

جامعة مولود معمري- تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية

عقد الاستشارة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون العام
فرع : قانون الأعمال

تحت إشراف الأستاذ/
د/عيبوط محند و علي

إعداد الطالبتين:
مزبوط كميلية
لونيس حسبية

لجنة المناقشة:

- 1-د/ تيزا نوار ، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسة
- 2-د/عيبوط محند و علي، أستاذ محاضر "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،.....مشرفا و مقررا
- 3-أ/أوديع نادية، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 31 أكتوبر 2013

بسم الله الرحمن الرحيم
"اقرأ باسم ربك الذي خلق (1) خلق
الإنسان من علق (2) اقرأ و ربك الأكرم (3)
الذي علم بالقلم (4) علم الإنسان ما لم
يعلم (5) ..."

صدق الله العظيم
آيات من سورة العلق

شكر و تقدير

نحمد الله عزّ و جلّ الذي أنعم علينا نعمة العقل و العلم، و على أن أمدنا بالعزيمة و الإرادة للإتمام هذا العمل. ثم نتوجه شكرنا و تقديرنا و عظيم امتناننا إلى الأستاذ الدكتور عبيوط محند و علي على تكممه بالإشراف على رسالتنا و على وسع صبره و تقديمه لنا النصيحة و المشورة و منحه لما من علمه و وقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاته و إرشاداته عوننا و سندنا لنا خلال إعدادنا لهذا البحث. له منا عظيم الشكر و الامتنان.

كميلية و حسبية

إهداء

إلى روح أمي الطاهرة رحمها الله.

و إلى كل أفراد عائلتي و خاصة الكتكوت
الصغير صفيان.

و كل أصدقائي و صديقاتي، وكل من
ساعدني من أجل إتمام هذا العمل من قريب
أو بعيد.

و كل أساتذة كلية الحقوق تيزي وزو.
أهدي ثمرة جهدي هذا

حسيبة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والداي العزيزين أطال
الله في عمرهما اللذان يعود لهما الفضل في كل ما
حققته بدعمهما و تشجيعهما.

و إلى أخي خالف الذي كان سندا لي طوال مشواري
الدراسي.

وأختي مدللة العائلة تسعديت، و كل عائلتي و
أصدقائي و صديقاتي، و كل من ساعدني لإتمام هذا
العمل من بعيد أو قريب
و كل أساتذتي الذين دارسوني و علّمني طوال حياتي
الدراسية.

كميلية

قائمة المختصرات:

- ق م ج : القانون المدني الجزائري
- ش م ج : شركات متعددة الجنسيات
- د س ن : دون سنة النشر
- ج ر : جريدة رسمية

- A M I : accord multilatéral sur l'investissement.
- CIRDI : centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
- CCI : chambre du commerce internationale.
- OCDE : organisation pour la coopération et le développement économique.

مقدمة

يعتبر موضوع الاستثمار من المواضيع الهامة و ذو مكانة رئيسية، سواء في البلدان المتقدمة أو في البلدان النامية، ذلك من أجل تحقيق التنمية، و الاستقرار الاقتصادي و إشباع حاجياتها الاقتصادية، لذلك تعتبر عملية الاستثمار من أكثر النشاطات الاقتصادية حضورا و إثارة للاهتمام خاصة في البلدان النامية، التي مازالت اقتصادياتها تعاني من التخلف و التبعية.

في ظل تطور الحياة الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية، أدى إلى ظهور علاقات اقتصادية و قانونية لم تكن معروفة من قبل خاصة الاستثمارات الأجنبية التي تعتبر المحرك الرئيسي للتنمية الوطنية و اقتصاديات الدول، خاصة منها البلدان النامية، هذا ما أدى بها في السنوات الأخيرة بالاهتمام بتطوير معاملاتها، و علاقاتها بالبلدان المتقدمة، قصد جلب المزيد من الاستثمارات للنهوض بالتنمية الاقتصادية و لبلوغ ذلك لابد من إبرام مختلف العقود و الاتفاقيات الدولية، من بينها عقود الاستثمار، نظرا لأهميتها و مدى إسهامها في التطوير الاقتصادي و المالي للدول.

يعتبر عقد الاستثمار حجر الزاوية للتنمية الاقتصادية باعتباره الدافع الأساسي للنمو الاقتصادي، من خلال زيادة الناتج الداخلي و توفير المواد الأولية إضافية مكلمة للاذخار الوطني للموارد القابلة للاستثمار داخل كل بلد، و يساهم كذلك في نقل التقنيات الجديدة و المهارات العالمية و أساليب الإدارة الحديثة ، كما يساعد على استخدام شبكة التوزيع الدولية، و لهذا تسعى مختلف البلدان باختلاف أنظمتها و نسبة تطورها لإبرام أكبر عدد ممكن من عقود الاستثمار، التي تعد أول مصدر للتنمية الاقتصادية، خاصة بالنسبة للبلدان النامية.

يبرم عقد الاستثمار بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، و المستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص ، و تتمثل الغاية الأساسية من إبرام عقد الاستثمار تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المتعاقدة، والتي ما تكون عادة من البلدان النامية، و ذلك من خلال إنشاء مشاريع تساهم في إنعاش البنية التحتية، و ذلك من خلال ما يستفيد منه اقتصاد الدولة المتعاقدة، من رأسمال و تكنولوجيات و قدرات و مهارات إدارية، و غيرها من العوامل التي تساهم بشكل كبير في دفع و تيرة الاقتصاد الوطني.

عقد الاستثمار الأداة القانونية التي يتم التعامل بمقتضاها في هذا المجال، و عليه أصبحت الاستثمارات المحرك الرئيسي لعقود الدولة، كما أن عقد الاستثمار يعد أكثر صورها، كما يقوم أيضا بدور فعال في التنمية الاقتصادية للبلدان النامية و حتى للبلدان المتقدمة.

إن طبيعة عقد الاستثمار وارتباطها في غالب الأحيان بالخطط التنموية للدولة، تتطلب التعاون المستمر بين الأطراف، فمن خلاله يلتزم المستثمر الأجنبي بإنجاز مشاريع استثمارية ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم المستثمر في تحقيق التطور الاقتصادي للدول المضيفة، و ذلك بإمدادها بأفضل المواد المناسبة للمشروع المتعاقد عليه و كذلك نقل القيم الاقتصادية إليها و الاستفادة من التطورات التكنولوجية، مقابل تعهد الدول المضيفة من جهتها للمستثمر الأجنبي، بتقديم التسهيلات اللازمة من أجل انجاز المشروع و منحه بعض الضمانات و امتيازات تؤدي إلى حماية حقوقه من مختلف الأخطار.

يبرم عقد الاستثمار بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، فتعتمد الدول بإصدار تشريعات و قوانين عديدة و متلاحقة في سبيل تشجيع و جذب هذه الاستثمارات، و ذلك بسن قوانين توسع من فرص الاستثمار على نحو يلاءم غاية القانون، في وقتنا الحاضر المتمثل في خدمة التنمية الاقتصادية، و في ظل الاهتمام الدولي و نمو علاقات اقتصادية طرفها في الغالب شخص أجنبي، تنشئ إشكالات قانونية معقدة، نتيجة لانتقال رؤوس الأموال بين الدول، حينها تنتج تنازع بين قوانين الدول المتدخلة في المعاملة ذات الطابع الدولي؛ لذلك تكتسب مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار أهمية خاصة نظرا لخصوصيتها، لاختلاف المصالح و أهداف أطرافها.

بما أن عقد الاستثمار يبرم عادة بين طرفين غير متكافئين في المراكز القانونية، إذ أن الدولة تتمتع بمزايا سيادية لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي و هذا التفاوت في المراكز القانونية جعلت مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار مسألة شائكة لا يمكن تسويتها تسوية حاسمة، لأنها تثير العديد من المسائل المتعلقة بتحديد القانون الذي يحكم التفاوض بشأنها و إبرامها و تسوية النزاعات الناجمة عن تفسيرها و تنفيذها.

ما زاد الأمر تعقيدا تلك التحولات السياسية و الاقتصادية التي شهدها العالم، حيث حصلت العديد من الدول على استقلالها و شرعت في إصدار تشريعات جديدة تنظم عقود الاستثمار الأجنبي، و غيرها من العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية، وهذه التشريعات الداخلية أصبحت عائقا أمام المستثمرين الأجانب، وكان على المستثمرين الابتعاد و التخلص من هذه القوانين الداخلية للدولة المضيفة التي تقف عائقا أمام تطلعاتهم و أهدافهم الاستثمارية، ويكون ذلك بإخضاعه للقانون الدولي العام أو لمبادئ القانون التجاري. و التي قد تصلح أن تكون أهلا لحكم هذه العقود، أو على الأقل تساهم إلى جانب القوانين الوطنية في حلّ منازعاتها.

لقد قمنا باختيار هذا الموضوع نظرا لكثرة الدراسات عليه، باعتباره من المواضيع الهامة التي تطرح مفاهيم متجددة بسبب التغيرات و التطورات السياسية و الاقتصادية التي يشهدها عالمنا الحاضر، حيث تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين

الأجانب بغرض الحصول على الاستثمار الأجنبي، للمساهمة في تحقيق تنميتها الاقتصادية بأهمية بالغة و يرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد القومي لدولة المضيفه للاستثمار، و التي غالبا ما تكون من الدول النامية الركيزة التي يتم بواسطتها بناء هياكل اقتصادية للدولة المضيفه و تنظيم بنيتها الأساسية و إدارة مرافقها العامة، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا و رئيسيا في تحقيق خططها الاقتصادية؛ كما تشكل للدولة التي يتبعها المستثمرون مزيدا من فرص العمل و مزيدا من الاستثمار، و نمو الرأسمال.

بما أن عقود الاستثمار تتعلق مباشرة بالاقتصاد الوطني العام و الخاص، جعلتها النظم القانونية أداة لتنفيذ الخطة الاقتصادية و إن كان التخطيط للمشاريع الاقتصادية للقطاع العام، يتم بصورة عقلانية و منظمة تتماشى و تنسجم مع حتمية كل مرحلة؛ فإن أداة تنفيذ المشاريع الاستثمارية هي العقد، و أن تحقيق السريع للتنمية الاقتصادية، لا يمكن أن يتم إلا بواسطة أداة قانونية فعالة هي العقد الاستثماري. فما هو النظام القانوني لعقد الاستثمار؟

أمام تطور المعاملات الاقتصادية خاصة في البلدان النامية و محاولة منها لتنمية و استغلال ثرواتها الوطنية ، أصبحت الدولة تبرم عقود استثمار مع الأشخاص الأجانب لتنفيذ هذه الأعمال، و غالبا ما تتضمن هذه العقود شروطا لم تكن معروفة في العقود الأخرى، و إن لم تخلو منها بعض العقود الأخرى فإنها لا تتمتع بنفس الخصوصيات، وعلى هذا الأساس نقوم بدراسة الإطار القانوني لعقد الاستثمار(الفصل الأول).

إن الطبيعة غير المتجانسة لطرفي عقد الاستثمار تثير الاهتمام بدراسة القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، لكون أحد طرفي العقد شخص ذو سيادة و هو شخص من أشخاص القانون الدولي العام، مع شخص لا يتمتع بالسيادة و هو شخص من أشخاص القانون الخاص (الفصل الثاني) .

الفصل الأول

الإطار القانوني لعقد الاستثمار

تهدف عقود الدولة إلى تنمية قدرات الدولة المضيفة و تطوير مواردها و يتمثل محلها في عملية الاستثمار، التي تنتقل من خلالها رؤوس الأموال و المساعدة الفنية، لكن تختلف أهداف عقود الدولة باختلاف الشكل الذي تتخذه، فقد تتعلق بعملية البحث واستغلال الموارد المنجبية، أو إنجاز مشاريع المفتاح في اليد، أو بنقل التكنولوجيا؛ و قد تغير محل عقود الدولة، بأن أصبح ينصب على الاستثمار بالدرجة الأولى نظرا للأهمية المتزايدة التي اكتسبها، خاصة و أن عقود الاستثمار تتعلق في الغالب بتنمية الثروة للدول المضيفة¹، و لتجاوز حالات التخلف في البلدان النامية كان لا بد أن يخصص دور للاستثمار الأجنبي الذي له الإمكانيات المالية و التقنيّة. وهذا الاستثمار قادم من البلدان المصنعة على وجه الخصوص² و يكون ذلك عن طريق أبرام عقود الاستثمار مع المستثمرين الجانب.

يبرم عقد الاستثمار بين طرفين ، فالطرف الأول يتمثل في الدولة التي تعتبر طرفا أساسيا في هذا العقد، كما يعد الممثل الوحيد للقانون الدولي للاستثمارات، أما الطرف الثاني يتمثل في المستثمر الأجنبي ، وكما تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب بغرض الحصول على الاستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق تنميتها الاقتصادية بأهمية كبيرة، و يرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد القومي لكل من الدول المضيفة للاستثمار و الدولة التي يتبعها المستثمر .

لعقد الاستثمار آثار و المقصود من ذلك هو إنشاء التزامات فبمجرد انعقاده تنشأ على عاتق الطرفين بعض الالتزامات، و تختلف تبعا لتفاوت و تباين أطرافه اقتصاديا، ماليا، و لأجل تجنب أي تفسير ذاتي من قبل الأطراف، يحدد العقد التزاماتهم و حقوقهم بدقة و وضوح³ (المبحث الأول) ،ولعقد الاستثمار عناصر تميزه عن العقود الأخرى ، و كذلك تمييز العقد عن الاتفاقيات الثنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

¹ اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجا"، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2006، ص 26

² قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، د ب ن ، 2006 ، ص 53

³ اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال ...، المرجع السابق، ص 250

مفهوم عقد الاستثمار

تتعدد العقود التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب، بحسب حاجاتها و رغباتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، كما أن التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية ، و كذلك تطور الاتصالات بين مختلف الدول أدى بالدول إلى إبرام عقود و اتفاقيات دولية، و منها عقود الاستثمار حيث تشكل مسألة حساسة في تطوير الاقتصاد الوطني، كما كانت تلجأ إليها البلدان النامية خاصة، لأنها بأمس الحاجة إلى الرأسمال لتحقيق أهدافها الاقتصادية و التنموية ، و هذا ما أدى بالدول المضيفة لرؤوس الأموال إلى إبرام عقود الاستثمار مع المستثمر الأجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي.

عقد الاستثمار هو ذلك العقد الذي يبرم بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي، و المستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص، من أجل تنمية قدرات و مهارات الدول المضيفة و تزويدها بالتكنولوجيات الحديثة؛ و تتنافس البلدان النامية حالياً فيما بينها، من أجل جذب المستثمرين الأجانب عليها من خلال توفير المناخ الاستثماري الملائم، نظراً لأهمية العقد من دعم و توسيع القدرة الاقتصادية للدولة المضيفة، و تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي (المطلب الأول). و عقد الاستثمار مثله مثل العقود الأخرى له عناصر تميزه عن العقود الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف عقد الاستثمار و أهميته

تعتبر عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة التي تؤدي إلى تطوير الحياة الاقتصادية للدول، و ذلك من خلال فتح المجال للمستثمرين الأجانب للاستثمار في إقليمها. و تقوم عقود الاستثمار كأى عقود أخرى على تلاقي إرادتين ، بقصد إحداث أثر قانوني معين بين الدولة المضيفة للاستثمار لتحقيق التنمية الاقتصادية ، و المستثمر الأجنبي لتحقيق الربح (الفرع الأول)، و يعد عقد الاستثمار من المواضيع الهامة، الذي يتبوأ مكانة رئيسية في مختلف البلدان المتقدمة، و النامية على حد سواء، من أجل رفع معدلات تنميتها و تحقيق استقرارها الاقتصادي و إنشاء مناصب عمل جديدة و القيام بتدريب اليد العاملة المحلية على استخدام التكنولوجيات المتقدمة بالإضافة إلى ذلك الإسهام في تحسين موازين المدفوعات بتحويل الرساميل بهدف تمويل المشاريع و إحداث فاعلية في السوق المحلية بفعل احتكارها بالأسواق الخارجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف عقد الاستثمار

تحتل عقود الاستثمار مكانة هامة في العلاقة الاقتصادية الدولية، لاسيما بين دول الشمال و دول الجنوب، كما أن القانون الدولي العام للاستثمارات، أصبح إحدى المجالات الهامة بالنسبة للقانون الدولي الاقتصادي ككل، التي تختلف أهداف و مصالح أشخاصه.¹ يمكن تعريف عقد الاستثمار بأنه اتفاق بين دولة ذات سيادة مستوردة لرؤوس الأموال، و مستثمر يلتزم بتقديم خلال فترة محددة بعض الحصص نقدا، و هذا يكون حسب ما تم الاتفاق عليه في العقد، من أجل خلق نشاط اقتصادي محدد، أو دعم نقدي أو عيني،² فمن خلاله يتعهد المستثمر الأجنبي القيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، و يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، و ذلك بنقل القيم الاقتصادية إليها³، كما عرف عقد الاستثمار أيضا حسب مخطط التنمية بأنه "أداة مرنة للتنسيق مابين القطاعات"،⁴ فبمقتضى عقد الاستثمار يلتزم المستثمر بتقديم رأسماله من شأنه أن يساهم في تحقيق الأهداف التنموية و الاقتصادية للدولة المستقبلة لرؤوس الأموال، شريطة أن تحقق هذه الدول المضيفة الظروف الملائمة لتشجيع الاستثمارات⁵، و من ثم فإن العقد يخضع للظروف التي يمارس فيها المستثمر نشاطه، و لمختلف الصعوبات التي يواجهها، لاسيما المسائل المتعلقة بالضرائب، كذلك الحقوق و التسهيلات الجمركية... كما تخضع هذه الظروف للنظام السياسي، الاقتصادي، و الاجتماعي السائدة في الدولة المضيفة.⁶

يقصد بعقود الاستثمار " **les Contrats d'investissement** " تلك العقود التي بمقتضاها يتم انتقال المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر ، وتستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام ، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إما بنفسه ، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني ، وقد تشترط التشريعات الوطنية في الدول المضيفة للاستثمار أن يجري الاستثمار الأجنبي فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني.⁷

كما يمكن تعريفه أيضا بأنه : "قيام مشروع أجنبي يكون غالبا ش م ج، لممارسة نشاط اقتصادي بصفة دائمة و مستقرة في بلد ما، و قد يتم النشاط بواسطة شركة

¹ محمد اقلولي ، ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال...، المرجع السابق ، ص67
² شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض عقودا لاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق ، د س ن، ص 11
³ محمد اقلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال... ، المرجع السابق، ص 67
⁴ بن سويح خديجة ،النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2007، ص 20.
⁵ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار... ، المرجع السابق، ص 11
⁶ محمد اقلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال... ، المرجع السابق، ص 68
⁷ عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 111 و 112.

