جامعة مولود معمري تيزى وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الإطار القانوني لعقد الاستثمار ضمان الاستثمار الدولي-

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبين:

ايت معمر الطاهر

سي محمد إدير

تحت إشراف الأستاذة:

د/ حدوش وردية

لجنة المناقشة:

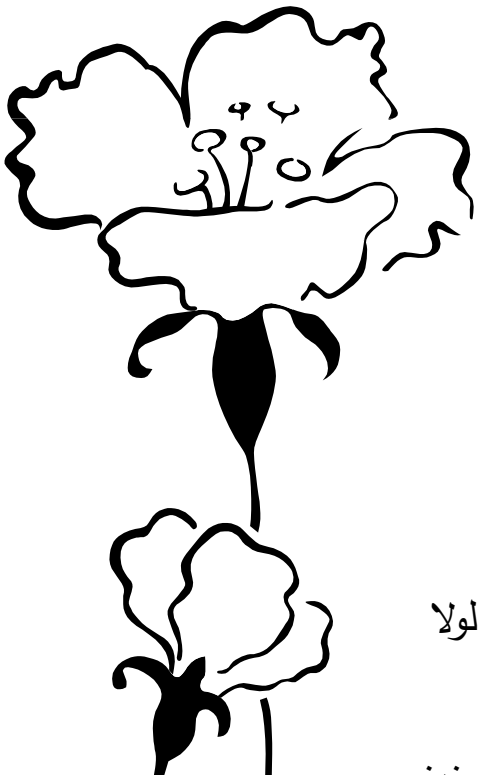
-د/براهيمي صفيان، أستاذ محاضر "ب"..... رئيسا

-د/ حدوش وردية، أستاذة محاضرة "ب"..... مشرفة ومقررة

-د/ القبي حفيظة، أستاذة محاضرة "ب"..... ممتحنا

تاريخ المناقشة 09 / 07 / 2020

بسم الله الرحمن الرحيم



إهداء

بسم الله الرحمين الرحيم

الحمد لله الذي وقفا لهذا ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا أما بعد:

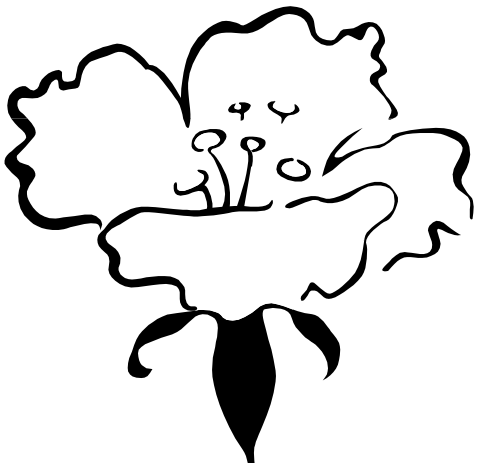
-إلى من نزلت في حقهم الآيتين في كتابه العزيز أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما إلى من ربتني وأنارت دربي واعانتي بالصلوات والدعوات أمي الغالية "**روزة عودية**" أدعوا الله أن يطيل في عمرها وإلى من أوصلني إلى ما أنا عليه الآن وفتح لي نوافذ نور العلم ادامه الله لي أبي الكريم "**عزالدين**" دون أن ننسى فضل اخواتي " **زهية كهينة، شمية، جيجيقة، ياقوت، ماسيليا**"

-إلى الصغيرات **رتاج، رانيا، سارة، تينهينان** أطال الله في أعمارهن.

-إلى كعبيش فريدة

-وأخيرا إلى كل من ساندني بالكلمة الطيبة في هذا العمل وكل من أحبني وساندني وغاب عن اللسان.

*** أيت معمر طاهر***



إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى:

الوالدين العزيزين اللذان سهرا على تربيتي ونجاحي أطال الله في عمرهما

إلى إخوتي أغيلاس و يونس

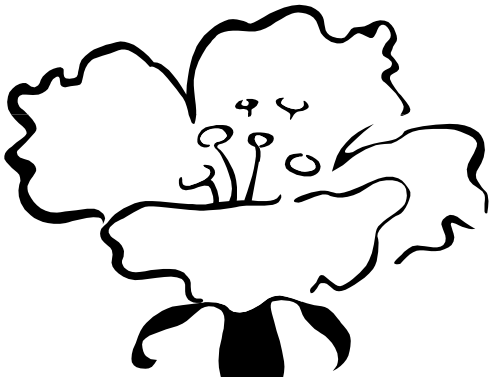
إلى كل الأهل والأقارب كل باسمه

إلى كل من أمدني بيد العون من قريب أو من بعيد

إلى كل رفقائي دربي طيلة سنوات الدراسة

إلى كافة الأسرة الجامعية

*** سي محمد إدير***



شكر و عرفان

نشكر الله عزل وجل الذي أعاننا ومدنا بالصبر على إتمام هذا العمل.

كما نتقدم بالشكر والامتنان والتقدير لكل من ساعدنا في إعداد وإتمام هذه المذكرة ونذكر على وجه الخصوص الأستاذة المشرفة "**حدوش وردية**" على جهودها المبذولة وتوجيهاتها النيرة طوال فترة إعداد هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان لأعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا البحث المتواضع رغم الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد جراء جائحة كورونا.

الطاهر و إدير

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية.

1	ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
2	ص	صفحة
3	ص ص	من الصفحة إلى الصفحة
4	ط	طبعة
5	ف	فقرة

ثانيا: باللغة الاجنبية

1	A.C.C	Algérie cément compagnie
2	A.D.S	Action de Skikda
3	ARAMCO	Arabian American oïl company
4	B.O.T	Built opérât and Transfer
5	C.I.R.D.I	Centre international pour règlement des différents
6	F.M.I	Fonds monétaire international
7	O.I.T	Organisation internationale du travail
8	P	Page

مقدمة

يعد الاستثمار من أهم المواضيع التي حظيت باهتمام كبير من قبل الدول عامة والدول النامية خاصة، ذلك نتيجة ركود اقتصادها وتصاعد أزمة المديونية، وعدم كفاية رؤوس أموالها لتحقيق معدل نمو الدخل الوطني بسبب تراجع مصادر التمويل لديها.

على إثر هذه العوامل تتجه معظم تلك الدول في سباق نحو البحث عن طرق وآليات للاجتذاب المستثمرين به، ومن بين هذه الآليات التي تتبناها هذه الدول إبرامها لما يسمى "**بعقود الاستثمار** ".

يعتبر عقد الاستثمار اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيفة لرؤوس الأموال ومستثمر أجنبي يلتزم ويتعهد بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وبنقل القيم الاقتصادية إليها من اجل خلق نشاط اقتصادي محدد، مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بمزايا وضمانات تؤدي إلى حمايته وتحقيق أرباح المؤسسة[1].

عقد الاستثمار هو قيام مشروع أجنبي يكون غالبا شركة متعددة الجنسيات لممارسة نشاط اقتصادي بصفة دائمة ومستقرة في بلد ما، قد يتم النشاط بواسطة شركة فرعية تابعة للشركة الأم، وكما يتم في إطار ما يعرف بالمشروع المشترك وذلك بإشراك الشركة مع الرأسمال العام أو الخاص في الدول المصنعة وبالنظر لأهداف الشركات متعددة الجنسيات في عملية الاستثمار، فهي تعد ضمان للحصول على الموارد الطبيعية والدخول في الأسواق الوطنية للدول النامية والسيطرة على مشروعاتها وتوجيه نشاطاتها[2].

1- **بودالي منية، بوحارة لامية** ، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 02.

2- **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 26.

ازدادت أهمية عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية، فأصبحت ترى فيها أفضل ما هو متاح من مصادر التمويل الخارجي بمساهمتها الفعالة ودورها الأساسي على المديين المتوسط والطويل على تحقيق التنمية المرغوب تحقيقه، والقابلة للاستمرار من خلال رفع معدلات النمو الناتج وخلق فرص العمل ونقل التكنولوجيا الحديثة وتوريث نظام التسيير المتقدمة وترقية أداء العنصر البشري وتشجيع النشاط التصديري بالإضافة إلى دعم القدرات التنافسية، كما أنها الركيزة التي تتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية التابعة للدولة وتنظيم بيئتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة، ونتيجة لذلك تسعى هذه الدول النامية إلى إبرام اتفاقيات وعقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب.

عقد الاستثمار هو طائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي كان أو اعتباري، وتتعدد نماذج هذا العقد بحسب حاجة الدولة لتنفيذ سياستها الاقتصادية أو التنموية وبحسب الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها.

باعتبار أن عقد الاستثمار بمثابة الدعامة الأساسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلدان النامية، فأصبحت هذه الأخيرة تتسابق في جذب الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها على الانسياب إليها، ذلك أن المستثمر الأجنبي يطمح دائما لإيجاد المناطق التي يتوفر فيها عنصر الربح، و اكبر قدر ممكن من الاطمئنان والأمان على مشروعة الاستثماري، وترتيب لذلك عمدت أغلب الدول النامية إلى العمل على تهيئة المناخ المناسب أو الأنسب للاستثمار من خلال سن العديد من التشريعات التي تهدف إلى بعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب وتبديد مخاوفهم، وكذا إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف التي تتضمن العديد من الضمانات القانونية من بينها:

-مبدأ حرية الاستثمار.

-مبدأ تجميد التشريع.

-مبدأ المساواة.

-مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال.

-مبدأ الاعتماد اللجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات[1].

من الثابت أن العلاقة التي تربط بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة تظهر بصورة جيدة في بدايتها، ولكن هذا لا ينفي إمكانية تغيرها بسبب تضارب المصالح بين الطرفين، ومن أبرز المشاكل التي يمكن أن تلازم عقد الاستثمار نجد كيفية التوقيف بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها والمصالح والأهداف التي يطمح إليها المستثمر الأجنبي.

نظرا للأهمية الذي يكتسبه عقد الاستثمار ومع كثرة الدراسات المثارة حولها وتشعبها وباعتباره من المفاهيم المتجددة، ينبغي علينا البحث حول الجوانب المختلفة لعقد الاستثمار من أجل إزالة اللبس الذي يحوم عليه والتعرف أكثر على عقد الاستثمار، وبسبب تعدد الآراء واختلاف المضامين المعطاة لهذا العقد ونظرا للخلط الذي يقع فيه بعض الباحثين بين عقد الاستثمار وعقود الدولة الأخرى.

إتبعنا المنهج الوصفي التحليلي، نظرا لمتطلبات موضوع بحثنا، الذي يعتبر من المواضيع المعقدة ونظرا لخصوصية عقد الاستثمار، وكذا الطبيعة القانونية الخاصة به، ما دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

فيما يتمثل الإطار القانوني لعقد الإستثمار الدولي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع بحثنا إلى قسمين، فخصصنا القسم الأول لضوابط تحديد عقد الاستثمار **(الفصل الأول)**، أما القسم الثاني فخصصناه إلى ضمانات عقد الاستثمار من خلال القانون الواجب التطبيق وكذا الشروط الميزة له**(الفصل الثاني)**.

1- **رحمان أمينة**، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020، ص 04.

الفصل الأول

ضوابط تحديد عقد الاستثمار

تعد مسألة الاهتمام بالعقود المبرمة بين الدول ورعايا دول أخرى محل اهتمام منذ القدم، فرغم تعدد الدراسات حولها إلا أن الفقه لم يتوصل إلى تحديد مفهومها بشكل واضح يساعدنا في تمييز هذا النوع من العقود عن باقي العقود الدولية الأخرى، ونظرا للتطور الذي شهدته المعاملات الاقتصادية الدولية على العموم ومجال الاستثمارات الدولية على وجه الخصوص، فصعوبة تحديد هذه العقود ترجع أساسا إلى الاختلاف حول طوائفها وكذا حول تكييفها القانوني، كما انّ هناك عقود متنوعة تتعلق بكل ما يمكن أن يؤدي إلى إحداث التقدم الاقتصادي للدولة[1].

من بين هذه العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية نجد عقد الاستثمار الذي إحتل مكانة هامة في العلاقات الإقتصادية الدولية، فهي تعتبر من أكثر الأساليب إنتشارا خاصة عندما يتعلق الأمر بإستثمارات ضخمة وذات أهمية وطنية كبيرة[2].

فبالرغم من الأهمية الكبيرة الذي لاقه عقد الاستثمار من قبل الفقهاء خاصة فقهاء القانون إلا أنهم لم يتوصلوا إلى تعريف دقيق وواضح لهذا العقد، فمعظم الدراسات الواردة حول عقد الاستثمار هي دراسات يطغى عليها الطابع الاقتصادي، بالإضافة إلى أن عقد الاستثمار ذو صلة كبيرة مع عقود الدولة، وعليه ينبغي إبراز ضوابط تحديد عقد الاستثمار، انطلاقا من أطراف عقد الاستثمار وكذا موضوعها **(المبحث الأول)** وصولا إلى التصنيفات المختلفة لعقد الاستثمار ومدى اعتبار عقد الاستثمار من عقود الدولة **(المبحث الثاني)**.

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 91.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية ،مرجع سابق**، ص 07.

المبحث الأول

أطراف وموضوع عقد الاستثمار

يعتبر الاستثمار الدعامة الرئيسية في النشاط الاقتصادي، فهو المصدر الرئيسي لخلق الثروة الإنتاجية، وبغرض تجسيد هذه الاستثمارات فقد لجأت الدول إلى تبني عدة طرق لتفعيلها لعل أهمها إبرام ما يسمى بعقد الاستثمار، فبالرغم من إهتمام فقهاء القانون بعقد الاستثمار فإنه لا يوجد تعريف قانوني له، ذلك أن أغلب التعاريف إقتصادية أقرب منها للتعاريف القانونية[1].

رغم عدم وجود تعريف قانوني محدد إلا أنّ غالبية الفقه يتفقون في أن عقد الاستثمار يبرم بين دولة وشخص أجنبي **(المطلب الأول)** ، ويكون موضوعها الاستثمار **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أطراف عقد الاستثمار

يتميز عقد الاستثمار عن غيره من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم التساوي والتكافئ بين أطرافه، ذلك أن أحد أطرافه يتمثل في **الدولة** أو من يمثلها وهي شخص ذات سيادة، تتمتع بمظاهر السلطة العامة أو من يمثلها من مؤسسات وهيئات تابعة لها، وتتميز بمزايا خاصة في إطار القانون الداخلي والقانون الدولي [2] **(الفرع الأول)**.

1- **عبد الخالق الدحماني** ، "**عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية**" ، مجلة العلوم القانونية ، العدد الأول، المغرب، 2013، ص 91.

2- **حفيظة السيد الحداد** ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 35.

أما الطرف الثاني في عقد الاستثمار هو المستثمر الأجنبي الذي قد يكون على هيئتين إما شخص طبيعي أو إعتباري، ولا يتمتعان بمظاهر السلطة العامة ولا يعدان من الأشخاص القانونية رغم إمتلاكهم لإمكانيات مالية وفنية كبيرتين قد تفوق القوة الاقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار وتكون بذلك الأطراف متفاوتة من الناحية القانونية والإقتصادية [1] **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الدولة كطرف أول في عقد الاستثمار

تعتبر الدولة طرف في عقد الاستثمار الأجنبي عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية، فترتبط بعقود الاستثمار أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات أو حتى الأشخاص الطبيعية[2].

يشمل عقد الاستثمار الأجنبي على العموم طرفا وطنيا أو طرفا عام، والذي يتمثل في الدولة أو من يسند له القيام بعمل عام أو بوظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، وقد يكون طرف خاص لكنه يعمل لحساب الدولة وبإسمه[3].

يقصد بالطرف الوطني الدولة السيادية، وهي شخص من أشخاص القانون الدولي الذي كان من المفروض أن يتعاقد مع طرف له نفس المركز القانوني له، وفي هذه الحالة لا تثير أي صعوبة، لكن تثور الصعوبة عندما تتعاقد مع شخص أجنبي لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي، والمتمثل في الطرف الأجنبي الخاص.

1- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 35.

2- **جلاء وفاء محمدين** ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1990، ص 11.

3- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 31.

ذهب الفقه والقضاء إلى إعتماد معيارين للقول بأن آثار العقد الذي أبرمته الدولة بواسطة أحد أجهزتها أو مؤسساتها تنصرف آثارها إلى الدولة التي تتبعها أي الدولة المضيفة للإستثمار ويتمثلان في المعيار القانوني **(أولا)** والمعيار الإقتصادي **(ثانيا)**.

أولا: المعيار القانوني.

