وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعـــــــــة مولود معمري- تيزي وزو-

كليـــــــة الحقوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية

التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع: القانون العام

تخصص: قانون التعاون الدولي

إعداد الطالبة :

صراح ذهبية

تحت إشراف الأستاذة :

اقلولي/ أولد رابح صافية

لجنة المناقشة :

1 / د تاجر محمد ، أستاذ ، جامعة مولود معمري ،..... رئيسا

2 / أولد رابح صفية ، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مولود معمري ،..... مشرفة و مقررة

3 / يسعد حورية ، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مولود معمري ،..... ممتحنة

تاريخ المناقشة : 30. 06 .2012

بـــــسم الله الرحمـــــن الرحيـــــم

" اقرأ باسم ربك الذي خلق[1] خلق الإنسان من علق[2]

اقرأ و ربك الأكرم[3] الذي علم بالقلم[4]

علم الإنسان ما لم يعلم[5]..."

صدق الله العظيم

آيات من سورة العلق

إهـــــــــــــــــــــــــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى والدي العزيزين أطال الله في عمرهما

اللذان يعود إليهما الفضل في كل

ما حققته بتشجيعهما دعمهما

المادي و المعنوي لي.

و إلى إخوتي سعيد – فاتح – طيب و يزيد

و أخواتي غنية – كهينة وخاصة

مدللة العائلة دليلة

الذين كانوا لي السند المعنوي.

و إلى كل من خالتي و عماتي

و إلى كل أفراد العائلة

دون استثناء .

ذهــــبــــيـــــة

تـــــــــــــــــشـــــــــــــــــكـــــــــــــــــر

اشكر وأحمد الله الذي وهبني نعمة العلم ووفقني في
انجاز هذه المذكرة .
بصدق الوفاء والإخلاص أتقدم بشكري الجزيل لمشرفتي الأستاذة الدكتورة
اقلولي / أولد رابح صفية على وسع صبرها وسعة صدرها
على ما قدمته لي من نصائح وتوجيهات قيمة
مكنتني من إنهاء هذه المذكرة
في شكلها النهائي
بعد تقبلها مشكورة الإشراف عليها
فساعدتني يوم احتجت
المساعدة
و ذللت لي الصعاب عندما
ضاقت بي الأمور.
كما لا يفوتني أن أتقدم مسبقا بخالص شكري و عظيم امتناني إلى السادة
أعضاء اللّجنة على قبولهم
مناقشة هذه المذكرة.
كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل الأصدقاء
بدون استثناء
بالخصوص إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد
على انجاز هذه المذكرة .

ذه ـــــــبـيـة

مقدمة

مـــــقـــــدمـــــة

برزت الاستثمارات الأجنبية في الآونة الأخيرة كأحد أهم أوجه التعامل في العلاقات الدولية التي تتم بين الدول المتقدمة و الدول النامية ، وخصوصا بعد التطورات الحاصلة في العلاقات الاقتصادية الدولية مع بروز ظاهرة العولمة التي تهدف لإزالة الحدود بين دول العالم لتنقل البضائع ، الأموال ، المعلومات و بالخصوص التكنولوجيا التي أدت إلى عولمة الاقتصاد ، بتشكيل أقطاب و تكتلات اقتصادية و سياسية كبرى من ا جل فرض نفسها في المجتمع الدولي [1] .

حيث تحظى الاستثمارات في الوقت الراهن باهتمام واسع و متزايد من جل الدول و بالخصوص الدول النامية ، التي تعتبرها الأداة الأساسية للحصول على التكنولوجيا ، المهارات و الخبرة الفنية ، بما أن التقدم الاقتصادي و التكنولوجي كان و لا يزال من صميم انشغالاتها ، رغم أن الاستثمارات كانت ولا زالت دائما مسألة حساسة في الاقتصاد الدولي و محل خلاف بين الدول المصنعة و الدول النامية بسبب الاختلاف في الأهداف و المصالح فيما بينها.

يعد موضوع الاستثمار من المواضيع الهامة التي تتبوأ مكانة رئيسية في مختلف الدول المتقدمة و النامية على حد سواء من أجل رفع معدلات تنميتها وتحقيق استقرارها الاقتصادي و إشباع حاجاتها الاقتصادية ، لذا هو واحد من أكثر أشكال النشاط الاقتصادي حضورا ، وإثارة للاهتمام حتى من متخذي القرار السياسي و الاقتصادي بالخصوص في الدول التي مازالت اقتصادياتها تعاني من التخلق و التبعية [2] ، حيث تحتل معاملات الاستثمار حيزا بالغ الأهمية في دراسات رجال القانون و الاقتصاد على حد سواء على

1- حسين نوارة ، "واقع و أفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي "، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، الجزائر ،العدد 2 ، لسنة 2007 ، ص83 .

2- تكاري هيفاء رشيدة ، دور البنوك الخاصة في تمويل الاستثمار دراسة في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة سعد دحلب البليدة ، 2008 ، ص 114 -115 .

مـقـــدمـــــة

اعتبار أن موضوع الاستثمار يدخل في إطار الدراسات القانونية والاقتصادية معا، لذا فلا يوجد تعريف جامع و مانع له.

انتهجت العديد من الدول سياسات لتشجيع هذه الاستثمارات، فسعت حكوماتها إلى جذبها و تشجيعها، بتوفير المناخ الملائم لها نظرا لدورها الاقتصادي ، علاوة على أنها وسيلة متميزة لنقل التكنولوجيا المتقدمة ، التي تمكنها من الاستغلال الأمثل لثرواتها ومواردها الطبيعية المختلفة ، زيادة لرغبتها في الحصول على رؤوس الأموال المستثمرة لتحقيق تنميتها ، لان التنمية الحقيقية لابد أن تقوم على الاستقلال الاقتصادي ، و الاستغلال الأمثل و الكامل للموارد والثروات الطبيعية [1] ، و ليس على التبعية الاقتصادية للدول المتقدمة.