فرعية تابعة لشركة الأم، كما يتم في إطار ما يعرف بالمشروع المشترك، و ذلك باشتراك الشركة مع الرأسمال العام، أو الخاص في الدول المصنعة"¹.

لقد تجسد الأسلوب التعاقدي في خدمة الاستثمار في الكثير من النصوص، سواء في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات،² أو في قوانين الاستثمار الحديثة،³ و هو يبرم بين الدولة من الجهة و الشخص الأجنبي من جهة أخرى، و هو المستثمر الأجنبي.

يعرف عقد الاستثمار أيضا بأنه العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية، مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية، لاستغلالها في مشروعات على أرضها، بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد.

عرفته لجنة مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادية و الخمسون بأنه: " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير انتظام مباشر".

و وفقا لعقود الاستثمار يلزم المستثمر الأجنبي، بموجب مباشرة و ذلك بتقديم رأس المال اللازم لإقامة المشاريع الإنتاجية أو الخدمية ، أو بتقديم الخبرات الفنية اللازمة في مجالات البترول أو التنمية الصناعية أو الأشغال العامة ، و يقتصر الاستثمار على تقديم رأس المال دون الدخول في تنفيذ مثل هذه المشروعات.⁴

بصفة عامة يمكن القول أن العقد عبارة عن " توافق إرادتين، أو أكثر من أجل إحداث أثر قانوني، بحيث يكون الأطراف ملتزمين اتجاه بعضهم البعض"⁵

1 شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص11
2 مرسوم رئاسي رقم 345/91 الصادر في 5 أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد البلجيكي - للكسمبورغي، يتعلق بتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، الموقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، ج ر، عدد 46، الصادر في 06 أكتوبر 1991 .
- مرسوم رئاسي رقم 01/94 الصادر في 02 جانفي 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية - بشأن التشجيع و الحماية المتبادلتين، فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بالجزائر بتاريخ 13 أبريل، 1993 ج ر، عدد 01 ، الصادر في 02 جانفي 1994.

-- مرسوم رئاسي رقم 328 /94 صادر في 22 أكتوبر 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة رومانيا، الموقع بالجزائر بتاريخ 28 جوان 1994، والمتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة، للاستثمارات ، ج ر، عدد 69 ، الصادر في 26 أكتوبر 1994.

³مرسوم تشريعي 12/93 الصادر في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 64، الصادر بتاريخ أكتوبر 1993، و الأمر رقم 03/01، الصادر في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 47، الصادر بتاريخ 2003 المعدل و المتمم. (ملغى)

⁴عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية...، المرجع السابق، ص 112
⁵بن سويح خديجة ، النظام القانوني للاستثمار ...، المرجع السابق، ص 20

إذا كانت الدول و خاصة النامية منها تتوافد إلى إبرام عقود الاستثمار و هذا يعني أنّ هذه العقود تتمتع بأهمية بالغة للاقتصاد الوطني لهذه الدول وتحسين مردودها على مستوى مختلف القطاعات.

الفرع الثاني

أهمية عقد الاستثمار

فمن خلال التعريف السابق لعقد الاستثمار، نستنتج أن للعقد أهمية، و أدوار فعالة، فبواسطته يتم تنفيذ مشاريع استثمارية و التي تكمن في: التنسيق في القطاعات بمختلف أنواعها، انجاز مشاريع المصانع و الورشات بما تحققه من تكنولوجيا.¹

تظهر أهمية الاستثمارات بصفة عامة على المستوى الوطني، و كذلك على مستوى الفرد على حد سواء، بحيث تشكل المحرك الرئيسي للتنمية الاقتصادية للدولة مما يسمح بإعادة الهيكلة لبعض المؤسسات العمومية التي تعاني من مشاكل في التنظيم و التسيير حيث يعمل المستثمر في حسن سير و تنظيم المؤسسة من خلال الخبرة و الحنكة في المجال الفني و التقني ، ما يؤدي إلى الفعالية الاقتصادية. و بالمقابل تلعب دورا هاما لفائدة المستثمر الأجنبي، و كذلك الدول المصدرة للرأسمال الأجنبي

كما تكمن أهمية عقد الاستثمار في زيادة الدخل الوطني للبلاد، و كذا خلق فرص عمل جديدة للاقتصاد الوطني و دعم عملية التنمية الاقتصادية الاجتماعية من خلال التأثير على الجانب الاقتصادي برفع الإنتاج و بالتالي رفع أداء المؤسسات و التنمية ، و زيادة الإنتاج ودعم الميزان التجاري و ميزان المدفوعات بما تحصل عليه من فوائد و أرباح مالية و ذلك من خلال ما تجنيه هذه الاستثمارات من العملة الصعبة و بالتالي تقوية ميزانية الدولة المضيفة²، و يتحقق ذلك باستعمال المستثمر الأجنبي للوسائل البشرية المحلية على جميع المستويات، بما فيها المسيرين و العمال، و كذلك بإعادة استثمار جزء هام من أرباحه المحققة في البلد المستقبل ثم العمل على إحداث أعلى قيمة مضافة³. فنشاطات المستثمر الأجنبي توفر فرص عمل للقوى العاملة المحلية و بالتالي فهو يساهم في تخفيض نسبة معدلات البطالة في الدول المضيفة، كذلك تحقق الدول المضيفة مورد دخل لاقتصادها المحلي من خلال فرض الرسوم الجمركية أو الضرائب على نشاطات هذا المستثمر أو على أرباحه التي يحققها.

¹بن سويح خديجة ، النظام القانوني للاستثمار...، المرجع ذاته، ص 20
²قاسم نايف علوان، إدارة الاستثمار (بين النظرية و التطبيق)، كلية الاقتصاد، جامعة التحدي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 33

³قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية...، المرجع السابق، ص 55 .

كما أن النشاطات التي يمارسها المستثمر الأجنبي على أراضي الدول المضيفة يكسبها فرصة ثمينة تكمن في اكتساب الخبرات و المهارات الصناعية للعمالة المحلية ، إضافة إلى انتقال التقنية المتقدمة إلى هذه الدول و هذا في حد ذاته مكسب مهم.

قد أولت الدول المتقدمة لعقود الاستثمار اهتماما كبيرا، من خلال قيامها بإصدار القوانين و التشريعات المشجعة للاستثمارات، و ذلك بانتقال رؤوس الأموال¹. أما في الدول النامية، و لحاجاتها لرأسمال كبير قصد تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة، و منها الجزائر، فرض عليها التعامل أكثر مع الأطراف الأجنبية و مع شركاتها المختلفة عن طريق إبرام عقود، لاعتبار الدول النامية فقيرة من حيث الإمكانيات التقنية و المالية و التكنولوجية، إضافة إلى نقص الخبرات الفنية، و عليه هذا ما أدى لهذه الدول لإبرام عقود مختلفة من أجل تحقيق أهدافها. و يعتبر العقد ركنا أساسيا لتحقيق التنمية الاقتصادية، و الاجتماعية، في إطار السياسة العامة للدولة، و في حدود خططها الوطنية².

إذا كان عقد الاستثمار هو العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي من أجل تحقيق المصلحة الاقتصادية لدولة المضيفة و تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، فما هي العناصر التي تميز هذا العقد عن العقود الأخرى، وكذا تمييزه عن الاتفاقيات الثنائية.

المطلب الثاني

عناصر عقد الاستثمار و تمييزه عن الاتفاقيات الثنائية

إن الهدف من إبرام عقود الاستثمار من طرف الدول النامية، هو حاجتها الماسة إلى رؤوس الأموال، لتحقيق أهدافها الاقتصادية و التنموية من أجل تحقيق المنفعة العامة. و حتى يكون العقد عقد استثمار لا بد أن يحتوي على عناصر تميزه عن العقود الأخرى(الفرع الأول)، و كذلك تمييز عقد الاستثمار عن الاتفاقية الثنائية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

عناصر عقد الاستثمار.

يمكن تلخيص هذه العناصر في النقاط التالية:

-أولا: الحصاة

¹قاسم نايف علوان، إدارة الاستثمار...، المرجع السابق،ص 34

²شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص 12

نعني بالحصة مساهمة المستثمر الذي يتعهد بتقديمها في إطار المشروع الاستثماري لصالح الدولة المضيفة، و هي المستفيدة من عملية الاستثمار، شريطة أن يكون المستثمر من أشخاص القانون الخاص سواء كان شخص طبيعي، أو شخص معنوي، يمكن أن تكون عينية أو نقدية، فالحصة العينية قد تكون مادية أو معنوية كحقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف، أما الحصة النقدية فيجب أن تكون لنقودها سعر صرف قانوني في الدولة المضيفة للمشروع الاستثماري.¹

ثانياً: المدة

لكي نصنف أي مشروع بأنه مشروع استثماري، يجب أن لا تقل عن ثلاثة سنوات إلى خمسة سنوات، من أجل التمييز بين العمليات الاستثمارية و العمليات التجارية، التي تقوم على أساس السرعة و الانتماء.² لكن الاجتهاد التحكيمي لم يحدد مدة معينة لتكييف أي نشاط بأنه استثماري، المعيار الزمني يقدر من حالة إلى حالة، فنجد في القرار **Salini** استدراك المعيار الزمني، و التمسك به في قضية **Venezuela Fedax** و قضى حتى و أن العمل لبعض أشهر يمكن تكييفه أنه عمل استثماري.³

ثالثاً: عنصر المخاطرة

إن الهدف من عقد الاستثمار هو تحقيق فوائد و أرباح، كما يمكن أن تتحقق خسائر؛ و في إطار التمييز بين المشروع الاستثماري و العمليات التجارية، حيث أن هذه الأخير قد تتحقق فيه المردودية دفعة واحدة، بينما المشروع الاستثماري بشكل دوري، متكرر بالزيادة أو النقصان.⁴

رابعاً: المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة

إن المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من قبل المستثمر الأجنبي، و يعد من العناصر الأساسية حيث يمكن القول بأنه مشروع استثماري ، بحيث يسمح بنقل التكنولوجيا، و توفير مناصب الشغل، كذلك إنشاء شركات محلية، من أجل

¹ Loncle Jean Marc, La notion d'investissement dans les décisions du CIRDI, RDAI, N03, 2006, p 32

² غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها، جامعة القاهرة، 2004، ص14

³ Loncle Jean Marc, La notion d'investissement... op.cit., p 326

⁴ غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم...، المرجع السابق، ص14

تحسين الظروف الاجتماعية، و الاقتصادية للدولة المضيفة و المستقطبة لرؤوس الأموال.¹

الفرع الثاني

تميز عقد الاستثمار عن الاتفاقيات الثنائية

لقد ذكرنا سابقا بأن عقد الاستثمار، هو توافق إرادتين بين دولة تتمتع بسيادة و مستوردة لرؤوس الأموال، و مستثمر أجنبي الذي يلتزم بتقديم حصة، سواء حصة نقدية أو حصة عينية، أما الاتفاقية الثنائية فهي عبارة عن معاهدة دولية، تبرم بين دولتين ذات سيادة، لكونهما شخص من أشخاص القانون الدولي العام الخاضعة لاتفاقيات فينا حول قانون المعاهدات المؤرخة في 22 مايو 1969 (المادة 2/1).²

يخضع عقد الاستثمار للأحكام الواردة في الاتفاقية الثنائية، و هذه التصرفات القانونية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فالتمييز بين عقد الاستثمار و الاتفاقية الثنائية تظهر من حيث المراكز القانونية، و ذلك أن الاتفاقية الثنائية يتم بين دولتين تتمتعان بسيادة، بينما عقد الاستثمار فيتم بين دولة ذات سيادة و شخص أجنبي(شخصا طبيعيا أو معنوي). و تكمن العلاقة بينهما في كون أن الاتفاقية هي الإطار العام الذي يتم فيه إبرام عقود الاستثمار.³

سميت هذه المعاهدات الثنائية بمعاهدات الغطاء أو اتفاقيات المظلة، لكونها تسعى لحماية و ضمان الأشخاص، و أموال المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة؛ فالاتفاقية الثنائية هي التي تنص على كافة الحقوق و الامتيازات، التي يجب أن يتمتع بها المستثمر الأجنبي مع الدولة المضيفة.⁴

¹ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ... ، المرجع السابق، ص19

² اتفاقية فينا لقانون المعاهدات اعتمدت من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 الصادر في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 أيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/أبريل إلى 22 أيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980.

تنص المادة 2 ف1 معاهدة تعني " الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة"

³ عيبوط محند واعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص 246

⁴ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ... ، المرجع السابق، ص19

يبرم عقد الاستثمار بين طرفين من أجل تحقيق مصالحهما الاقتصادية، فمن يتمثل هذان الطرفان، و ما هي الحقوق التي يتمتع بها كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، وما هي الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف والتي تكون لصالح الطرف الآخر.

المبحث الثاني

أحكام عقد الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار مثلها مثل العقود الأخرى، على تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين. كما أنها تتميز بحقيقة هامة، و هي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، لكون أن أحد هذه الأطراف هو شخص سيادي و يتمتع بمزايا خاصة و يتمثل في الدولة، بينما الطرف الثاني هو شخص خاص لا يتمتع بالرغم من قوته الاقتصادية و المالية بأية سيادة، و يتمثل في المستثمر الأجنبي. و الأثر المقصود من العقد هو إنشاء حقوق و التزامات وهذا ينطبق على عقود الاستثمار على اعتبارها عقود تنصب على موضوع يمثل بعدا استثنائيا لاقتصاد الدولة المضيفة (المطلب الأول)؛ ولأجل تجنب أي تفسير ذاتي من قبل الأطراف يحرر العقد التزاماتهم و حقوقهم بدقة و وضوح، هناك حقوق تتمتع بها الدولة المضيفة للاستثمارات في مواجهة المستثمر الأجنبي و التي تكون بمثابة التزامات تقع على عاتق المستثمر الأجنبي، كما عليها التزامات تقع على عاتقها تكون بمثابة حقوق للمستثمر الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أطراف عقد الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار بخصوصية هامة وهي عدم تكافؤ أطرافها في المراكز القانونية وفي إمكانياتهم الفعلية، إذ تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية أو عن طريق إحدى مؤسساتها التابعة لها من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية (الفرع الأول) وبين الشخص الأجنبي طبيعي أو اعتباري و غالبا ما يكون شركة خاصة أو متعددة الجنسيات (الفرع الثاني) بقصد القيام بعملية تهدف إلى استغلال ثروة طبيعية عبر إنشاء مشروع استثماري.

الفرع الأول

الدولة

قد تنزل الدولة إلى ميدان التجارة الدولية، فترتبط بعقود الاستثمار و تتدخل في مشروعات مع الشركات الخاصة و مع الأفراد¹، و ذلك سعياً منها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية و تنفيذ خططها الاقتصادية، و تقوم بإبرام هذه العقود بطريقتين إما مباشرة عن طريق قيام من يمثلها بإبرامها (رئيس الدولة، رئيس الوزراء)، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى المؤسسات أو الهيئات بإبرامها العامة التابعة له

يكشف الرجوع إلى الفقه و القضاء، الذي تبرمه مؤسسة أو هيئة تابعة للدولة، عن وجود معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهما للقول بانصراف العقد إلى الدولة التي تتبعها، ففي حين يعتمد **المعيار الأول (المعيار القانوني)** على عملية التوقيع المادي و الاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بتوقيع على العقد؛ بمعنى أنه طالما أن المؤسسة أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدتها دون أن تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، و من ثم لا تعد الدولة ذاتها طرفاً في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بالشخصية القانونية المستقلة.

أما **المعيار الثاني (المعيار الاقتصادي)** فإن مجرد تمتع الهيئات و المؤسسات العامة بالشخصية القانونية، يجب ألا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي أبرمت العقد و قامت مادياً بالتوقيع عليه تسهر على تطبيق و تنفيذ سياسات مرسومة سلفاً من قبل الدولة التي تنتمي إليها، و تمثل مصالحها العامة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، على نحو تبدو فيه هذه المؤسسة رغم كونها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة، بمقتضاها تمارس هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة و الإشراف و التوجيه سواء فيما يتعلق برأس مالها أو إدارتها أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث أنه في مثل هذه الحالات من الصعب فصلها عن الدولة.²

كما أن الدولة تعتبر الممثل الوحيد للقانون الدولي للاستثمارات، حيث ساهمت بشكل كبير في إنشاء القانون الدولي بناءً على الممارسات الدولية؛ و ذلك من خلال الاعتراف بالمبادئ القانونية الناشئة عن طريق الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف، إذ تم إنشاءها من قبل الدول من أجل تحقيق غايتها و أهدافها.

¹ د. جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 9

² بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها - القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها - منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 13 و 17 و 20.