يعتمد على العملية المادية للتوقيع على العقد، والاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد، بمعنى أنه طالما كانت المؤسسة أو الهيئة هي من أبرمت العقد لتمتعها بالشخصية القانونية المستقلة عن الدولة فيجب أن تتحمّل المسؤولية الكاملة دون أن تشاركها الدولة في ذلك [1]، وبمعنى أن الهيئة التي تتمتع بالشخصية القانونية مستقلة عن الدولة تحجب عنها الحصانة القضائية، وبالتالي تخضع لسيادة القضاء الوطني للدولة، عليه فوجود أو إنعدام هذا المعيار للهيئة العامة يحدد مدى تمتعها بالحصانة القضائية أو إنتفائها[2].

تنص المادة 25 من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في الفقرة الأولى منها على أنه: " **يمتد إختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدولة من الدول المتعاقدة**" [3]، وعليه وفقا لهذا المعيار فلا تعتبر الدولة طرفا في العقود المبرمة من طرف المؤسسات والهيئات العامة وذلك أن هذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن الدولة.

ما يعيب عن هذا المعيار أنه معيار تحكمي لأن إضفاء الشخصية القانونية على مشروع عام أو القيام بمنعها يعتبر مجرد قرار إداري أو وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 17.

2- **قصوري رفيقة، عيواج طالب**، "**النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي** "، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 05، جامعة خنشلة، ، 2016، ص 187.

3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995،ج ر ج ج ، عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.

مرافقها على وجه أفضل من ثم لا يمكن أن يكون هذا الوضع المتعلق بالتنظيم الفني للمرافق العامة في دولة ما سبب في حرمان هذه الدولة من حصانتها المقررة لها تطبيقا لمبادئ القانون الدولي العام[1].

لهذا من الأجدر البحث عن معيار آخر لتحديد مفهوم الطرف في العقود التي تبرمها الهيئات والمؤسسات العامة مع الأشخاص الأجنبية والمتمثل في المعيار الإقتصادي.

ثانيا: المعيار الإقتصادي.

مفاد هذا المعيار أن الهيئات والمؤسسات العامة ذات الشخصية القانونية لا يؤدي إلى إعتبارها أنها لا تمثل الدولة، طالما أن هذه الهيئات تسهر على تطبيق وتنفيذ السياسة العامة والإقتصادية للدولة، فهي في حالة تبعية بالنسبة للدولة ما دام أنها تمارس عليها سلطة الرقابة والإشراف وبالتالي يصعب فصلها عن الدولة[2].

تنص المادة 25 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 في فقرتها الأولى نلاحظ بأن إختصاص **CIRDI** لا يمتد إلى النزاعات التي تثور بين الدولة والمستثمر فحسب وحتى إلى "الهيئات العامة"، أو إلى الأجهزة التابعة للدولة والتي تفرضها هذه الأخيرة أمام المركز، إلا أنه حتى تتمكن هذه الهيئات العامة أو الأجهزة، إدراج شرط التحكيم يحيل إلى المركز الدولي كل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات **CIRDI** يتطلب موافقة الدولة على ذلك[3]، وهذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 25: "**موافقة المؤسسات العامة والأجهزة التابعة للدول المتعاقدة، لا تكتمل إلا بعد إقرارها من تلك الدولة، فيما عدا لو أوضحت الدولة المذكورة للمركز أن مثل هذا الإقرار غير ضروري**"[4].

1- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 46-47.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 20.

3- **جلاء وفاء محمدين**، مرجع سابق، ص 25-26.

4- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

الفرع الثاني

المستثمر الأجنبي كطرف ثاني في عقد الاستثمار.

يعد المستثمر الأجنبي الطرف الثاني في عقد الاستثمار بعد الطرف الوطني والمتمثل في الدولة أو إحدى المؤسسات أو الهيئات التابعة لها، والمستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار الذي لا يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار [1] ويعرف على أنه: " **الشخص الذي يتمتع بالشخصية القانونية وهي صلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، ويستوي الأمر في ذلك بين الشخص الأجنبي الطبيعي والشخص الأجنبي الاعتباري كالشركات**"[2].

يظهر المستثمر الأجنبي الذي يعد طرف ثان في عقد الاستثمار على هيئتين إما مستثمر أجنبي طبيعي **(أولا)**، وإما على هيئة مستثمر أجنبي إعتباري **(ثانيا)**.

أولا: المستثمر الأجنبي الطبيعي.

نادرًا ما يكون الشخص الطبيعي طرفا في عقد الاستثمار [3]، كون أن الدولة المضيفة للإستثمار غالبا ما تتعاقد مع شركات أجنبية نظرا لإمتلاكها لتقنيات فنية وموارد عالية قد لا تتوفر في الشخص الطبيعي [4]، ولكن هذا لا ينفي إمكانية تعاقد الدولة مع شخص طبيعي سواء كان مستثمرا أجنبيا كبيرا، أو عبارة عن شركات أشخاص نظرا لإمتلاكها المؤهلات

1- **ميهوب يزيد** ، " **الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين الأجانب في ظل إتفاقيات الإستثمار المبرمة من الجزائر**"، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، يومي 23 و 24 أكتوبر 2013، ص 03 (غير منشورة)

2- **قصوري رفيقة، عيواج طالب**، "**النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي**"، مرجع سابق، ص 190.

3- **HAROUN Mehdi**, le régime des investissements en Algérie a la lumière des conventions France-algérienne, Litec, France, 2000, p 153.

4- **هشام علي صادق**، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 114.

الفنية، وغالبا ما يكون عقد الاستثمار مع الأشخاص الطبيعية على شكل عقد نقل التكنولوجيا، الذي قد يقتصر على إبرام عقود إستخدام الخبراء الفنيين[1].

باعتبار الشخص الطبيعي طرف في عقد الاستثمار لا يكون له تأثير على طبيعة عقد الدولة كون محل ومضمون عقد الإستثمار يتعلقان بالتنمية الإقتصادية بالنسبة للدولة المضيفة للإستثمار وكذا المساهمة في تطوير الحياة الاقتصادية لهذه الدول المتعاقدة، بالإضافة إلى أن معيار الجنسية هو من يحدد صفة الأجنبي التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي الطبيعي[2].

تنص المادة 2/25 من إتفاقية واشنطن لسنة 1965 على ما يلي:" **يقصد بعبارة أحد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى ما يأتي: كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلال الدولة الطرف في النزاع**"[3].

كان لهذه الاتفاقية دورًا فعالاً في تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي حتى ينعقد إختصاص المركز، والمتمثلة في شرطين أساسيين هما:

1 -أن يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف الدولة طرف النزاع في التاريخ الذي وافق فيه الطرفان على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك أيضا في التاريخ الذي سجل فيه طلب التوفيق أو التحكيم.

2 أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة طرف النزاع في أي من تاريخي يوم إتخاذ الأطراف على القيام بالتوفيق أو التحكيم، وكذلك يوم تسجيل الطلب[4].

1- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 12.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 33.

3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

4- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 45.

ثانيا: الشخص الأجنبي الاعتباري

يعرف الشخص الاعتباري بأنه: " وحدة أو كيان إجتماعي ينشأ من أجل تحقيق أغراض معينة ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكونين له ونظام قانوني خاص به وقادر على أن يكون طرفا في العلاقات القانونية، ويتخذ الشخص الاعتباري الأجنبي شكل الشركة تتعاقد مع الدولة أو إحدى الهيئات أو الأجهزة التابعة لها بهدف تحقيق تنميتها الإقتصادية"[1].

ظهرت معايير يمكن بواسطتها إعتبار الشخص الاعتباري شخصًا أجنبيا بالنسبة للدولة المضيفة للإستثمار ومن أجل تحديد جنسية الشركات وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

1 معيار التأسيس:

مفاد هذا المعيار أن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بموجب قوانينها، بإعتبار أن هذه القوانين هي التي تمنح الشخص الاعتباري الشخصية القانونية، وبمعنى آخر أن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي صدر فيها قرار تأسيسها، فإذا تأسست في الجزائر وصدر قرار تأسيسها من السلطات الجزائرية، إعتبرت جزائرية، واكتسب جنسيتها، ويتميز هذا المعيار بطابع الثبات والاستقرار[2].

2 -معيار جنسية المؤسس:

وفق هذا المعيار يتمتع الشخص الاعتباري بجنسية الأعضاء المؤسسين له، باعتبار أن المشروع هو المعبر عن إرادة الأطراف وهو المحقق لمصالحهم، وتكون تلك الجنسية هي جنسية الدولة التي تنتمي إليها أغلبهم في حالة إختلافهم في الجنسية[3].

1- **ديدي إبراهيم**، الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار- دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ص 58.

2- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 47.

3- **المرجع نفسه**، ص 46.

لكن هذا المعيار تعرض للإنتقادات لأنه أنكر الوجود القانوني المستقل للشخص المعنوي، إذ أن هذا الأخير لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأعضاء المؤسسين له، كما أن هذا المعيار عديم الجدوى فيما يتعلق بالأشخاص الإعتبارية التي يغلب عليها تجميع الأموال لا الأشخاص مثل شركات المساهمة[1].

3 -معيار مركز الاستغلال:

حسب هذا المعيار فإنّ الشركة تكتسب جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز نشاطها الرئيسي باعتباره الموطن الذي تتجمع فيه مصالحها، فإذا وجد مثلا هذا المركز في الجزائر تحصل هذه الشركة على الجنسية الجزائرية.

من خصائص هذا المعيار أنه يعبر حقيقة عن الارتباط العملي بين الشخص الاعتباري والدولة التي يحمل جنسيتها، وهذا من شأنه أن يقلل من فرص الغش والتحايل على القانون[2].

4 معيار مركز الإدارة الرئيسي:

تتمتع الأشخاص الاعتبارية بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي أو يوجد بها مقرها الاجتماعي، ويقصد بمركز الإدارة الرئيسي الموقع الذي ترتكز فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة بأموره، ومعظم البلدان النامية تبنت معيار مركز الإدارة الرئيسي، باعتباره يتناسب مع ظرفها الإقتصادي.

تبنى المشرع الجزائري معيار مركز الإدارة الرئيسي وذلك من خلال نص المادة 50 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على أنه: "... **موطن الشخص الإعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها**"[3].

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 30.

2- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 46.

3- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007.

وبالتالي فإن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها في نظر القانون الوطني في الجزائر.

أبرمت الجزائر بعض اتفاقيات الاستثمار باعتمادها على معيار المقر الإجتماعي، نذكر منها إتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر الذي يوجد مقرها بالجزائر، وإتفاقية الإستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والشركة الجزائرية للإسمنت ACC الكائن مقرها بالجزائر العاصمة[1].

5 -معيار الرقابة أو السيطرة:

يقصد بذلك الشخص الاعتباري يعد أجنبيا متى كان خاضعا لرقابة أو سيطرة أجنبية، سواء إذا تعلق الأمر بالأموال المستثمرة أو من حيث تمتع القائمين على إدارة المشروع بجنسية دولة أجنبية، حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي أو محل النشاط أو مكان التأسيس في الإقليم الوطني[2].

باستقراء المادة 2/25/ب من إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، يتضح لنا أنها قد إعتمدت بضابط الرقابة كمعيار لتحديد الصفة الأجنبية للأشخاص الاعتبارية إذ نصت على أنه: " **كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ، يتفق على إعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من المصالح الأجنبية**"[3].

1- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 49.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 31.

3- اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

المشرع الجزائري رفض معيار الرقابة كما ورد في إتفاقية واشنطن إلا أنه إستثناءا أبرم بعض الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار والتي تبنى من خلالها معيار الرقابة كالاتفاقية الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا بغرض تشجيع الاستثمارات الثنائية، وبرز موقف المشرع الجزائري بإتخاذه لمعيار الرقابة في نص المادة 3/1 من هذه الاتفاقية حيث نص على أنه: "**عبارة "الشركات" تشير إلى كل شخص معنوي مشكل على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الاخير، وله في نفس الإقليم مقر الاجتماعي أو ان يكون هذا الشخص المعنوي مراقبا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطني أحد الطرفين المتعاقدين أو من طرف أشخاص معنوية لها مقرها الإجتماعي على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين والمشكلة طبقا لتشريع هذا الأخير**"[1].

المطلب الثاني

موضوع عقد الاستثمار

تعتبر الغاية الرئيسية من موضوع عقد الاستثمار تحقيق التنمية الاقتصادية وهذا لا يتجسد إلا من خلال المعارف والمساعدات التي يقدمها المستثمر الأجنبي **(الفرع الأول)**، بالإضافة إلى أن كل دولة مضيفة للإستثمار وكذا المستثمر الأجنبي يسعيان ويهدفان إلى تحقيق أهداف تخدم مصالح كل طرف على حدى **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تحديد موضوع عقد الاستثمار

تتميز السياسة الإقتصادية للدول في العصر الحالي، خاصة الدول النامية منها، إهتمامها بشكل كبير بجذب الاستثمارات الأجنبية بهدف تحقيق التنمية الإقتصادية، إذ تعتبر

1- الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشان التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بهما، لموقع بالجزائر في 13فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم94-01 مؤرخ في 02جانفي 1994،ج ر ج ج عدد01 صادر في 02 جانفي 1994.

الاستثمارات التي تقوم بها الشركات الأجنبية في هذه الدول من أكبر مكونات الموارد المالية المتاحة للتنمية في البلدان النامية[1].

ينقسم الاستثمار الأجنبي عامة إلى شكلين رئيسيين وهما الاستثمار الأجنبي المباشر **(أولا)**، والاستثمار الأجنبي غير المباشر **(ثانيا)**.

أولا: الاستثمار الأجنبي المباشر.

يتميز الاستثمار الأجنبي المباشر بأن المستثمر الأجنبي فيه يملك الحق في الرقابة على نشاط المشروع وهو يتمثل عموما في إنجاز مشاريع استثمارية أو المشاركة فيها، وعليه فإن الاستثمار الأجنبي المباشر عبارة عن إنتقال رؤوس الأموال الأجنبية مشتملة بذلك على عنصرين التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث أنه ينجر عن إنجاز المشاريع التي يمتلكها العنصر الأجنبي سواء ملكية كاملة أو عبارة فقط عن حصص تمنح له فرصة السيطرة على إدارة تلك المشاريع أو حتى المشاركة فيها[2].

عرّف صندوق النقد الدولي (FMI) الاستثمار الأجنبي المباشر انه عبارة عن ذلك الاستثمار الموجه لإنشاء أو لزيادة شكل منفعة دائمة في مؤسسة تقوم بنشاطها في الإقليم الاقتصادي لبلد آخر عبر البلد المستثمر، والتي تؤدي بنوع من المراقبة الفعالة في تسيير المؤسسة، بعبارة أخرى فهو يجري قصد الحصول على فائدة دائمة في مؤسسة تمارس نشاطها داخل حدود إقتصاد غير إقتصاد البلد المضيف للإستثمار، هدف هذا الأخير هو القيام بسلطة فعلية في تسيير المؤسسة[3].

لقد تبنى المستثمرون الأجانب طريقتين لتجسيد الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال إيجاد فروع للشركات المتعددة الجنسيات أو من خلال إنشاء مشروعات مشتركة.

1- **عبد الخالق الدحماني**، مرجع سابق، ص 106.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 15.

3- **خير قدور**، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح والواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2003، ص 13.

1 الشركات المتعددة الجنسيات:

ارتبط الاستثمار الأجنبي المباشر بنشاطات الشركات المتعددة الجنسيات التي تعد من أهم أشكاله والمحرك الرئيسي له فمن جهة هي تمثل جزء من الإنتاج والعمالة والتبادل التجاري الدولي[1]، ومن جهة أخرى هي شركات عملاقة تتمتع بقدرات مالية ضخمة وقاعدة تكنولوجية جد متطورة ومراكز للبحث والتطوير في مختلف المجالات خاصة مجال الإدارة والتسيير واتخاذ القرارات الاستراتيجية.

يقصد بالشركات المتعددة الجنسيات [2]، مشروعات ضخمة تتكون من شركات وليدة تزاول نشاطها في دول متعددة وتتمتع كل منها باستقلال قانوني عن الأخرى، لكنها تخضع في ممارستها لنشاطها لسيطرة وهيمنة الشركة الأم التي تتولى ممارسة الرقابة عليها لتحقيق إستراتيجية واحدة[3].

2 -المشروع المشترك:

يمكن أن تشترط الدولة المضيفة للإستثمار أن يتم الاستثمار الأجنبي فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني، من خلال النص في تشريعاتها الوطنية على ضرورة إشراك القطاع العام أو الخاص الوطنيين في رأس مال المشروع الأجنبي.