لجأت بعض الدول النامية بعد استقلالها إلى الاستثمارات الأجنبية بعد اقتناعها بدورها الاقتصادي المهم المساهم في تحقيق تنميتها ، في حين رفضت دول أخرى الفكرة نهائيا و اعتمدت على النمط التنموي الذي يرتكز على القدرات الذاتية ، اعتقادا منها أن هذه الاستثمارات هي نوع جديد من الاستعمار يرتكز على الجانب الاقتصادي ، لم يدم موقف الدول الرافضة للاستثمارات الأجنبية طويلا لاقتناعها بدورها الهام ، وأهميتها في مجال التنمية الاقتصادية ، فقد سعت حكوماتها إلى انتهاج سياسة لتشجيعها بما أنها تمثل وسيلة متميزة لنقل التكنولوجيا المتقدمة [2] التي تمكنها من الاستغلال الأمثل لمشاريعها الاستثمارية ، و لمواردها و ثرواتها الطبيعية.

فلا أحد يتجاهل أهمية الاستثمارات لدفع عجلة التنمية الاقتصادية للدول النامية ، التي تمثل إحدى اهتمامات الكبرى ، حيث تحتل التنمية أهمية كبرى باعتبارها الخيار

1- جمعون نوال ، دور التمويل المصرفي في التنمية الاقتصادية ، -حالة الجزائر- ، رسالة مقدمة من متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود و مالية ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، قسم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2004- 2005 ، ص 2.

2-عبد السلام أبو قحف ، نظريات التدويل و جدوى الاستثمارات الأجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، مصر 1989 ، ص107 .

الرئيسي و الوحيد للتحرر من اسر التخلف.

تشكل الاستثمارات مسألة حساسة في الاقتصاد الدولي ، و محل خلاف بين الدول المصنعة و الدول النامية بسبب الاختلاف في الأهداف و المصالح فيما بينها ، فإن كان المستثمر الأجنبي يسعى إلى تحقيق الربح لا غير، فإن الدول النامية كانت و لازالت تحاول الحفاظ على سيادتها الاقتصادية وتوجيه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية ، لأن إمكانياتها محدودة لا تسمح لها بتحقيق نمو اقتصادي مناسب دون الانفتاح على الاقتصاد العالمي للاستفادة منه ، و لأن التنمية الحقيقية لابد أن تقوم على الاستقلال الاقتصادي و الاستفادة من الإمكانيات المالية و التكنولوجيا المتوفرة لدى الشركات المتعددة الجنسيات ، التي تعتبر المحرك الأساسي للاقتصاد العالمي ، و لقد تبنت معظم هذه الدول سياسة الانفتاح الاقتصادي ، كما فعلت الجزائر بعد الأزمة النفطية في الثمانينات .

تعتبر عقود الاستثمار من العقود التي يتم على أساسها التعاون بين الدول ، و بسبب ارتباطها بأكثر من نظام قانوني فإنه يثير مشكلة القانون الواجب التطبيق عليها كونها عقود تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الأخر، الدولة من جهة باعتبارها صاحبة سيادة تتمتع بمزايا استثنائية كونها شخص من أشخاص القانون الدولي ، والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى باعتباره شخصا خاصا مالك للمال و التكنولوجيا، لذا فكل طرف يسعى إلى تطبيق نظامه القانوني على هذه العقود لتحقيق أهدافه .

تنظر الدول النامية للعلاقة التعاقدية في عقد الاستثمار على أنها علاقة خضوع و سيطرت على ثرواتها من طرف المستثمرين الأجانب الذين يملكون من التكنولوجيا و الأموال ما يفوق ميزانية بعضها ، في حين ينظر إليها المستثمرون الأجانب على أنها علاقة تميل لصالح الدول النامية أكثر و ذلك لما تملكه من سيادة و امتيازات السلطة العامة من سلطات الإلغاء و التعديل للعلاقة التعاقدية التي تربطهم و التي تجعلها في مركز أقوى من هذه الأشخاص الخاصة .

و لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أهمية خاصة بالنظر لخصوصيتها، و لاختلاف مصالح و أهداف كل طرف ، تسعى الدولة المضيفة أساسا إلى إخضاع هذه العقود لقانونها الوطني تعبيرا منها عن سيادتها ، في حين يعتبر المستثمر الأجنبي إخضاع هذه العقود للقوانين الوطنية للدول المضيفة إضرارا بمصالحه ،لأن في نظره تطبيق هذه القوانين لا يتلائم و مضمون هذه العقود و الفوائد المتوخات منها ، و هو قانون وضع أصلا لحكم العلاقات الداخلية ، من ثمة فهو لا يتناسب مع معطيات العلاقات ذات الطابع الدولي ، كما أن قواعده وضعت لتحكم العلاقات الداخلية الناشئة بين أطراف متساوية في المراكز القانونية ، على عكس ذلك في عقد الاستثمار الذي يكون أطرافه غير متساوية في المراكز القانونية ، و في القوة الاقتصادية ، لذا يسعى لتطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة على هذه العقود .

لذا تحظى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بأهمية كبيرة ، و هو من الموضوعات المعقدة في القانون الدولي الخاص ، ويرجع هذا إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه الطائفة من العقود ، لارتباطها بخطط التنمية لاقتصاديات الدول المضيفة ، مما جعلها لا تقبل بسهولة إخضاعها لقانون غير قوانينها الداخلية حيث حاولت تأميمها و إخضاعها لقوانينها الوطنية استناد للاعتبارات السيادية و المصلحة العامة من جهة ، ومن جهة سعي المستثمر الأجنبي لتحقيق الربح ما دفعه إلى محاولة تجريد العقد من كل ما هو وطني ، و محاولة تدويله بتطبيق القانون الدولي عليه ليضمن له تحقيق أهدافه و مصالحه.

