المتعاقدين أين يجري صلحا يهدف دائما إلى حسم النزاع بسرعة تفاديا للمصاريف وربحا للوقت،كما أن مهمته لا تلزمه أن يجعل الطرفين يتنازلا عن بعض الحقوق بالتساوي لكن يكفي أن يتنازل أحد الطرفين عن بعضا لحقوق أو الإدعاءات بحيث يجعل الطرفين متوافقين على ذلك ولا يملك المحكم أن يتجاهل أي حق أو ادعاء من قبل الأطراف فهو لا يسعى بأن يحكم لطرف دون الأخر[1].

لم تنص التشريعات ولاالاتفاقيات الدوليةعلى نصوص تبين شروط لصحة التحكيم بالصلح، فتمت الإشارة فقط على ضرورة وجود موافقة بين أطر اف النزاع سواءفي التحكيم الحر أوفي التحكيم المؤسسي،الأمرالذي خول معالجتها ضمن القواعد العامة المطبقة في التحكيم بصفة عامة كما منح الفقه للأطراف حرية استصاغة شرط التحكيم بالصلح، بأن يكون التعبير صريحا ولكن دون عبارات محددة فقد يستعمل لشرط التحكيم بالصلح، أو إقرار يفيد إلزام المحكمين أن يحكم واوفقل قواعد العدالة والإنصاف، أو يضعوا كل الصلاحيات تفييد المحكم لفض النزاع [2].

ولم يتطلب أن يرد التفويض بالصلح في التحكيم قبل أوبعد نشأة النزاع، وعليه يستوي أن يكون شرط التفويض بالصلح قبل نشأة النزاع أي يرد فيشرط تحكيم، أو أن يكون بعد نشأة النزاع

1- ربعية رضوان ،"فض منازعات عقود الاستثمار الدولية بين القضاء والتحكيم"، المرجع السابق، ص285.

2- ربعية رضوان المرجع نفسه ،ص286.

أي يمكن أيرد في مشارطة تحكيم. وقد نصت المادة 1006 من ق.أ.م.إ على الحالات ا لتي لا يجوز التحكيم فيها وهذه الحالات لا يجوز فيها الاتفاق علي التحكيم سواء أكانا لتحكيم بالقانون أوالتحكيم بالصلح.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الاستثمار

يظهر موقف المشرع الجزائري من تدويل عقودالاستثمارمن خلال قبوله ا لتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسويةا لمنازعات المتعلقة بالاستثمار، فنعتبر أن مصادقة الجزائر على العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف مثلا اتفاقية نيويورك الصادرة في جوان 1985 حول الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سنة 1988[1] وكذا على جملة من الاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، والتي في مجملها تترك الخيار للمستثمر الأجانب يلعرض النزاع أمام التحكيم إلا أنا التكريس الرسمي لنظام التحكيم كأجراء لفض المنازعات الناجمةعن العلاقات التجارية الدولية تم بصفة رسمية بتاريخ 1993/04/25 وذلك بصدور المرسوم التشريعي09/39 المعدل ق.إ.م.ج. والذي تم بموجبه إلغاء المادة 442 وإدخال فصل خاص بالتحكيم تحت عنوان"في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي."وبذلك فإن المشرع الجزائري اتخذ كل الإجراءات الكفيلة بتطوير آليات التحكيم لتواكب تطور المجتمع وحاجاته خاصةفي ضل سياسة الانفتاح، بما أن التحكيم وسيلة هامة لحل المنازعات كما يشكل ضمانا لاستقطاب الأجانب، لذا فالجزائر أدرجت، في كل الاتفاقيات التي أبرمتها مع الدول في إطار تشجيع وحماية الاستثمار شرط التحكيم التجاري الدولي في بنودها [2].

1- اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم88/233 المؤرخ في 1988/11/05،ج.ر. رقم 48 مؤرخة في 1988/11/23.