1- **LEVASSEUR Sandrine**, « **Investissement direct a l'etranger et stratégies des entreprises multinationales** », Revue de l'ofce. Mars, 2002, p 103. (http://www.ofce.science-po.fr/pdf/revue/4-hs,pdf)

2- وفقا لمنظمة العمل الدولية " lot" يقصد بالشركة المتعددة الجنسيات تلك الشركة التي تتكون من عدة كيانات تعود ملكيتها إما للقطاع العام أو الخاص أو القطاعين معا، تمارس أنشطتها الاستثمارية في مختلف دول العالم، تتميز الكيانات التابعة لها بالاستقلالية الذاتية والقدرة على السيطرة والتأثير في نشاطات الدول المضيفة، نقلا عن: **باحمد نفيسة** ، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربة " oli"، مذكرة للنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص إقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية وعلم التسيير، جامعة وهران، 2016، ص 19.

3- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 26.

إذ أن المشروعات المشتركة تعتبر الشكل الأمثل والأكثر قبولا وملائمة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، حيث يمكن لهذه الأخيرة فرض رقابة فعلية على المشاريع الاستثمارية الأجنبية المنجزة على إقليمها، وذلك من خلال مشاركة ممثليها في إدارة المشروع، فضلا عن استفادة الشركات المحلية من الخبرة الفنية والإدارية لتشغيل المشروعات الاستثمارية الضخمة[1].

ثانيا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر

الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو الشكل الثاني من أشكال الاستثمار الأجنبي إذ يقتصر دور المستثمر الأجنبي فيه على تقديم رأسمال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة للاستثمار، لتقوم هذه الأخيرة بالاستثمار دون أن تكون له أية سيطرة فعلية أو رقابة على المشروع، وعادة ما يأخذ هذا النوع من استثمار بشكل قروض تقدمها الهيئات الخاصة والأفراد أو صورة شراء الأسهم والسندات الدولية طويلة الأجل، ولا يترتب على هذا الاستثمار نقل الخبرات أو المهارات التكنولوجية الحديثة إلى الدولة المضيفة للاستثمار[2].

الفرع الثاني

تحديد أهداف موضوع عقد الاستثمار

تلعب الاستثمارات الأجنبية دورا فعالا في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من جهة، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى، إضافة إلى الدول المصدرة للرأسمال، وعلى العموم هي تخدم مصالح الجميع.

على هذا الأساس، عمدت معظم البلدان النامية إلى إبرام عقود الإستثمار نظرا لما يؤدي من دور في تحقيق تنمية الاقتصادية ، يساهم الاستثمار الأجنبي في جلب موارد لا

1- **صفوت أحمد عبد الحميد** ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 41.

2- **عبد الخالق الدحماني**، مرجع سابق، ص 106.

يمكن تداولها تجاريا في الأسواق إلا بصورة منقوصة، خاصة التكنولوجيا وطرق الاستفادة منها والخبرة الإدارية والوصول إلى الأسواق الكبرى وأسماء العلامات التجارية هذه الأصول من شأنها القيام بدور هام بتحديث الإقتصاد الوطني والدفع بعجلة التنمية[1].

إن الاستثمار الأجنبي المباشر من شأنه أن يساهم في تطوير ميزان المدفوعات إيجابيا، وذلك أن الشركات الأجنبية بفضل إتصالاتها الدولية وخبرتها بشبكة الأسواق الدولية، بذلك تفتح أمام الدول المضيفة إمكانيات أكثر لغزو أسواق التصدير، وزيادة حصيلة صادراتها وهو ما يساعد في تقليل عجز الميزان التجاري الذي يميّز معظم إقتصاديات الدول النامية[2]، ويساهم في تنمية البنية التحتية في الدول النامية نذكر منها الاتصالات والطرق والمطارات، ويساهم كذلك في تدريب الأيادي العاملة المحلية وفي تنمية مختلف الصناعات[3].

نظرا للدور الذي يلعبه عقد الاستثمار في تنفيذ الخطة التنموية حرصت الدول النامية على العمل على تهيئة وتوفير المناخ الملائم للاستثمار، ومن ثم أصبحت تتسابق في جدب هذه الاستثمارات وتشجيعها على الانسياب لها، بتوفير المحيط المناسب للاستثمار.

في هذا الشأن فقد سعت كل الدول التي تبحث عن التنمية على تحسين منظومتها القانونية، وذلك بتقديم المزايا والضمانات القانونية التي توفر للمستثمر الأجنبي مناخا ملائما لتوظيف أمواله بكل طمأنينة وآمان، إضافة إلى توفير الضمانات الدولية وذلك بواسطة إبرام الإتفاقيات الدولية الثنائية منها و متعددة الأطراف والتي يكون الغرض من ورائها هو حماية الاستثمارات الأجنبية.

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 44.

2- **زروال معزوزة**، الضمانات القانونية للإستثمار في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص 337.

3- **عبد الخالق الدحماني**، مرجع سابق، ص 109.

على هذا الأساس المستثمر الأجنبي المستفيد من أحكام المعاهدة يضمن عدم تراجع الدولة المضيفة للاستثمار عن إلتزاماتها المقررة في المعاهدة، حيث ما إذا تم هذا التراجع يعتبر إخلالا بالالتزام الدولي، من شأنه ان يترتب عنه تعويض المستثمر عن الأضرار وهذا كجزاء إخلال الدولة بإلتزاماتها إزاء المستثمر الأجنبي[1].

1- **هشام على صادق** ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 17.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعقد الاستثمار

برزت تسمية عقود الدولة من خلال عقود الاستثمار، وذلك بفعل التطورات التي طرأت على عقود التجارة الدولية، فنجد مثل هاته العقود في المشاريع الكبيرة كعقود الإمتيازات البترولية، التي تتطلب رؤوس الأموال كبيرة ويد عاملة مؤهلة تمتاز بالخبرة والمعرفة الفنية ونقل التكنولوجيا الحديثة للدول النامية المضيفة للاستثمار، إضافة إلى التنمية الإقتصادية والإجتماعية لها.

يمكن تعريف عقود الدولة بأنها تلك العقود التي تبرها الدول مع أشخاص أجنبية، سواءً كانت أشخاص طبيعية أو إعتبارية[1].

تتميز عقود الاستثمار عن العقود الأخرى المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية من حيث هدفها، إذ أن الدافع الأساسي للدولة يتمثل في تحقيق التنمية بكل أشكالها، بينما هدف المستثمر الأجنبي هو تحقيق الأرباح من خلال نجاح مشاريعه الاستثمارية، إذ تتعدد صور ونماذج عقود الدولة في مجال الاستثمار حسب موضوع العقد المبرم **(المطلب الأول)**، ومدى إمكانية إعتبار عقود الاستثمار كنموذج من عقود الدولة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

نماذج عقد الاستثمار

تمتاز عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي عن سائر العقود المبرمة في ظل التجارة الدولية بالنظر إلى المحل الذي تنصب عليه، وتختلف صورها باختلاف الخطط التنموية التي تتبعها الدولة المضيفة للاستثمار، إذ أن هذه الخطط التنموية تلعب دورا هاما في تحديد نوع التعاقد الذي تبرمه الدولة مع المستثمر الأجنبي.

1- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 19.

بصفة عامة هناك العديد من النماذج والصور التي يمكن أن يتجسد فيها عقد الاستثمار الأجنبي، ومن أهم النماذج والتي تعتبر الأكثر شيوعا وهي عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية **(الفرع الأول)**، وعقود التعاون الصناعي **(الفرع الثاني)**، وعقود الأشغال العامة الدولية **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية

تعد عقود البحث والتنقيب واستخراج الثروات الطبيعية من أقدم وأهم عقود الدولة، وهي تقع على المواد المنجمية عامة**(العقود المنجمية)**، وعلى المواد البترولية خاصة**(العقود البترولية)**، وتمثل هذه الثروات أهمية بالغة سواء بالنسبة للدولة المنتجة له كما هو الحال بالنسبة لدول الخليج والجزائر وغيرها من الدول المنتجة لها، أو بالنسبة للدول المستهلكة لها والتي تكون عادة الدول الصناعية المتقدمة[1].

إن حاجة الدول النامية لإستغلال الثروات الطبيعية بصفة عامة والبترولية بصفة خاصة يتعين عليها التعاقد بنفسها أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من جهة، وبين الشركات الأجنبية الكبرى من جهة أخرى بغرض التنقيب والإنتاج والتسويق[2].

قد كان السعي وراء تحقيق قدر من التوازن بين مصالح الدول المنتجة للثروات الطبيعية والشركات الأجنبية أدى إلى تحولات هامة في العلاقة التي كانت تربط بينها، وهذه التحولات أدت إلى تنوع أشكال عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية، حيث كانت في شكل عقود الامتياز **(أولا)**، ثم ظهرت أشكال أخرى وهي أكثر توازنا كعقود المشاركة **(ثانيا)**، وعقود المقاولة **(ثالثا)**.

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، ص 53.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 49.

أولا: عقود الامتياز.

تمثل عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول، حيث ترجع نشأتها إلى أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، تتسم هذه العقود بطول مدتها، بحيث يمكن أن تصل إلى 100 سنة[1].

لقد أضحى هذا النوع من العقود هو السائد في تنظيم العلاقات بين الدول المنتجة والشركات الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالي، ولكن عرف تغييرات وتعديلات نتيجة لما كانت تحتوي عليه هذه العقود من بنود مجحفة في حق الدول المنتجة له، وكذلك نتيجة للتغيرات السياسية والاقتصادية.

يمكن تعريف عقد الامتياز بأنه ذلك التصرف الذي تمنح بمقتضاه الدولة للشركات الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد الطبيعية الكامنة في إقليمها أو جزء منها، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ مالية معينة[2].

ظهرت إتفاقية الامتياز أول الأمر في أندونيسيا وبعض الأقطار الأخرى في نهاية القرن الماضي، أما امتيازات الشرق الأوسط فإنها بدأت بالامتياز البريطاني (الامتياز الدراسي) سنة 1901 والذي أبرم في إيران، أما في بقية أنحاء العالم فإن نظام الامتياز قد ظهر بين الحربين العالميتين[3].

جاءت عقود الامتياز التقليدية متناسبة مع الظروف السياسية والإقتصادية والقانونية التي كانت سائدة آنذاك في الدول المنتجة، لذا كلما تغيرت هذه الظروف كان من الطبيعي

1- **LEBOULANGER Phelippe**, les contrant entre états entreprise étrangères, economica, paris,1985, p 17

2- **محمد يونس الصائغ**، " **أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي**" ، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص ص198-199.

3- **عدلي محمد عبد الكريم** ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 39.

إدخال عليها تعديلات لتتماشى مع الظروف الجديدة، ولعل أبلغ وصف للإمتيازات الحديثة أنها إمتيازات تقليدية أدخلت عليها بعض التعديلات لصالح الدول المضيفة، والتعديلات في الأخذ بنظام مناصفة الأرباح ومسألة تنفيق الإتاوة ونظام التخلي عن المساحات المستغلة والأخذ بنظام المشاركة في عقود الامتياز الحديثة[1].

إعتمدت الجزائر منذ الاستقلال على قطاع المحروقات وفق أشكال تعاقدية مختلقة، إلا أنها قد أعادت تحديد النظام القانوني لنشاطات البحث واستغلال مواردها الطبيعية، وفق أسلوب الامتياز[2].

في هذا الإطار صدر القانون رقم 19-13 المتعلق بالمحروقات والمحدد للنظام القانوني لنشاطات البحث عن المحروقات واستغلالها والذي يفتح المجال أمام الشركات الأجنبية قصد استغلال الثروات الباطنية باستعمال تكنولوجيا متطورة في هذا المجال[3].

ثانيا: عقود المشاركة

ظهرت عقود المشاركة كبديل لعقود الامتياز التقليدية، حيث تقوم الدولة المنتجة للبترول من خلالها بالاشتراك بحصة من رأس مال الشركة التي تقوم باستثمار البترول، وبالتالي تصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة ويكون لها الحق في ممارسة أعباء ومسؤولية الإدارة[4].

فقد كانت بعض عقود الامتياز في السابق تنص على إمكانية مشاركة الدول المنتجة للشركة في رأسمال الشركة صاحبة الإمتياز، إلا انه لتأكيد سيطرة هذه الشركات على الدول

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 40.
2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، 54.
3- أنظر المادة الأولى من القانون رقم 19-13 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يتضمن نشاطات المحروقات، ج ر ج ج، عدد 79، صادر ف 22 ديسمبر 2019.
4- **عبد الخالق الدحماني**، مرجع سابق، ص ص 112-113.

المنتجة للبترول لم توضع موضع التنفيذ [1]، والجدير بالذكر أن أول المشروعات المشتركة يتمثل في الاتفاق المبرم بين الشركة الوطنية الإيرانية للبترول **(NIOC)** و **(AGIP)** والذي قامت به إيران وانتهى بإنشاء المشروع المشترك **(SIIP)** وهي الشركة الإيرانية الدولية للبترول[2].

ثالثا: عقود المقاولة

تعتبر عقود المقاولة من أحدث الأشكال التعاقدية التي لها علاقة بين الدول المنتجة للبترول والشركات الأجنبية، ويعرف عقد المقاولة بالعقد الذي بمقتضاه يتعهد أحد المتعاقدين بصنع شيء ما، أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد بدفعه للطرف الآخر وفي المجال البترولي[3]، فهو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدولة الممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النقل بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وإعداده للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف ومسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع[4].

والجدير بالذكر أن أجر المقاول في عقود المقاولة عبارة عن نصيب في الإنتاج أو الأرباح حسبما تم الاتفاق عليه مسبقا.

الفرع الثاني

عقود التعاون الصناعي

تعتبر عقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة النشأة حيث ظهرت في بداية الستينيات من القرن الماضي [5]. حيث أن عقود التعاون الصناعي بين مختلف الدول نشأت بفعل التطور التكنولوجي، خاصة بين الدول الصناعية والدول النامية، وقد إتخذت عقود

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 40.
2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، 56.
3- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 56.
4- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 41.
5- **عبد الخالق الدحماني**، مرجع سابق، ص 114.

التعاون الصناعي عدة أشكال وهي عقود نقل التكنولوجيا **(أولا)**، عقود المساعدة الفنية **(ثانيا)**، عقود تسليم المفتاح **(ثالثا)**، وعقود تسليم المنتج في اليد **(رابعا)**.

أولا: عقود نقل التكنولوجيا

تعتبر عقود نقل التكنولوجيا من أحدث عقود الدولة، فهي من العقود التي تسمح للدول النامية بالحصول على التقنية الحديثة من الدول المتقدمة أو أحد الأشخاص التابعين له التي تملك هذه التقنية أو براءة إختراعها [1]، وتعرف عقود نقل التكنولوجيا بأنها إتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات، وعليه فلا بيع أو شراء أو تأجير وبيع العلامات التجارية أو التراخيص لإستعمالها نقلا للتكنولوجيا إلا في حالة ما إذا كان جزء من عقد التكنولوجيا أو مرتبطة به[2].

يرتكز موضوع عقود نقل التكنولوجيا في التزام المستثمر الأجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في الإنتاج، لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها وإدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة[3].

ثانيا: عقود المساعدة الفنية

تعرف عقود المساعدة الفنية أنها الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية وذلك للأخذ بيد المتلقي لها حق يبدأ السير على الطريق السليم المرجو من عقد نقل التكنولوجيا[4].

1- **إبراهيم محمد القعود**، "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية القانون، جامعة الزاوية، 2015، ص 297.

2- **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه للنشر، الجزائر، 2010، ص 49.

3- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 41.

4- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 58.

من الممكن أن يتم تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد، كما قد يمكن أن يكون في عقد مستقل، ومن بين عناصرها تدريب العمال المختصين في تدريب العمال الطرف المتلقي سواء في منشأة هذا الأخير أو في منشأة المورد، وكما جرت عليه العادة فإن استعمالها يكون في مختلف عقود التكنولوجيا، وهنا يلتزم صاحب المعرفة الفنية بتزويد الطرف الأخر بالفنيين لتدريب العمال الذي توكل لهم مهمة تشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في عملية الإنتاج ومختلف الأساليب الفنية لإدارة المشروع[1].

ثالثا: عقود تسليم المفتاح

تعرف عقود تسليم المفتاح أنها تلك العقود التي يلتزم فيها الطرف الأجنبي بإنجاز مشروع صناعي وتجهيزه، ليتم تسليمه إلى الدولة المتعاقدة وهو قابل للتشغيل حيث يتحمل الطرف الأجنبي عدم مطابقة المشروع للمواصفات المتضمنة في العقد.

ترد عقود تسليم المفتاح في نوعين يتمثل النوع الأول في عقود تسليم المفتاح التقليدية أين ينتهي التزام المستثمر لمجرد تسليمه للمتعاقد العمومي الآلات والتصاميم والوثائق المتعلقة بها، أما النوع الثاني فيتجلى في عقود تسليم المفتاح الثقيلة حيث بالإضافة إلى الإلتزامات المشارة إليها في النوع الأول فإن المستثمر يلتزم أيضا بتكوين وتأهيل العمال المحليين قصد تسيير المصنع وهنا تكمن أهمية هذا النوع من العقود، بحيث يسمح بنقل التكنولوجيا[2].

رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد

يقصد بعقد تسليم المنتج في اليد ذلك الاتفاق المركب الذي يضع على عاتق المورد أو المؤسسة الأجنبية ثلاثة التزامات أساسية، يتمثل أولها في تسليم أشياء مادية، أما الإلتزام

1- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 25.

2- **معاشو عمار** ، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، ص ص 31-32.

الثاني هو التزام المورد بنقل التكنولوجيا، فيما يتمثل الإلتزام الثالث بضمان المورد بإنتاج معين، فالعقد يقوم على أساس تسليم المنشأة حسب الأهمية التي توليها الدولة المتعاقدة والمستضيفة للاستثمار، بشرط التقيد على تحقيق الأهداف المتفق عليها في الإنتاج، وكذا استيعاب التكنولوجيا المتمثلة بالإنتاج والسيطرة عليها مما يمكن من بلوغ التنمية المرجوة ومواكبة التطور التكنولوجي[1].

يعد الهدف الأساسي من إبرام هذا النوع من العقود ليس تنمية العناصر في المجال المحدد بالعقد، بل تنمية العناصر الإقتصادية للدولة وهو الهدف الأساسي لعقود الدولة، لذلك سمي أيضا عقد المنتوج في اليد عند البعض بـ " عقد بيع التنمية" لأنه وبالإضافة إلى شراء المصنع والألات وإنجاز مصنع في حالة التشغيل يتبع بالمعرفة الفنية لإدارته وتشغيله وبالتالي تكوين العمال فيه وبالتالي فالهدف الرئيسي لعقد تسليم المنتج في اليد هو تحقيق التنمية بالدرجة الأولى[2].

الفرع الثالث

عقود الأشغال العامة الدولية

تطلع الدول النامية إلى إقامة إقتصاديات قوية، إن هذه المساعي تمر حتما عبر إنشاء مرافق وبنية تحتية تستجيب لتطلعات المتعاملين الإقتصاديين إذ تعتبر عقود البوت " **BOT** " الصيغة الأكثر إنتشارا في مجال إنجاز مرافق إقتصادية.

تعرف عقود البوت " **BOT** " أنها تلك العقود التي تمنح من خلالها للمستثمر الأجنبي ترخيص لبناء أو تطوير أو تحديث مرفق إقتصادي عام، يتم تمويل المشروع على نفقة المستثمر الذي يتملك أصول هذا المرفق، حيث يقوم باستغلاله لحسابه الخاص طول مدة الترخيص على أن يتعهد بإعادة ملكية المشروع إلى الدولة أو أي جهاز أخر تابع لها[3].

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، 63.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 27.

3- **نمديلي رحيمة**، "**ماهية عقود البوت " BOT" بين الادارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخوصصتها**" ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2010، ص ص 121-122.

عمدت العديد من البلدان إلى إبرام عقود البوت " **BOT** " لتمويل مشاريعها في مجالات عدة، مثل بناء المطارات، الموانئ، الطرق وكذلك المجمعات الصناعية وفق أشكال مختلف تتمثل في:

- عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية « **BOOT** ».
- عقود البناء والتملك والتشغيل « **BOO** »
- عقود البناء والإيجار ونقل الملكية « **BLT** »
- عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل « **DBFO** » [1]

تساهم عقود الأشغال العامة الدولية بمختلف صورها، في تحقيق التنمية للدولة المضيفة، وذلك ببناء المرافق الإقتصادية الأساسية، من دون تحمل ميزانية الدولة للأعباء المالية، بالإضافة إلى إمتناع الدول للإقتراض من أجل تغطية هذه الأعباء، ما يساعدها على المضي في إنشاء مرافق إقتصادية جديدة[2].

المطلب الثاني

عقد الاستثمار كنموذج لعقود الدولة

تعد الاستثمارات الأجنبية العنصر الأساسي الذي ترتكز عليه الخطط الإقتصادية العامة في دول العالم، خاصة البلدان النامية منها والتي هي في طور تنمية إقتصادها، وتنوعت العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجياتها في تحقيق التنمية الإقتصادية لها.

1- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، ص 60.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 68.

وباعتبار عقود الدولة المرتبطة بالاستثمار والتنمية الاقتصادية وكذا خصوصية هذه العقود المتميزة عن باقي العقود الدولية الأخرى المستمدة من مبررات ودوافع مختلفة، جعل من عقود الاستثمار النموذج الأصيل لها[1]، لذلك تعين توضيح مدى إعتبار كل عقد إستثمار عقد دولة **(الفرع الأول)**، ومن ثم معايير دولية هذه العقود **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

عقد الاستثمار عقد الدولة

تعد عقود الاستثمار أهم الركائز الأساسية التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار، وبذلك بتحقيق التطور في المجال الصناعي من خلال نقل التكنولوجيات الحديثة، أو من خلال المجال السياحي بنقل المعرفة الفنية، وكذا المجال الزراعي من خلال استيراد الآلات الحديثة، كما تساهم في توفير اليد العاملة وخلق مناصب الشغل وعديد المزايا التي تعود بالنفع على الدول المضيفة للاستثمار، وتلجأ هذه الأخيرة إلى عقود الاستثمار لإفتقارها للتنمية والحداثة التي تتوفر لدى المستثمر الأجنبي، بحيث يحقق هذا الأخير من خلال هذه العقود الاستثمارية التي يبرمها مع الدول النامية أموال كبيرة تكون أضعاف رؤوس الأموال التي استخدمها، وهذا ما جعل عقود الاستثمار نماذج لعقود الدولة[2].

لقد ظهرت عقود الاستثمار في العالم خصوصا خلال الحرب العالمية الثانية، وهي الفترة التي عرفت تطور العلاقات التجارية الدولية وساهمت أيضا في هذا التطور ظهور حركات تنادي بالتطور السياسي والإقتصادي[3].

1- **لما أحمد كوجان** ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص 11.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 30.

3- **برالله أمال**، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع والطموح(دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001، ص 03.

أصبحت النظرة إتجاه الاستثمار مع تطور الحياة المعاصرة، وتغير السياسة الإقتصادية الدولية، تجعل للإستثمار مكانة هامة، إذ تعتبر من الوسائل المهمة للتمويل بالنسبة للدول المتقدمة منها والنامية، وذلك من خلال إستغلال الطاقات الكامنة والثروات الطبيعية، وإمتصاص البطالة، بإدراج اليد العاملة في المشاريع الاستثمارية، وتحسين الظروف المعيشة[1].

تعتبر أغلب الدول المضيفة للإستثمار التي تشكل تقريبا كل الدول النامية من بين الكيانات التي طالبت بالتغييرات على الصعيد الاقتصادي والسياسي ومن أهم الدوافع التي دفعها للمطالبة بها هي المزايا التي تعود بها عقود الاستثمار عليها، فكما سبق وأن أشرنا فعقود الاستثمار من شأنها ان تساهم في تحقيق التنمية بمختلف وشتى أنواعها وفقا للخطط والسياسة المتبعة من قبل الدول المضيفة، وتقليص الفجوة بينها وبين الدول المتقدمة مقارنة بفترات الحركات الاستعمارية التي عرفتها معظم الدول النامية[2].

بالرغم من الثروات الطبيعية التي تتمتع بها هذه الدول إلا أن إفتقارها للخبرة والمعرفة الفنية والتكنولوجيا الحديثة هو الدافع لإبرام عقود الدولة مما يبين الأهمية الكبيرة لها، إضافة إلى أن التطور الهائل في العالم في مجال الخدمات ووسائل الإنتاج، يجبر الدول المتخلفة بإيجاد حل لمواكبة التطور الحاصل، وإنتهاج نهج الدول المتطورة، وتحقيق ذلك يتعين على هذه الدول الحصول على رؤوس أموال ضخمة والتكنولوجيا الحديثة لتحقيق وضمان الفعاليات الإقتصادية، وتمويل النشاطات الإقتصادية[3].

هذا ما يبرر السياسات الاقتصادية الجديدة للدول المضيفة، من بينها الجزائر، والتي تجلت من خلال مجموعة من التطورات والميكانيزمات، كظهور التكنولوجيا والأموال،

1- **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 02.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 31.

3- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع نفسه، ص 31.

والخدمات الناتجة من خلال هذه التكنولوجيا، بواسطة الوسائل الحديثة المدرجة في إطار عمليات الإنتاج[1].

الفرع الثاني

معايير دولية عقد الاستثمار

ان صعوبة وضع تعريف جامع لعقود الدولة دفعت فقهاء القانون إلى البحث عن معايير التي تبرز دولية هذه العقود، وقد إستخدم الفقه ثلاثة معايير لتحديد الصفة الدولية لعقود الدولة في مجال الاستثمار.

فإتجه جانب من الفقه إلى اعتماد الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية لتحديد دولية العقد والمتمثل في المعيار القانوني **(أولا)**، وفي حين ذهب جانب آخر إلى البحث في مدى إتصال الرابطة العقدية بمصالح التجارية الدولية وهو المعيار الإقتصادي **(ثانيا)**، في حين ظهر إتجاه ثالث يجمع ما بين المعيارين آخذ مزايا كل منهما ومتجاهلا الإنتقادات لتبرير فكرة دولية العقد وهو معيار مختلط **(ثالثا)**.

أولا: المعيار القانوني

مفاد هذا المعيار أن العقد يعتبر دوليا لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية، سواء تعلق هذا العنصر بأحد أطراف العقد محل إبرامه أو بمكان تنفيذه، بل وحتى بموضوعه وهدفه [2]، غير أن أنصار هذا الإتجاه قد إختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على إتصاف العقد بالصفة

1-**YAHIAOUI Ammar**, le capital investissement en Algérie (états des lieux et contraintes), mémoire en vue de l'obtention de diplôme du magister en science Economique, Option management des entreprises, Université Mouloud Mammeri, tizi ouzou, 2011, p 1

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 78.

الدولية، ونتيجة لهذا الإختلاف فقد وجدت صورتين أو إتجاهين للمعيار القانوني، الصورة الأولى تقليدية ، و الصورة الثانية حديثة .

1 -الصورة التقليدية للمعيار القانوني:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى المساواة بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على تعرض الصفة الأجنبية إلى أي منها إكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص[1].

لقد تعرض هذا المعيار للنقد، باعتباره آليا جامدًا، فهو يقضي باعتبار العقد دوليا لمجرد أن يتوفر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بصرف النظر عن أهمية ذلك أو طبيعة الرابطة المطروحة، وهذا لا يكفي لإسباغ الصفة الدولية، وهو ما أدى إلى ظهور المعيار القانوني الحديث.

2 -الصورة الحديثة للمعيار القانوني:

يرى أنصار هذا المعيار بأنه لابد من التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد، التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية بين العناصر غير الفاعلة (المحايدة) وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية، إذ لا يعتبر مجرد توافر العناصر الأولى كافيا لإضفاء الطابع الدولي على هذه الرابطة، وإنما يتعين إكتسابها صفة الدولية أن تكون الصفة الأجنبية قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر[2].

فتحديد دولية العقد من عدمه على هذا المنوال هي مسألة نسبية تتوقف على الرابطة العقدية، إذا كانت مثلا جنسية المتعاقدين تعد عنصرا سلبيا غير مؤثر في المعاملات المالية، فهي على خلاف ذلك في عقود الزواج إذ يعتبر عنصر الجنسية عنصرا مهما في إطار هذه العقود، إذ أن تمتع أحد الزوجين بجنسية أجنبية من شأنه إضفاء الصبغة الدولية

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، 81.
2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 80.

على العقد ونفس الأمر يقال بالنسبة لعقود ضمان الإستثمار الأجنبي إذ الجنسية في مثل هذه العقود هي محل إعتبار.

نستنتج مما سبق لتكييف العقد لا يتم على أساس عددي للعناصر التي لحقتها الصفة الأجنبية، وإنما يتم الإسناد على منهج كيفي، إذ يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية وما إذا كان يعد عنصرًا مؤثرا أو محايدًا[1].

ثانيا: المعيار الاقتصادي

يعتبر العقد دوليا وفق هذا المعيار إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية وفق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية [2]، ونظرا لما كان مصطلح التجارة الدولية هو في ذاته يحتاج إلى تعريف، فقد إتخذ المعيار صورًا متعددة، إذ كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات ومقتضيات إقتصادية معينة شهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه المعيار، كحاجة لتفادي أو لتطبيق نص قانوني معين وذلك على النحو التالي:

1 الصورة الأولى: معيار المد والجزر

يقصد بذلك أن العقد لا يعتبر دوليا إلا إذا انطوى على حركة مد وجزر أي ذهاب وإياب للبضائع ورؤوس الاموال عبر حدود دولتين أو أكثر.

لقد إرتبط ظهور فكرة هذا المعيار بالقضاء الفرنسي بمناسبة قضية شهيرة عرضت على محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي 1927[3]، وتتجلى وقائع هذه القضية في أنه أثير نزاع حول مدى مشروعية الإتفاق على وفاء الأجرة بالجنيه الإسترليني بشأن عقد إيجار

1- **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 451.

2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، 78.

3- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 81.

موجود في الجزائر، تم إبرامه بين شخص إنجليزي وهو المؤجر وآخر فرنسي وهو المستأجر، وتم الاتفاق في العقد على أن يكون مكان الأجرة في لندن أو في الجزائر.

لم تكتفي المحكمة بالأخذ باختلاف جنسية الأطراف، أو إختلاف مكان التنفيذ لإعتبار العقد دوليا أي وفق المعيار القانوني التقليدي، فحكمت بعدم مشروعية ذلك الشرط، لإعتبار أن النزاع ليس دولي إذ أن إستئجار العقار لم يؤد إلى دخول بضائع أو أموال إلى فرنسا، وعلى هذا الأساس قررت محكمة النقض الفرنسية بأن " العقد يعتبر دوليا متى ترتبت عليه مدفوعات دولية، ولو كان خاليا من العنصر الأجنبي، ويعتبر العقد داخليا إذا لم يترتب عليه مدفوعات دولية[1].

من بين الانتقادات الموجهة لهذا المعيار أنه يعدم قدرته على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية المالية، كما لا يمكن اعتبار كل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثل في مبلغ الوفاء، لوجود عدة وسائل أخرى وعديدة للوفاء، لذلك فلا مناص من تطوير هذا المعيار.

2 الصورة الثانية: معيار مصالح التجارة الدولية:

وفقا لهذا المعيار فإنه لاعتبار العقد دوليا وجب إرتباطه بمصالح التجارة الدولية، أي إذ انطوى العقد على رابطة تتعدى نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، مثال ذلك يتضمن استيراد بضائع من الخارج، أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، وكل ما يترتب عليه حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود[2].

لقد ارتبط هذا المعيار بحكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 19 فيفري 1930 في قضية والتي تتجلى وقائعها في أن عقد بيع أبرم في فرنسا بين فرنسيين

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 65.

2- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 105.

بشأن بيع مائة طن من قمح بموجب عقد بيع **(C.A.F)** وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والذي تضمن شرط تحكيم، ولقد تم عرض النزاع الذي ثار بين الطرفين أمام القضاء الفرنسي، وبالرغم من أن العقد قد أبرم في فرنسا وبين فرنسيين، ومكان التنفيذ في فرنسا، فإن محكمة النقض قد نقضت ما إنتهت إليه محكمة الاستئناف في أن العقد يخضع لأحكام القانون الفرنسي، ولا يمكنه أن يتخلص من القاعدة الآمرة في القانون الفرنسي التي تقضي ببطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، لذلك قررت محكمة النقض أن بطلان شرط التحكيم الذي نصت عليه المادة 1006، من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا، وعليه إذا كان هذا البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية، فإنه لايسري في نطاق العقود الدولية التي تكتسب الصفة الدولية، لاتصالها بمصالح التجارة الدولية حتى وإن كان انتقال القيم الاقتصادية فيها يتم في اتجاه واحد[1].

ثالثا: المعيار المختلط (المعيار الاقتصادي القانوني)

يقر القضاء الفرنسي الحديث بضرورة دمج كل من المعيار القانوني والاقتصادي، وذلك لعدم كفاية وجود العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية **(المعيار القانوني)** لتحديد دولية العقد، بل لابد أن يرتبط بمصالح ومقتضيات التجارة الدولية **(المعيار الإقتصادي)**.

لقد إتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي بخصوص إضفاء الصبغة الدولية على العقد من خلال المعيار المزدوج وذلك بالجمع بين المعيار القانوني والإقتصادي معًا، وهذا ما سنستشفه في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 04 جويلية 1972 الذي أكد على دولية العقد، ومن ثم شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاها وكيلا للشركة الهولندية مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، الأمر الذي يبين اتصال الرابطة العقدية بأكثر من نظام قانوني، (النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي).