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين، ينتمي كل طرف لنظام قانوني مختلف عن الأخر، الدولة كشخص قانوني داخلي و دولي من جهة ، و مستثمر خاص من جهة أخرى ، مما يثير مشكلة **كيفية التوفيق بين النظامين القانونين اللذين ينتمي إليهما الطرفين، سيما عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود في ظل اختلاف و تباين أهداف و مصالح كل طرف ؟ .**

يتمسك كل طرف من أطراف عقد الاستثمار بضرورة خضوعه لقانونه ، فالدولة المضيفة ترغب في تطبيق قانونها الداخلي تجسيدا لسياديتها ومركزها في المجتمع الدولي ، باعتبارها شخص عام له شخصية قانونية داخلية و دوليا في آن واحد ، و ذلك على أساس تكييف هذه الأخيرة على أنها عقود إدارية و بالتالي يطبق عليها القانون الإداري الداخلي للدولة المضيفة ، كذلك على أساس الاتفاقيات الدولية التي تنص على تطبيق القواعد القانونية الداخلية على هذه العقود ، إلى جانب الأخذ بمبدأ السيادة على الثروات و الموارد الطبيعية المجسدة دوليا، و بناء على السياسة التنموية المنتهجة لديها، لأنه من غير المعقول أن تطبق قانون غير قانونها في سعيها تحقيق أهدافها التنموية ، رغم أن كل هذا يرد عليه بعض القيود و الشروط التي تحد من تطبيق هذا الأخير كشرط الثبات التشريعي و النظام العام إلى جانب الضمانات التي يسعى المستثمر الأجنبي إدراجها في متن العقد ليضمن تحقيق مصالحه (فصل أول) ، في حين فإن المستثمر الأجنبي يتجنب الخضوع للقوانين الوطنية التي لا تمنح له الحماية اللازمة و التي لم توضع لحكم مثل هذه العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، لذا يسعى إلى محاولة تدويل هذه العلاقة التعاقدية بتطبيق القانون الدولي عليها على أساس إرادتهما ، أو باللجوء للتحكيم التجاري الدولي ، كما تدول عقود الاستثمار على أساس الاتفاقيات المبرمة بين الأطراف ، أو بتطبيق قواعد القانون الدولي و أعراف التجارة الدولية lex mercatoria (فصل ثاني).

الفصل الأول

تطوين عقد الاستثمار

الـــــفـــــصـــل الأول :

تـوطين عـقـد الاســتـثـمـــار

خضوع عقد الاستثمار للقوانين الوطنية هو الأصل الذي اعتمد و تأكد في القانون الدولي و من خلال الهيئات الدولية ، و بالخصوص من طرف محكمة العدل الدولية الدائمة في قضيتي القروض الصربية و البرازيلية [1] ، وحسب التعريف التقليدي للقانون الدولي العام الذي لا يعرف سوى علاقات الدول فيما بينها و بالتالي فان العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة لا يمكن أن تخضع سوى للقانون الداخلي[2].

تحكم عقود الاستثمار القواعد القانونية الوطنية بما أنها في الغالب تنفذ في إطار هذه الأخيرة ، أي القوانين الوطنية ، وهذا ما أكده معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في سنة 1929 بأثينا الذي أشار في توصيته إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة ، لان عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد يعتبر بمثابة وجود قرينة على الاختيار الضمني لقانون الدولة المتعاقدة.

اتجهت الكثير من الدول و خصوصا الدول النامية منها في تشريعاتها ، بعد الحركة التحررية، و حصولها على استقلالها إلى إبرام العديد من العقود ، أشارت فيها صراحة إلى تطبيق قانونها الوطني ، سيما مع تغير الظروف السياسية للعديد من هذه الدول المبرمة لعقود الاستثمار ، وتحول مركزها القانوني من دول مستعمرة إلى دول ذات سيادة ، مما دفعها إلى التمسك بقانونها الوطني ، كنوع من التأكيد على هذه السيادة ، لان تطبيق قانونها الوطني يعبر و يرمز لسيادته و ذلك بناء على أسس قانونية و اقتصادية (مبحث أول) حيث و في دراسة قام بها الأستاذ Delaume لحوالي 80 عقدا تم إبرامها بعد الحرب العالمية الثانية لاحظ أن أكثر من 50°/° منها أشارت إلى تطبيق قانون الدولة [3] المتعاقدة إلا أن المستثمر

1- CARREAU Dominique, Droit International , 4eme édition, A pedone , Paris , 1994 , p 166, 167.

2- LEBOULANGER Philippe , Les contrats entre Etats et entreprises étrangères , Economica , Paris,1985,p209 .

3-DELAUME Jean René, « des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et leur rôle " Revue Belge de droit international, , 1968, p 336.

الأجنبي المالك للمال و التكنولوجيا في غالب الأحيان يفرض شروطا في العقد تمنح له تنازلات و امتيازات من الدولة المتعاقدة ، مما يحد من سيادتها ومن حتمية تطبيق قوانينها ، لأن المستثمر بمركزه هذا يفرض عدم تطبيق القوانين الوطنية للدولة المضيفة بحجة عدم ملاءمتها ، لذا هناك من الفقهاء من يعتبر أن سيادة الدول في هذه الحالة سيادة شكلية بإدراج شروط و قواعد خاصة في متن العقد (مبحث ثاني).

الـــمبحث الأول : أســـس تطبيـــق القـــانـــون الوطنـي

يعتبر خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني بمثابة الأصل، حيث تم تكريسه في التشريعات الوطنية لمختلف الدول، كما جسد في مختلف الاتفاقيات الدولية.