غير أنه عند تفحصنا للقانون المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، خاصة من و جهة نظر القانون الدولي العام بين الدول، بحيث يحدد الدور الذي تلعبه الدولة بإمكانية مساهمتها في تطوير القانون الدولي العام للاستثمارات.¹

تتميز الدولة بكثير من الصفات، بحيث تساهم في إنشاء قواعد القانون الدولي ، و كطرف في إبرام الاتفاقيات المعاهدات الدولية، سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف؛² و في ظل التطورات الاقتصادية التي عرفها العالم المعاصر، أدى إلى التطور القانون الدولي للاستثمارات و ذلك من خلال تحرير الاستثمارات الدولية، و كذلك حماية ملكية المستثمر الأجنبي، و ظهور قوة الشركات المتعددة الجنسيات كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، كما توسعت هذه الحماية بحيث لا تشمل ملكية الأموال المادية فقط، و إنما من أجل تنفيذ مشاريع الاستثمار ، إضافة إلى هذا كان وراء تطور القانون الدولي للاستثمار هو تعميم اللجوء إلى إبرام اتفاقيات الاستثمار، التي كانت تتسم بالتفصيل و الكمال المبرمة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي.³ كما قامت الدول المتقدمة في فترة 1960 -1980، بفرض على الدول النامية بضرورة التزامها بالحماية و توسيعها قدر الإمكان،⁴ إذن الدولة تعتبر طرفا رئيسيا لعقود الاستثمار، كما هو معروف في إطار القانون الدولي العام (الدولة ذات السيادة)، و هي التي تتعاقد مع المستثمر الأجنبي.⁵

إذا كانت الدولة تعتبر طرفا أساسيا في إبرام عقد الاستثمار، فالمستثمر الأجنبي أيضا يعد طرفا رئيسيا في إبرام هذا العقد، إذ لا يمكن لدولة إبرام هذا العقد من دونه، فهو الذي يقوم بإنجاز المشروع الاستثماري.

الفرع الثاني المستثمر الأجنبي

عرفت مشروع اتفاقية الاستثمار المتعددة الأطراف (AMI)، و الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية (OCDE)، المستثمر بأنه : "ليس فقط هو المتمتع بجنسية دولة متعاقدة، و لكنه أيضا من المقيمين بصفة قانونية دائمة على أراضي و

¹ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ...، المرجع السابق، ص13.

² W Walde Thomas, Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, éditions A PEDONE, Paris, 2004 p.p 20- 22

³ W Walde Thomas, Nouveaux horizons..., IBID, p 23

⁴ شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ...، المرجع السابق، ص15

⁵ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية...، المرجع السابق، ص 22

هو أي شخص حقيقي أو اعتباري حتى و إن كان النشاط الذي يقوم به ليس لأغراض الربح".¹

كما اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965، لانعقاد للمركز أن يكون الطرف الثاني مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتميا لدولة أجنبية أخرى طرفا في الاتفاقية، و يستوي أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخص اعتباريا²، و لقد اعتمدت بعض قوانين الاستثمار العربية، على معيار الجنسية لتحديد الوصف القانوني للمستثمر كشخص طبيعي، فالمستثمر الذي لا يحمل جنسية الدولة المتعاقدة معها يتصف بالصفة الأجنبية، و بالمقابل فالمعيار المعتمد، في تحديد الحالة السياسية للشخص المعنوي الاعتباري، هي الصفة الوطنية لمكان التأسيس و مكان مركز الإدارة الرئيسي³.

فعليه فإن وجود المؤسسات الدولية و المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار، من أجل مصالحه الشخصية إذ انه معظم الشركات ترى بان هناك ألامن القانوني، و كذلك نقص حماية الملكية، و كذلك المخاطر السياسية، التي لا تشجع المستثمر الأجنبي و الشركات على الاستثمار في الدولة النامية، فانشغالات المستثمر تكمن في حماية ملكيته، و حماية العقود عن طريق القانون ضد أي ممثل سواء كان عام أو خاص؛ و بالنظر إلى مصالحه الخاصة فالمستثمر و الشركات الدولية، تعتبر من الأطراف الرئيسية في وضع القواعد المتعلقة بالاستثمار، استنادا إلى وظيفتهم كجماعات الضغط⁴.

بمجرد إبرام عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، تنشأ بموجبه حقوقا لصالح الطرفين و تقع على عاتقهم التزامات يحددها العقد.

المطلب الثاني

حقوق و التزامات أطراف عقد الاستثمار

تنشئ عقود الاستثمار التزامات و حقوق متبادلة بين الأطراف المعنية في العقد، فمن جهة هناك حقوق تتمتع بها الدولة المضيفة و كما عليها التزامات تقع على عاتقها أو على الأجهزة التابعة لها (الفرع الأول). و من جهة أخرى هناك حقوق يتمتع بها المستثمر الأجنبي، كما عليه أيضا التزامات يتحملها (الفرع الثاني).

¹ Lessons from the MAI :UNCATED Series on issues in international investment agreements , UNCATED/ITE/IIT/MISC.22, UN, New York and Geneva, 1999

²بشار محمد الأسعد، عقد الاستثمار في العلاقات الدولية...، المرجع السابق، ص23

³ د.عبد الرسول عبد الرضا، م. خير الدين كاظم، تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي رقم3، العراق،

www.iasj.net/iasj/?unc=fulltext&ald=37012

السنة 2006

⁴شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار ...، المرجع السابق، ص16.

الفرع الأول

حقوق و التزامات الدولة المضيفة

أولاً- حقوق الدولة المضيفة

ينشئ عقد الاستثمار عدة حقوق لصالح الدولة المضيفة أهمها :

1- الحق في الإشراف و الرقابة و التوجيه على المستثمر الأجنبي

تملك الدولة المضيفة الحق في الرقابة على تنفيذ المشروع الاستثماري، و يتجلى ذلك بالرقابة المالية و الفنية، و ذلك من خلال قيام الدولة بتفتيش و الإطلاع على حسابات و مصروفات المشروع اللازمة و الإيرادات المتحصلة من هذا المشروع الاستثماري¹، كما يجب على الدولة أن تحرص على أن الاستثمارات، لا تمس أمن و سلامة الدولة، و الحفاظ على الإمكانات الاقتصادية الدولي، و منع السيطرة الأجنبية على القطاعات الهامة.

تختلف صور الرقابة الحكومية على الاستثمارات الأجنبية باختلاف مآها و غاياتها من دولة لأخرى و من ظروف لأخرى، و يمكن أن نجعلها في الرقابة الحكومية الخارجية التي تمارسها الحكومات داخل أقاليمها و تشرف عليها عن طريق لجان و هيئات حكومية لا تربطها بالمشروع أية صلة إلا ما حولها القانون، و تنقسم إلى رقابة حكومية خارجية أولية و رقابة حكومية خارجية مستمرة، إلى جانبها رقابة حكومية داخلية².

فالأصل أن للطرف الخاص الحرية المطلقة في الطريقة التي ينفذ بها التزاماته، إلا أنه مجبر الخضوع لسلطة الدولة من حيث الإشراف و التوجيه و الرقابة³.

2- الحق في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة

¹م. د. احمد سامي مرهون المعموري، الإطار القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف الدولي، دراسة قانونية تحليلية مجلة الكوفة ، العدد5، كلية القانون، جامعة الكوفة، ، د س ن، ص 178.

² - الرقابة الحكومية الخارجية أولية: هي رقابة تمارس من قبل هيئات أو لجان حكومية مشكلة لهذا الغرض وظيفتها فحص الطلبات المقدمة من المتعاقدين الأجانب من أجل الترخيص لهم ببداية المشروع الجديد أو التوسع في مشروع قائم، أما الرقابة الحكومية الخارجية المستمرة فهي رقابة تستمر إلى حيث تشغيل المشروع الأجنبي ضمانا لاستمراره في عملياته الاستثمارية بالشروط التي منح الموافقة الحكومية على أساسها.

- الرقابة الحكومية الداخلية: هي أنّ الدولة المتعاقدة تراقب فيها الشركة الأجنبية من داخل الشركة عن طريق ممثلين لها مشتركين في إدارة المشروع، و يتحقق هذا النوع من الرقابة بالنص عليها في القوانين الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار

³شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص22،23

الأصل أنه لا يجوز تعديل العقد إلا بموافقة الطرفين، إلا أنه يحق للدولة الحرص على أن ينص في عقد الاستثمار المبرم حقها في تعديل العقد في حدود معينة، أو فسخه عند إخلال الطرف الأجنبي بالتزاماته، و يحدد العقد الحالات التي يجوز فيها فسخه، و يحق للدولة المضيفة تعديل العقد بدون موافقة المستثمر الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي عند حصول إخلال في الالتزامات.

كما أن للدولة الحق في فسخ العقد وفقا لأحكام القانون الخاص، و ذلك عند إخلال المستثمر الأجنبي بالالتزامات الجوهرية المفروضة عليه، كعدم تنفيذ المشروع الاستثماري طبقا لمواصفات العقد.

3- الحق في إنهاء العقد

للدولة الحق في إنهاء العقد و ذلك عندما تقوم الدولة المضيفة للاستثمار، سواء بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار، أو قانون بنقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة المضيفة، أو القيام بعمل مادي، يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع الاستثماري، و منع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، و قد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي من أراضي الدولة المضيفة، و قد يتخذ هذا العمل إحدى الصور التالية: التأميم، الاستيلاء، التجريد أو المصادرة، أو التصفية.¹

أ- **التأميم:** و هو مصادرة مشروع استثماري أو أكثر يتعلق بمصدر من مصادر الثروة الطبيعية.

ب- **الاستيلاء:** و هو أخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة معينة تتعلق بأمن الدولة.
ت- **التجريد أو المصادرة:** و هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة، تستولي بمقتضاه على ملكية بعض أو كل الأموال أو الحقوق المالية لأحد الأشخاص، و هو أخذ الممتلكات العائدة للأجانب دون تعويضه، فهو بذلك يعد عقوبة توقع في مواجهة شخص أو أشخاص معينين.

ث - **التصفية:** و هي حل الشركة و تصفيتها مع توزيع حصيلة التصفية على الدائنين.

ثانيا- التزامات الدولة المضيفة

تنشئ عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة و المستثمر الأجنبي التزامات تتحملها الدولة و تتمثل أساسا في:

1- الالتزام بمساعدة الطرف الأجنبي على القيام بمشروعه

¹عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011، ص 128

تتحمل الدولة بموجب هذا الالتزام، القيام بكل الإجراءات اللازمة لتقديم المساعدة الضرورية للمستثمر الأجنبي، ليتمكن من تنفيذ مشروعه الاستثماري على إقليم الدولة المضيفة، وليتمكن من انجاز المشروع حسب ما نص عليه العقد، و يتحقق ذلك من خلال قيام الدولة المضيفة بتقديم تسهيلات للمستثمر الأجنبي، من خلال تسهيل للمستثمر التقرب من الإدارة و تسهيل دخول العاملين و التقنيين القائمين بالمشروع ، وكذلك توفير مناخ قانوني واجتماعي ملائم¹.

كما يجب على الدولة المضيفة تسهيل عملية توريد المعدات و المواد اللازمة لأعمال العقد، و كما تلتزم الدولة للطرف الأجنبي بالعديد من الضمانات مثل الامتيازات في تنفيذ الأعمال، و الإعفاءات الجمركية أو الضريبية².

2-التزام الدولة بتقديم الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي

غالبا ما تتضمن عقود الاستثمار، و قوانين الاستثمار الوطنية، أو المعاهدات الثنائية أو الجماعية، على ضرورة توفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي، من الأخطار التي يتعرض لها خلال فترة تنفيذ العقد بأراضي الدولة المضيفة ، و قد اختلف الفقه، و أحكام التحكيم في تحديد ماهية هذا الالتزام، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية ، و ذلك باختلاف مصادر الالتزامات المفروضة على الدولة ، وفقا للعقد المبرم أو المعاهدات أو القانون الدولي العام³.

3-التزام الدولة بمبدأ حسن النية

يلعب مبدأ حسن النية دورا هاما في العلاقات القانونية ، في مرحلة تنفيذ العقد، بحيث يلتزم الطرفين بالوفاء بالعهد، و احترام التعهدات التي قطعها الطرفين عن أنفسهم⁴، فيعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ المنصوص عليها في القانون المدني ، إذ تنص المادة 107 ف 1 من ق م ج على أنه "يجب تنفيذ العقد طبق لما اشتمل عليه و بحسن النية"⁵.

4-الالتزام بشرط الثبات و عدم المساس بالعقد

¹قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2012، ص 16

²عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق، ص 135

³عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق ، ص 135

⁴قبائلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول الأخرى ...، المرجع سابق، ص 224

⁵الأمر رقم 58/75 الصادر في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم

نظرا لأهمية شرط الثبات بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لأنه يسعى لإدراجه في العقود التي يبرمها، إذ يعتبر ذلك أمانا قانونيا، من أجل تقييد سلطة الدولة في المجال التشريعي، و سعيا لحماية حقوقه من كل خطر صادر عن الدولة.¹ أما شرط عدم المساس بالعقد، فهو شرط تتعهد بمقتضاه الدولة بعدم تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، ذلك باستخدام امتيازات السلطة العامة المنصوص عليها في القانون الداخلي، و يهدف هذا الشرط إلى حماية المستثمر الأجنبي من الخطر الإداري.²

كما لدولة المضيئة للاستثمارات لها حقوق تتمتع بها و عليها التزامات تقع على عاتقها، أيضا للمستثمر الأجنبي له حقوق يتمتع بها و عليها التزامات تقع عليها.

الفرع الثاني حقوق و التزامات المستثمر الأجنبي

أولا- حقوق المستثمر الأجنبي

تفرض عقود الاستثمار عدة التزامات على الدولة، خلال فترة تنفيذ العقد، و تكون هذه الالتزامات حقوقا بالنسبة للطرف الأجنبي و هي:

1-الحق في استخدام الأجانب

تخول معظم عقود الاستثمار، للمستثمر الأجنبي الحق في استخدام أشخاص أجانب، و خصوصا الفنيين و الإداريين، تستعين بهم في تنفيذ المشروع الاستثماري، و هذا بشرط عدم توفر الأشخاص الوطنيين المؤهلين للقيام بمثل هذه الأعمال.

2-الحق في التمتع بالإعفاءات الجمركية

لقد منحت عقود الاستثمار للمستثمر الأجنبي استيراد كل ما يحتاجه من معدات و الآلات، و كل ما هو لازم لتنفيذ عمليات العقد مع إعفاءه من كافة الضرائب و الرسوم الجمركية.³

قد اتخذت الجزائر عدّة آليات لأجل استقطاب الاستثمار الأجنبي، و ذلك من خلال العديد من الحوافز الضريبية، و كذا الحوافز التمويلية، بالإضافة إلى حوافز تتعلق بإمكانية

¹أقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1 ، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، 2006 ، ص 99
²قبائلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول الأخرى ...، المرجع السابق، ص 228
³ عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق، ص 136

تملك الأراضي و المشروعات الاستثمارية، و كذا تخفيض قيمة إيجار العقارات و الأراضي المتعلقة بالاستثمارات، علاوة على إمكانية تحويل الأرباح إلى الخارج.¹

3- الحق في التنازل عن العقد

تتضمن نصوص عقود الاستثمار، حق المستثمر الأجنبي التنازل عن بعض أو كل حقوقه أو التزاماته، الناشئة عن العقد إلى مستثمر أو شركة أخرى سواء كانت تابعة له أو مستقلة عنه، و ليس حقا مطلقا بل مقيد بشروط و ذلك بعد الحصول على موافقة كتابية من الحكومة.²

ثانيا: التزامات المستثمر الأجنبي

يمكن تصنيف هذه الالتزامات كما يلي:

1- الالتزام بتنفيذ العقد بأفضل المواصفات و المعايير الدولية

يلتزم المستثمر الأجنبي بتنفيذ المشروع الاستثماري وفقا لأفضل المواصفات و المعايير العالمية، سواء كانت هذه الأعمال إنشاء أو توريد أو استغلال، و دائما ما يراعي حق الدولة عند إخلال المستثمر الأجنبي بهذا الالتزام³؛ و عندما يتعلق الأمر بمشروع استثماري يكتسب أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، فيلتزم المستثمر بتقديم تجهيزات متطورة تطرح نفسها في العقد، فهذا يمثل له التزاما رئيسيا يقع عليه عبئ تنفيذ.

بهذا الصدد نصت غالبية نصوص عقود الاستثمار، على أن يقوم المستثمر الأجنبي بتقديم أفضل المواد و التقنيات، بالنسبة للمشروع الاستثماري، و لقدت أثبتت الحياة العملية، بأن هذه المسألة محل خلاف بين الأطراف المتعاقدة، لذلك يطلب منهم توضيح بدقة التصور العام و الخاص للمشروع من أجل تجنب أي نزاع محتمل.

2- التزام المستثمر باحترام القواعد الفنية في المجال موضوع التعاقد

ترتكز الدولة على هذا الالتزام عندما يتعلق الأمر بمشروع هام، يقتضي استعمال تكنولوجيا عالية و خدمات رفيعة، من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، و

¹ ناصر مراد، " واقع لاستثمار الأجنبي المباشر و عوائقه في الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 01، سنة 2008، ص 92-93

² عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق، ص 138

³ عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع ذاته، ص 139

إن احترام هذه القواعد يفترض من المستثمر الأجنبي القائم بالمشروع القيام بمختلف الدراسات و الأبحاث الضرورية، و استعمال تكنولوجيا عالية و مردود جيد.¹

3-التزام المستثمر الأجنبي القيام بالحد الأدنى من الاستثمار

يلتزم المستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار بالقيام بالحد الأدنى من الأعمال، و استثمار مبلغ من المال تحقيقا لفعالية الاستثمار الذي يقوم به.² عند إخلال المستثمر الأجنبي بذلك، يترتب عليه المسؤولية العقدية، كما يقع على عاتقه، ضرورة القيام بتنفيذ المشروع الاستثماري في الوقت المتفق عليه في العقد. والهدف من هذا الالتزام هو تحقيق فعالية الاستثمار و ضمان تحقيق الهدف المنشود منه، ألا و هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.³

على سبيل المثال: كأن ينص في العقد على أن المستثمر الأجنبي يجب عليه انجاز نسبة معينة من المشروع خلال فترة زمنية محددة في العقد.