2- بولش خليجة، عزون منيرة، المرجع السابق، ص58.

وكما يظهر أيضا موقف المشرع الجزائري من خلال نصه على تطبيق المبادئ العامة للقانون في المادة 1050 من ق.إ.م.إ.السابق ذكرها.

فمن خلال هذه المادة فإن قواعد القانون تطبق في حالة اختيارها أو عدم اختيارها من قبل الأطراف.

بينما نصت المادة 23 مكرر **2** من القانون المدني على أنه تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نصفي المواد الخاصة بتنازع القوانين "إذنت طبق المبادئ العامة للقانون للإقصاء عقود الاستثمار من سلطان النظم القانونية الداخلية.[1]

وكما أخذ المشرع بمبدأ الحقوق المكتسبة التي تعتبر من مبادئ القانون الدولي من خلال قانون الاستثمار في الأمر 03/01 وذلك في الباب السادس في الأحكام المختلفة حيث تنص المادة [2] 29 منه على أنه "**يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمر ونفي ما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير تشجيع الاستثمارات، وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة وبالشروط التي منحت على أساسها.**"

من خلال النصف إن المشرع كرس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة عند تطبيق القانون على هذه الاستثمارات والتي شرع في إنجازها . وقد كرس أيضا مبدأ حسن النية من خلال نص المادة م ق1/107 والتي نصت على "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"[3].

ومن خلال قبول المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار وكذا نصه على مبادئ القانون الدولي فإنه يظهر لنا جليا توجه المشرع الجزائري إلى تدويل عقود الاستثمار، أي تطبيق القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

1- أمررقم 58/75 مؤرخفي 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني،ج.ر.ج.ج.ع78 ، الصادرة في سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

2_ أمررقم 01/03 المتعلق بتطوير الاستثمار، معدل ومتمم، المرجع السابق.

3- أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، المرجع السابق.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما تناولنه في هذا الفصل تعتبر عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب والتي تتعلق أساسا بالخطط التنموية لهذه الدول، لها طبيعة خاصة تميزها عن بقية العقود، وذلك راجع لعدم التساوي في المراكز القانونية لأطرافها.

فالدولة تعتبر طرفا سياديا والمستثمر الأجنبي طرف عديم السيادة وبما أنعقد الاستثمار عقد دولي بحسب المعيار القانوني الاقتصادي المختلط واحتوائه على عنصر أجنبي، فإنه يعتبر عقدا لا يمكن أن يستأثر بحكمه أي نظام قانوني.

هذا ما تسبب في وجود خلافات فقهية، حاولت كل منها أن تخضع عقود الاستثمار للقانون الذي تراه مناسب، وذلك نتيجة لعدة دوافع وانتماءات، فقد دافع الفقهاء الذين ينتمي أغلبهم إلى الدول النامية على أحقية قانون الدولة المضيفة فيحكم عقود الاستثمار، من اجل اعتباراتها السيادية وبحجة أنه االقانون الأكثر صلة بالعقد.

دافع أصحاب الفقه الغربي على مجموعة مختلفة من النظم القانونية في محاولتهم لانتزاع عقود الاستثمار من حكم القانون الوطني للدولة المضيفة وذلك بتحيزهم لجانب المستثمرين الأجانب، الذيي نتمي أغلبهم للدول المتقدمة الذي بدوره يفرض تطبيق القانون الدولي، وذلك تحت حجة وذريعة بدائية قصور القوانين الوطنية للدول المضيفة.

إلا أن القانون الوطني للدولة المضيفة يبقى هو القانون الأحق والأنسب بحكم عقود الاستثمار فمن جهة هو القانون الأكثر صلة بالعقد ومنجهة أخرى لاعتبارات سيادية إلا أن الواقع يعكس ذلك فيثبت لنا خضوع الدول للشروط التي يفرضها المستثمر الأجنبي وجعل الدول تتنازل من وراء ذلك على امتيازاتها وسلطاتها لتصبح في نفس المرتبة معه ليحقق هو أهدافهبإخضاع هذه العقود

للقانون الدولي لأنه يملك من المال ما يضمن له فرض شروط وبنود في العقد فيعمل على الحد من سلطات الدولة فيصعب على هذه الأخيرة التمسك بقانونها وتحقيق أهدافها.