يكون خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني استناد إلى أسس قانونية (مطلب أول) كتكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية تخضع لمختلف سلطات الدولة الداخلية ، أو استنادا إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة ، كما يكون تطبيق القانون الوطني استنادا إلى أسس اقتصادية (مطلب ثاني) خصوصا تلك المتعلقة بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية ، إلى جانب السياسة التنموية المنتهجة من طرف هذه الدول التي تسعى إلى تكييف عقود الاستثمار وفق قانونها الوطني لتحقيق تنميتها الشاملة .

الـــمـــطلب الأول: الأســـس الـــقـــانـــونية لـــتطبيق القانون الـــوطـــني

يجدتطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار أساسه القانوني في تكييفها على أنها عقود إدارية لكون أحد أطرافها دولة ذات سلطة و سيادة و بالتالي تطبق عليها قواعد القانون الإداري (فرع أول) إلى جانب إعمال الاتفاقيات الدولية (فرع ثاني) التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار و التي تنص في مختلف نصوصها على ضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

الـــفرع الأول: تكيـــيف عقود الاستثمار على أنها عقـــود إداريـــة

يعتبر القانون الوطني للدولة المضيفة القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي تبرمها مع الأجانب ، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1929 المتعلق بالقروض الصربية البرازيلية الذي قضى فيه بعدم إمكانية افتراض أن الدولة بمالها من سيادة ترتضي استناد التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص ، و أضاف الحكم أن الدولة تستطيع اختيار قانون غير قانونها بشرط أن يثبت هذا الاختيار [1] .

تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية استناد إلى فكرة السيادة التي تسعى الدول المستقلة حديثا إلى فرضها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها و تجسيدا لمبدأ السيادة الوطنية [2] التي تقتضي عدم خضوع هذه العقود لغير قانونها الوطني [3]، وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الإداري للدولة المضيفة الذي يتم فيه تنفيذ المشروع الاستثماري[4]، لان الطبيعة الإدارية تلزم هذه العقود لكون أحد أطرافها دولة ، أي أنها عقود مبرمة من طرف سلطة عامة لتحقيق مصلحة عامة ، اعتمادا على الحقوق و السلطات

---

1 – منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاة التحكيم ، منشاة المعارف الإسكندرية ، القاهرة ، 2000 ، ص 272.

2– كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر، 2002 ، ص4 . كذلك :* عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر، جامعة القاهرة ، 1991 ، ص62 .

3– بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ماهيتها –القانون الواجب التطبيق عليها ، وسائل تسوية منازعاتها– ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان ، 2006 ، ص 209 .

4– اقلولي محمد ،" شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار" ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، الجزائر ، عدد1 ، سنة 2006 ، ص 95 .

المخولة لها بمقتضى القوانين و اللوائح[1] لهذا فهي لا تختلف عن العقد الإداري[2]الداخلي.

كما أن هذه العقود و إن كان مظهرها الخارجي يوحي إلى تحقيق ربح للطرف الأجنبي إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام [3] ، و بالتالي فإن عقد الاستثمار نموذج للعقد الإداري [4] لان هذا العقد مبرم من طرف الدولة بصفتها سلطة عامة، و شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى ، و يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية ، لهذه الدول لعدم امتلاكها تقنية علمية كافية لفعل ذلك بنفسها [5]، إلى جانب ازدياد الحاجيات الاقتصادية لهذه الدول التي يتعذر عليها تغطيتها بمواردها الم الية المحلية [6].

ترى الدول المضيفة للاستثمار ضرورة إخضاع هذه العقود لقوانينها الداخلية بصفتها سلطة عامة تتمتع بالسيادة ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في **المادة 4/10 من ت م**[7] أن تطبيق القانون الجزائري يكون على كل الأشخاص الأجنبية الاعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر و التي تنص :

1- مهنا محمد فؤاد ، مبادئ و أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة ، دراسة مقارنة ، دون دار النشر، 1975 ، ص782 .

2- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية – تحديد ماهيتها و النظام القانوني – ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2001 ، ص462 .

3- المواجدة مراد محمد ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص211 . كذلك: بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص 211 .

4- بكر محمد عبد العزيز، اثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 37 .

5- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ص37. كذلك : * عبد المنعم خليفة عبد العزيز ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الداخلية و الدولية ، الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص129 .

6 – شريف بناجي ، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2002 ، ص3 .

7- أمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

"...غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر ، فإنها تخضع للقانون الجزائري" .

يتيح تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد حرية كاملة لتعديل[1] التزاماتها التعاقدية من جانبها [2] ، و ذلك استناد إلى المقولة القديمة التي تقتضي بأن الدولة أقوى من الطرف الخاص ، و أنها تستطيع التأثير على التوازن العقدي بفرض إرادتها في التعديل أو الإلغاء بالإرادة المنفردة [3] دون ضمانة ، خصوصا عندما يكون الإلغاء ضروريا لحماية مصالح وطنية هامة واجب المحافظة عليها [4] .

إبرام العقد بين دولة أو أحد فروعها و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة ، يدعم مبدأ اللامساواة في المراكز القانونية ل لأطراف ، فمن جهة دولة ذات سيادة تخضع للقانون الإداري لكونها طرفا عام[5] ، تهدف إلى إدارة و تسيير مرفق عام [6] ، و تفرض تضمين

1- إن تعديل العقد بالإرادة المنفردة تفرضه المصلحة العامة التي قد تتطلب تغيير شروط العقد ليكون أكثر تحقيقا لها، في ضوء ما طرأ من متغيرات لم تكن قائمة حال إبرام العقد.