4-التزام الطرف الأجنبي بالتنمية البشرية و تدريب العمالة

تتضمن عقود الاستثمار شرطا أساسيا، و هو تدريب العمالة الوطنية، و ذلك تمهيدا لاستبدال العمالة المحلية مكان العمالة الأجنبية. يختلف هذا الالتزام باختلاف نسبة نمو الدولة المضيفة، ففي الدول المتقدمة مقارنة بالدول المتخلفة، نجد أن هذا الالتزام يأخذ شكل التزام تبعية للمساعدة الفنية التي يقوم بها المشروع الأجنبي.

يعد هذا الالتزام التزاما جوهريا لا قيمة للعقد من دونه و ذلك بتقديم المساعدة الفنية، طبعا لا يتحقق ذلك إلا بتدريب العمالة الوطنية، و ذلك من خلال استقدامها للخبراء المتخصصين، لاستعاب التكنولوجيا الحديثة التي تعمل على تشغيل المشروع و صيانتها.⁴

خلاصة الفصل الأول

يعتبر عقد الاستثمار ذلك العقد الذي يبرم بين طرفين، الطرف الأول هي الدولة المضيفة للاستثمار التي تتمتع بالسيادة أما الطرف الثاني شخص أجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، و الذي يتعهد بموجب هذا العقد بتقديم كل الخبرات و التكنولوجيا العالية من أجل التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة وحتى يكون العقد عقدا

¹أقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال...، المرجع السابق، ص 251

²أقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال...، المرجع ذاته، ص 254

³عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود...، المرجع السابق، ص 140

⁴عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود...، المرجع السابق، ص 142

استثمار لابد أن يشتمل على بعض الخصائص الجوهرية به، و تميزه عن العقود الأخرى ألا وهي الحصة و التي تكون سواء نقدية أو عينية و عنصر المدة الذي يميز بين عقد الاستثمار و العمليات التجارية و هناك أيضا عنصر المخاطرة فعلى المستثمر الأجنبي أن يقبل الأرباح المنتظرة و الخسائر المحتملة و أخيرا عنصر المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وكذا تميزه عن الاتفاقيات الثنائية. كما يترتب على هذه العقود حقوقا و التزامات متبادلة بين طرفي العقد، فهناك حقوق تتمتع بها الدولة و تكون بمثابة التزامات بالنسبة للمستثمر الأجنبي، و كما للمستثمر حقوقا وهي التزامات الدولة المضيفة.

مما لا شك فيه أنّ عقود الاستثمار تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية متسعة للدولة ببناء مرافق اقتصادية تحتاج إليها، دون تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية مباشرة، و دون لجوء الدولة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل التجارية و غيرها ، وهو ما يساعد الدولة على مواصلة بناء مرافق اقتصادية جديدة.

أوضحنا فيما تقدم أنّ جوهر عقد الاستثمار يتمثل في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة عن طريق قيام المستثمرين الأجانب بنقل القيم الاقتصادية إليها عبر الحدود لإقامة المشروعات التي تحتاجها في خططها التنموية. الأمر الذي يمنحنا خصوصية يستوجب مراعاتها المتمثلة في القانون الواجب التطبيق على هذا العقد و أعمال القواعد القانونية اللازمة لتسوية منازعاتها إن وقعت سواء بطريقة ودية أو بطرق المحاكم أو التحكيم.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

يعتبر موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، من المواضيع الهامة و الصعبة في القانون الدولي الخاص، لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية، وتكتسب مسألة القانون الواجب التطبيق الأساس الذي يجري عليه العقد في تقدير صحة العقد من جهة، و الذي يركز عليه تحديد حقوق و التزامات الأطراف من جهة أخرى.

قد أبرز المحكم Dupuy في تحكيم Texaco ضد الحكومة الليبية أهمية القانون الواجب التطبيق على العقود، بقوله "أن القيمة القانونية و بالتالي الإلزامية لهذه العقود، لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها"¹.

تشكل مسألة القانون الواجب التطبيق من المسائل الصعبة في القانون الدولي الخاص، و ما يزيد هذه المسألة تعقيدا عندما يكون أحد طرفي العقد دولة ، فمن جهة الدولة تتجنب خضوع العقد لغير قانونها الوطني احتراماً لسيادتها و من جهة أخرى المستثمر الأجنبي يسعى إلى استبعاد تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار² و يطالبون بتطبيق نظم قانونية تضمن حقوقهم و تخرج العقد إلى نظام قانوني بعيد عن النظام القانوني الداخلي .

إن وجود الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام، و المستثمر الأجنبي جعلت مسألة القانون الواجب التطبيق أكثر تعقيدا، و محل خلاف سواء في الفقه أو في القانون الاتفاقي³، و عليه تتفق القوانين الوضعية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق باعتباره منتمي إلى طائفة العقود الدولية ، و ذلك في الحدود التي ينظمها القانون في إطار مبدأ سلطان الإرادة، فللأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق وفقا لقانون الإرادة⁴. فيكون للمتعاقدین حق ممارسة هذا الاختيار صراحة ، لكن قد يحدث و أن يهمل الطرفان تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي مما يستوجب البحث عن إرادتهم الضمنية ، مما يعني أننا قد نكون أمام اختيار صريح لقانون العقد أو اختيار ضمني⁵.

هناك من يرى أن عقدا الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، يأخذ قوته من القانون الداخلي للدولة المضيفة، الذي يحكم العلاقة العقدية، بما في ذلك الآثار

¹بشار محمد الأسعد، عقد الاستثمار في العلاقات الدولية...، مرجع سابق، ص 91

²عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، مرجع سابق، ص 205

³د. عيوط محند وعلي، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية،

عدد 1، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006، ص 8

⁴ عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق، ص 206

⁵ أ.د فوزي قدور نعيمة، أ.م.د مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية

العالمية الجديدة، العدد 3، جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، 2010، ص 3

المرتتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها، لا يترتب عليه أي التزام دولي، و أي خلاف بين الطرفين يجب أن يخضع لقانون الداخلي للدولة المضيفة.⁶ (المبحث الأول).

إذا كانت الدولة المضيفة للاستثمار غالبا ما تكون من البلدان النامية تتمسك بضرورة تطبيق القانون الوطني على العلاقة العقدية من أجل الحفاظ على سيادتها، فإن البلدان المتقدمة والشركات المتعددة الجنسيات تحاول تدويل عقد الاستثمار، وذلك بإخضاعه للقانون الدولي أو إخضاعه لقانون عبر الدولي، وتطبيق نظم قانونية تضمن حقوقه وتخرج العقد إلى نظام قانوني بعيد عن النظام القانوني الداخلي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

خضوع العقد لقانون الإرادة أو للقانون الوطني للدولة المضيفة

يخضع عقد الاستثمار كقاعدة عامة لما يعرف بقانون الإرادة ، فهو القانون الذي اختاره الطرفان لتطبيقه على علاقتهما التعاقدية، و يحكم معظم المسائل المتعلقة بالعقد، و هو ما يطلق عليه مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة، و الذي أضحى من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط الإسناد في قاعدة التنازع الخاصة بعقود الاستثمار.

لقد أقر معظم فقه القانون الدولي الخاص و القضاء و التحكيم الدولي و غالبية تشريعات الدول و الكثير من المعاهدات و الاتفاقيات الخاصة بالعقود بتطبيق قانون الإرادة على العقد (المطلب الأول). أما في حالة غياب اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية معينة، ذهب جانب من الفقه إلى توطين عقد الاستثمار وذلك بتطبيق القانون الوطني لدولة المضيفة، استنادا إلى فكرة السيادة التي تتمتع بها الدولة، التي تقضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها الوطني، لأنه القانون الدولي الذي يتم فيها الوفاء بالأداء المميز (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة

يلعب مبدأ سلطان الإرادة دورا بارزا في اتفاق الأطراف على الشروط التعاقدية على عقود الاستثمار، بحيث تعترف أغلب التشريعات في الدول المتحضرة على هذا المبدأ، أي ترك حرية طرفي العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لأن المتعاقدين أعلم بظروف العقد من غيرهم. فقد كرس العديد من القوانين الوضعية في مجال التحكيم التجاري

⁶ عيبوط محند وعلي، عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي...، المرجع السابق، ص9

الدولي إرادة الخصوم، في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، و يقوم الأطراف عند تحرير عقدهم باختيار القانون الواجب التطبيق عليه ، بأن يضمن عقدهم بنذا يحددون فيه القانون الواجب التطبيق وعليه يكون هذا التحديد لقانون الإرادة من شأنه أن يحقق اليقين القانوني اللازم لاستقرار المعاملات، واستقرار الرابطة القانونية.

وفقا للفقهاء التقليدي لم يكن لإرادة الأطراف دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فالرأي السائد آنذاك هو خضوع العقد لقانون محل إبرامه، وقد انتقدت هذه الفكرة لكون العقد يكون نتيجة الفكر الإنساني ، و أن مكان إبرامه لا يعدو أن يكون مسألة خارجة عن العقد ذاته، و بذلك ظهرت فكرة خضوع العقد لقانون الإرادة (الفرع الأول). إن صور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إما أن تكون صريحة لأعمال القانون الذي اتجهت إليه الإرادة، و أما أن تكون ضمنية يمكن استنتاجها باستخدام مؤشرات في غياب الإرادة الصريحة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ظهور فكرة قانون الإرادة و تكريسها

أولاً: ظهور قانون الإرادة

لم تكن قاعدة إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين سائدة من قبل، بل أن فكرة خضوع العقد لقانون محل إبرامه هي الفكرة السائدة، فقد جرى الفقه الايطالي القديم و في ظل مدرسة الأحوال القديمة، على إخضاع العقد لقانون الدولة التي أبرم فيها العقد، على اعتبار مكان إبرام العقد هو المكان الذي ينشئ فيه التصرف.

ترجع الجذور التاريخية لمبدأ سلطان الإرادة في العقد، إلى الفقه الايطالي القديم من القرن الثاني عشر، من إخضاع عقد الاستثمار لقانون بلد إبرام العقد، حتى فسر ذلك في القرن الخامس عشر من قبل الفقيه الايطالي **Rochus Crutius**، بإرادة المتعاقدين الضمنية لخضوع العقد لهذا القانون⁷، و انطلاقاً من هذا ظهرت نظرية الفقيه الفرنسي **Dumoulin**، الذي جاء بفكرة جديدة بخضوع عقد الاستثمار لقانون إرادة المتعاقدين، و منه أصبحت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، و سادت معظم بلدان العالم فقها و قضاء، و هكذا ظهرت ملامح جديدة لنظرية خضوع عقد الاستثمار لقانون إرادة الأطراف، التي تبناها الفقيهان **سافيني** و **مانشيني**، فقد قدم **سافيني** نظريته على أساس تحليل مختلف العلاقات القانونية و ردها إلى مقرها، حيث يكون مقر العلاقة هو انسب القوانين لحكمها، على اعتبار

⁷ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية...، المرجع السابق، ص 96

أن تلك العلاقة قد خضعت باختيارهم لقانون ذلك المكان، أما مانشيني فقد أخذ بفكرة خضوع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف، سواء كان هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا.

عند نهاية القرن التاسع عشر، استقر مبدأ سلطان الإرادة الذي أعطى الأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء بالتطبيق المطلق كما رأى **Laurent** و بعده أنصار النظرية الشخصية، أو بالأنسب إلى قوة القانون، كما أكد على ذلك **Brocher** و أنصار النظرية الموضوعية⁸. قد ساعد في ذلك سيطرة مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية، و النظام الاقتصاد الرأسمالي أو الحر الذي كرس مبدأ حرية التعاقد و تقديس سلطان الإرادة اللذان يعبران عن عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية، و ترسيخه داخل الحدود الوطنية، منذ ذلك الوقت أيدت و تبنت مختلف القوانين المقارنة و القضاء، و كذا محاكم التحكيم الدولية و الاتفاقيات الدولية لقانون الإرادة⁹

ثانيا: تكريس قانون الإرادة

أيد القضاء لنظرية قاعدة الإرادة عند النظر في القانون الواجب التطبيق و في هذا الإطار قد قضت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر، في 27 نوفمبر 1974 بأنه: " و باعتبار أن تحديد القانون الواجب التطبيق في القانون الدولي الخاص البلجيكي، تحكمها قاعدة سلطان الإرادة التي من خلالها يكون للأطراف، حرية في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، في غياب الإرادة الصريحة يجب البحث في الظروف و النية الضمنية أو المفترضة للأطراف"¹⁰

أما في قضاء التحكيم الدولي، فإن محاكم التحكيم تلتزم في أحكامها بالقانون الذي اختاره الأطراف، باعتباره قانون إرادتهم، و من بين هذه الأحكام حكم التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار **CIRDI**، بالتاريخ 30 نوفمبر 1979، في القضية الخاصة بالنزاع بين دولة الكونغو و إحدى الشركات الإيطالية، طبق مركز قانون الكونغو مع تكملة بالمبادئ العامة للقانون الدولي، و ذلك استنادا لاتفاق الأطراف المتنازعة¹¹.

⁸ اقلولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال ...، المرجع السابق، ص284 و 285
⁹ اقلولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال ...، المرجع ذاته، ص285

¹⁰ Cour de Cassation de Belgique du 27 novembre 1974 , www.ahjucaf.org/belgique-cour-de-cassation,5703.html.

¹¹ Ibrahim F.I .Shihata, Recent trends relating to Entry of foreign direct Investment", ICSID review, volume 9, number 1, 1994, p 75 .

لم تختلف التشريعات الوطنية هي الأخرى في اعتماد مبدأ خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة صراحة، و من ذلك ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني التي تنص: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"¹²

كذلك قد اعترف المشرع الإسباني، بحرية الأطراف في العقود الدولية اختيار القانون الذي تخضع له علاقاتهم التعاقدية، فنص المادة 5110 من القانون المدني الإسباني لعام 1974 تنص على: " تخضع العلاقة القانونية بين الطرفين في الالتزامات التعاقدية بين طرفين للقانون الذي يختارانه....."¹³. وفي مسألة حل النزاعات المتعلقة بمختلف عقود التجارة الدولية، حرصت معظم الدول في تشريعاتها الوطنية المتعلقة بالتحكيم الدولي على اعتبار إرادة الأطراف إحدى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، وفي هذا الصدد جاء في المادة 458 مكرر 14 من الإجراءات المدنية الجزائرية بعد تعديله بموجب المرسوم التشريعي رقم 93_09 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."¹⁴

لقد أشارت المادة 42 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، بين الدول و رعايا دول أخرى، على أن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دور هام، ومنه يتعين على المحكم الالتزام بما اختاره الطرفان، فالفقرة الأولى من هذه المادة تنص على أنه: " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع...".

طبقا لما جاء في الفقرة السابقة، يجوز للأطراف اختيار نظام قانوني متكامل ينطبق على التحكيم، أو اشتراط تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، كأن يختارا نظاما قانونيا لأي من الطرفين أو كلاهما أو من قانون دولة ثالثة.¹⁵

تكون إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إما إرادة صريحة منصّوص عليها صراحة في العقد، و إما إرادة ضمنية يستنتجها المحكم من ظروف العقد.

الفرع الثاني

¹² قانون رقم 10/05 الصادر في 20 جوان يعزل و يتمّ الأمر رقم 58/75 الصادر في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 44 الصادر في 26 جوان 2005.

¹³ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية...، المرجع السابق، ص 99

مرسوم تشريعي رقم 09/93 صادر في 25 أبريل 1993 يعدل و يتمّ الأمر رقم 154/66 الصادر في 8 جوان 1966 ¹⁴ و، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، عدد 27 صادرة في 27 أبريل 1993

¹⁵ جلال وفاء المحمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار...، المرجع السابق، ص 58 و 59

صور الإرادة

إن صور الإرادة عند اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق، إما أن تكون إرادة صريحة أو إرادة ضمنية

أولاً: الإرادة الصريحة

تكون الإرادة صريحة، ذلك عندما يتضمن العقد نصًا صريحًا يشير إلى القانون الواجب التطبيق، و يكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح، و بعبارة تعبر بوضوح عن القانون الواجب التطبيق.¹⁶ هناك طرق للتعبير عن ذلك و للدلالة عن أهمية الاختيار الصريح، هناك من يرى بأن: "يضمن المتعاقدين عقدهم، أو بندا يحدد الاختصاص التشريعي، فهم يتصرفون كمن يبرم عقد التأمين على الحياة، تحوطا للمستقبل و ما يكتفه من أخطار محتملة".¹⁷

لقد تضمنت مختلف التشريعات الوطنية، إشارات واضحة للاختيار الصريح في مختلف العقود و بطرق مختلفة، و من بين هذه التشريعات ، ما ورد في المادة 60 من ق م ج التي تنص على: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته، على مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".¹⁸

أما فيما يخص الالتزامات التعاقدية، جاء في المادة 1 / 18 من ق م ج على: " ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"، تبين هذه الفقرة بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الصريحة للمتعاقدين دون إرادتهم الضمنية، لأنه لم يشر إلى أية دلالة عن الاختيار الضمني، و لكن بالرجوع إلى نص المادة 60 من ق م ج تبين بأنه قد أخذ بالإرادة الصريحة و الضمنية معا.