وفي الأخير ظهر رأي أخر ينادي بفكرة القانون العبر للدول وهو قانون يتضمن القانون الدولي العام وقانون الدولي الخاص و يعتبر النظام القانون الطبيعي لحكم العلاقات التعاقدية المختلفة والتي تتم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبيةكعقود الاستثمار بهذا فان قواعد القانون العبر دولي تعد أكثر صلة بالعقد.

الخاتمة

وتعتبر عقود الاستثمار أيضا من العقود التي تحتوي على عنصر أجنبي، فان من المستقر عليه قانونا وفقها أن لطرفين العقد الحرية التامة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، إذ يمكن لأطراف عقد الاستثمار في حالة وجود اختيار صريح من قبل الأطراف أو تم استخلاصه من إرادتهم الضمنية الاختيار بين احد النظم الداخلية بين قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أما في حالة انعدام الاختيار الصريح في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق انقسم الفقه إلى عدة أراء، إذا يرى الاتجاه الأول وجوب تطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة أي توطين عقود الاستثمار وذلك لعدم إمكانية تنازل الدولة عن سيادتها ، بينما يرى الاتجاه الأخر – المستثمر الأجنبي – ضرورة تدويل عقود الاستثمار بردها للقانون الدولي.

كما تتضمن معظم عقود الاستثمار شرط التحكيم، إذ يحيل سلطة الفصل في منازعاتها إلى قضاء التحكيم، وذلك نظرا لما يتمتع به هذا الأخير من سرعة وسرية في الإجراءات بالإضافة إلى توفر الحياد في قضاء التحكيم، الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي يميل إلى تطبيقه لأنه يحقق التوازن بين طرفي العقد، لذلك يعتبر التحكيم الوسيلة المثلى من اجل فض منازعات عقود الاستثمار، ناهيك عن سلطة المحكم المرنة في إيجاد القانون الملائم لحل النزاع وكذا خروجه عن القانون وفق قواعد العدالة بعد اتفاق إرادة الأطراف على ذلك.

لذا توصلنا لمجموعة من النتائج التالية :

_ وجود اختلاف فقهي حول وضع تكييف قانوني لهذه العقود .

_مبدأ سيادة الدولة على إقليمها تعتبر من ضمن المبادئ المعترف بها والمكرسة دوليا.

_ ارتباط عقود الاستثمار بالخطط التنموية والاعتبارات السيادية فالدولة المضيفة تسعي من خلال العملية الاستثمارية إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية وبالتالي تحاول إخضاعها لقوانينها الوطنية وهو الاتجاه الغالب على الساحة الدولية إذ لا يمكن بطبيعة الحال تصور أن تطبق الدولة علي إقليمها قانون غير قانونها.

ـ سعى المستثمر الأجنبي لتحقيق الربح لذلك يحاول تدويل عقود الاستثمار بتطبيق القانون الدولي على العلاقة التعاقدية بحجة عدم قبوله للقوانين الوطنية لأنها وضعت لتحكم علاقات داخلية وليست علاقات ذات طابع دولي.

ـ حرية الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق وبالتالي عقود الاستثمار الدولي كغيرها من العقود الدولية تخضع لقاعدة قانون الإرادة.

- تراوحت عقود الاستثمار بين نظاميا لتوطين والتدويل،حيث تصرالدول النامية على إخضاع علاقاتها التعاقدية مع الطرف الأجنبي إلى تشريعاتها الداخلية بتطبيق القانون الوطني أي توطينها في حين تم رفض هذا الأخير من طرف المستثمر بحجج مختلفة، مع الرغبة الواضحة في الخضوع إلى القانون الدولي أي تدويله.