و نطاق حق الدولة المتعاقدة في تعديل شروط العقد رغم هذا ليست واحدة بالنسبة لكل العقود ذات الطابع الإداري ، حيث تصل سلطة الإدارة في هذا الشأن قمة اتساعها في عقود التزام المرافق العامة على اعتبار أن المتعاقد يقوم بتسيير المرافق نيابة عن الإدارة ،و نفس الأمر يسري على عقود الأشغال العامة حيث تكون الإدارة هي صاحبة الأعمال محل التعاقد ، و على عكس ذلك يضيق نطاق استعمال الدولة لسلطة التعديل في عقود التوريد مثلا . لمزيد من المعلومات راجع *عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية –الالتزام، التنفيذ المنازعات في ضوء أحداث مجلس الدولة و وفقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، القاهرة ، 2005 ، ص 243- 245. **كذا :** * عكاشة حمدي ياسين ، العقود الإدارية في التطبيق العملي – المبادئ و الأسس العامة – ، منشاة المعارف ، الإسكندرية القاهرة ، د س ن ، ص213.

2- كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص32 .

3- معاشو عمار ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية ، التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر، 1998 ، ص296.

4 - FOUAD ABDEL MOUNIM Riad , « les contrats de développement et arbitrage international » in REVUE EGYPTIENNE DE DROIT INTERNATIONAL ,VOL 42 , 1986, p 262

5- شريف بناجي ، المرجع السابق ، ص4 .

6- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص13 . كذلك :* عبد المنعم خليفة عبد العزيز ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الداخلية و الدولية ، المرجع السابق ، ص48.

العقد شروط غير مألوفة [1] في العقود الأخرى التي تبرم في ظل أحكام القانون الخاص ، رغم أن الدولة تبرم طائفة من العقود يتم تكييفها على أنها عقود إدارية حتى و لو خلت من الشروط الغير المألوفة مثل عقود التزام المرافق العامة ، و عقود الأشغال العامة و التوريد ، نظرا لطبيعتها الخاصة و التي تكييف على أنها عقود إدارية بطبيعتها ، و التي يشترك فيها المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام ، الأمر الذي يضفي عليها أيضا الصفة الإدارية [2] ، و من جهة أخرى طرف خاص رغم قوته الاقتصادية إلا أنه لا يتمتع بالسيادة و لا بالسلطات التي تتمتع بها الدولة الذي يخضع لإرادة الدولة .

تتدخل الدولة في العقد الإداري بصفتها سلطة عامة لإشباع حاجة مرفق عام وخدمة للمصلحة العامة [3] ، و ذلك بتضمينه شروط غير مألوفة في القانون الخاص [4] بإتباعها أساليب الإدارة العامة [5] ، و تطبيق القانون العام و قواعد القانون الإداري[6] ، لذا فإن الدولة و الهيئات التابعة لها وهي تمارس مهامها بهدف تحقيق هذه الأهداف ، لا تخضع لقواعد القانون الخاص التي تجعل أطراف العلاقة التعاقدية في مرتبة واحدة ولا تميز طرف عن أخر.

1- الشروط الغير المألوفة في عقود الاستثمار ذات الطابع الإداري هي الشروط التي تضعها الدولة بصفتها سلطة عامة تتمتع بحقوق و امتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها ، و ذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة ، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، بما يتضمنه من إخلال بمبدأ المساواة بين طرفي العقد ، كإعطاء الدولة حق لنفسها بتعديل العقد بإرادتها المنفردة ، إلى جانب سلطتها بإنهاء العقد قبل الموعد المحدد دون حاجة إلى تنبيه المتعاقد معها ، و ذلك خلافا للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون الخاص . انظر :
*عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص37- 41 .

2- عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص19 . كذلك : *شرف الدين احمد ، "التحولات الاقتصادية للقانون"، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد 1و2 لسنة 1986 ، ص 41.

3- شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص 105 .

4 – عكاشة حمدي ياسين ، المرجع السابق ، ص7. كذلك : * حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2002، ص 4 . و كذلك :* بناجي شريف ، المرجع السابق ، ص468-469 .

5- شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص 92.

6- القشيري احمد صادق ،" الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية" ، المجلة المصرية للقانون الدولي" ، مصر المجلد 21 ، لسنة 1965، ص80 .

تخضع عقود الاستثمار لنظام خاص يرتكز على فكرة المصلحة العامة التي تستوجب تطبيق القانون الإداري و تخول سلطات و امتيازات خاصة للدولة كإنهائها أو تعديلها للعقد بإرادتها المنفردة [1] دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام و فيما تستوجبه المصلحة العامة و وفقا لمتطلباتها الاقتصادية و التنموية [2] إلى جانب احتياجاتها المتجددة [3] ، كما تستطيع الدولة أن تتنصل من كافة التزاماتها التعاقدية اتجاه الطرف الأجنبي المتعاقد معها عن طريق فسخ العلاقة التعاقدية إذ اقتضت ذلك المصلحة العامة [4].

يضفي وجود الدولة طرف في عقد الاستثمار الصفة الإدارية عليه ، و التي تعد قرينة على تطبيق القانون الوطني أي تطبيق قواعد القانون الإداري ، التي تحكم نشاط الهيئات الإدارية[5] وبالتالي تخضع أحكامها للقانون الإداري[6] الذي وجد ليحكم نشاط الإدارة ، وذلك لما تقتضيه المصلحة العامة للدولة و هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية

1- إن التعديل بالإرادة المنفردة للعقد ذات الطابع الإداري يجب أن يتوفر على مقومات و أركان، من حيث صدوره عن شخص مختص ، ويكون وفق الإجراءات المقررة لذلك ، و أن يكون دافع هذا التعديل هو تحقيق المصلحة العامة و إلا كان هذا التعديل باطل. انظر:* منير عبد المجيد، المرجع السابق . كذلك : *عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية... ، المرجع السابق ، ص 253.

2- شرف الدين احمد، المرجع السابق، ص.115

3- المواجدة مراد محمد ، المرجع السابق ، ص212 .