أما في المجال الإتفاقي، فقد تضمنت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة أوراسكوم تيليكوم بندا صريحاً، بخصوص القانون الواجب التطبيق، حيث تنص المادة 08 منه على أنه: " يعترف الطرفان بأنّ هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية

¹⁶ عادل محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود ...، المرجع السابق، ص 213

¹⁷ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001، ص 190

¹⁸ قانون رقم 10 / 05، المتضمن القانون المدني، المرجع السالف الذكر

الجزائرية الديمقراطية الشعبية و تنظيماتها" ،¹⁹ و الشيء نفسه تضمنته اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للاسمنت.²⁰

أما على المستوى الدولي، فقد أكد معهد القانون الدولي بشأن القانون الواجب التطبيق، على العقود المبرمة بين الدول و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة، في دورته المنعقدة بأتينا سنة 1979، لاسيما في المادة 1/4 على أنه " من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم ".

فمن العقود التي أشارت على الاختيار الصريح، نجد العقد المبرم بين جامايكا **Jamaica Alcoa Minerals**، فقد نص على أن تطبق محكمة التحكيم القانون الجامايكي، و قواعد القانون الدولي التي يمكن تطبيقها؛²¹ كذلك العقد المبرم بين شركة **Vacum Salt Product Ltd** و حكومة غانا حيث نصّت المادة 32 منه على تطبيق القانون الغاني على العقد.²²

إلى جانب وجود الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق هناك الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف المحيطة بالعقد.

ثانيا: الإرادة الضمنية

عند تخلف الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق، يتجه للإرادة الضمنية التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد، خصوصا مع وجود قرائن و أدلة تشير إلى وجود هذه الإرادة، التي لم يتم الإعلان عنها، حيث تحتل الدرجة الثانية بعد الاختيار الصريح.²³ الإرادة الضمنية في واقع الأمر موجودة و لكن غير معلن عنها، لذا فهي إرادة معبر عنها بطريقة غير مباشرة، تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد.²⁴

إنّ غالبية التشريعات الوطنية، و الاتفاقيات الدولية أكدت على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية عند تخلف الإرادة الصريحة؛ بالنسبة للتشريع الجزائري جاء في المادة 60

¹⁹ مرسوم تنفيذي رقم 416/01، الصادر في 5 شوال 1422، الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراس كوم تيليكوم، الجزائر، ج، ر، عدد 80، الصادرة في 26 ديسمبر 2001

²⁰ الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، اتفاقية الاستثمار، ج، ر، عدد 72 الصادرة في 13 نوفمبر 2004، ص 21.

²¹ جلال وفاء المحمدين، التحكيم الدولي...، المرجع السابق، ص 37

²² H. Patrick Glenn, « De la cause d'action et de la compétence internationale », revue de droit de McGill, vol 27, p 800.

²³ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012، ص 74

²⁴ فرج حسين توفيق، النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي للحقوق، بيروت، لبنان، 2008، ص 71

من ق م ج على أنه " ... يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو لم يتفق الطرفان أن يكون صريحا " .²⁵

في مجال التحكيم نشير إلى الحكم الصادر في قضية شركة ألمنيوم اليوغوسلافية لسنة 1976، و يتعلق النزاع بمشكلات ثارت بصدد تنفيذ عقود بيع بين شركة أومنيوم اليوغوسلافية و مشتر أمريكي، عينت لحها هيئة ثلاثية في إطار نظام غرفة التجارة الدولية (CCI)، جعلت مقر التحكيم في باريس، و عند اضطلاع هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تبين لها عدم اتفاق الطرفين على هذا القانون، مما يلقي عبء ذلك على عاتق هيئة التحكيم، و قد حاولت الهيئة البحث عما يمكن أن يشير إلى قصد الطرفين للوصول إلى إرادتهما الضمنية، بدراسة ظروف العلاقة لاستخلاص ما يرجع تفضيل قانون على آخر، و انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون الفرنسي، باعتباره قانون الدولة بها مقر محكمة الغرفة، استنادا إلى إرادة الأطراف عند اختيارهم اللجوء لهذه المحكمة، و هو ما يستفاد ضمنا أنهم ارتضوا الخضوع لقانون الدولة التي بها مقر الغرفة.²⁶

على مستوى الاتفاقيات الدولية، نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 1/3 منها على أنه "يسري العقد القانون الذي يختاره الأطراف، و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا، أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية " .²⁷

في مجال التحكيم، أولت هيئات التحكيم أهمية بالغة لاتفاقيات اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، سواء تلك المحددة للقانون أثناء التعاقد، أو في مرحلة لاحقة له، وقد أخذت هيئات التحكيم باتفاق الأطراف، سواء أصدر بشكل صريح أو بشكل ضمني يستخلصه المحكم من مختلف القرائن التالية على العقد الأصلي .

من القضايا التي عرضت على التحكيم في هذا الشأن، العقد المبرم بين شركة Aapl و حكومة سريلانكا، حيث لم يتفق الأطراف عند إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق، لكنهم استندوا في تنفيذ العقد على الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين المملكة المتحدة و سريلانكا، ولما قام النزاع بين الطرفين، وتم عرضه على المركز الولي لتسوية منازعات الاستثمار، صرحت هيئة التحكيم عند نظرها في مسألة القانون الواجب التطبيق بما يلي: "في ظل هذه الظروف الخاصة سوف تتجسد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع وذلك عن طريق ملاحظة و تأصيل سلوك و تصرف الأطراف عبر وقائع التحكيم ولقد تصرف الطرفين بشكل يظهر الموافقة المتبادلة على احترام و مراعاة بنود الاتفاقية المبرمة

²⁵ المادة 60 من قانون رقم 10/05، المتضمن القانون المدني، المرجع السالف الذكر .

²⁶ حكم تحكيم غرفة التجارة الدولية، قضية رقم 2753، سنة 1976 .

²⁷ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي...، المرجع السابق، ص194 .

البلدين لتكون المصدر الأساسي للقواعد القانونية واجبة التطبيق التي استند عليها الطرف المدعي و وافق عليها المدعى عليه²⁸.

وعليه يكون الاختيار الضمني بمجرد استنباطه و الاستدلال عليه بقرائن مؤكدة يتمتع بنفس سلطة الاختيار الصريح ويتعين الاحتكام بموجبه للقانون الذي وقع عليه هذا الاختيار.

إذا كانت القاعدة العامة في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار هو الأخذ بمبدأ قانون الإرادة سواء أكانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية لدى العديد من النظم القانونية الوطنية و الاتفاقيات الدولية، إلا أنّ عقود الاستثمار تخرج عن هذه القاعدة عند عدم اتفاق الأطراف على قانون العقد إلى تطبيق القانون الداخلي لدولة المضيفة.

المطلب الثاني

خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني

عند غياب إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فمبدئيًا فقانون الدولة المضيفة للاستثمار هو القانون الواجب التطبيق على العقد، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ القيام بالاستثمار في بلد معين يشمل ضمنيًا الرضا بتطبيق قوانين هذا البلد، المتعلقة بالجوانب المختلفة لعقد الاستثمار.

أشارت الكثير من الدول و خصوصًا النامية منها في تشريعاتها على ضرورة التمسك بقانونها الوطني، لأنّ تطبيق قانونها الوطني يعبر و يرمز إلى السيادة التي تتمتع بها تلك الدول. فإذا كان المستثمرون الأجانب يرفضون الخضوع للقانون الوطني لدولة المضيفة و يبحثون عن قانون آخر لأسباب مختلفة، فإنّه من الصعب على الدولة الدخول في علاقة عقدية غير خاضعة لقانونها الوطني، ذلك استنادًا لأسس قانونية (الفرع الأول) و استنادًا لأسس اقتصادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني

يجد تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار أساسه القانوني على أنها عقود إدارية لكون أحد أطرافها دولة ذات سلطة و سيادة، و بالتالي تطبق عليها قواعد القانون

²⁸ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار...، المرجع السابق، ص114

الإداري (أولاً)، و استناداً كذلك على أعمال الاتفاقيات الدولية (ثانياً) التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار و ذلك في مختلف نصوصها

أولاً: تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية

بالرغم من الاعتراضات التي عرفتها مسألة نقل فكرة القانون الإداري إلى مجال عقود الدولة، إلا أنّ هناك من يرى بأن العقد الدولي يمكن اعتباره عقداً إدارياً عندما تتوفر فيه الشروط التي يتطلبها²⁹، و هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر لسنة 1929 المتعلق بالقروض الصربية البرازيلية³⁰، التي قضت فيه بعدم إمكانية افتراض أن الدولة بما لها من سيادة ترضي استناد التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص، و كما يمكن للدولة اختيار قانون غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار.³¹

تكيّف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية استناداً إلى فكرة السيادة التي تسعى الدول المستقلة حديثاً إلى فرضها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها³² التي تقتضي عدم خضوع هذه العقود لغير القانون الوطني،³³ فعقود الاستثمار أو عقود التي تبرمها الدولة تعد من العقود الإدارية لكون السلطة العامة طرفاً فيها، فعلى المستثمر الأجنبي الالتزام بإثرها تسيير مرفق عام، و تشمل جميعها شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص³⁴، إنّ الطبيعة الإدارية تلزم هذه العقود بتطبيق القانون الوطني لدولة المضيضة لأنّ هذه العقود مبرمة من طرف سلطة عامة مع مستثمر أجنبي لتسيير مرفق عام من أجل تحقيق المنفعة العامة.³⁵

تري الدول المضيضة للاستثمار ضرورة إخضاع هذه العقود لقوانينها الداخلية بصفتها سلطة عامة تتمتع بالسيادة، و هذا ما أكدته المادة 4/10 من ت م ج أن القانون الجزائري يطبق على كل الأشخاص الأجنبية الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر.³⁶

²⁹ محمد عبد العزيز علي بكر، العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 227

³⁰ Berlin Dominique , contrat d'Etat, Recueil Dalloz, 2^{eme} Année , 15 Avril 1988

³¹ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاة التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، القاهرة، 2000، ص 272

³² كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية،

رسالة الماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002، ص 4

³³ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات...، المرجع السابق، ص 209

³⁴ إقولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال...، المرجع السابق، ص 339

إقولي محمد، "شروط الاستقرار التشريعي في عقود الدولة...، المرجع السابق، ص 95.³⁵

³⁶ المادة 4/10 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر، و التي تنص: "... غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطاً في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

ثانياً: تطبيق القانون الداخلي إعمالاً بالمعاهدات الدولية

تطرفت العديد من المعاهدات الدولية لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، و التي سعت إلى تكريس تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة كقانون أساسي و حاكم لهذه العقود،³⁷ و من بين المعاهدات الهامة التي تعرضت لمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، هما اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 و المنشئة للمركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار(أ)، ومعاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية(ب).³⁸

أ- معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965

منحت اتفاقية واشنطن حرية واسعة للأطراف لتحديد القانون الذي يخضع له عقد الاستثمار ، و في حالة عدم وجود اتفاق فالاتفاقية وضعت حلاً لهذه المسألة، إذ تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة كقانون واجب التطبيق على هذا العقد المبرم بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، و هذا ما تؤكدته المادة 42 من هذه الاتفاقية " **تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، و إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين...**"³⁹، فمن خلال نص المادة يتضح لنا أن الاتفاقية منحت حرية تامة لتحديد القانون الواجب التطبيق أي يطبق قاعدة مبدأ سلطان الإرادة، و في حالة غياب الاختيار الصريح من قبل الأطراف يفترض تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، و كما تبين أيضاً هذه المادة على المحكم تطبيق ما أقرّ به الأطراف المتنازعة، و عند سكوتهم فهو ملزم تطبيق ما تقر به الاتفاقية⁴⁰. أي يطبق قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملاً قواعده الخاصة بتنازع القوانين، و كذا مبادئ القانون الدولي.⁴¹

ب- في ظل معاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 بشأن الالتزامات التعاقدية

أكدت الاتفاقية أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلال الاختيار الإرادي و الحرية المطلقة لأطرافه، و ذلك طبقاً لنص المادة 3 فقرة 1 على أن " **يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف**"

فرغم تأكيد نص المادة على أنّ القانون المختار من طرف الأطراف المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق دون تحديد هذا القانون، قد يكون قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو قانون دولة المستثمر الأجنبي، و قد يكون قانون دولة محايدة، إذ للأطراف المتعاقدة مجال

³⁷بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص 274

³⁸صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 22

³⁹اتفاقية واشنطن المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 364/95 الصادرة في 30 أكتوبر 1995، ج ر ، عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995.

⁴⁰صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 23

⁴¹أقولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال...، المرجع السابق ، ص 345

مفتوح لتحديد القانون الواجب التطبيق، بشرط أن يكون القانون منتميا إلى دولة ما، أي يكون من القوانين الوطنية.⁴²

أما في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن اتفاقية روما قد تناولت هذه المسألة في المادة الرابعة منها،⁴³ حيث يتعين إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، أي ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد و النظام القانوني الذي يحكمه، فحسب الفقرة الثانية من المادة الرابعة فإن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين للأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا، و عليه فإن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة أي المضيفة لأن العقد يكون قد ابرم على إقليمها، و يتم الوفاء بالأداء المميز جانب الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني على عقد الاستثمار نجد أسس اقتصادية يوطن على أساسها كذلك العقد.

الفرع الثاني

الأسس الاقتصادية لتطبيق القانون الوطني

دعت الدول و بالخصوص النامية المستقلة حديثا لتعزيز فعالية الاستثمارات الأجنبية و التقليل من هيمنتها، باعتبارها أداة في يد المستثمر الأجنبي الذي لا هم له سوى السعي وراء تحقيق الربح لا غير، بدعم تطبيق قوانينها الوطنية على هذه الأخيرة وذلك استنادا إلى أسس اقتصادية و المتعلقة أساسا بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية (أولا)، إلى جانب السياسة التنموية المنتهجة من طرف هذه الدول التي تسعى إلى تحقيق تنميتها الشاملة.

أولا: تطبيق القانون الداخلي إعمالا لمبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية

يكون توطين عقد الاستثمار على أساس مبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية المعترف به على الساحة الدولية، فهو يعتبر مبدأ جوهرى و أساسى منبثق عن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها،⁴⁴ فالدولة لها كامل السيادة على مواردها الطبيعية المكشوفة و غير المكشوفة، الجوفية و الباطنية، و التي تعتبر حقا سياديا للدولة، و تعتبر من الحقوق الأساسية لهذه الأخيرة.

شغل مبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية اهتمام كافة دول العالم و بصفة خاصة دول العالم الثالث حديثة الاستقلال السياسي و في ظل التبعية الاقتصادية، و اتضح لهذه الدول أنه لا يمكن فصل السيادة السياسية عن السيادة الاقتصادية، و ذلك أنه مبدأ لا يتجزأ عن حقها في تقرير مصيرها، و قد تمّ تقنينه في ميثاق حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974، الذي يؤكد بأن لكل دولة

⁴²صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 26

⁴³بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص 277

⁴⁴ سعد الله عمر إسماعيل، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في ظل القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب و الفنون المطبعية، الجزائر، 1986، ص 45

الحق في ممارسة سيادتها الفعلية على كافة مواردها.⁴⁵ أما لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة فقد كانت مجالاً مناسباً لمناقشة وإقرار سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية وذلك عام 1952، أما فيما يخص مفوضية السيادة الدائمة للموارد و الثروات الطبيعية المتشكلة من 9 أعضاء⁴⁶ فهي تأخذ بالمبدأ على أنه عنصر أساسي من عناصر تقرير المصير و ضمان استقلالها الوطني⁴⁷.

ثانياً: تطبيق القانون الداخلي على أساس السياسة التنموية المنتهجة

ترتبط عقود الاستثمار أساساً بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، التي لا ترى قانون مناسباً يحكم العقد سوى قانونها الوطني، خاصة إذا كان العقد لا يتضمن بنداً يبين القانون الواجب التطبيق،⁴⁸ و اعتبار القانون الوطني القانون الأنسب و الأمتثل لحكم عقود الاستثمار الذي صار يشكل اتجاهها سائداً خصوصاً لدى فقهاء البلدان النامية،⁴⁹ خاصة فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد و تضمين هذه العقود بأحكامها تحيلها لتطبيق قانونها الوطني لارتباطه بالسيادة الوطنية،⁵⁰ حيث لا يمكن تصور إسناد العقد لغير النظام القانوني الداخلي المعمول في الدولة المضيفة و الذي يساند مصالحها بمراقبته للطرف الأجنبي،⁵¹ لهذا تصرّ هذه الأخيرة على إخضاع جميع الأموال و الأشخاص الموجودة على إقليمها لقوانينها الوطنية، و خاصة إذا كانت طرفاً في العلاقة التعاقدية.⁵²

يخول مبدأ سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية الحق بالقيام بالتنمية، و هو الطريق لبلوغ السيادة الاقتصادية لهذه الدول، حيث يشكل موضوع التنمية اهتمام كبير لدى الدول و بالخصوص النامية منها،⁵³ و تلعب التنمية دور كبير في إيجاد الحلول لأغلبية المشاكل الاقتصادية، فهي تتكفل بانشغالات و حاجيات الأفراد و المجتمع، و ذلك بتحقيق رفاهيتهم و تحسين ظروفهم المعيشية.⁵⁴

مرّ مفهوم التنمية في هذه الدول بعدة مراحل تعكس كل من طبيعة و ظروف هذه الأخيرة من حيث تركيبها الاقتصادية و السياسية، حيث كان ينظر إليها على أنها ارتفاع في مستوى الدخل القومي، ثم تحوّل هذا المفهوم إلى مدى قرة الاقتصاد على زيادة الإنتاج القومي، لتتحول في وقتنا الحالي إلى الأبعاد البيئية و البشرية و التي تعرف بالتنمية

⁴⁵العربي منور، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دسن، ص 10

⁴⁶الأعضاء المنشأة لمفوضية السيادة الدائمة للدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية، أفغانستان، الشيلي، غواتيمالا، الفلبين، مصر، الاتحاد السوفياتي، هولندا، السويد، الولايات المتحدة الأمريكية.