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ص 82-83.

لم تكتف المحكمة بتوافر المعيار القانوني من خلال وجود العناصر الأجنبية لتقرير دولية العقد، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد إلى ما يهدف إليه العقد من خلال إنتقال رؤوس الموال عبر الحدود يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية (المعيار الإقتصادي)، وبالتالي فإن الصفة الدولية للعقد لا تتحقق إلا من خلال توافر المعيارين القانوني والاقتصادي على حد سواء[1].

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار والعلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 84.

الفصل الثاني

ضمانات عقد الاستثمار بين القانون الواجب التطبيق والشروط المميزة له

تمتاز عقود الاستثمار الدولية بخصوصيات تجعلها مختلفة عن باقي العقود الدولية الأخرى في إطار العلاقات التجارية الدولية، وتبرز هذه الخصوصيات من خلال الشروط التي يتضمنها عقد الاستثمار الدولي، من خلال القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيها بين أطراف هذا العقد باعتبار أن القانون الواجب التطبيق من المسائل الصعبة في القانون الدولي الخاص، خاصة فيما يتعلق بالمنازعات التي قد تظهر في كل مراحل العقد[1].

يشترط المستثمر الأجنبي عادة الأوضاع القانونية التي من شأنها أن تحقق حماية لمشاريعها الاستثمارية، وتبعث فيه الطمأنينة وتبعد عنه المخاطر غير التجارية والتي لا يمكن أن يسيطر عليها كالحروب والاضطرابات السياسية الداخلية التي قد تلحق بالدولة المضيفة للإستثمار، زيادة إلى مخاطر أخرى لعدم الاستقرار التشريعي للدولة المضيفة لهذا الاستثمار والتي من شانها أن تمس بالعقد، وبالتالي المساس بمصلحة المستثمر الأجنبي، فقد ينتج عنه خطر التأميم أو نزع الملكية وغيرها من المخاطر التي من شأنها أن تعرقل نجاح المشاريع الاستثمارية[2].

ونظرا للخصوصية التي تملكها عقود الاستثمار فإنه يستوجب أيضا وضع نظم وشروط خاصة تتماشى وطبيعة هذا العقد، إذ يقتضي الأمر إدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار **(المبحث الأول)**، وكذا شرط الثبات التشريعي وشرط اللجوء للتحكيم التجاري الدولي **(المبحث الثاني)**.

1- **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 335.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 36.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

تعد الالتزامات التعاقدية في عقود الاستثمار محل اختيار من طرف المتعاقدين، ونظرا لاختلاف المصالح التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها، وحرصا على إمكانية حدوث خلاف بينهما وجب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود[1].

تحظى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار أهمية بالغة، نظرا للطبيعة الخاصة لهذه العقود، وتفاوت أهداف ومصالح أطرافها، لذلك يكون من الأجدر على الدولة المضيفة للإستثمار وكذا المستثمر الأجنبي الإتفاق على تحديد العلاقة التعاقدية في ظل عقود الاستثمار **(المطلب الأول)** ، لكن يحدث وأن لا يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق وبذلك تغيب إرادة الأطراف في هذا النوع من العقود **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الواجب التطبيق

تخضع العقود بصفة عامة وعقود الاستثمار على وجه الخصوص لمبدأ سلطان الإرادة حيث يعتبر من المبادئ المستقر عليه دوليا، بمعنى آخر ترك الحرية للمتعاقدين في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

يعتبر إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من أبرز الضمانات التي يمكن للدول المضيفة للاستثمار منحها للمستثمر الأجنبي ذلك أن عقد الاستثمار يخضع لمبدأ قانون الإرادة **(الفرع الأول)**، بحيث يشمل هذا المبدأ أشكالا وصورا

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، ص 278.

متعددة **(الفرع الثاني)** ، لكن هذا المبدأ ليس مطلق بل يشمل على استثناءات ترد عليه **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

خضوع عقد الاستثمار لمبدأ قانون الإرادة

عملت مختلف التشريعات الوطنية لمختلف الدول على إدراج مبدأ قانون الإرادة في عقود الاستثمار باعتبارها من الضمانات الأساسية التي تجذب الاستثمارات الأجنبية، ولعل خضوع عقود الاستثمار لمبدأ قانون الإرادة يستلزم وضع تعريف له **(أولا)**، وتحديد مختلف أشكاله وصوره **(ثانيا)**.

أولا: تعريف مبدأ قانون الإرادة

يعرف مبدأ قانون الإرادة أنه ذلك القانون الذي يختاره الطرفان المتعاقدان كقانون واجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، وبذلك بحكم معظم مسائل العقد لا كلها وعليه فالمسائل المتعلقة بالأهلية وشكلية العقد قد لا تدخل في إطار القانون المختار[1].

كرست عدة اتفاقيات دولية مبدأ قانون الإرادة من بينها إتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إذ نصت المادة 3/ف01 على انه : "**يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف**....." [2]، وأساس منح هذه الحرية للأطراف يعود إلى أنه بحرية الإختيار تكتمل شخصية الفرد، وليس من المعقول أن يلتزم الفرد وهو مكره على ذلك[3].

1- **حيدره صفيان وجلواح سليم** ، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام لأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 09.

2- إتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية.

3- **شويرب خالد**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2009، ص 29.

كما نصت المادة 07 من إتفاقية جنيف التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه: " **الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيق على النزاع**"[1].

يلعب القانون دورا هاما في حماية حرية المتعاقدين والحقوق التي يتمتعون بها، وتوفير الاحترام المطلوب لحرية الأفراد المتعاقدين، فحسب نص المادة 42 من إتفاقية المركز CIRDI التي تنص على أنه: " **تفصل إتفاقية التحكيم.....وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف**"، وحسب هذه المادة فإنها تكرس مبدأ سلطان الإرادة في إطار الإلتزامات التعاقدية[2].

ثانيا: صور مبدأ قانون الإرادة

يعتبر مبدأ قانون الإرادة أحد أهم المبادئ المستقرة في عقود الاستثمار، بحيث يكون تطبيق هذا المبدأ إختياريا بالنسبة لأطراف العقد ويكون هذا الاختيار إما صريحا أو ضمنيا.

1 الإختيار الصريح لمبدأ قانون الإرادة:

يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار من خلال إدراج نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق [3]، ولهذا فمن حق الأطراف المتعاقدان الإتفاق على إخضاع العقد للقانون الذي إختاروه طبقا لإرادتهم الصريحة بعيدا عن كل إكراه أو ضغط[4].

تكمن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد صراحة من قبل الأطراف إذ أنها تشكل حماية مستقبلية لهم [5].وبالتالي فإن قيام الطرفين باختيار القانون الواجب التطبيق

1- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 38.

2- **شوشو عمار**، مرجع سابق، ص 44.

3- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 484.

4- **شويرب خالد**، مرجع سابق، ص 40.

5-**معيفي لعزيز** ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 292.

على عقد الاستثمار صراحة يصاحبه إلتزام المحكمة بتنفيذ إختيارهم، وذلك على أساس حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم المسائل التي تدخل ضمن صلاحياتهم التعاقدية[1].

أبرمت الجزائر عدة إتفاقيات دولية في إطار عقود الاستثمار وأدرجت فيها بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق إذ نصت المادة 08 من إتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم على انه :"**يعترف الطرفان بأن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها**" [2]، كما أخذ أيضا المشرع الجزائري بمبدأ قانون الإرادة بصفة صريحة من خلال نص المادة 18/ف 01 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت لهم صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...**"[3].

2 الاختيار الضمني لمبدأ قانون الإرادة:

يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار بإدراج بند صريح يعبر عن إرادة المتعاقدين وما ينتج عنها من آثار، لكن في بعض الأحيان يحدث وأن يغفل المتعاقدين التعبير عن هذه الإرادة الصريحة، مما يستلزم الأمر تدخل المحكم أو القاضي بالبحث عن هذه الإرادة والتي تسمى بالإرادة الضمنية.

يعرف الاختيار الضمني على أنه خيار حقيقي غير معلن، حيث يستنتجه المحكم أو القاضي من خلال تحليله المنطقي لظروف وملابسات العقد من خلال إستخدام قرائن وأدلة إضافية لإستنباط هذه الإرادة الضمنية[4].

1- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، 188.

2- مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و اوراسكوم تيليكوم الجزائر ، ج ر ج ج عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

3- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

4- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 485.

تم تأكيد على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية من خلال أحكام القضاء الداخلي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 1910 بأن "**القانون المختار بواسطة العقد ليس هو القانون فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة، ولكن من الممكن إستخلاصه من مختلف الظروف الملابسة للعقد**".

أما في إطار التحكيم نجد الحكم الصادر في قضية الألمنيوم اليوغسالافية سنة 1976، إذ يتعلق النزاع بصدد تنفيذ عقود بيع بين شركة ألمنيوم يوغوسلافيا ومشتري أمريكي، لحلها تم تعيين هيئة في إطار نظام غرفة التجارة الدولية جعلت مقر التحكيم في باريس، عند عدم إتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طبقت المحكمة بناء على إرادة الأطراف الضمنية بإتجاههم إلى تطبيق قانون الدولة التي بها مقر الغرفة، عند إختيارهم اللجوء إلى المحكمة[1].

أما على المستوى الإتفاقي، نصت إتفاقية روما لعام 1980 في المادة 3/ ف 1: "....**أو مستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية**"[2].

أدرج المشرع الجزائري الإختيار الضمني على القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار من خلال نص المادة 18/ف 2.3 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "....**وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.**

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد..."[3].

1- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، ص ص 297-298.

2- إتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية، مرجع سابق

3- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الفرع الثاني

إستثناءات مبدأ قانون الإرادة

يعد مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تلعب دورا هاما في تسوية مشكل القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار من خلال إعطاء الحرية للمتعاقدين في إختيار القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية، لكن المستثمر الأجنبي دائما ما يحاول التهرب من إخضاع العقد لقوانين الدولة المضيفة باعتبارها لا تتلائم مع معطيات العلاقات الدولية، لذلك وللحد من تطبيق القانون التي إختارته إرادة الأطراف يحاول المستثمر الأجنبي إدخال القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني **(أولا)**، أو إندماج قانون الإرادة في العقد **(ثانيا)**، كما يمكن وضع قيد لهذا المبدأ بإعطاء دور إحتياطي **(ثالثا)**.

أولا: تدخل القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني.

يمكن أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف ليطبق على العقد قانون أجنبي، ففي هذه الحالة يصبح إلزامي التطبيق من قبل القاضي أو المحكم على النزاع المطروح وفي حالة تطبيقه إذا تبين للقاضي أن القانون المختص يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته، فمن هنا يستوجب عدم تطبيق القانون المختار لمساسه بالمصلحة العامة، فتتدخل القواعد الآمرة لإعطاء الإختصاص للقانون الوطني[1].

يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختار عند مخالفته للنظام العام، فمثلا حسب القانون المدني الجزائري نجد المادة 24 منه تستوجب توفر شروط لإستبعاد القانون الأجنبي والتي تنص على أنه: " **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو**

1- **عقون ناصر، أزرار سعيدة**، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص 29.

القانون...."[1].

ثانيا: إندماج قانون الإرادة في العقد.

يلجأ المستثمر الأجنبي بغية الحد من الاختصاص الوطني للدولة المضيفة للاستثمار طبقا لقانون الإرادة ومن السلطات التي تتمتع بها الدولة في ظله، إلى إدماج هذا القانون في العقد، ما يعني إضفاء الطابع التعاقدي على عقود الدولة [2]، ويتم ذلك إما أثناء إبرام العقد أو أثناء بدء تنفيذه[3].

تم إقتراح نظرية العقد بدون قانون من طرف محامي الشركة الأمريكية **(ARAMCO)** ضد المملكة العربية السعودية بتاريخ 23 أوت 1958، " **حيث أكد كل من verdross و bourquin على أن حرية التعاقد في عقود التنمية الاقتصادية تمثل نظاما قانونيا مستقلا يحكم العلاقات بين الأطراف وهو نتاج إتفاق إرادتهم**"[4].

تعتبر فكرة الإندماج في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي كوسيلة حماية، مقابل ما تتمتع به الدولة من سلطة في التعديل والتغيير، لذلك يدمج قانون الدولة المتعاقد بشكل يجعل القانون لحظة إبرام العقد يندمج مع الشروط التعاقدية وبالتالي يجمد في تلك اللحظة ونجد هذا في حالة الإرادة الضمنية[5].

ثالثا: الدور الاحتياطي لمبدأ قانون الإرادة.

إذا كان العقد الدولي مفصلا في صياغته القانونية ومحررا بشكل دقيق فإنه ينشأ حقوق وواجبات تلزم الأطراف بلا حاجة إلى قاعدة قانونية، إذ يعد العقد بمثابة قانون، والشروط العقدية تمثل في مجملها قانونا خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية يحقق الكفاية

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.
2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 303.
3- المرجع نفسه، ص 346.
4- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، ص 317.
5- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 339.

الذاتية للتعريف بأثر العقد دون اللجوء إلى نظام قانوني آخر، ونظرا لكفاية الذاتية للعقد فإن القاضي او المحكم لن يخرج من نطاق العقد في حال النزاع دون الحاجة إلى أي قانون إلا على سبيل الاحتياط[1].

وفقا لفكرة الكفاية الذاتية فإن القانون المختار والذي يكون غالبا القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا يطبق وإن طبق فلا يكون إلا بصورة احتياطية، وذلك من أجل معالجة ما سكت الأطراف عن تنظيمه، وفي حالة غير السكوت يكون العقد طليقا خارج عن سلطان القانون[2].

من الشروط التي تجعل من العقد بعيدا عن القانون نجد التنظيم الذاتي للعقد الذي يستمد من إرادة الأطراف والذي يعد بمثابة قانون الأطراف، إذ يمكن أن يكون لقانون العقد صفة إحتياطية في التطبيق كما يرى الفكر القانوني الحديث وذلك إما لسبب عدم ملائمة ذلك القانون مما يدفع وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية بحيث إنتشارها والتعامل بها على مستوى العلاقات التجارية الدولية أدى إلى إستبعاد اللجوء إلى القوانين الوطنية ولا يتم العمل بها إلا نادرا وبصفة إحتياطية[3].

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار في حال غياب قانون الإرادة

يعمد أحيانا أطراف عقد الاستثمار على إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم خوفا من عدم إبرام العقد، أي الحالة العكسية لتبيان القواعد التي يختارها الخصوم لتطبيق على موضوع النزاع، مما يدفع بالمحكم إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد باعتبار أن المحكم يملك سلطة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار **(الفرع الأول)**، وكذا دور مبادئ القانون الدولي في تحديد القانون الواجب

1- **عقون ناصر**، **أزرار سعيدة**، مرجع سابق، ص 33.

2- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع سابق، ص 321.

3- **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، مرجع نفسه، ص 322.

التطبيق **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار

يقوم دور المحكم عندما نكون أمام حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الإرادة الصريحة للأطراف وإغفالهم عن ذلك، وعليه فقد أفضت سلطة المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار إلى حالتين تمكن المحكم من إعمال هذه السلطة، فهناك حالات تلزم المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع **(أولا)**، وهناك حالات تعطى للمحكم حرية في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار **(ثانيا)**.

أولا: التزام المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع

يمتاز المحكم بسلطة تطبيق القواعد القانونية لدولة ما خاصة في حال عدم وجود إرادة صريحة للمتعاقدين وذلك من خلال إرجاعها إلى قواعد التنازع أو للقواعد الدولية، وتتجسد استقلالية المحكم من خلال الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، على غرار معاهدة نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ويتضح أكثر استقلالية المحكم من خلال معاهدة جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، إذ تتضمن أحكام هذه المعاهدة إمكانية المحكم إعمال قواعد القانون التي تتضمنها قواعد الإسناد والتي يرى فيها المحكم أنها الأصلح، وهذه الحرية التي يتمتع بها المحكم تنشأ في حال غياب إرادة صريحة من الأطراف حول القانون الواجب التطبيق عند إبرام عقود الاستثمار[1].

ثانيا: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق.

عملت مختلف التشريعات الوطنية لمختلف الدول وكذا الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى الفقه والقضاء الدوليين على تكريس سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق

1- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 496-497.

على موضوع النزاع دون الإلتزام بقاعدة تنازع القوانين، ومثال على ذلك الحكم الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1972 حيث قام المحكم بتطبيق القانون الإيراني وفقا لإرتباطه الوثيق بالعقد، بحيث أبرم العقد في العاصمة الإيرانية طهران وهو أيضا المكان الذي يتم فيه تسليم موضوع العقد وبالتالي لم يتقيد المحكم بقواعد التنازع في تحديد القانون الذي يحكم هذا العقد[1].