ـ اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشا بين أطراف عقد الاستثمار الدولي ومنع قضاء الدولة المضيفة للنظر في هذه المنازعات وذلك خوفا من عدم حياد هذه الأخيرة.

إقتراحات :

ـ ضرورة التطوير من القوانين الداخلية بالنسبة للدول النامية من اجل التصدي للمشاكل والخلافات التي تنجم عن عقد الاستثمار الدولي وتفتح المجال أمام المحكمين للجوء إلى القوانين الوطنية واستبعاد القوانين الأجنبية بحجة قصورها وعدم تحقيقها للعدالة.

ـالتأكيد على ضرورة صياغة عقود الاستثمار بشكل جيد والاتفاق المسبق على القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا :المصادر باللغة العربية

1_المواثيق الدولية

ا _الاتفاقيات الدولية

_اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، ج ر رقم 48 مؤرخة في 1988/11/23.

_ اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية، والشركة الجزائرية للإسمنت، بتاريخ 2003/10/30، ج.ر.ج.ج.ع. الصادر في 2004/11/13.

_ اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 بواشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95/346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995ج. ر. عدد 66، 1995.

_اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة، في 19 جوان 1980

2_ النصوص القانونية :

أ_ القانون العادي :

_قانون الاستثمار رقم 22-18، المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443، الموافق ل 24 يونيو سنة 2022 الجريدة الرسمية، العدد 50.

_ قانون رقم 16-09، المؤرخ في 29 شوال عام 1437الموافق ل 3غشت سنة 2016، المتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ج.ج، ع،46.

_ القانون رقم 08-09 ،المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج ر، العدد 21 مؤرخة في 2008/04/23. المعدل والمتمم بقانون 08/09.

_ قانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .قانون رقم 22-13 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو سنة 2022 ،يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداري

ب _ الأوامر:

_أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.ع78، الصادرة في سبتمبر 1975المعدل والمتمم.

_ الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ج.ج. عدد 47 السنة 2003، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08/06 ج ر ج ج ع 47 ، الصادر في 25 جويلية 2006 .

ت_المراسيم التشريعية والتنفيذية:

_المرسوم التشريعي 93-09 ،المؤرخ في 25 افريل 1993 ، المعدل والمتمم للأمر 66-154، المؤرخ في 08 جويلية 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية، العدد 27، المؤرخ في 27 افريل 1993 .

_المادة 1039 من القانون رقم09/08، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج ر عدد 21 ، السنة 45 ، الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008 .

ث_النصوص القانونية الأجنبية:

_المادة الأولى من قانون اليونسترال للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في 2006 ، منشورات الأمم المتحدة، فيينا، 2008 . متاح على الموقع، http://www.uncitral.org .

3 –الكتب :

– بشار الأسعد "عقود الدولة في القانون الدولي" ، ط2، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد النشر، 2011.

– بشار مُحَّد الأسعد "الفعالية الدولية لتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية" ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية– بيروت.

–عدنان بن صالح العمر، حسني صالح عمارين "الأصول القانونية للتجارة الدولية "، ط1 دار الثقافة والتوزيع، عمان الأردن، 2017

4_ المقالات:

_ إبراهيم مُحَّد العقود، "الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية– ليبيا– العدد 7 ديسمبر 20 .

_أحمد مُحَّد البوشي عبده علي، "مفهوم العقد الإداري وسماته، مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية"، جامعة القاهرة مجلة 8 ع 11 نوفمبر 2020.

_أمحمد سعد الدين، "عقود الدولة بين التوطين والتدويل" كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو .

- بوخالفة عبد الكريم "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية "،مجلة أفاق للبحوث والدراسات ،المركز الجامعي اليزي العدد 3 جانفي 2019.