⁴⁷السيد الحداد حفظة، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص 445.

⁴⁸أقوللي محمد، النظام القانوني...، المرجع السابق، ص 329

⁴⁹صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني...، المرجع السابق، ص 39

⁵⁰فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 3

⁵¹أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون التفاوضي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 127

⁵²مراذقة أسيا، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال جامعة الجزائر، 2007، ص 13

⁵³قايدي سامية، التنمية المستدامة – التوفيق بين التنمية و البيئة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون

الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002، ص 1

⁵⁴قايدي سامية، التنمية المستدامة...، المرجع ذاته، ص 71

المستديمة، معناه الموازنة بين النظام الاقتصادي و النظام البيئي دون هدر للموارد الطبيعية،⁵⁵ كما انتهجت هذه الدول للعديد من السبل من أجل تحقيقها، هناك من اتخذ نهج الاشتراكية المبنية على النظام الاشتراكي، و هناك من اتخذ نهج الرأسمالية المبنية على النظام الرأسمالي.⁵⁶

يلعب الاستثمار دور فعال في التنمية الاقتصادية، و هذا ما يجعل كل الدول المضيفة له تعمل على محاولة توفير محيط اقتصادي ملائم لتشجيعها،⁵⁷ لأن جذب الاستثمار ليس بالمهمة السهلة خاصة ب بروز العولمة، إلى جانب سياسة السوق التي جعلت معاملة الدولة كمجرد متعامل عادي مجردة من كل امتيازاتها كسلطة،⁵⁸ الأمر الذي يؤثر على الدول المضيفة للاستثمار خاصة البلدان النامية.

تعتبر التنمية عملية نقل الاقتصاد من حالة التخلف إلى حالة التقدم، إلا أن الدول واجهت عجز في مواردها الذاتية، فوجدت نفسها مضطرة للجوء إلى رؤوس الأموال الأجنبية لتوفير ما تحتاج إليه، و يدل الوضع الراهن للاستثمارات الأجنبية في العالم على وجود تنافس كبير بين الدول لاستقطاب أكبر عدد ممكن منها، و ذلك بما لها من أهمية لاقتصادياتها الوطنية،⁵⁹ و دورها الفعال في عملية التنمية خصوصا بعد التغيرات التي طرأت على النظام المالي الدولي،⁶⁰ فقد سعت البلدان النامية إلى جذبها للاستعانة بها لتمويل مشاريعها التنموية، و ينبغي أن تهدف عملية التنمية إلى تحقيق النمو الاقتصادي، فمثلا الجزائر قد تبنت سياسة تنموية قائمة على التصنيع الكثيف.⁶¹

إذا كانت البلدان النامية تسعى إلى تطبيق قانونها الوطني على عقد الاستثمار ذلك استنادا إلى أسس قانونية، و استنادا لأسس اقتصادية لاعتبارات سيادية تتمتع بها فإن المستثمرين الأجانب يرفضون خضوع العقد للقانون الوطني خوفا على مصالحهم، و يسعون إلى تدويل العقد و يكون ذلك بخضوع العقد للقانون الدولي أو بخضوعه لقانون آخر يكون بعيد عن القانون الداخلي يسمى بقانون عبر الدولي أو قانون الغير.

المبحث الثاني تدويل عقد الاستثمار

⁵⁵صراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني...، المرجع السابق، ص 42
⁵⁶قدي عبد المجيد، النظام الضريبي في النظام الاقتصادي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في التسيير، جامعة الجزائر، 2001، ص 2
⁵⁷يحيوي نصيرة، الاستثمار و فكرة المخاطرة الاستثمارية حالة الجزائر، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر، 2007، ص 8
⁵⁸خروج أحمد، " العولمة و السيادة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، عدد1، سنة 1988، ص56-57
⁵⁹محفوظي فؤاد، الاستثمار الأجنبي المباشر -دراسة تحليلية تقييمية- حالة الجزائر، مذكر مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007، ص 23
⁶⁰يوسف محمد، "مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة، العدد 2، سنة 1999، ص 61
⁶¹يوسف محمد، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة، ...، المرجع ذاته، ص 279

إذا كانت البلدان النامية تتمسك بضرورة خضوع عقد الاستثمار لقانونها الداخلي، وذلك استناداً إلى فكرة السيادة التي تتمتع بها، و التي تقضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها الوطني، من أجل ضمان امتيازاتها كسلطة عمومية و الدفاع عن مصالحها؛ في حين تحاول البلدان المتقدمة و ش م ج إلى وضع حدود لهذه السيادة لأن القانون الداخلي لا يوفر الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي، الذي يكون في غالب الأحيان من البلدان المتقدمة و الذي يتمسك بضرورة خضوع العقد لقواعد القانون الدولي كقانون حاكم للجوانب الموضوعية في العقد و تفادي المحاكم الوطنية، و أنّ تحقق مصالحه و أهدافه يكون إلا في ظل الابتعاد عن قانون الدولة و تدويل النظام القانوني لعقد الاستثمار، لاسيما في ظل معاناة منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الاقتصادية العالمية الجديدة، و كما أنّ الدولة عندما تتعاقد مع المستثمر الأجنبي إنما تبرم اتفاقات يجد أساسه القانوني و سند قوته الإلزامية في قاعدة من قواعد القانون الدولي العام ، ألا وهي مبدأ قدسية الذي يعدّ قاعدة أساسية لكل نظام قانوني . كما أن لجوء الدول النامية في فترة من فترات إلى عمليات التأميم و المصادرة و تغيير قوانينها الوطنية التي أبرمت في ظلها مختلف العقود، قد دفع بالبلدان المتقدمة قصد حماية أهدافها و مصالحها و المحافظة على استقرار العلاقة العقدية إلى محاولة تدويل عقد الاستثمار أي إخضاع عقد الاستثمار لقواعد القانون الدولي العام (المطلب الأول)، أو على الأقل تطبيق قانون مستقل و خاص بعقود الاستثمار، و ذلك بإخضاع عقد الاستثمار لمجموعة من القواعد عبر الدولية التي لا توصف بكونها قواعد داخلية و لا قواعد دولية وذلك بتطبيق قواعد القانون عبر الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي

أدى عدم رغبة المستثمرين الأجانب في تطبيق القانون الداخلي على عقد الاستثمار الذي لا يمنح لهم الحماية اللازمة إلى محاولة تطبيق قواعد القانون الدولي على العقد، و التي تعتبر مجموعة القواعد العرفية و المعاهدات، لاسيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية و اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول؛ فعليه عملت البلدان المتقدمة و ش م ج كل ما بوسعها لإدراج العلاقة التعاقدية التي تربط المستثمرين الأجانب

بالبلدان المضيفة في إطار اتفاقي، يتضمن قواعد تنظيم العلاقة العقدية و التصدي للمخاطر و المشاكل التي تواجههم، و ذلك بإخضاع عقد الاستثمار للاتفاقيات الدولية سواء كانت اتفاقيات دولية ثنائية (الفرع الأول)، أو كانت اتفاقيات دولية متعددة الأطراف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات الثنائية للأطراف

يستند خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي على العديد من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية المستثمر ، فقد بلغ عدد هذه الاتفاقيات أكثر من 2000 اتفاقية وذلك بعدما كانت منذ عشر سنوات 500 اتفاقية فقط⁶²، بالإضافة إلى الاتفاقيات الجماعية و التي تؤكد على دولية عقود الاستثمار، فالاتفاقيات الثنائية تحتوي على بنود تنص على خضوع العقد للقانون الدولي⁶³.

يكون تدويل عقد الاستثمار على أساس الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين أطرافه، التي تهدف في معظم الأحيان حماية و ضمان هذه الاستثمارات المبرمة بين المستثمر الأجنبي الخاص و الدولة، و يكون ذلك باتفاق الطرفين على عرض أي نزاع يحدث بينهما على المركز الدولي للفصل في النزاعات. لقد تأكدت في الوقت الحالي العلاقات بين الدولة و المستثمر الأجنبي و تحصنت بتعهدات دولية ثنائية (معاهدات المظلة)،و التي تلعب دورا هاما على الأقل من الناحية النظرية،حيث تمنع من إنكار الدولة من التزاماتها التعاقدية، و في هذا يرى البعض أن العلاقات التعاقدية بين الدولة و المستثمر الأجنبي تتحوّل بوجود الاتفاقيات الثنائية إلى التزامات دولية حقيقية بمفهوم القانون الدولي⁶⁴.

تتضمن الاتفاقيات الثنائية مبادئ و قواعد لحماية العقد المبرم بينهما، و الهدف منها هو التوفيق بين مصالح البلدان المتقدمة و ش م ج، و التي تسعى إلى إيجاد وسيلة لحماية مستثمريها و الدفاع عن مصالحهم و حماية أملاكهم؛ فالدول المضيفة للاستثمار التي تكون غالبا من البلدان النامية، تحاول الاستفادة من هذه الاستثمارات لتحقيق تنميتها الاقتصادية، حيث أن الطرفان يتمسكان بقانون العقد المبني على أساس إرادتهما، فالدولة ترغب في تنظيم علاقاتها مع المستثمرين الأجانب، حيث تمنح لهم عدّة تنازلات مما يسمح بإدراج هذا العقد في النظام القانوني الدولي⁶⁵، و ليس في إطار الأنظمة الوطنية للدولة المضيفة الذي لا

⁶²عدي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود...، المرجع السابق، ص334

⁶³عبد العزيز قادري، دراسة في العقود بين الدول و رعيا دول الأخرى في مجال الاستثمارات الدولية "عقد الدولة"،

مجلة الإدارة، العدد01، الجزائر، 1997،

⁶⁴أقولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال...، المرجع السابق، ص371

⁶⁵عبيوط محند وعلي، " الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادية في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد1، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص 88-89.

يرغب المستثمر الأجنبي بتطبيقه على عقود الاستثمار، بسبب عدم ملائمة لمثل هذه العقود، فيعتبر ما اتفق عليه الطرفين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي في الاتفاقية الثنائية بمثابة مصدر للقانون الواجب التطبيق على العقد، فالهدف منها هو تحويل المسؤولية العقدية إلى مسؤولية دولية، أو إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي و إجراءات دولية في مجال تسوية المنازعات⁶⁶؛ كما تعطي هذه الاتفاقيات الثنائية الصفة الإلزامية لكثير من القواعد العرفية، التي رفضتها البلدان النامية لتعارضها مع مقتضيات سيادتها الداخلية.⁶⁷ تتميز الاتفاقيات الثنائية بالبساطة و تحقيق نوع من التوازن المرغوب فيه بين مصالح الدول الأطراف⁶⁸.

أبرمت الجزائر غرار معظم الدول الأخرى اتفاقيات ثنائية، تحدد فيها القانون الواجب التطبيق بصريح العبارات، و التي نصت على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو أحكام الاتفاق، أي أن القانون المنفق عليه بين الأطراف في إطار هذه الاتفاقية الثنائية هو القانون الواجب التطبيق، كالاتفاقية المبرمة بين الجزائر و رومانيا.⁶⁹ و الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و اسبانيا.⁷⁰ إلى جانب هذه الاتفاقيات هناك اتفاقيات أخرى أبرمتها الجزائر مثل اتفاقية الجزائر مع سوريا، و المملكة الأردنية، وملكة قطر... الخ.

بالإضافة للاتفاقيات الثنائية وجدت كذلك اتفاقيات استثمار متعددة الأطراف ذلك استجابة للتطورات الاقتصادية الدولية في مجال عقود الاستثمار.

الفرع الثاني

خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات متعددة الأطراف

⁶⁶ عيوط محند و علي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية...، المرجع السابق، ص 143
⁶⁷ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 92
عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، الجزء 1، دار هومه للطباعة و النشر و ⁶⁸ التوزيع، الجزائر، 2006، ص 39 و 40
⁶⁹ الاتفاقية الجزائرية الرومانية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 28 جوان 1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 328/94، الصادر في 22 أكتوبر 1994، ج ر عدد 69، الصادرة في 1994-10-28
⁷⁰ الاتفاقية الجزائرية الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد، بتاريخ 23-12-1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88/95، الصادر في 25 جوان 1995، ج ر عدد 23، الصادرة بتاريخ 26 أبريل 1995

نظرا لتطور العلاقات الاقتصادية الدولية و خاصة في عقود الاستثمار ذات العنصر الأجنبي، قد سعى الطرفان إلى توحيد القواعد التي وضعت لتحكيم مثل هذه العقود، وذلك في إطار اتفاقيات متعددة الأطراف.⁷¹ سعت الدول إلى إبرام الاتفاقيات متعددة الأطراف و المعاهدات لتفادي كل أشكال الخلافات و النزاعات التي قد تثور بين أطراف عقد الاستثمار، التي تختلف من حيث المبادئ، و خصوصا من حيث الأهداف التي تسعى إليها كل طرف لتحقيقها.

اتخذت الاتفاقيات متعددة الأطراف استجابة للتطورات الاقتصادية الدولية الحديثة بسبب كثرة المعاملات و العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، و هذا لوضع قواعد قانونية موحدة تطبق على عقود الاستثمار ، فقد أبرمت اتفاقيات للتوحيد مثلا قواعد الإسناد كاتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث تنص المادة 1/3 على أنه: **" يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف العقد.."** ⁷² ، بالرجوع إلى نص هذه المادة يتبين لنا من الاتفاقية أنّ الإرادة التي يعلنها الطرفان⁷³ إما أن تكون الإرادة صريحة على تطبيق مبادئ القانون الدولي على عقود الاستثمار قد يتم إما بالاتفاق على تطبيق مبادئ القانون الدولي،⁷⁴ أو إرادة ضمنية مستمدة من بنود العقد، أو تكون إرادة طبيعية مستمدة من الظروف المحيطة بالتعاقد.⁷⁵

الغرض الأساسي من إبرام هذه الاتفاقيات هو وضع قواعد قانونية تلتزم بها الدول المنظمة لهذه الاتفاقية نظرا لغياب سلطة تشريعية تعلق الدول، فتلجأ الدول إلى إبرام تلك الاتفاقيات لسن قواعد قانونية بإرادتها المستقلة، و يقع عليها احترامها و تجسيدها على أرض الواقع ، و قد يكن الغرض من ذلك هو إنهاء بعض المنازعات الواقعة بين الدول المضيئة للاستثمارات و المستثمرون الأجانب، و بالتالي يكون هذا العقد يكرس قواعد قانونية تكون إلزامية للدول المتعاقدة.⁷⁶

من بين الاتفاقيات متعددة الأطراف نجد اتفاقية واشنطن سنة 1965 في مادتها 42 منها تنص على أن " إرادة الأطراف هي أساس اختيار القانون الواجب التطبيق، و لكن عند غياب الاتفاق " فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة..بالإضافة إلى مبادئ القانون

⁷¹ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 92

⁷² Convention de Rome 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 entre les Etats membres de la communauté économique européenne, elle est entrée en vigueur le 1^{er} Avril 1991, journal officiel des communautés européennes (98/c27/02)

⁷³ اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة... المرجع السابق، ص 383

⁷⁴ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص 138

⁷⁵ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات... المرجع السابق، ص 143

⁷⁶ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 92

الدولي المتعلقة بالموضوع...،⁷⁷ من خلال نص هذه المادة يتبين أنه يمكن لأطراف عقود الاستثمار الدولية إعمالاً بمبدأ سلطان الإرادة، أن يختاروا قواعد القانون الدولي ليحكم عقدهم ، كما يمكن للأطراف اختيار القانون الوطني ليحكم العقد، و كما تسمح هذه المادة بتطبيق قواعد القانون الداخلي على شرط اتساقها مع مبادئ القانون الدولي. كما يمكن تطبيق قواعد القانون الدولي في حالات معينة لسلخ العلاقة التعاقدية من القوانين الداخلية، التي يعتبرها المستثمر غير مسايرة للتطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية الدولية.⁷⁸

أمام عجز و عدم ملائمة كل من القوانين الوطنية و القانون الدولي العام لحكم هذه العقود، كان لابد من البحث عن نظام قانوني آخر مستقل عن النظامين السابقين ليتولى تنظيمها و حلّ النزاعات الناشئة بين أطرافها، و ذلك على نحو يحقق التوازن بينهما، و بدون الإضرار بمصالح الطرفين وهذا النظام القانوني يسمى بالقانون عبر الدولي أو قانون الغير.

المطلب الثاني

خضوع عقد الاستثمار لقانون عبر الدولي أو قانون الغير

أمام تمسك الدول المضيفة للاستثمارات بتطبيق قانونها الداخلي على عقد للاستثمار و رفضها لتطبيق قواعد القانون الدولي من جهة، و من جهة أخرى رفض المستثمرين الأجانب إخضاع العقد للقوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمار بحجة أن هذه القوانين لم توضع لتحكم العلاقات الاقتصادية الدولية. من أجل التوفيق بين الطرفين فقد أوجد البعض حل وسط يؤكد على خضوع عقد الاستثمار لنظام قانوني مستقل بذاته و متميز عن كلا من القانون الداخلي و القانون الدولي يسمى بالقانون عبر الدولي أو قانون الغير، و يكون ذلك بإخضاع العقد لمبادئ العامة للقانون (الفرع الأول) أو يكون بإخضاعه لقانون التجارة الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع عقد الاستثمار للمبادئ العامة للقانون

يقصد بالمبادئ العامة للقانون كما عرفها الأستاذ **Mahmassani** في تحكيم **Liamco**: " هي تلك المبادئ المذكورة في المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل

⁷⁷ تم إبرام هذه الاتفاقية في 18 مارس 1965 بواشنطن، برعاية و مبادرة البنك الدولي للإنشاء و التعمير أنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (المادة 1/1).