قدم المشرع الجزائري حرية للمحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق إذ نص صراحة على ذلك في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**تفصل محكمة التحكيم في النزاع.....، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة**"[2].

الفرع الثاني

دور المبادئ العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد

تعد أحكام التحكيم السباقة للإعتراف لدور المبادئ العامة للقانون الدولي فيما يخص القانون الواجب التطبيق على مختلف العقود على غرار عقود الاستثمار[3]، وقد نصت في هذا الشأن عدة إتفاقيات دولية كإتفاقية روما إذ نصت المادة 04 منها فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على أنه: "**في الحدود التي يتم فيها إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقا**"[4].

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 260.

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21 صادر في 25 فبراير لسنة 2008.

3- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 774.

4- إتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية، مرجع سابق

وبرزت عدة مناهج يمكن إتباعها في تحديد القانون الواجب التطبيق، فهناك منهج يلجأ فيه المشرع إلى إيراد ضوابط معينة بشكل مسبق يلتزم القاضي بتطبيقها، يطلق عليه "**منهج الإسناد الجامد**" **(أولا)** ، ومن ثمة منهج آخر يتم فيه ترك مجال واسع لإجتهاد القاضي وتقديره حسب ظروف التعاقد وملابساته ويطلق عليه "**منهج الإسناد المرن**" **(ثانيا)**، ويضاف إلى ما سبق منهج حديث إذ يقوم القاضي في ظله بالتركيز الموضوعي للعقد في ضوء طبيعته الذاتية، حيث ظهر لإصلاح عيوب المنهجين السابقين، ويطلق على هذا المنهج "**نظرية الأداء المميز**" **(ثالثا)**.

أولا: منهج الإسناد الجامد

يمكن وصف هذا المنهج بالمنهج التشريعي، لأنه منهج يقوم فيه المشرع نفسه بعملية التركيز للرابطة العقدية عند تخلف قانون الإرادة، من خلال إيراد ضوابط معينة يلتزم القاضي بتطبيقها، ولا مجال للإجتهاد بشأنها، ماعدا ما يلزم لفهم الضابط التشريعي وإعماله على نحو سليم[1].

يلتزم القاضي وفقا لهذا المنهج بتطبيق الضابط وكذلك على سبيل التدرج الذي حدده المشرع، فهو يعبر عن وجهة نظر المشرع فيما يراه أقرب القوانين صلة بالعقد، على سبيل المثال قانون دولة إبرام العقد أو مكان التنفيذ أو قانون الجنسية، وهذا ما يمكن الأطراف من معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد مسبقا[2].

أخذ المشرع الجزائري بهذا المنهج من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث نص على أنه: " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

1- **مرزوق شوقي، عيمر أحمد سعيد** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018، ص 58.

2- أنظر: **حمدي باشا عمر**، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 19

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"[1].

إذا كان العقد يخضع من حيث الشكل للقانون محل إبرامه طبقا للمادة 19 من القانون المدني، فان المادة 18 المذكورة أعلاه من نفس القانون تسمح للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق الا إذا كان العقد ينصب على عقار، مما يؤكد تكريس القانون الجزائري لمبدأ الاستقلالية ، أما ا ذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فان نفس المادة تشير إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد، لكن تطبيق القانون الأجنبي يجب إلا يتعارض مع قوانين الشرطة و الأمن و مقتضيات النظام العام أو الآداب العامة، مما يؤثر على استقلالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[2].

غير أن هذا المنهج يتجاهل الطبيعة الخاصة بكل عقد، وذلك لأنه يأخذ بقاعدة إسناد عامة، كما لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي يبدو نشازا في إطار المنهج العام لقواعد تنازع القوانين التي تربط قاعدة الإسناد بمركز الثقل في العلاقة[3].

ثانيا: منهج الإسناد المرن

يسعى منهج الإسناد المرن على خلاف المنهج الجامد إلى مزيد من المرونة في الإسناد، وذلك وفقا لمقتضيات التعاقد ودواعيه، سعيا وراء إدراك العدالة على نحو أفضل، حيث يقوم القاضي وفقا لهذا المنهج بالبحث في كل حالة على حدة عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، والذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2-**عيبوط محند وعلي**، "**عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي** "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011، ص ص 26 27 .

3- **مرزوق شوقي، عيمر أحمد سعيد**، مرجع سابق، ص 58.

وملابساته[1].

أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 26 يوليو 1959 صراحة على انه:" **إذ لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد وملابساته**" ، وفي تقدير هذا المنهج يمكن القول بأن الأخذ به من شأنه أن يحقق العدالة ويأخذ في الحسبان طبيعة كل عقد من العقود، إلا أنه مما يؤخذ عليه هو إفتقاده إلى عنصري اليقين والمعرفة المسبقة، وهو ما يؤدي للإخلال بتوقعات الأفراد، حيث يصعب عليهم العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق[2].

ثالثا: منهج الأداء المميز

ترتكز فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه، إذ يتميز كل عقد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مما يترتب عليه أن يختلف القانون الواجب التطبيق في كل عقد على حدة[3].

يتعين على القاضي في حالة غياب الإرادة الصريحة للعقد القيام بالتركيز الموضوعي على العقد وذلك من خلال طبيعة الرابطة التعاقدية أين يمكن تحديد الإلتزام الجوهري أو الأداء المميز في العقد وذلك بإسناد العقد في مجموعة إلى محل التنفيذ[4].

أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية حكما في تاريخ 1966/05/11 والذي جاء كالآتي: "**وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، وعند سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة العقدية للقانون الذي يرتبط**

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 257.
2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع نفسه، ص 258.
3- **مرزوق شوقي، عيمر أحمد سعيد** ، مرجع سابق، ص 60.
4- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 565.

إرتباطا إقليميا وثيقا بالعقد، وهو بصفة عامة قانون إقامة الطرف الذي بعد أداؤه مميزا في العقد محل النزاع"، والسبب في ترجيح قانون محل الإقامة هو وضوح معيار هذا الإسناد وكذا سهولة العلم المسبق به[1].

يعتبر منهج الأداء المميز الأقرب إلى إدراك العدالة كونها تفرق في الإسناد بين طوائف العقود المختلفة من غير أن يؤدي ذلك إلى الإخلال بتوقعات الأفراد، لكون إختلاف الإسناد لا يرتد إلى تنوع ظروف التعاقد وملابساته في كل حالة على حدة، وهو ما قد يختلط بالبحث عن إرادة المتعاقدين الضمنية في تطبيق هذا القانون أو ذلك، وإنما إلى طبيعة الرابطة العقدية ومحل الأداء المميز فيها، الأمر الذي يمكن المتعاملين من العلم المسبق بقاعدة الإسناد التي تحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

1- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 259.

2- **مرزوق شوقي، عيمر أحمد سعيد** ، مرجع سابق، ص 62.

المبحث الثاني

تحديد الشروط المميزة لعقد الاستثمار

تتميز العقود التي بين الأطراف الخاصة في ظل القانون الدولي بتوازن حقوق وإلتزامات كل طرف على حدة، وهذا يعتبر من بين الشروط الموضوعية التي تحقق التراضي بين تلك الأطراف، لكن الأمر يختلف عندما تتدخل الدولة وتكون طرفا في العقد فالدولة تتمتع بامتيازات السلطة العامة من بينها إصدار وسن نصوص تشريعية وتنظيمية ذا صلة بالعقد، وهذا ما يشكل عبئا على المستثمر الأجنبي خاصة عندما يتعلق الأمر بإبرام عقد من عقود الاستثمار، وهذا ما يشكل خطرا على نجاح المشروع الاستثماري.

بهدف إستقطاب المستثمر الأجنبي تقوم الدولة المضيفة للإستثمار بتقديم ضمانات لجذب المستثمرين الأجانب، من خلال إدراج شروط خاصة في العقد من بين هذه الشروط شرط الثبات التشريعي **(المطلب الأول)**، وشرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار

يلجا المستثمر الأجنبي عادة على الدول المضيفة للإستثمار في عقود الاستثمار إلى فرض بعض الشروط التي تضمن له قدر من الثبات في العلاقات القانونية، خاصة وأن الدولة المضيفة لها ، لها سلطة إتخاذ إجراءات لحماية مصالح شعبها وتحقيق أهدافها التنموية، ومن بين هذه الشروط التي يفرضها المستثمر الأجنبي على الدولة المضيفة شرط الثبات التشريعي، باعتبار أن هذا الأخير يتمتع بطبيعة قانونية خاصة **(الفرع الأول)**، إضافة إلى تمتعه على أشكال وصور متعددة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي

يعد إدراج شرط الثبات التشريعي أو عدم المساس بالعقد من الأسباب الرئيسية التي تؤدي بالمستثمر الأجنبي لإبرام عقود الاستثمار مع الدولة المضيفة لها، إذ يكمن الهدف الرئيسي من إدراج هذا الشرط توفير الأمان القانوني للمستثمر الأجنبي، باعتبارها من المسائل الرئيسية في العقود ذات الطابع الدولي.

لإبراز الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي يستلزم معرفة المقصود بشرط الثبات التشريعي **(أولا)**، وكذا الغرض من تكريس شرط الثبات التشريعي **(ثانيا)**، إضافة إلى الصور للشرط الثبات التشريعي**(ثالثا)**.

أولا: المقصود بشرط الثبات التشريعي

يعد شرط الثبات التشريعي من بين الضمانات الرئيسية في عقد الاستثمار الدولي كونه يوفر الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي بحيث أنه يقلل من حجم سلطة الدولة على الصعيد التشريعي من جهة، ومن جهة أخرى يهدف إلى الحد من سلطة الدولة كسلطة تنفيذية باعتبار أن معظم عقود الاستثمار لها طابع إداري يمنح للدولة حق فسخ العقد متى شاءت، لذلك يدرج شرط عدم التعديل في العقد إلا بالاتفاق[1].

1 -تعريف شرط الثبات التشريعي:

يقصد بشرط الثبات التشريعي ذلك الشرط الذي تتعهد بموجبها الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي [2]، بمعنى أن

1- **بلاق محمد**، "**التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي**"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، المجلد 3، عدد 02، 2018، ص 03.

2- **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 191.

الدولة تلتزم بعدم تغيير بنود وشروط العقد وتقوم بتجميد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد طيلة سريان العلاقة العقدية مع المستثمر الأجنبي[1].

يعرف الأستاذ " **pierre lalive**" شرط الاستقرار التشريعي على أنه: " **ذلك الشرط الذي يهدف إلى منع الطرف المضيف من التعديل ولصالحه المحيط القانوني، أي بمعنى آخر القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يتولى معادلة المفاهيم التعاقدية**"[2].

2 -شرط عدم المساس بالعقد:

هو تعهد الدولة بعدم المساس بالعقد بإرادتها المنفردة باستعمال الامتيازات التي تتمتع بها وفق للقانون الداخلي، بوصفها سلطة تنفيذية وإدارية، لذا فهو حصانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطات[3].

يختلف شرط عدم المساس بالعقد عن شرط الثبات التشريعي، إذ يعتبر شرط عدم المساس بالعقد هو تعهد الدولة بعدم تعديل أحكام العقد أو الالتزامات الواردة فيه بإرادتها المنفردة، مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من سلطات تنفيذية، ما يمنح للطرف المتعاقد معها حصانة ضد هذه السلطات، أما شرط الثبات التشريعي يحمي الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية على وجه التحديد ما ينتج عنها بكونها سلطة تشريعية[4].

رغم اختلاف هذه الشروط من الناحية النظرية، فعمليا التفرقة بينهما تكاد تنعدم كون شرط الثبات التشريعي غايته عدم المساس بالعقد، مادام يستبعد تطبيق القواعد التشريعية

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، " **شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية**" ، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 67.

2- **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص 286.

3- **حيدره صفيان وجلواح سليم**، مرجع سابق، 44.

4- أنظر: **كعباش عبد الله** ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 101.

على العقد، ضف إلى ذلك شرط الثبات لا يحقق غرضه وهو الأمان القانوني إلا بعدم المساس بالعقد، لذا فمشاكل النوعين واحدة[1].

ثانيا: الغرض من شرط الثبات التشريعي.

يعد الغرض من إدراج شرط الثبات التشريعي هو ثبات القانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد محققا بذلك استقرار العلاقة العقدية، كون التعديلات الجديدة التي تطرأ على قانون العقد تؤدي إلى قلب توازن العلاقة التعاقدية للطرفين، وتوجيه إيجابيات العقد لإحداهما وإلحاق الضرر بالطرف الآخر[2].

نتيجة لذلك لا تسري التعديلات الجديدة في القانون الواجب التطبيق على العقد، ولا تنتج بذلك أي أثر مهما كانت طبيعته، فهذه الشروط من شأنها إبقاء المستثمر على معرفة بالنصوص القانونية التي تسري على العقد طيلة مدة سريانه، ما يحقق أمن الاستثمار الذي ينجز وفق الشروط المتفق عليها وقت إبرام العقد[3].

إضافة بجعل شرط الثبات التشريعي المستثمر الأجنبي على دراية بالقواعد القانونية التي تنظم علاقته العقدية مع الدولة المضيفة للإستثمار، مما يسمح له بضمان أمن الاستثمار ومردوديته[4].

تعتبر عقود الدولة في مجال الاستثمار مجال خصب لظهور شرط الثبات [5]، فهي ضمانة تحمي المستثمر الأجنبي من مخاطر عدم المساواة بين الطرفين، تجنبا لتضييع

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 145.

2- **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 168.

3- **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 91.

4- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، 133.

5-حيث كان أول ظهور لشروط الثبات التشريعي حيث أدرج لأول مرة في عقد الإمتياز المبرم بين إيران والشركة الإنجليزية " **L'anglo-iranien**" ، وذلك بتاريخ 18 ماي 1933 حيث نصت مادة 21 منه على : " **لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية**"، أنظر: **إقلولي محمد**، " **شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار**" ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص ص 98-99.

حقوقه، ذلك باستعمال الدولة لسلطتها التشريعية من خلال المزايا الاستثنائية التي تتمتع بها، لذا فالمستثمر الأجنبي يسعى تجنب أي إختلال في التوازن العقدي نتيجة إصدار الدولة لقواعد تشريعية جديدة كتعديل قانون الضرائب والتعريفات الجمركية....، مما يؤثر على مردودية الاستثمار[1].

الفرع الثاني

صور شرط الثبات التشريعي

يعتبر شرط الثبات التشريعي والذي يتم بموجبه تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة أكثر شيوعا في العقود التي تبرمها الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي [2]، وإن التحليل الفني لهذا الشرط يؤدي بنا إلى تصنيفه إلى نوعين من الشروط: شروط تعاقدية أو اتفاقية **(أولا)**، وشروط تشريعية **(ثانيا)**.

أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

يقصد بها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الدولة في مجال الاستثمار، وتنص صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد عند المنازعة، بأحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة عليه [3]، ومثال ذلك العقد المبرم بين دولة الغابون وشركة " France ville" لمناجم اليورانيوم، حيث نص المادة 19 منه على التزام دولة الغابون بتضمين العقد إستثناء خاص للشركة للإستفادة من الأحكام السابقة إلا إذا وافقت الشركة على الأحكام الجديدة[4]، وكذلك جاء في أحد العقود المبرمة عام 1978 بين الحكومة التونسية وإحدى شركات البترول الأمريكية أنه يكون واجب التطبيق على العقد: " **القانون**

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 161.

2- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، 135.

3- **الروبي محمد** ، عقود التسيير والاستغلال والتسليم B.O.T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص ص 115-116.

4- **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص 290.

التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي، ويفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة والقانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي"[1].

ثانيا: الشروط التشريعية

تسمى كذلك بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي، فهي نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة التي ستكون طرفا في عقد مع مستثمر أجنبي، بمقتضاها تتعهد في مواجهة هذا الأخير بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق[2].

لشروط التثبيت الزمني لقانون العقد تطبيقات في قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 الذي نص على أنه: " **أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا خلال مدد تجديده**"[3].

عمل المشرع الجزائري على تعزيز وتكريس شرط الثبات التشريعي بهدف استقطاب المستثمرين الأجانب، خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر في بداية التسعينات من خلال إصدار وسنه قوانين ونصوص تشريعية، كانت البداية من المرسوم التشريعي رقم 93-12 الذي نص في المادة 39 منه على ما يلي: " **لا تطبق المراجعات أو الإلغاء التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[4].