_ بوستة جمال، "التحكيم التجاري كضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد الخامس، مارس 2017.

_حيتم هبة، "عقود الاستثمار الدولية" ، المجلد 2، العدد 2، سنة 2021 ، حوليات جامعة الجزائر 1 ،كلية الحقوق ،جامعة بن يوسف بن خدة.

_ رضوان ربعية ، "إشكالية الاختصاص النوعي للقضاء الوطني في فض منازعات عقود الاستثمار الدولي" ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية–جامعة الشاذلي بن جديد الطارف –المجلد 7 ، ع01 ،جوان 2022.

_زينب سالم، حورية لشهب، "مدى صلاحية تطبيق التحكيم في العقود الإدارية والدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد9، العدد3، ديسمبر2018.

_طيب قبايلي،"تقدير مفهوم الاستثمار في اجتهاد تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة–بجاية– ع8 ديسمبر2020.

_عبد الرزاق رحموني، عبد الطيف والي، "شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار"، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، ع 2، ديسمبر 2020.

_ غالية يونس الدباغ وسن مقداد، " عقد الاستثمار" مجلة جامعة تكريت في العلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 2،العراق،نشاط 2009.

_ فارح وليد، "عقود الدولة الاقتصادية بين التوطين والتدويل" مجلة الدراسات القانونية، جامعة سعيد مولاي الطاهر ،الجزائر، ع1 ماي 2021 .

_ فوزي قدور نعيمي، مضفر جابر الراوي، " النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العلمية الجديدة"، مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد3 ، عدد 10، د س.

_ موسى بوكريطة، "التحكيم التجاري كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد 8، 02 جوان 2017.

_ نعيمي فوزي ، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المراكز الدولية لتسوية منازعات الاستثمار ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس.

4-الرسائل العلمية:

أ- أطروحات دكتوراه:

_ رضوان ربعية، " فض منازعات العقود الدولية بين القضاء والتحكيم"، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2020-2019

_سمية صخري، "النظام القانوني للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار البترولية" أطروحة لاستكمال متطلبات الدكتورة، ل. م. د. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2018/2017

_ عدلي مُحَمَّد عبد الكريم، "النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2010-2011.

_ عيساوي مُحَمَّد،" فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، للجزائر"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

_ قصوري رفيقة، "النظام القانوني لاستثمار الأجنبي في الدول النامية "،مذكرة لنيل أطروحة الدكتوراه في قانون الأعمال ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لحضر-باتنة- سنة 2011/2010

_ لبيك شوقي ،"تنازع القوانين في عقود الاستثمار"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان- سنة 2020.

ب_رسائل ماجستير:

_ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو

_ كعباش عبد الله، "الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية"، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر بن عكنون، 2002/2001

_ هاشمي أعمر، " سيادة الدول النامية في عقود الاستثمار"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2016.

ت_مذكرات الماستر

_ أحمد بن طالب حسين ،عبد الرزاق بختي ، "آليات حماية المستثمر الأجنبي "، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد، بوضياف المسيلة،سنة 2018/2017.

_ ايت معمر الطاهر، سي مُحَّد إدير، "الإطار القانوني لعقد الاستثمار الدولي"، مذكرة ماستر قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2020.

_ ايت يوسف نعيمة " الطبيعة القانونية لعقود الدولة في مجال الاستثمار"، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تيزي وزو بـ 2020/11/04.

_ براش خليجة ،عزون منيرة ،عقود الاستثمار بين فكرتي التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2014 2015 .

_بودالي منية، بوحارة لامية، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، في القانون العام للإعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

_ سويسي مُحَّد ادم، " التحكيم التجاري الدولي" مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد خيضر، بسكرة 2019/2018.

_عبد مزيام حند كادم أنيس، "حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية"، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، بتاريخ 2020/2021.

_ علاوة الصادق، " قانون، واجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَّد خيضر، بسكرة، سنة 2015-2016.