⁷⁸ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص 133

الدولية والتي تشكل جزءاً لا يتجزأ من القانون الدولي"⁷⁹ كما تعتبر المبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية في مختلف الدول⁸⁰ هذه المبادئ معترف بها دولياً من قبل الدول المتقدمة التي تسمح بتحقيق التوازن في العقد، فتلزم بها الدول رغم عدم النص عليها صراحة ويعتبرها البعض مثل: (Zweiger(MC. Nair et) تشكل نظاماً قانونياً متطوراً و كافياً لتنظيم العلاقات بين الأطراف المتعاقدة⁸¹، وتعد هذه المبادئ إحدى المصادر الرئيسية للقانون الدولي.

قد أكد المعهد الدولي صراحة على المبادئ العامة للقانون في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و أحد الأشخاص الخاصة حيث ورد في القرار المنبثق عنها في نص المادة 2 الفقرة 2 على أنه "...يستطيع الأطراف اختيار قانون العقد... أو مبادئ مشتركة بين هذه القوانين و مبادئ مطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية"⁸².

قد نص المشرع الجزائري على تطبيق المبادئ العامة للقانون في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة غياب هذا الاختيار تفصل حسب القواعد التي تراها ملائمة".

إذا حسب هذه المادة فقواعد القانون تطبق في حالة اختيارها من قبل الأطراف، بينما نصت المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني على أنه: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين".

من خلال هذه المادة نجد أنه يكون تطبيق المبادئ العامة للقانون عندما لا يكون نص خاص ينظم العلاقة العقدية⁸³.

كما نجد المادة 22 الفقرة 1 من العقد المبرم بين حكومة إيران و شركة البترول لأنجلو إيرانية عام 1933 على أنه: "يحال إلى التحكيم كافة المنازعات التي تثور بين الأطراف أيًا كان نوعها، و خاصة تلك التي تتعلق بتفسير هذا الاتفاق و الحقوق والالتزامات التي يتضمنها...، و يؤسس الحكم على المبادئ القانونية التي تتضمنها المادة 38 من النظام

⁷⁹ Ratchaneekorn LARPAVANICHAR, les contrats internationaux : étude comparative franco – thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, discipline : droit international privé, Université Lille2, 2012, p 20

⁸⁰ صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون...، المرجع السابق، ص 95.

⁸¹ عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية...، المرجع السابق، ص 141

⁸² صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون...، المرجع السابق، ص 95.

⁸³ أمر رقم 10/05، المتضمن القانون المدني، المرجع السالف الذكر.

الأساسي للمحكمة دائمة العدل الدولية⁸⁴ أو أنّ العقد سوف يخضع للمبادئ العامة بما في ذلك المبادئ العامة المطبقة بواسطة القضاء الدولي، و مثال ذلك ما ورد في أحد العقود المتفرعة عن الاتفاق الأساسي في قضية **Aminoil** من أنّه: "أخذ في الاعتبار بالجنسيات المختلفة للأطراف فإنّ اتفاقهم تنفّذ و يجب تفسيرها و تطبيقها وفقا للمبادئ المشتركة بين قوانين الكويت و ولاية نيويورك في الولايات المتّحدة الأمريكية، وعند عدم وجود مثل تلك المبادئ وفقا للمبادئ المعترف بها عادة في الدول المتمدنة بصفة عامة، ويدخل في ضمنها تلك التي طبقتها تلك المحاكم الدولية"⁸⁵.

تطبق المبادئ العامة للقانون لإقصاء عقود الاستثمار من القانون الداخلي للدول المضيفة للاستثمارات تمنح السلطة التقديرية للقاضي أو المحكم، و هذا ما حدث في النزاع القائم بين شيخ أبو ظبي و الشركة البترولية الإنجليزية حيث قام المحكم الإنجليزي رغم أن بنود العقد كانت تنص على أنّ قانون أبو ظبي هو القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أنّه أقر المحكم أن هذا القانون المختار قانون متخلف لا يلاءم مثل هذه العقود و بالتالي طبق عليه القانون الإنجليزي تحت اسم المبادئ العامة للقانون باعتبار أنّ قواعده تشكل انعكاسا للمبادئ العامة المشتركة للدول المتمدنة.⁸⁶

الفرع الثاني

خضوع عقد الاستثمار لقواعد وأعراف التجارة الدولية

يحق لأطراف عقد الاستثمار في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة و هو ما كرسته العديد من التشريعات الوطنيّة و كذلك الاتفاقيات الدولية لمشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد التجارة الدولية، من خلال النص صراحة على حرية الأطراف في تحديد القانونية الواجبة التطبيق⁸⁷، و لتفادي كل النقائص التي تترتب عن تطبيق القانون الداخلي للدول المضيفة للاستثمارات يفضل المستثمر الأجنبي تطبيق هذه الأعراف و الممارسات التجارية الدولية باعتبارها قواعد عالمية تتجاوز الحدود الوطنية للدول و تستبعد كل القيود التي تفرضها التشريعات الداخليّة، فهذه القواعد مستقلة بذاتها نشأت بعيدا عن القوانين الوطنية فهي قواعد اعتاد المتعاملون في التجارة على إتباعها بصفة عفوية ثمّ تشكلت هذه القواعد من خلال التعامل بها في مجال العلاقات الاقتصادية

⁸⁴ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص140

1-Geneviève Burdeau, « Droit international et contrats d'États - La sentence *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982 », *Annuaire français de droit international* Année 1982, Volume 28, Numéro 28, p460

صراح ذهبية؛ التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي،... المرجع السابق، ص 96⁸⁶
بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص147.⁸⁷

الدولية⁸⁸، إنّ خضوع عقد الاستثمار لأعراف و ممارسات التّجارة الدولية يتم صراحة أو بشكل ضمني أو بشكل طبيعي⁸⁹.

يمكن لأطراف عقد الاستثمار وفقا لإرادتهم إخضاع علاقتهم التعاقدية لقواعد و أعراف التّجارة الدولية منفردة أو مجتمعة مع القانون الداخلي، ومثال ذلك ما نصّ عليه العقد المبرم بين حكومة الكويت و شركة Aminoil على أنّه:"القانون الواجب التّطبيق على المسائل الموضوعية بين الأطراف سيتم تحديده من قبل الهيئة أخذة في الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة و الصفة عبر الدّولية لعلاقتهم و مبادئ القانون و العادات السائدة في العالم المتّقدم"⁹⁰

كما نجد أنّ معظم قواعد التّحكيم تنص على إلزام المحكم بمراعاة الأعراف التّجارية خاصة قواعد التّحكيم لدى منظمات التّحكيم الدائمة⁹¹، أو قواعد التّحكيم التّموجية⁹².

يجوز لأطراف عقد الاستثمار اختيار نظام متكامل لكي ينطبق على التّحكيم، أو أن يشترطوا تطبيق طائفة معينة من القواعد القانونية، و لأطراف الاتفاق على فض منازعاتهم طبقا للمبادئ العامة للقانون أو القواعد و الأعراف السائدة في نظام قانوني معين⁹³.

تعتبر قواعد التّجارة الدولية الأكثر ملائمة على عقود الاستثمار و التي من شأنها إيجاد حلول للنّقص و السلبات الموجودة في القانون الداخلي في مجال العقود الاقتصادية باعتبارها قواعد تتجاوز الحدود الوطنية للأطراف لأنها قواعد لا توصف بأنها قواعد داخلية و لا قواعد دولية، إلى جانب ذلك أنها قواعد قانونية تحكم علاقات تعاقدية بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية و لا الاقتصادية⁹⁴.

تطبق عادات و أعراف التّجارة الدولية لسد العيوب التي تعاني منها القوانين الداخلية حيث أنّ قواعد القانون الداخلي لا يواكب التطورات الاقتصادية على مستوى الدولي من كل جوانبها لا تسمح بتنظيم عقود الاستثمار بشكل كامل و فعّال و لا تتضمّن الحلول لكل

⁸⁸صراح ذهبية، التّوفيق بين القانون الوطني... المرجع السابق، ص 100

⁸⁹عبيوط محند و علي، الحماية القانونية للاستثمارات...، المرجع السابق، ص 145

⁹⁰Geneviève Burdeau, « Droit international et contrats d'États... », opcit, p 465.

⁹¹مثل قواعد تحكيم غرفة التّجارة الدولية لسنة 1998 تنص المادة 17 على أنّه:"يجد على هيئة التّحكيم أن تراعي في كل الأحوال أحكام العقد و أعراف التجارة الدولية". انظر القواعد الانجليزية منشورة على شبكة الانترنت:

<http://www.jus.uio.no/im/icc.arbitration.rules.1998/doc.html>.

⁹²مثل قواعد لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدولي و التي تنص المادة 3/33 منه على أنّه:"و في جميع الأحوال تفصل هيئة التّحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد و بمراعاة الأعراف التّجارية السارية المعاملة" انظر هذه القواعد منشورة على شبكة الانترنت:

<http://www.jus.uio.no.im/un.arbitration.rules.1976/doc.html>

⁹³محمد صالح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مجموعة رسائل دكتوراه، د.ب.ن، د.س.ن، ص 59

⁹⁴محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النّظرية و التّطبيق، دراسة تحليلية في ضوء اتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 323

المشاكل المطروحة في هذا المجال علاوة على ذلك فإنها لا توفر الحماية القانونية اللازمة التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي ، في حين تطبيق قواعد وأعراف التجارة الدولية بإمكانها التوفيق بين مصالح الطرفين المتناقضة من أنها توفر ضمانات للمستثمر الأجنبي ، و تسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية لتحقيق الأهداف الاقتصادية للدول النامية⁹⁵.

تتوزع أعراف التجارة الدولية بين عرف عام يكون سائدا في دولة واحدة أو عدة دول ، أو عرف محلي سائد في جهة أو ناحية معينة ، كما قد يكون خاصا متعلقا بمهنة معينة ، وهو ما أشارت إليه مدونة التجارة في مادتها 3 التي تنص على أنه : "ترجع الأعراف و العادات الخاصة و المحلية على الأعراف و العادات العامة"⁹⁶، تنطبق عادات و أعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع عند اختيار أطراف العقد خضوع منازعاتهم لمثل هذه العادات و الأعراف كأن يختار أطراف النزاع التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية ، و من أمثلة هذه الاتفاقات ما ورد في المادة 1/21 من العقد المبرم بين شركة الألمانية (DST) و شركة النفط الوطنية لرأس الخيمة (PAKOIL) و التي تنص على أنه: "جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذا العقد أو تطبيقه سوف يتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق و التحكيم لغرفة التجارة الدولية و ذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد"⁹⁷.

قد اعترف المشرع الفرنسي بمشروعية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية من خلال تبنيه لصياغة متحررة في شأن سلطة الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع ، إذ تنص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسية على أن : "يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف"⁹⁸.

تطبق عادات و أعراف التجارة الدولية نتيجة لاستبعاد المحكم لأحكام القانون الوطني المختص لمخالفاتها لنظام العام بمفهومه الدولي ، وتكون هذه العادات و الأعراف تحتوي على حلول ملائمة تفتقدها الأنظمة الداخلية ذاتها ، و سيادة طابعها المكمل لا يمنع من إلزامها الذاتي في ظل قواعد عبر دولية أمره .

خلاصة الفصل الثاني

يعتبر موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، من المواضيع الهامة و الصعبة في القانون الدولي الخاص، لما له من آثار قانونية لوجود الدولة كشخص

⁹⁵ عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات...، المرجع السابق، ص147.

⁹⁶ صراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني...، المرجع السابق، ص101

⁹⁷ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات... المرجع السابق، ص156

⁹⁸ انظر نص هذا القانون منشور على شبكة الانترنت باللغة الانجليزية :

<http://www.jus.uio.no/im/france.arbitration.code.of.civil.procedure.1981/doc>

من أشخاص القانون الدولي العام، والمستثمر الأجنبي شخص من أشخاص القانون الخاص، مما جعله محلّ خلاف في الفقه و في القانون الإنفاقي، فلأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق و ذلك وفقا لقانون الإرادة، فهو القانون الذي يختاره الطرفان، فأغلب تشريعات الدول و العديد من المعاهدات و الاتفاقيات تعترف بهذا المبدأ، لأنّ الطرفان أعلم بظروف العقد المبرم بينهما، و إن العقد يخضع لإرادة المتعاقدين سواء كانت ضمنية التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد، إما إرادة صريحة و ذلك عند توفر بند صريح في العقد يشير إلى القانون الواجب التطبيق.

في حالة عدم الاتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق يحال إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، الذي يعتبر بمثابة الأصل حيث كرّس في مختلف التشريعات الوطنية، و مختلف الاتفاقيات الدولية و الممارسات التعاقدية؛ و يستند خضوع العقد للقانون الوطني إلى أسس قانونية كتكليف هذا الأخير على أنّه يدخل ضمن العقود الإدارية لكون أنّ السلطة العامة طرفا في العلاقة التعاقدية، و ذلك لتمتّعها بالسيادة على إقليمها، كما تطرقت له العديد من مختلف المعاهدات الدولية منها اتفاقية واشنطن 1965، و اتفاقية روما 1980 ففي حالة عدم تبيان الطرفان القانون الواجب التطبيق صراحة فيتم تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، كما يمكن استناده إلى أسس اقتصادية فيما يتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية، و أيضا على أساس السياسة التنموية المنتهجة لكون أن الدولة ذات سيادة و سلطة على مواردها الطبيعية و هو الطريق لبلوغ السيادة الاقتصادية لهذه الدول.

إنّ خوف المستثمر الأجنبي من هدر حقوقه جرّاء تطبيق القانون الوطني للدولة، فأخذ ينادي إلى البحث عن قانون آخر ليحكم العلاقة التعاقدية، وهو تطبيق القانون الدولي الذي هو عبارة عن مجموعة من المعاهدات و اتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول، و أمام رفض المستثمر الأجنبي تطبيق القانون الوطني و عدم رغبة الدولة المضيفة تطبيق القانون الدولي ، فوجد بعض الفقهاء حل وسط و هو تطبيق القانون عبر الدولي.

خاتمة

مما لا شك فيه أنّ عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة و المستثمر الأجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، تعمل على التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من خلال قيام المستثمر الأجنبي بتزويدها بالتكنولوجيا العالية، مما يسمح لها باكتساب الخبرات و المهارات الصناعيّة للعمالة المحليّة، فنشاطات المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة تساهم في توفير فرص عمل جديدة لليد العاملة المحليّة، فهو يساهم في تخفيض نسبة البطالة في الدولة

المضيضة و يتحقق ذلك في استعمال المستثمر الأجنبي للوسائل البشرية المحلية على جميع المستويات بما فيها العمال و المسيرين ، ومع احتياج الاستثمار الأجنبي للمناخ الملائم اشددت المنافسة على استقطابه من خلال إزالة الحواجز و العقبات من أمامه و منحه الحوافز و الضمانات التي تسهل نشاطه و استخدام التمويل الأجنبي بشكل فعال و نقل التكنولوجيا إليها و تدريب العمالة الوطنية، مما يساهم في رفع مستويات الدخل و ترقية المستوى المعيشي.

تعتبر عقود الاستثمار في عالمنا اليوم ضرورة ملحة ليس للبلدان النامية التي تعاني من نقص الأموال فحسب، وإنما حتى للبلدان المتقدمة من أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية و تحقيق معدلات جيدة للنمو الحقيقي، و لكن كل ذلك لن يتم دون تهيئة البيئة الملائمة و إجراء إصلاح اقتصادي شامل، ذلك من خلال قيام الدول المضيفة للاستثمارات بإبعاد تطبيق قوانينها الوطنية على عقود الاستثمار، كون تطبيق هذه القوانين تعمل على إبعاد المستثمر الأجنبي على إبرام عقود الاستثمار مع تلك الدول ذلك خوفا على مصالحه، لأنها قوانين لا توفر له الحماية اللازمة، فالمستثمر الأجنبي يحاول دائما على تحقيق التوازن العقدي و يبحث عن ضمانات إجرائية لتشجعه للتعاقد مع هذه الدول، وحتى يجد الحياد في قضاء التحكيم الذي يعد أمرا حتميا لدولة، نظرا للمزايا العديدة التي يوفرها من سرعة و سرية، فيتم الفصل في منازعات هذا العقد بعيدا عن المحاكم الدولية المتعاقدة التي يحشى من حياد قضائها. ولهذا نجد عقود الاستثمار تنص على شرط إقصاء أي تعديلات التي تلحق بالقانون الوطني للدولة المتعاقدة و عدم سريانها حفاظا على التوازن العقدي، و هذا عندما يكون القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق على العقد طبقا لإرادة الطرفين و يهدف هذا الشرط إلى عدم إقبال الدولة على تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة، ومن ثم تحقيق الحماية و الأمان القانوني للمستثمر الأجنبي. و إن كان هذا الشرط يلاقي أحيانا معارضة واسعة من بعض الأوساط السياسية و الفقهية لعدم توافقه مع مبادئ سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية و أن استبعاد المحكم الدولي للقانون الوطني لدولة المتعاقدة لصالح تطبيق القانون الدولي غير مبرر لأن القانون الدولي يسد الفراغ و يساعد على تفسير القانون الداخلي و ما قد يكون غامضا من أحكامه، لكنه لا يمكنه أن يأخذ مكانة القانون الداخلي إلا في حالة ما انتهك هذا القانون الداخلي مبدأ من مبادئ المتفق على حمايتها و حسب المادة 42 من اتفاقية واشنطن قد قدمت لفظ قانون الدولة المتعاقدة على مبادئ القانون الدولي، و أن التدويل المباشر للقانون الدولي دون رضاء الدولة المتعاقدة يتعارض مع مبادئ هذه الاتفاقية و بالتالي إن القانون الدولي لا يمكنه استبعاد قانون الدولة المتعاقدة ، كما أن مصلحة الدولة المتعاقدة تقتضي أن تحرص على النص صراحة على تطبيق قانونها الوطني على هذا العقد، و أن صياغة هذا الشرط بشكل دقيق و محدد لا يحتمل التأويل ، فلا يكتفي فقط بمجرد الإشارة إلى قانونها الوطني لحكم العقد، ولكن لابد من أن تنص على استبعاد أي قانون آخر لينظم العقد كاملا أو جزء

منه، حتى لا يتاح أن يقترن القانون الوطني بالقانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون ، لأنّ هذا الشرط عند غموضه و عدم دقته سيفسر تفسير غير حيادي من قبل هيئات التحكيم ،و يحمل دلالة استبعاد القانون الداخلي لصالح أحكام القانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون. و أمام فشل محاولات تدويل العقد لما تعترضه من عوائق قانونية، توصل الفقه المدافع على مصالح المستثمرين الأجانب و الشركات الأجنبية في محاولة تحرير عقد الاستثمار من سلطان الدولة المتعاقدة و خضوعه لقانون آخر يكون بعيد عن القانون الداخلي و يسمى بالقانون عبر الدولي أو قانون الغير، فهناك من يرى بضرورة خضوعه للمبادئ العامة للقانون المعترف بها في البلدان المتّمدنة، و هناك من أراد خضوعه لقواعد و أعراف التّجارة الدولية .