4- و هذا ما قضت به غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1516 / 1968 بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة –إيران – عند عدم وجود قانون أخر مختار ، حيث قامت دولة إيران بإلغاء عقد امتياز كانت قد منحته الشركة البلجيكية قصد شراء منتجات معدنية ، و هذا استناد إلى المادة 42 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 و لاشك أن إسناد مثل هذه العقود إلى القوانين الوطنية يتماشى و المصالح الوطنية ، و الاقتصاد القومي للدول النامية . لمزيد من المعلومات انظر : * منير عبد المجيد ،الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و ...، المرجع السابق ، ص 273- 274 .

5- رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، د س ن ، ص3.

كذلك:* عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الإدارية...، المرجع السابق ، ص 15 .

6- محيو احمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات ، الجزائر، 1973 ، ص 348.

القروض الصربية البرازيلية التي استندت إلى فكرة تكيف عقود الاستثمار على أنها عقود إداريةِ [1]، وإضفاء هذه الصفة يكون بصورة قانونية من خلال البحث عن السلطات المخولة للدولة لاتخاذ القرار فيما يخص هذه العقود ، إلى جانب معرفة امتيازات الطرف الأجنبي و مدى احترامه و تنفيذه لشروط العقد .

يعد إضفاء الصفة الإدارية على عقد الاستثمار ضرورة اقتصادية حتى في العقود التي تبرمها الدولة و تقبل فيها تقييد سلطاتها ، إلا أن إضفاء هذه الصفة الإدارية [2] على هذه الأخيرة جعلها تخضع لقواعد القانون الإداري ، وأساس ذلك أن الدولة رغم هذا التعاقد إلا أنها لم تنزل إلى مستوى الأفراد و لم تتخل عن حقها في مباشرة سلطاتها السيادية [3] مادام أنها تسعى إلى تحقيق الأهداف التنموية و الاقتصادية ، ورعاية مصالحها العامة ، و تسيير مرفق عام يتصف بالحيوية ، لذا فهذه العقود تخضع لأحكام القانون الإداري الذي تخضع له الهيئات الإدارية .

1- المواجدة مراد محمد، المرجع السابق ،ص 212 .

2- لان هناك من يميز و يتخذ معيار تصرف الدولة أو احد فروعها العامة لتكيف هذه العقود –عقود الاستثمار –فان كان تصرفها كشخص عام وتتوفر في تصرفاتها العناصر المميزة للعقد الإداري فان عقد الاستثمار هنا يخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة استنادا إلى فكرة تكييف هذه العقد انه عقد إداري.

أما إذا كان تصرف الدولة كشخص من أشخاص القانون الخاص و لم يتوفر في تصرفها العناصر المميزة للعقد الإداري فهنا تكون القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ،أي يمكن أن يستبعد تطبيق القانون الوطني و يطبق أي قانون أخر على هذه العلاقة التعاقدية.

ورغم تصرف الدولة هذا إلا إنها لا يفترض إنها في سعيها للمحافظة على مصالحها العامة أن تخضع لقانون آخر غير قانونها الوطني.

لمزيد من المعلومات انظر: * لوز رياض ، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250-02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2007 ، ص1 .

كذالك: * بكر محمد عبد العزيز، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص227. بالإضافة إلى:*بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص213.

3 – شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص 105 .

و في هذا السياق صدر الحكم رقم 5759 لسنة 1990 عن الغرفة التجارية الدولية أين لأول مر عمد المحكم قبل الفصل في القضية إلى العمل على تصنيف هذا العقد – رغم أن هذا ليس من صلاحيته – فيما إذا كان عقد من عقود القانون الخاص أو عقد من عقود القانون العام أي انه عقد إداري ، حيث صنف المحكم في هذه الحالة العقد انه عقد إداري لأن الصفة الإدارية قد تم تأكيدها ، بما أن العقد أبرمته الحكومة بم ا يتعلق بتنفيذ مشروع في القطاع الزراعي للمصلحة العامة ، الذي كان مضمونه استصلاح منطقة في ليبيا ، وهذا العقد يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة ، على سبيل المثال شرط يمنح للدولة حق إنهاء العقد في أي وقت وفق لمتطلبات المصلحة العامة ، كذلك لها حق اتخاذ تعديلات في أي وقت على المشروع مع مراعاة الهدف منه [1]، وذلك لان الدولة تبرم هذا العقد بما لها من امتيازات السلطة العامة ، إلى جانب اعتبارها صاحبة سيادة ومشروع اقتصادي ، لذاو جب عليها احترام المنفعة و المصلحة العامة للدولة و منه يعتبر هذا العقد عقد إداري [2] يطبق عليه القانون الإداري الذي يستلزم تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار ، إذ انه من غير المعقول سعي هذه الأخيرة في تحقيق مصلحتها الداخلية إلى تطبيق قواعد قانونية غير قانونها .

وهو ما أكدته وساندته محكمة العدل الدولية في قضية شركة البترول الانجلو إيرانية سنة 1952 ، حيث قامت حكومة إيران بتأميم هذه الشركة سنة 1951 وقد أصدرت المحكمة قرارا يقضي برفض تطبيق قانون غير القانون الإيراني على هذا النزاع لكونه وقع بين دولة إيران و شركة أجنبية خاصة ، و قرار التأميم هذا يهدف إلى تحقيق النفع و المصلحة العامة للشعب الإيراني ، التي عليهما تبني السياسة الاقتصادية و التنموية و التي بهما يمكنها إجراء تعديلات على هذه العقود بما يحقق هذه الأهداف و المصالح دون علم و لا موافقة الطرف الأجنبي لأنها طرف ذو سلطة و سيادة تتصرف وفقهما .

1-المواجدة مراد محمد ، المرجع السابق ، ص213 .

2- شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص41 .