_ عناب حسام، "القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2017 /2018.

_ عليوط زكريا ،« دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية"، رسالة لنيل شهادة الماجستير ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ،ورقلة ،سنة 2017.

7_ المواقع الالكترونية

موقع خاص بمقال متعلق بخصائص التحكيم _ انظر :

https://www.tahkeem.ae>arbitration

الفرق بين التجارة والاستثمار _ انظر :

https://damasoil

8_ المراجع باللغة الأجنبية:

1 -Jaber, Hamza, Conflit de Lois dans le Contrat Electronique, Revue Droit et Affaires, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Université Hassan I, p.86, Mai 2021 p : 224

2 _Antoine Kassis: Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993. Jacques Foyer: Le contrat d,electio juris à la lumière de la

convention de Rome du 19 juin 1980, in, Mélanges Yvon Loussouarn, Dalloz, Paris, 1994, p.169178-

الفهرس

الفهـــــرس

العنوان	الصفحة
الشكر	أ
الإهداء	ب
قائمة المختصرات	ت
المقدمة	4-1
الفصل الأول : عقد الاستثمار الدولي بين غياب الإطار القانوني المحدد وغموض الوصف القانوني	10
المبحث الأول:غياب الإطار المحدد لمفهوم عقد الاستثمار الدولي	11
المطلب الأول: مفهوم عقد الاستثمار الدولي	12-11
الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار الدولي	16-12
الفرع الثاني: أطراف عقد الاستثمار الدولي	17-16
أولا: الدولة كطرف في عقد الاستثمار الدولي	18-17
ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الدولي	22-18
الفرع الثالث: أنواع عقود الاستثمار الدولي	22
أولا: عقود البترول	24-23

ثانيا: عقود التعاون الصناعي	25-24
ثالثا: عقود الأشغال العامة الدولية	26-25
المطلب الثاني: تمييز عقد الاستثمار الدولي عن المفاهيم المشابهة له	26
الفرع الأول: عقود الاستثمار الدولية وعقود الدولة	27-26
الفرع الثاني: عقود الاستثمار الدولية وعقود التجارة الدولية	27
المبحث الثاني: إشكالية الوصف القانوني لعقد الاستثمار الدولي	28
المطلب الأول: التكييف القانوني لعقد الاستثمار الدولي	28
الفرع الأول: عقود الاستثمار الدولي هي اتفاقيات دولية	31-28
الفرع الثاني: عقود الاستثمار هي عقود إدارية	35-32
الفرع الثالث: عقود الاستثمار عقود مدنية	37-35
المطلب الثاني: المعايير الدولية لعقد الاستثمار الدولي	37
الفرع الأول: المعيار القانوني لدولية عقود الاستثمار	40-38
الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي لدولية عقود الاستثمار	40
الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي القانوني(المعيار المختلط)	42-41
خلاصة الفصل الأول	43
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولي :بين التوطين والتدويل	46-45

المبحث الأول: توطين القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولية	46
المطلب الأول: الأسس القانونية والغير قانونية لتطبيق قانون الوطني لدولة	47
الفرع الأول: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة	47
أولا : توطين عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية	51-47
ثانيا: توطين عقود الاستثمار استنادا إلى المعاهدات الدولية	56-52
الفرع الثاني:تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا لاعتبارات غير قانونية	57-56
أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها	59-57
ثانيا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ السياسة التنموية التي تنتهجها الدولة	60-59
الفرع الثالث: الضمانات المقدمة من طرف الدولة كقيود توطين العقد	61
أولا: ضمان الثبات التشريعي	62-61
ثانيا: ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي	64-62
المطلب الثاني: توطين عقود الاستثمار علي أساس مبدأ سلطان الإرادة	64
الفرع الأول: اختيار الصريح للقانوني الوطني	66-64
الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الوطني	67-66