أيضا تمتع المستثمر الأجنبي و الشركات الأجنبية الكبرى بقدرات مالية و تنظيمية عالية لا تتوفر في الشركات الوطنية، و بذلك تستطيع فرض توجيهاتها الاقتصادية و التّشغيلية و فرض شروطها التي تهدف لتحقيق أهدافها و مصالحها وتحقيق أكبر قدر من الأرباح بشكل يعلو أي هدف آخر، وستكون لتلك السيطرة مخاطر كبيرة على المستويين الاقتصادي و السياسي، كما أنّ المستثمرون الأجانب لا يوفون بتعهداتهم في تدريب اليد العاملة المحليّة و يستغلون اليد العاملة المحليّة بأجور زهيدة لا تكفي لتلبية حاجاتهم المعيشية، كذلك و يتعاملون مع الموارد الطبيعية بطريقة غير عقلانية مما يؤدي إلى هلاك الثروات الطبيعية و الأصول البيئية و استنزافها و تحويل أرباحها إلى الدولة التي يتبعونها على حساب الدولة المضيفة.

تبقى حقيقة واحدة تتمثل في أنّ ميزان المدفوعات و معدلات التبادل تميل في المراحل الأولى للاستثمار للدولة المضيفة، ولكنها سرعان ما تميل نحو التدهور بعد تحول الأرباح إلى الخارج خاصة مع انخفاض أسعار مواد الخام و ارتفاع معدلات التضخم العالميّة، وبالتالي يجب إعمال الحساب للربح و الخسارة في جميع عمليات الاستثمار ولكن كل هذا لا ينقص من أهمية عقود الاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1: الرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

1- إقنولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق، 2006.

2- عادلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011 .

3- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.

4- قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2012.

5- يحيوي نصيرة، الاستثمار و فكرة المخاطرة الاستثمارية حالة الجزائر ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007.

ب - رسائل الماجستير

1- أوديع نادية، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون الإتفاقي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004

2- بن سويح خديجة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع قانون المؤسسات، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2006-2007.

3- شنتوفي عبد الحميد، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، دراسة تطبيقية لبعض العقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

- 4-صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 5-قايدي سامية، التنمية المستدامة، التوفيق بين التنمية و البيئة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2002.
- 6-قدي عبد المجيد، النظام الضريبي في النظام الاقتصادي، دراسة مقارنة، لرسالة لنيل شهادة الماجستير في التسيير، جامعة الجزائر، 2001.
- 7-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002.
- 8- محفوطي فؤاد، الاستثمار الأجنبي المباشر -دراسة تحليلية تقييمية- حالة الجزائر، مذكر مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر.
- 9- مرازقة آسيا، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال جامعة الجزائر، 2007

2-الكتب

- 1- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2000-2001.
- 2- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية - تحديد ماهيتها و النظام القانوني- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 3- العربي منور، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن.
- 4- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها -القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 5- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
- 6- سعد الله عمر إسماعيل، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في ظل القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب و الفنون المطبعية، الجزائر، 1986.
- 7- عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 8- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري -تنازع القوانين-، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزء 1، الجزائر، 2006

- 9- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنور بصدها، القاهرة، 2004.
- 10- فرج حسين توفيق، النظرية العامة للالتزام، منشورات الحلبي للحقوق، بيروت، لبنان، 2008.
- 11- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه للطباعة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- 12- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، 2006.
- 13- قاسم نايف علوان، إدارة الاستثمار (بين النظرية و التطبيق)، كلية الاقتصاد، جامعة التحدي، دار الثقافة، للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
- 14- محمد صالح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، مجموعة رسائل الدكتوراه، د س ن.
- 15- محمد عبد العزيز علي بكر، العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000-2001.
- 16- محمد محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية في ضوء اتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 17- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و فضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 2000.

3-المقالات

- 1- أحمد سامي مرهون المعموري، "الإطار القانوني لعقد الاستثمار مطار النجف الأشرف الدولي"، دراسة قانونية تحليلية، الكوفة، العدد5، د س ن، ص ص 158-191.
- 2- اقلولي محمد، "شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1، 2006، ص ص 94-123.
- 3- خروع أحمد، " العولمة و السيادة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية، عدد1، د ب ن سنة 1988
- 4- عبد الرسول عبد الرضا خير الدين كاظم، "تأثير الصفة الأجنبية في قانون الاستثمار العراقي"، العدد 3، 2006، ص ص 186-209.

- 5- عيبوط محند وعلي، " الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادية في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد1، 2006، ص ص 63-93.
- 6- عيبوط محند وعلي، " عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد1، 2006، ص ص 7-31.
- 7- فوزي قدور نعيمة، مظفر جابر الراوي، " النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة"، العدد3، 2010، ص ص 1-28.
- 8- قادري عبد العزيز، "دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مجال الاستثمار الدولية "عقد الدولة"، مجلة الإدارة، العدد1، الجزائر، 1997، ص ص 31-85.
- 9- ناصر مراد، " واقع لاستثمار الأجنبي المباشر و عوائقه في الجزائر"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 01، سنة 2008.
- 10- يوسف محمد، " مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/39 المتعلق بترقية الاستثمارات"، مجلة إدارة، عدد2، 1999، ص ص 53-117.

4- النصوص القانونية

أولاً: النصوص التشريعية

- 1- الأمر 58/75، الصادر في رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر، عدد 78، سنة 1975.
- 2- مرسوم تشريعي رقم 09/93، الصادر في 25 أبريل 1993، يعدل ويتم الأمر رقم 154/66 الصادر في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر، عدد 27، الصادر في 27 أبريل 1993.
- 3- مرسوم تشريعي رقم 12/93، الصادر في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 64، أكتوبر 1993.
- 4- الأمر رقم 03/01، الصادر في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 47، لسنة 2003، المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 08/06، الصادر في 15 جويلية 2006.
- 5- قانون رقم 10/05، الصادر في 20 جوان 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58/75، الصادر في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 44، 2005

ثانياً: النصوص التنظيمية

- 1- مرسوم تنفيذي قم 416/01، الصادر في 5 شوال 1422، الموافق 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائرية، ج ر، عدد 80، الصادر 26 ديسمبر 2001.
- 2- الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للاسمنت، ج، ر، عدد 72 الصادرة في 13 نوفمبر 2004.

5- الوثائق

- 1- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات اعتمدت من قبل الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2116 الصادر في كانون الأول/ديسمبر 1966، و رقم 2287 الصادر في كانون الأول/ديسمبر 1967، و لقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 أيار/مايو 1968، و خلال الفترة من 9 نيسان/أفريل إلى 22 أيار/مايو 1969، و اعتمدت الاتفاقية في ختام أعمالها في 22 أيار/مايو 1969 و عرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969، و دخلت حيز التنفيذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980.
- 2- الإتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الإتحاد البلجيكي-الكسمبورغي – المتعلق بتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر، بتاريخ 24 أفريل 1991، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91 / 345، الصادر في 5 أكتوبر 1991، ج ر، عدد 46، الصادر في 6 أكتوبر 1991.
- 3- الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية، بشأن التشجيع و الحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات و الرسائل المتعلقة بهما، الموقعين بالجزائر، بتاريخ 13 أفريل 1993، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 01/94، الصادر في 2 جوان 1993، ج ر، عدد 01، الصادر في 2 جانفي 1994.
- 4- الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة رومانيا، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقعة بالجزائر، بتاريخ 28 جوان 1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 328/94، ج ر، عدد 69، الصادر في 26 أكتوبر 1994.
- 5- الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة رومانيا حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 28 جوان 1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 328/94، الصادر في 22 أكتوبر 1994، ج ر، عدد 69، الصادر في 28 أكتوبر 1994.

- 6- الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجمهورية الجزائرية و المملكة الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 ديسمبر 1994، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88/95، الصادر في 25 مارس 1995، ج ر، عدد 23، الصادر بتاريخ 26 أفريل 1995.
- 7- اتفاقية واشنطن: تم إبرامها في 18 مارس 1965 بواشنطن، برعاية و مبادرة البنك الدولي للإنشاء و التعمير أنشئ بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وقد أصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ 14 أكتوبر 1966، و ذلك بعد مرور 30 يوما على اكتمال وثائق التصديق 20 دولة طبقا للمادة 2/28 منها. وقد وصل عدد الدول المنضمة إليها حتى يونيو 2003، إلى 154 دولة ما بينها 139 دولة استكملت إجراءات التصديق عليها، و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 364/95، الصادر في 30 أكتوبر 1995، ج ر، عدد 66، 1995.

6-قرارات تحكيمية

- 1- قرار التحكيم رقم 1675، لسنة 1969، الصادر عن محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، جريدة القانون الدولي لعام 1974، ص ص 895-897
<http://www.jus.uio.no/im/un.arbitration.rules.1976/doc.html>
- 2-حكم تحكيم للغرفة التجارة الدولية، قضية رقم 2753، الصادر في قضية شركة الألومنيوم اليوغسلافية و مشتر أمريكي، سنة 1976

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- Les Thèse

Ratchaneekorn LARPAVANICHAR, les contrats internationaux : étude comparative franco – thaïlandaise, thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit, discipline : droit international privé, Université Lille2, 2012.

2- Ouvrages

1-Berlin Dominique , contrat d'Etat, Recueil Dalloz, 2^{eme} Année , 15 Avril 1988.

2- W Wald Thomas, nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, éditions A PEDONE, Paris, 2004.

3- les articles

- 1- Geneviève Burdeau, « Droit international et contrats d'États — La sentence *Aminoil contre Koweït* du 24 mars 1982 », Annuaire français de droit international Année 1982, Volume 28, Numéro 28, pp. 454-470
- 2- H. Patrick Glenn, « De la cause d'action et de la compétence internationale », revue de droit de McGill, vol 27, pp 793-808.
- 3- Ibrahim F.I .Shihata, "Recent trends relating to Entry of foreign direct Investment", ICSID review, volume 9, number 1, 1994, p p 74-70 .
- 4- Loncle jean marc, la notion d'investissement dans les décisions du CIRDI, RDAI, n 3, 2006.

3-Les documents

- 1- Cour de Cassation de Belgique du 27 novembre 1974 , www.ahjucaf.org/belgique-cour-de-cassation,5703.html
- 2- Convention de Rome 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 entre les Etats membres de la communauté économique européenne, elle est entrée en vigueur le 1^{er} Avril 1991, journal officiel des communautés européennes (98/c27/02).
- 3- Lessons from the MAI :UNCATED Series on issues in international investment agreements , UNCATED/ITE/IIT/MISC.22, UN, New York and Geneva, 1999.

sites internet

4- *ثالثا: مواقع الأنترنت*

1-http://www.jus.uio.no/im/france.arbitration.code.of_civil.procedure.1981/doc.html.

2-<http://www.jus.uio.no/im/icc.arbitration.rules.1998/doc.html>.

الفهرس

عقد الاستثمار

1	مقدمة.....
6	الفصل الأول: الإطار القانوني لعقد الاستثمار.....
7	المبحث الأول: مفهوم عقد الاستثمار.....
8	المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار و أهميته.....
8	الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار.....
11	الفرع الثاني: أهمية عقد الاستثمار.....
13	المطلب الثاني: عناصر عقد الاستثمار و تمييزه عن الاتفاقيات الثنائية...
14	الفرع الأول: عناصر عقد الاستثمار.....
14	أولاً: الحصة.....
14	ثانياً: عنصر المدة.....
15	ثالثاً: عنصر المخاطرة.....
15	رابعاً: المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.....

15	الفرع الثاني: تمييز عقد الاستثمار عن الاتفاقيات الثنائية.....
17	المبحث الثاني: أحكام عقد الاستثمار.....
17	المطلب الأول: أطراف عقد الاستثمار.....
18	الفرع الأول: الدولة.....
20	الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي.....
22	المطلب الثاني: حقوق و التزامات أطراف عقد الاستثمار.....
22	الفرع الأول: حقوق و التزامات الدولة المضيفة.....
22	أولاً: حقوق الدولة المضيفة.....
25	ثانياً: التزامات الدولة المضيفة.....
27	الفرع الثاني: حقوق و التزامات المستثمر الأجنبي.....
27	أولاً: حقوق المستثمر الأجنبي.....
28	ثانياً: التزامات المستثمر الأجنبي.....
32	الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار.....
	المبحث الأول: خضوع العقد لقانون الإرادة أو لقانون الوطني للدولة المضيفة.....
34	المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة.....
34	الفرع الأول: ظهور فكرة قانون الإرادة و تكريسها.....

35	أولاً: ظهور فكرة قانون الإرادة.....
37	ثانياً: تكريس قانون الإرادة.....
39	الفرع الثاني: صور الإرادة.....
39	أولاً: الإرادة الصريحة.....
41	ثانياً: الإرادة الضمنية.....
44	المطلب الثاني: خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني.....
44	الفرع الأول: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني.....
45	أولاً: تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية.....
46	ثانياً: تطبيق القانون الداخلي إعمالاً بالمعاهدات الدولية.....
48	الفرع الثاني: الأسس الاقتصادية لتطبيق القانون الوطني.....
	أولاً: تطبيق القانون الداخلي إعمالاً بمبدأ السيادة الدائمة على
48	الموارد و الثروات الطبيعية.....
	ثانياً: تطبيق القانون الداخلي على أساس السياسة التنموية
49	المنتجة.....
51	المبحث الثاني: تدويل عقد الاستثمار.....
53	المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي.....
53	الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات الثنائية للأطراف.....

56	الفرع الثاني: خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات متعددة الأطراف.....
	المطلب الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقانون عبر الدولي أو قانون الغير.....
58	
59	الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار للمبادئ العامة للقانون
	الفرع الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقواعد و أعراف التجارة الدولية.....
61	
	خاتمة.....
67	
70	قائمة المراجع.....
	الفهرس.....
81	

خلاصة

عقد الاستثمار ذلك العقد الذي يبرم بين طرفين، الطرف الأول هي الدولة المضيفة للاستثمار التي تتمتع بالسيادة، أما الطرف الثاني هو شخص أجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي و الذي يتعهد بموجب هذا العقد بتقديم كل الخبرات و التكنولوجيا من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، فو عقد يشمل على بعض الخصائص يتميز بها عن العقود الأخرى، فجوهر عقد الاستثمار يتمثل في المساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، عن طريق قيام المستثمر الأجنبي بنقل القيام الاقتصادية إليها. إن الطبيعة غير المتجانسة لأطراف عقد الاستثمار ترتب عليه آثار قانونية منها تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، فلأطراف حق اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك وفقا لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الطرفان، و في حالة عدم الاتفاق تحال المسألة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة الذي يعد بمثابة الأصل حيث كرس في مختلف التشريعات الوطنية، ومختلف الاتفاقيات و الممارسات التعاقدية، و خوف المستثمر الأجنبي من هدر حقوقه جراء تطبيق القانون الوطني أخذ ينادي إلى تطبيق القانون الدولي.

Résumé

Un contrat d'investissement est un contrat, conclu entre un pays accueillant l'investissement et jouissant de la souveraineté nationale totale, et une personne étrangère physique ou morale qui s'engage à fournir la technologie et l'expérience nécessaire à la réalisation du développement économique du pays hôte.

Le contrat d'investissement comporte certaines caractéristiques qui le distinguent des autres contrats, à savoir, la participation à la réalisation du développement économique du pays d'accueil à travers la transmission des valeurs économiques.

La différence de nationalité des parties du contrat d'investissement implique plusieurs conséquences juridiques, dont la désignation de la loi le régissant.

Les deux parties ont le droit de choisir la loi qui doit être appliquée, En l'absence d'un accord entre les deux parties, il est fait application de la loi du pays hôte. Connaissant que les investisseurs étrangers craignent pour leurs investissements, ils sollicitent généralement l'application, dans les contrats, du droit international.