دون الخوض في الجدل القائم حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار بين من يكيفها كعقود إدارية و بين من يعتبرها من عقود القانون الخاص [1] ففي الغالب فان عقود الاستثمار ليست ذات صيغة واحدة ، كما أنها لا تخضع لنظام قانوني واحد فتارة تتوفر فيها بعض شروط العقد الإداري – أي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص – و تارة تكون من عقود القانون الخاص [2] فالمسالة لا تتوقف على تحديد هذه الطبيعة القانونية لهذه العقود و إنما تتوقف على الدراسة التفصيلية لكل عقد على حدا لبيان أركانه ومن ثمة رده للنظام القانوني الذي يحكمه [3].

تستمد الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة التي جعلتها تنتهج سياسات استثمارية تحفيزية لجلب الاستثمار بإعطاء المزيد من الضمانات و الامتيازات لإبعاد عقد الاستثمار من نظرية العقد الإداري و بالتالي ليس من الضروري تكييفها على أنها عقود القانون العام لإخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة لان هذا التكيف يكون عقبة أمام المستثمر الأجنبي الذي عادة ما يأخذ موقف العداء و الريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية [4] خوفا من الشروط غير المألوفة التي تنص عليها العقود الإدارية من تعديل و إلغاء العقد بالإرادة المنفردة لان المستثمر سعي من خلال استثماره إلى تحقيق الربح و بصفة عامة لأغراض تتعلق المصلحة الخاصة[5] .

الفرع الثاني: تطبيـــق القانون الداخلي إعمالا بالمعاهدات الدولية

أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية المتنوعة من حيث المواضيع و الأهداف [6] التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، و التي سعت إلى تكريس

1- بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص212 .

2- اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، سنة 2006 ، ص 341 .

3-4- بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص212 -213 .

5- احمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص 52.

6- حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2002 ، ص80 .

تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة كقانون حاكم لهذه العقود [1] ، و سنتطرق لأهم اتفاقيتين تعرضتا لمسالة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار ، وهما اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 و المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار (أولا) و كذا اتفاقية روما الموقعة في 19جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (ثانيا).

أولا : اتفاقية واشنطن

أبرمت اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 وهي اتفاقية دولية خاصة أنشأت المركز الدولي الخاص بتسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالاستثمار في إطار البنك الدولي للإنشاء و التعمير [2] ، و نظرا لان تشجيع الاستثمارات الأجنبية يمثل احد أهم أهداف هذا البنك ، فقد توجهت جهوده في هذا الشأن إلى إبرام هذه الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمار التي تنشا بين الدولة المتعاقدة و مواطني الدول المتعاقدة الأخرى، و قد تضمنت هذه الاتفاقية عدد من المواضيع الأساسية التي يمكننا أن تستخلص منها قواعد متميزة راعت فيها الدول المتعاقدة الطبيعة الخاصة لهذه الاتفاقية التي لم تنشا لتسوية منازعات الاستثمار فحسب و إنما أيضا لتضع الحلول المناسبة بين طرفين مختلفين احدهما من أشخاص القانون الخاص و الثاني من أشخاص القانون العام الذي يتمتع بامتيازات السلطة العامة.

يعد القانون الواجب التطبيق من أهم الموضوعات التي يحرص أطراف عقود الاستثمار على الاتفاق عليها، لهم حرية كاملة في اختياره، إما بالاتفاق على تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، أو تطبيق مبادئ القانون الدولي أو أعراف التجارة الدولية [3].

1- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 274.

2- وقد وقعت على هذه الاتفاقية ثلاثة وسبعين(73) دولة ، منها 18دولة أوروبية ، و 34 دولة افريقية ، و11 دولة أسيوية،4 دول أمريكية منها الولايات المتحدة الأمريكية ولا تزال الدول تزداد عاما بعد عام.

نقلا من مقال: موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية على موقع

http://www.hrdiscussio.com /hr29431.html

3- الجندي حسين احمد، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 182.

منحت اتفاقية واشنطن حرية واسعة للأطراف لتحديد القانون الذي يخضع له عقد الاستثمار، و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق ، وضعت الاتفاقية حلا و أزالت الغموض حول هذه المسالة ، إذ نصت على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة [1] كقانون واجب التطبيق على هذا العقد المبرم بينها وبين مواطن دولة أخرى ، و هذا ما أكدته **المادة 42** من هذه الاتفاقية التي تنص على انه :

" **يفصل المحكمين في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد الخاصة بتعارض القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد ...**"[2].

من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أن الاتفاقية منحت حرية للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، أي أن قاعدة مبدأ سلطان الإرادة هي المطبقة [3] ، و في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يفترض تطبيق قانون الدولة المتعاقدة [4] ، كما يتبين من هذه المادة فان المحكم ملزم بما تقره الأطراف المتنازعة ، وعند سكوتهم فهو ملزم بما تقره الاتفاقية[5] ، بحيث يطبق قانون الدولة المتعاقدة.

جعلت المادة 42 المذكورة من إرادة الأطراف [6] المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه على العقد المبرم بين دولة و طرف خاص أجنبي، حيث

1- الجندي حسين احمد ، المرجع السابق ، ص 182 .

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

3- عليوش قربوع كمال ، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزء 1 ، الجزائر، 2006 ، ص315 .

4- اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، المرجع السابق ، ص345 .

5- عليوش قربوع كمال ، المرجع السابق ، ص315 .

6-عادة ما تقوم هذه الإرادة باختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة.انظر:*السيد الحداد حفيظة، المرجع السابق، ص511 .

تؤكد هذه الأخيرة بأن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف دون أن يكون لصفة الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي تأثير على طبيعة القواعد التي تحكم هذا العقد[1] .