1- **غسان عبيد محمد المعموري** ، "**شرط الثالث التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول**" ، مجلة رسالة الحقوق، عدد 02، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2009، ص 173.
منشور على موقع: (https://www.iasj.net)

2- **غسان عبيد محمد المعموري**، مرجع سابق، ص 173.

3- **حيدره صفيان وجلواح سليم**، مرجع سابق، ص 48.

4- مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993.

ثم تلاه بعد ذلك الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، حيث نصت المادة 5 منه على ما يلي :" **لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[1].

وبهذا حاولت الدولة الجزائرية استقطاب الاستثمارات الأجنبية من خلال تجميد القانون المتعلق بالاستثمار.

كما جاء القانون رقم 16-09 لتكريس شرط الثبات التشريعي المتعلق بترقية الاستثمار[2] من خلال نص المادة 22 من هذا القانون حيث نص على ما يلي: " **لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"[3].

لم يكتفي المشرع الجزائري بتكريس شروط الثبات التشريعي في القوانين المنظمة للاستثمار، بل تم تضمينها في مختلف العقود التي تم إبرامها بين الدولة الجزائرية والمستثمرين الأجانب، إذ تم إدراج شرط الثبات التشريعي في عديد الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة أقواس سكيكدة (**ADS**) إذ نصت في المادة 06 من هذه الاتفاقية على أنه: " **طبقا للمادة**

1- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر، عدد 47 صادر في 22 أوت 2001.

2- ترتب عن التعديلات التي أدخلت على النظام القانوني للاستثمار الأجنبي تراجع حجم هذا الاستثمار بنسبة 60 بالمائة في سنة 2014 ،مقارنة بسنة 2009، وتراجع في مكانة الجزائر في الترتيب العالمي لمنظمة doing business من المرتبة 132في سنة 2009 إلى المرتبة 163 في سنة 2016، كما أعرب عدة مستثمرين أجانب بشكل صريح عن تخوفهم من الاستثمار في الجزائر نظرا لعدم استقرار سياستها و موقفها من الاستثمار الأجنبي والمبالغة في فرض القيود عليها.

كل هذا دفع للتفكير في إعادة النظر في الإطار التشريعي و التنظيمي المؤطر للاستثمار الأجنبي، بصفة تجعله أداة حقيقية لترقية الاستثمار واستقطاب المستثمرين الأجانب، و يبعث في أنفسهم الثقة والامان للاستثمار في الجزائر، للمزيد انظر: **أوباية مليكة**،"**عن فعالية قواعد القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمار الأجنبي**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 111.

3- قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

15 من الأمر رقم 01-03، فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل ، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية"[1].

لكن المشرع الجزائري اخل بشرط الاستقرار التشريعي من خلال استحداثه شرط الشراكة الدنيا للمستثمر الأجنبي بقاعدته المشهورة 51-49 في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 التي تممت الأمر 01-03 المتضمن قانون الاستثمار بالمادة 04 مكرر ،ثم أعاد النص عليها في قانون المالية لسنة 2016 ،في حين لم تدرج في قانون ترقية الاستثمار الجديد رقم 16-09.

عدم نص المشرع الجزائري على قاعدة 51-49 في قانون ترقية الاستثمار الجديد رقم 16-09 هي أول الخطوات نحو الإلغاء الكلي لهذه القاعدة التي رغم أهميتها من جانب الرقابة على الاستثمارات الأجنبية و نقل التكنولوجيا و الخبرات للمؤسسات المحلية،إلا أنها تعتبر عائقا أمام تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر[2].

المطلب الثاني

التحكيم التجاري الدولي كضمان لعقد الاستثمار

من المتعارف عليه أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للإستثمار وإن ظهرت حسنة في بدايتها إلا أنها سرعان ما تتغير نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين [3]، حيث تسعى الدولة لتحقيق خططها التنموية الاقتصادية عند إبرامها لعقود الاستثمار، في

1- إتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (ADS)، ج ر، عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

2- صالح بودهان، خويلدي السعيد ،"حرية الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية **(بين التجسيد و التقييد)**"، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد 18،جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، 2018، ص 152.

3- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 08.

حين تبقى الأنشطة الاستثمارية رهينة معادلة السعي إلى الربح والتقليل من التعرض للمخاطر[1].

لذلك مع وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار الأجنبي فإن المستثمر الأجنبي يكون في حاجة إلى ضمانات إجرائية تتصدى لأي نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أو حتى تفسيره، إذ عاد المستثمر الأجنبي لا يشعر بالارتياح إلى حياد قضاء الدولة المضيفة [2]، ولقد عملت مختلف التشريعات الوطنية لمختلف الدول على غرار المشرع الجزائري إلى تكريس شرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي على عقود الاستثمار، إذ حاولت وضع نظام قانوني متكامل لهذا الشرط من خلال التعريف بشرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار وكذا محاولة وضع تقسيمات وأنواع لهذا الشرط **(الفرع الأول)**، إضافة إلى مختلف الدوافع التي تعطى حق اللجوء إلى هذا الشرط **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم ضمانا قانونيا للمستثمر الأجنبي، أو وسيلة لحماية إستمرارية عقود الاستثمار الأجنبية، في حين تعتبر الدولة المضيفة للإستثمار التحكيم وسيلة في يد الشركات المتعددة الجنسيات تستعملها للدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها[3].

لقد كان التحكيم التجاري الدولي محل دراسة من قبل فقهاء القانون إذ حاولوا وضع تعريفا للتحكيم التجاري الدولي **(أولا)**، ووضع أنواع للتحكيم التجاري الدولي **(ثانيا)**.

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم التجاري الدولي[4] آلية ووسيلة فعالة لتسوية الخلافات المترتبة عن العقد بناءا على ما إتجهت إليه إرادة الأطراف، حيث إنتشر بشكل واسع وازدهرت المعاملات

1- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، 150.

2- **جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير**، " **ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)**" ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017، ص 603.

3- **رحمان أمينة**، مرجع سابق، 152.

4-يقول الاستاذ روني دافيد " **RENE David**" التحكيم هو عبارة عن تقنية، تهدف إلى إعطاء حال لمسالة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص آخرين- المحكم أو المحكمون-،=

الاقتصادية الدولية [1]، بمعنى آخر يعتبر التحكيم وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على إتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص او عدة أشخاص بمهمة حسم النزاعات المتعلقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم بتمتع بحجية الأمر المقضي فيه، بعد أن تأكد بعدم وجود تعارض بين التحكيم في عقود الدولة في مجال الاستثمار وسيادتها [2].

عرف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بموجب المادة 07 منه التحكيم التجاري الدولي على أنه: " **اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية**"[3].

عمل المشرع الجزائري على تعزيز فكرة التحكيم التجاري الدولي بغرض إستقطاب الاستثمارات الأجنبية من خلال تخصيصه لباب كامل لأحكام التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 وقد تم تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 1039 والتي تنص على ما يلي: "**يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل**"[4].

ثانيا: أنواع التحكيم التجاري الدولي

تتشابه العقود المبرمة بين الدولة والطرف المتعاقد معها على العقود الأخرى المبرمة في إطار التجارة الدولية من حيث النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن العقد، وذلك فيما يخص تفسيره أو تنفيذه، ولكن تختلف الأشكال الخاصة

=يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يحكمون بناء على ذلك الاتفاق، دون ان يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف المهمة. للمزيد اطلع على **امحمد سعد الدين**، "**دور التحكيم في تدويل العقد الدولي**" ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015 ، ص48.

1- **صراح ذهبية**، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ، ص 82.

2- **زروال معزوزة**، مرجع سابق، ص 549.

3- قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر سنة 1985، والمعدل سنة 2006، منشور على الموقع الالكتروني:

https://www.uncitral.orc./pdf/arabic/textes/arbitration/ml.arb/07-86996.EBOOK.PDF

4- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

بالتحكيم[1]، فقد يكون تحكيم وطني او أجنبي، كما يمكن أن يكون تحكيم خاص أو مؤسساتي.

1 التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي:

يكون التحكيم وطنيا إذا كانت عناصره منتمية إلى دولة واحدة، ونقصد بهذه العناصر موضوع النزاع وجنسية ومحل إقامة الأطراف وجنسية المحكمين ومكان التحكيم والقانون المطبق لحل النزاع وغيرها من العناصر الأخرى، أما التحكيم الأجنبي فتكون عناصره غير منتسبة إلى دولة واحدة[2].

نصت المادة 03 من القانون النموذجي الأونسيترال على أن التحكيم يكون دوليا في إحدى الحالات التالية: " –**إذا كان مقر عمل طرفي إتفاق التحكيم وقت عقد الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.**

–وإذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

أ -مكان التحكيم إذا كان محدد في اتفاق التحكيم.

ب -أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

–إذا إتفق الطرفان صراحة على أن موضوع إتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة"[3].

2 التحكيم الحر و التحكيم المؤسساتي:

يقصد بالتحكيم الحر أو التحكيم الخاص ذلك الاتفاق الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم [4]، بمعنى آخر فالتحكيم الحر

1- **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 261.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 57.

3- قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر سنة 1985، والمعدل سنة 2006، مرجع سابق

4- **قصوري رفيقة**، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، مرجع سابق، ص 243.

تحكمه قواعد الإجراءات المتفق عليها بهدف التحكيم وذلك بعد نشوب النزاع، وتلك القواعد الإجرائية قد تكون موضوعة من طرف منظمة دولية، كتلك التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مثلا، وقد تكون موضوعة من قبل أطراف النزاع أو من قبل محكمة التحكيم أو من قبل الإثنين معا[1].

أما التحكيم المؤسساتي هو إتفاق الأطراف صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشارطة التحكيم التي تستقل عن العقد، وبعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل فعالية لحسم المنازعات التجارة الدولية والاستثمار، وبذلك برزت عدة هيئات ومؤسسات تحكيمية على غرار محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC [2].

الفرع الثاني

دوافع اللجوء إلى التحكيم

يلعب التحكيم دورا هاما في الفصل في المنازعات التي قد تثيرها عقود الاستثمار، إذ يستحسن أطراف هذه الأخيرة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم النزاع وذلك راجع إلى أسباب عامة **(أولا)**، وأسباب خاصة **(ثانيا)**.

أولا: الأسباب العامة للجوء إلى التحكيم

للجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار بغرض تسوية المنازعات التي قد تثور في ظلها يرجع لذلك إلى عدة أسباب نذكر منها:

1 -عجز الوسائل غير القضائية ما عدا التحكيم في حسم منازعات عقد الاستثمار:

تعتبر الوسائل الغير القضائية والمتمثلة في الوساطة والتوفيق والخبرة الفنية.....الخ والتي تتميز عن الوسائل القضائية بعدم إلزاميتها للأطراف على غرار هذه الأخيرة، ولكن ما

1- نقلا عن: **قادري عبد العزيز** ، الاستثمارات الدولية، " التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات"، دار هومه للنشر، الجزائر، 2004، ص 229.

2- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص 33-34.

يعاب عن الوسائل غير القضائية أو الودية هو عدم قدرتها على إصدار قرار ملزم للأطراف، وبذلك من شأنها ان تفشل في تحقيق هدفها الذي تصبو إليه ويجد الطرف نفسه في خسارة سواء للوقت والمال، فنظرا لعجز هذه الوسائل عن إضفاء الطابع الإلزامي، وتجردها من الفعالية دون قبول الأطراف، الذين يعتبرون أحرارا في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات التي يصدرها الموفق أو الوسيط، وهذا ما يؤدي بها لعدم مضاهات أحكام القضاء التحكيمي، ولهذا وضعت كبدائل يمكن دمجها مع القضاء والتحكيم[1].

2 -مزايا التحكيم في منازعات عقد الاستثمار:

يتمتع التحكيم بعدة صفات وخصائص من شأنها ان تجعل الأشخاص يفضلون اللجوء إليه بغرض حل نزاعاتهم، ومن أبرز هذه المزايا نجد السرعة والسرية والحرّية التي تمنح للأطراف في ظل هذا القضاء الخاص، وفيما يتعلق الأمر بإختيار المحكمين فيتعين توفر فيهم مؤهلات إلزاما والتي تتناسب مع الطبيعة الخاصة لأطراف عقود الاستثمار بغرض إيجاد حل للمشاكل التي قد تثيرها هذه العقود والتي قد يتعلق بأحكام القانوني الدولي العام من جهة، أو بأحكام القانون الدولي الخاص من جهة أخرى، على هذا الأساس يتعين على هيئة التحكيم أن تتضمن محام أو رجل قانون يكون على علم بأحكام القانونين، وفي بعض الأحيان يستدعي الامر تدخل خبير بهدف حل المشاكل الفنية بالغة التعقيد[2].

ثانيا: الأسباب الخاصة للجوء إلى التحكيم

على خلاف الأسباب العامة للجوء إلى التحكيم هناك أيضا أسباب خاصة يشترط فيها المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم والمتمثلة في:

1 نقص ثقة المتعاقد مع الدولة بحياد قضائها:

تمثل الدولة أو أحد فروعها طرفا في عقد الاستثمار هذا ما يولد نوعا من عدم التوازن الاقتصادي للعقد، فالدولة تتمتع بمظاهر السلطة العامة وخاصة السيادة مما يشكل إخلال

1- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 185.

2- **بودالي منية، بوحارة لامية**، مرجع سابق، ص 59.

بحياد السلطة القضائية الوطنية، لأن السلطة القضائية لا يمكنها أن تكون حيادية في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها خاصة مع المستثمر الأجنبي الذي يمثل الطرف الثاني في عقد الاستثمار، مما يؤدي لسلب الاختصاص من القضاء الوطني إلى قضاء أكثر حيادية ونزاهة وهو التحكيم.

2 خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية:

تحاول الدول المضيفة للاستثمار غالبا على استبعادها للجوء إلى التحكيم نظرا لما تتمتع به من حصانة قضائية فتقوم بذلك على عرقلة عملية التحكيم، فتمتعها بالسيادة تمنحها الحصانة في مواجهة قضاء الدول الأجنبية وذلك بإخضاع منازعاتها لغير قضاء تلك الدول أو لأي قضاء تحكيمي آخر[1].

عمل الاتجاه الحديث على تقييد الحصانة القضائية للدول إلا أن ذلك لم يمنع الدول من التمتع بها، ففي حالة رفع دعوى من طرف صاحب المشروع الأجنبي أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإنه سيبقى يواجه ما يخشاه من تمسك الدولة بالحصانة القضائية، مما يؤدي إلى هدر حقوقه إحتراما لحصانة الدولة[2].

1- **بشار محمد الأسعد**، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، مرجع سابق، ص ص 63-64.
2- **عدلي محمد عبد الكريم**، مرجع سابق، ص ص 194-195.

خاتمة

يحتل عقد الاستثمار مكانة هامة بالنسبة للدولة والأفراد كما أنها تعتبر موضوع اهتمام فقهاء القانون والاقتصاد، باعتبارها تمتد إلى الجوانب القانونية والاقتصادية، وبهدف جذب الاستثمارات وكذا تقوية تدفق رؤوس الأموال من طرف المستثمرين إلى الدولة المضيفة للاستثمار وبالتالي تسعى هذه الأخيرة بتوفير الضمانات اللازمة ومناخ استثماري ملائم.

تبرم عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة من جهة والمستثمر الأجنبي طبيعيا كان أم اعتباريا من جهة أخرى، فهما طرفان غير متكافئان من النواحي القانونية والاقتصادية، وإذا كان الهدف من وراء إبرام الدولة لعقد الاستثمار هو جذب رؤوس الموال وكذا تحقيق التنمية الاقتصادية فإن غاية المستثمر الأجنبي هو تحقيق الربح المالي من خلال إنجاح مشاريعه الاستثمارية ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع نستخلص مجموعة من النتائج المتمثلة فيما يلي:

1 تتطلب عقود الاستثمار استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية يستلزم ذلك تدويل علاقات الاستثمار ومنازعاتها، من خلال تحريرها من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية للدولة المستقبلة للاستثمار ومحاكمها والعبرة بدولية الاستثمار تكون بالنظر لأجنبية رأس المال لا بالنظر إلى جنسية مالكه، وقد أكدت على ذلك القواعد التي تحكم الاستثمار.

2 يعتبر القانون الواجب التطبيق من الضمانات الرئيسية المدرجة في عقد الاستثمار، وبما أن هذا العقد يبرم بين الطرفين ليست لهم نفس المركز القانوني فهما يتفاوضان على كافة بنود العقد من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد بغرض حماية مصالح الأطراف المتعاقدة وتفاديا لأي نزاع قد ينشأ لاحقا، يجب وضع شرط القانون الواجب التطبيق يحدد إما بطريقة صريحة أو ضمنية، أما في حالة لم يتفق أطراف العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم، فقد ظهرت في هذا الشأن عدة أراء مختلفة حول

تحديد القانون الواجب التطبيق بين من دعا إلى تطبيق القانون الوطني وبين من يعارض تطبيق هذا الأخير على العلاقات التعاقدية.