الفرع الثالث: موقف المشروع الجزائري من توطين عقود الاستثمار الدولية	68
أولا: موقف المشرع الجزائري على المستوى الداخلي	68
ثانيا: موقف المشرع الجزائري على المستوى الخارجي	69
المبحث الثاني: تدويل القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار الدولية	70-69
المطلب الأول: تدويل عقد الاستثمار الدولي على أساس إرادة الأطراف	70
الفرع الأول: التدويل الصريح	70
الفرع الثاني: التدويـــل الضمنـي	72
الفرع الثالث: مدى ملائمة قانون الإرادة لتدوي ل العقد والمعوقات التي تواجه تطبيقه	73
أولا: مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل عقد الاستثمار الدولي	73
ثانيا: المعوقات التي تواجه تطبيق قانون الإرادة	74
المطلب الثاني: دور التحكيم في تدويل عقد الاستثمار الدولي	75
الفرع الأول:مفهوم التحكيم ومدى تكريسه في عقود الاستثمار	75

أولا: مفهوم التحكيم	78-75
ثانيا :مدى تكريس التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار	80-78
الفرع الثاني : سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق	80
أولا : سلطة مطلقة : في تطبيق القانون المختار أو الملائم	81-80
ثانيا : سلطة مقيدة : في الخروج عن تطبيق القانون (التحكيم بالصلح)	83-81
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الاستثمار	84-83
خلاصة الفصل الثاني	86-85
الخاتمة	90-88
قائمة المراجع	98-92
الفهرس	105-100

الملخص :**القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الدولي**

يعتبر عقد الاستثمار الدولي من العقود المتشعبة والعقود التقنية الغامضة الواقعة في المنطقة الرمادية، ما أدى إلي غياب الإطار المفاهيمي .فعقود الاستثمار تراوحت بين نظامي التوطين والتدويل،حيث تصر الدولة المضيفة على تطبيق الوطني على علاقتهم التعاقدية مع المستثمر الأجنبي بينما يسعي هو الى تدويل العقد برده إلى القانون الدولي ، وذلك تحت حجة قصور القوانين الوطنية للدول المضيفةوبهذا ظهر رأي أخر ينادي بفكرة القانون العبر للدول وهو قانون يتضمن القانون الدولي العام وقانون الدولي الخاص و يعتبر النظام القانون الطبيعي لحكم العلاقات التعاقدية المختلفة والتي تتم بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية كعقود الاستثمار

الكلمات المفتاحية : عقد الاستثمار الدولي، المستثمر الأجنبي، الدولة، التوطين و التدويل.

Summary:The law applicable to the international investment contract

The international investment contract is considered one of the complex and ambiguous technical contracts located in the gray area, which led to the absence of a conceptual framework. The investment contracts ranged between the systems of localization and internationalization, where the host country insists on applying the national to their contractual relationship with the foreign investor who seeks to internationalize the contract by returning it to international lawThis is under the pretext of the inadequacy of the national laws of the host countries. Thus, another opinion emerged calling for the idea of transnational law, which is a law that includes public international law and private international law.

Keywords: international investment contract, foreign investor, state, localization and internationalization.

Résumé :La loi applicable au contrat international d'investissement

Le contrat d'investissement international est considéré comme l'un des contrats techniques complexes et ambigus situés dans la zone grise, ce qui a conduit à l'absence de cadre conceptuel. Les contrats d'investissement oscillent entre les systèmes de localisation et d'internationalisation, où le pays d'accueil insiste pour appliquer le national à sa relation contractuelle avec l'investisseur étranger qui cherche à internationaliser le contrat en le ramenant au droit international

C'est sous prétexte de l'insuffisance des lois nationales des pays d'accueil.Ainsi, une autre opinion est apparue appelant à l'idée de droit transnational, qui est un droit qui comprend le droit international public et le droit international privé.

Mots clés : contrat d'investissement international, investisseur étranger, éta, localisation et internationalisatio