3 يتعين على الدولة احترام التزاماتها بعدم تعديل قوانينها ذات الصلة بالاستثمار خلال فترة سريان عقد الاستثمار، وذلك بإدراج شرط الثبات التشريعي في العقد تفاديا لتعديل القانون الذي من شأنه أن يمس بمصالح المستثمر الأجنبي إذ يعتبر شرط الثبات التشريعي من الوسائل الوقائية لتفادي منازعات عقود الاستثمار الأجنبي، ولتحميل هذا الشرط فقد وجدت تطبيقات مختلفة له، سواء بمقتضى مبدأ سلطان الإرادة أو في إطار التشريعات الوطنية الداخلية أو الدولية.

4 قصد المحافظة على التوازن العقدي يسعى المستثمر الأجنبي إلى المطالبة بضمانة إجرائية لتحفيز على التعاقد مع الدولة المستقبل له، وكذا تمكينه من تجسيد مشاريعه الاستثمارية بعيدا عن التردد والتخوف، ولهذا يستلزم توفير ضمانة قانونية محايدة يمكنه اللجوء إليها في حال نشوء نزاع بينه وبين الدولة المستضيفة، لهذا تم تضمين شرط التحكيم التجاري الدولي في أغلب عقود الاستثمار فنجد في بنود هذا الشرط ما يحيل سلطة الفصل في منازعاتها إلى قضاء التحكيم وذلك راجع إلى المزايا التي توفر الحياد في قضاء التحكيم، ما يجعل المستثمر الأجنبي يميل إلى تطبيقه نظرا لما يحققه من توازن عقدي، لهذا فشرط التحكيم من الوسائل المثلى لفض المنازعات الناجمة في ظل عقد الاستثمار.

ونظرا لأهمية الموضوع وتشعبه نتساءل في الأخير هل سيتغير الإطار القانوني لعقد الاستثمار ونجاعته وفعاليته لضمان الاستثمار الدولي خاصة على الدول النامية بعد جائحة كورنا.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية:

ا. الكتب:

1. **إبراهيم أحمد إبراهيم** ، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

2. **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000

3. **الروبي محمد**، عقود التسيير والاستغلال والتسليم B.O.T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية،القاهرة، 2006

4. **بشار محمد الأسعد** ، الفعالية الدولية في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009

5. ـــــــــــــــــــــ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها، ووسائل تسوية منازعاتها)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

6. ـــــــــــــــــــــ، عقود الدولة في القانون الدولي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.

7. **جلاء وفاء محمدين** ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1990.

8. **حسان نوفل**، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومه للنشر، الجزائر ، 2010

9. **حفيظة السيد الحداد** ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

10. **حمدي باشا عمر**، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2003.

11. **صفوت أحمد عبد الحميد** ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

12. **قادري عبد العزيز** ، الاستثمارات الدولية، " التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات"، دار هومه للنشر، الجزائر، 2004.

13. **لها أحمد كوجان** ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008.

14. **هشام على صادق** ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.

15. ـــــــــــــــ، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

16. ـــــــــــــــ، ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

II. الأطروحات ومذكرات الماجستير:

أ. الأطروحات:

1 **إقلولي محمد** ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006

2 **رحمان أمينة** ، النظام القانوني للعقد المبرم بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2020

3 **زروال معزوزة**، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2011

4 **شويرب خالد** ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، 2009

5 **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011

6 **عينوش عائشة**، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008

7 **قبايلي الطيب** ، التحكيم في عقود الاستثمار ورعايا الدول الأخرى على ضوء إتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

8 **قصوري رفيقة** ، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011

9 **معاشو عمار** ، الضمانات في العقود الإقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 1998.

10 -**معيفي لعزيز** ، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

ب. مذكرات الماجستير:

1. **بامحمد نفسية**، تحليل جاذبية الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بتطبيق مقاربة " oli"، مذكرة للنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص إقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية وعلم التسيير، جامعة وهران، 2016.

2. **برالله أمال**، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع والطموح(دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف يوسف بن خدة، 2001.

3. **خير قدور** ، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح والواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2003.

4. **ديدي إبراهيم** ، الاتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار– دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002.

5. **شنتوفي عبد الحميد** ،شروط الاستقرار في عقود الاستثمار، (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع تحولات الدولة ،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، 2009.

6. **شوشو عاشور** ، الحماية الا تفلقية للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة بن يوسف بن خدة، 2008.

7. **صراح ذهبية**، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

8. **كعباش عبد الله**، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

ج. مذكرات ماستر:

1 **بودالي منية، بوحارة لامية** ، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

2 **حيدره صفيان و جلواح سليم** ، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال، تخصص القانون العام لأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2019.

3 **عقون ناصر**، أزرار **سعيدة**، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية،2013.

4 **مرزوق شوقي، عيمر أحمد سعيد** ، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018.

III. المقالات والمداخلات:

أ -المقالات:

1. **إبراهيم محمد القعود**، "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 07، كلية القانون، جامعة الزاوية، 2015، ص ص 283-317.

2. **أحمد عبد الكريم سلامة، " شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية" ،** المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص ص 63-97.

3. **إقلولي محمد، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار"،** المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، عدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص ص 94-123.

4. **امحمد سعد الدين، دور التحكيم في تدويل العقد الدولي** ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص ص 46-77.

5. **اوباية مليكة ،"عن فعالية قواعد القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار في استقطاب الاستثمار الأجنبي"** ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص ص 108-124.

6. **بلاق محمد ، "التجميد الزمني لقانون العقد في عقود الاستثمار الأجنبي "،** مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 3، عدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، 2018، ص ص 01-13.

7. **جغلول زغدود، سيف الدين بوجدير، " ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف)"** ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017، ص ص 593-611.

8. **صالح بودهان ،خويلدي السعيد ،"حرية الاستثمار الاجنبي في ظل التشريعات الحالية (بين التجسيد و التقييد)"،** مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد18، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018، ص ص 147-158.

9. **عبد الخالق الدحماني، "عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية" ،** مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، 2013، ص ص 89-113.

10. **عيبوط محند وعلي ، "عقد الاستثمار بين القانون الداخلي و القانون الدولي "**، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد 1 كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011. ص ص 07-31.

11. **غسان عبيد محمد المعموري ، "شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول"**، مجلة رسالة الحقوق ، عدد 02، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2009، ص ص 170-185 منشور على الموقع (https//:www.IASJ.net)

12. **قصوري رفيقة، عيواج طالب، "النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي "**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد 05، جامعة خنشلة، 2016، ص ص 180-206.

13. **محمد يونسي الصانع، " أنماط عقود الاستثمارات المغطية في ظل القانون الدولي المالي"**، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، موقع (https// :.www.IASJ.net)

14. **نمديلي رحيمة، "ماهية عقود البوت " BOT" بين الاداري الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية وخوصصتها"**، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد 02، 2010، ص ص 119-131.

ب - المداخلات:

1. **ميهوب يزيد ، " الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمرين الأجانب في ظل إتفاقيات الإستثمار المبرمة من الجزائر"** ، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الدولي حول منظومة الاستثمار في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، يومي 23 و 24 أكتوبر 2013، ص 03، (غير منشورة).

IV. النصوص القانونية:

أولا: إتفاقيات مصادق عليها.

1 -الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 جانفي 1994، ج.ر. ج ج، عدد 01، صادر في 02 جانفي 1994.

2 إتفاقية واشنطن الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995،ج ر. ج ج، عدد 66، صادر في 6 نوفمبر 1995.

ثانيا: النصوص التشريعية

1 مرسوم تشريعي رقم 93-12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993.

2 أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار ، ج ر ج ج عدد 47 صادر في 22 أوت 2001.

3 أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر عدد 31، صادرة في 13 ماي 2007.

4 قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21 صادر في 25 فبراير لسنة 2008.

5 قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج، عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

6 قانون رقم 19-13 مؤرخ في 11 ديسمبر 2019، يتضمن نشاطات المحروقات، ج ر ج ج، عدد 79، صادر ف 22 ديسمبر 2019.

خامسا:النصوص التنظيمية

1 مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001 ،يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها و متابعتها و اوراسكوم تيليكوم الجزائر، ج ر ج ج عدد 80 ، صادر في 26 ديسمبر 2001.

V. الوثائق

1. إتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق بشأن الالتزامات التعاقدية.

2. قانون الأونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر سنة 1985، والمعدل سنة 2006، منشور على الموقع الالكتروني:
https://www.uncitral.orc./pdf/arabic/textes/arbitration/ml.arb/07-86996.EBOOK.PDF.

3. إتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركة أقواس دو سكيكدة (ADS)، شركة ذات أسهم، ج ر ج ج عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

I. **Ouvrage :**

1-**HAROUN Mehdi**, le régime des investissements en Algérie a la lumière des conventions France-algérienne, Litec, France, 2000.

2-**LEBOULANGER Phelippe**, les contrant entre états et entreprise étrangères, economica, paris, 1985.

II. **mémoire :**

1- **YAHIAOUI Ammar**, le capital investissement en Algérie (états des lieux et des contraintes), mémoire en vue de l'obtention de diplôme du magistère en Science Economique, Option management des entreprises, Université Mouloud Mammeri, tizi ouzou, 2011.

III. **Article :**

1- **LEVASSEUR Sandrine**, « **Investissement direction l'étranger et stratégies des entreprises multinationales** », Revue de l'ofce. Mars, 2002, (http://www.ofce.science-po.fr/pdf/revue/4-hs.pdf) consultée 21/01/2015, pp 103-152.

الفهرس

الفهرس

مقدمة..... 01

الفصل الأول: ضوابط تحديد عقد الاستثمار..... 04

المبحث الأول: أطراف وموضوع عقد الاستثمار..... 06

المطلب الأول: أطراف عقد الاستثمار..... 06

الفرع الأول: الدولة كطرف أول في عقد الاستثمار..... 07

أولا: المعيار القانوني..... 08

ثانيا: المعيار الإقتصادي..... 09

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي كطرف ثاني في عقد الاستثمار..... 10

أولا: المستثمر الأجنبي الطبيعي..... 10

ثانيا: الشخص الأجنبي الاعتباري..... 12

1 معيار التأسيس..... 12

2 معيار جنسية المؤسس..... 12

3 معيار مركز الاستغلال..... 13

4 معيار مركز الإدارة الرئيسي..... 13

5 معيار الرقابة أو السيطرة..... 14

المطلب الثاني: موضوع عقد الاستثمار..... 15

الفرع الأول: تحديد موضوع عقد الاستثمار..... 15

أولا: الاستثمار الأجنبي المباشر..... 16

1 الشركات المتعددة الجنسيات..... 17

2 المشروع المشترك..... 17

ثانيا: الاستثمار الأجنبي غير المباشر..... 18

الفرع الثاني: تحديد أهداف موضوع عقد الاستثمار..... 18

المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد الاستثمار..... 21

المطلب الأول: نماذج عقد الاستثمار..... 21

الفرع الأول: عقود البحث واستغلال الموارد الطبيعية..... 22

أولا: عقود الامتياز..... 23

ثانيا: عقود المشاركة..... 24

ثالثا: عقود المقاولة..... 25

الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي..... 25

أولا: عقود نقل التكنولوجيا..... 26

ثانيا: عقود المساعدة الفنية..... 26

ثالثا: عقود تسليم المفتاح..... 27

رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد..... 27

الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية..... 28

المطلب الثاني: عقد الاستثمار كنموذج لعقود الدولة..... 29

الفرع الأول: عقد الاستثمار عقد دولة..... 30

الفرع الثاني: معايير دولية عقد الاستثمار..... 32

أولا: المعيار القانوني..... 32

1 -الصورة التقليدية للمعيار القانوني..... 33

2 -الصورة الحديثة للمعيار القانوني..... 33

ثانيا: المعيار الاقتصادي..... 34

1 -الصورة الأولى: معيار المد والجزر..... 34

2 -الصورة الثانية: معيار مصالح التجارة الدولية..... 35

ثالثا: المعيار المختلط (المعيار الاقتصادي القانوني)..... 36

الفصل الثاني: ضمانات عقد الاستثمار بين القانون الواجب التطبيق

والشروط المميزة له..... 38

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار.....40

المطلب الأول: إختيار أطراف عقد الاستثمار للقانون الواجب التطبيق.....40

الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار لمبدأ قانون الإرادة..... 41

أولا: تعريف مبدأ قانون الإرادة..... 41

ثانيا: صور مبدأ قانون الإرادة..... 42

1 -الإختيار الصريح لمبدأ قانون الإرادة..... 42

2 -الاختيار الضمني لمبدأ قانون الإرادة..... 43

الفرع الثاني: إستثناءات مبدأ قانون الإرادة..... 45

أولا: تدخل القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني..... 45

ثانيا: إندماج قانون الإرادة في العقد..... 46

ثالثا: الدور الاحتياطي لمبدأ قانون الإرادة..... 46

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار في حال غياب

قانون الإرادة..... 47

الفرع الأول: سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار... 48

أولا: التزام المحكمين في إختيار القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع..... 48

ثانيا: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق..... 48

الفرع الثاني: دور المبادئ العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد

الاستثمار..... 49

أولا: منهج الإسناد الجامد..... 50

ثانيا: منهج الإسناد المرن..... 51

ثالثا: منهج الأداء المميز..... 52

المبحث الثاني: تحديد الشروط المميزة لعقد الاستثمار..... 54

المطلب الأول: إدراج شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار..... 54

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي..... 55

أولا: المقصود بشرط الثبات التشريعي..... 55

1 تعريف شرط الثبات التشريعي..... 55
2 شرط عدم المساس بالعقد..... 56
ثانيا: الغرض من شرط الثبات التشريعي..... 57
الفرع الثاني: صور شرط الثبات التشريعي..... 58
أولا: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية..... 58
ثانيا: الشروط التشريعية..... 59
المطلب الثاني: التحكيم التجاري الدولي كضمان لعقد الاستثمار..... 61
الفرع الأول: المقصود بالتحكيم التجاري الدولي..... 62
أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي..... 62
ثانيا: أنواع التحكيم التجاري الدولي..... 63
1 التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي..... 64
2 التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي..... 64
الفرع الثاني: دوافع اللجوء إلى التحكيم..... 65
أولا: الأسباب العامة للجوء إلى التحكيم..... 65
1 عجز الوسائل غير القضائية ما عدا التحكيم في حسم منازعات عقد الاستثمار..... 65
2 مزايا التحكيم في منازعات عقد الاستثمار..... 66
ثانيا: الأسباب الخاصة للجوء إلى التحكيم..... 66
1 نقص ثقة المتعاقد مع الدولة بحياد قضائها..... 66
2 خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية..... 67

خاتمة..... 68

قائمة المراجع..... 71

الفهرس..... 82

ملخص

يعد عقد الاستثمار الدعامة الرئيسية لاقتصاديات الدول التي تصبوا إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي، نظرا لما يقدمه المستثمر الأجنبي من خبرات فنية وتكنولوجية وكذا رؤوس أموال ضخمة، ويندرج عقد الاستثمار ضمن طائفة عقود الدولة المبرمة في إطار الاستثمار، ويتبين ذلك من خلال الضوابط المحددة لهذا العقد.

تلزم الطبيعة الخاصة والغير متجانسة لأطراف عقد الاستثمار تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم، تجنبا لأي نزاع قد ينشأ بينهم، والذي يحدد غالبا من طرف المتعاقدين أو المحكمين.

يشمل عقد الاستثمار غالبا على شروط مميزة له، فبالإضافة لتوفره على الشروط التي تتضمنها جميع العقود الأخرى فإنه يشمل أيضا على الشرط المحدد للاختصاص التشريعي وهو الشرط الثبات التشريعي، وكذا الشرط الذي يقوم على تسوية الخلافات المترتبة على عقد الاستثمار وهو شرط التحكيم التجاري الدولي.

ABSTRACT

The investment contract is the main pillar of the economies of the countries that are most interested in encouraging foreign investment from technical, technological and so enormous capital, and the investment contract is included in the range of investment contracts of the state, as evidenced by the specific controls of this contract.

The private and heterogeneous nature of the parties to the investment contract is bound to determine the law applicable to them, in order to avoid any dispute that could arise between them, often determined by contractors or arbitrators.

The investment contract often includes special conditions, as well as the conditions of all other contracts, it also includes the specific requirement of legislative competence, the requirement of legislative consistency, the condition for the settlement of disputes arising from an investment contract, and the requirement for international commercial arbitration.