اعتبرت الاتفاقية إغفال الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما بمثابة موافقتهم على تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار حسب نص المادة السالفة الذكر[2]، حيث يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق اختيارا صريحا ، واضحا ومعبرا، بغض النظر عن الوقت الذي تم فيه هذا الاختيار سواء أثناء إبرام العقد آو أثناء الاتفاق على شرط التحكيم ، أو حتى أثناء التحكيم ذاته، المهم أن يتم هذا الاختيار قبل قيام المحكم بالفصل في النزاع [3] ، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة يطبق قانون الدولة المتعاقدة.

فإذا تم اختيار قانون الدولة المتعاقدة من قبل الأطراف على اعتبار انه القانون الواجب التطبيق على العقد، المصادقة على هذه الاتفاقية ، تصبح واجبة النفاذ ، و تعد جزءا لا يتجزأ من قانونها [4] ، و بالتعمق بدراسة **المادة 42** من اتفاقية واشنطن[5] ، يلاحظ انه حتى في حالة قيام الأطراف باختيار قانون الدولة المتعاقدة صراحة كقانون واجب التطبيق، فان هذا الاختيار سوف يتم تكملته أو استبعاده بتطبيق القانون الدولي ، وهو ما يشكل خطرا

1- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص53.

2- الجندي حسين احمد، المرجع السابق، ص223.

3- 4-السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية -تحديد ماهيتها و النظام القانوني-، المرجع السابق، ص513-523 .

5- نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن تنص على انه

"**1- يفصل المحكمون في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة فإذا لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد الخاصة بتعارض القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد**

2 - ليس للمحكمة أن تحكم بعدم اختصاصها على أساس سكوت أو غموض القانون

3 - لا تمس نصوص الفقرات السابقة (2،1) فقرة المحكمة على الفصل بالعدل و الإنصاف و هذا في حالة موافقة الطرفين " .

كبيرا يؤدي إلى النيل من رغبة الأطراف المتعاقدة من جهة، و من جهة أخرى يعطي حرية أكبر للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[1].

وفي حالة عدم وجود اختيار من قبل الأطراف للقانون الواجب فيطبق قانون الدولة المتعاقدة[2] لأنه من غير المعقول أن تطبق هذه الأخيرة على التزاماتها قانون غير قانونها الداخلي لاعتبارات سيادية ، و هو ما أقرت به معاهدة واشنطن إذ لا يجوز لقواعد القانون الدولي[3] أن تتمتع بأكثر من التطبيق الجزئي ، تكملة لقانون الدولة المضيفة للاستثمار ، باعتبار أن ذلك تعبيرا عن سيادتها [4] .

ثانيا : اتفاقية روما

أبرمت اتفاقية روما في 19 جوان 1980 و دخلت حيز التنفيذ في أول أفريل 1991 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية [5] ، حيث تسري هذه الاتفاقية على العقود الدولية باستثناء ما نص على استبعاده بنص صريح [6] ، و قد كرست حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على هذه العقود[7].

أكدت الاتفاقية أن مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق يتم من خلال الاختيار الإرادي والحرية المطلقة لأطرافه و ذلك طبقا لنص **المادة 3** التي تنص على أن:

" **العقد يخضع للقانون المختار من قبل لأطراف** "

1- السيد الحداد حفيظة، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ... ، المرجع السابق، ص 525 .

2- نفس المرجع ، ص523 .

3- المواجدة مراد محمد، المرجع السابق ،ص220 .

4- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة ، 1991 ، ص 62 .

5 - السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ... ، المرجع السابق ص 541-542.

6- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص288 .

7- اشرف عبد العليم الرفاعي ، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص49 .

من خلال نص هذه المادة يتبين لنا أنها أكدت على أن القانون المختار من طرف الأطراف هو القانون الواجب التطبيق دون تحديد هذا القانون ، فقد يكون قانون الدولة المضيفة ، كما قد يكون قانون دولة المستثمر الأجنبي ، و قد يكون قانون دولة محايدة ، إذ المجال مفتوح لتحديد القانون الواجب التطبيق، و الذي يستوجب أن يكون قانونا منتميا إلى دولة [1] مصادقة على الاتفاقية السالفة الذكر، أي يكون من القوانين الوطنية .

تناولت اتفاقية روما مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند انعدام اختيار الأطراف لهذا الأخير في المادة 4 منها حيث يتعين إخضاع [2] العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به ، أي ضرورة وجود رابطة موضوعية بين العقد و النظام القانوني الذي يحكمه [3] ، و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتادة للطرف المدين للأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا.

يتضح لنا من خلال كل هذا أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأوثق صلة بالعقد[4]، ومما لاشك فيه أن هذا القانون عادة ما يكون قانون الدولة المتعاقدة، لأنه غالبا ما يكون العقد قد ابرم على إقليمها، كما انه يتم تنفيذه على هذا الأخير [5].

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

1- طرح البحور علي حسن فرج ، تدويل العقد ، دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في 19 يونيو 1980 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 ، ص 89 .

2- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص277 .

3- اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، المرجع السابق ، ص348 .

4- منصور سامي بديع ، دياب نصري أنطوان ، غضوب عبده جميل ، القانون الدولي الخاص-تنازع الاختصاص التشريعي ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2009 ، ص 631 .

5- المواجدة مراد محمد ، المرجع السابق ، ص220 .

المطلب الثاني: الأســـس الاقتصادية لتطبق القانون الوطني

كانت معظم الدول في عقد زمني ليس ببعيد تخضع للاستعمار بكافة أشكاله ، و ما صاحبها من نهب لخيراتها[1] ، و هو ما جعلها تسعى لدعم نظامها القانوني للمحافظة على هذه الثروات ، و ذلك باتخاذ موقف مليء بالحذر اتجاه الاستثمارات الأجنبية ، رغم حاجتها لرؤوس الأموال و الخبرة الفنية الأجنبية للمساهمة في تنمية اقتصادها [2] .

حيث يمثل الاستعمار واقع اقتصادي، اجتماعي و سياسي يتجلى في العلاقات القانونية المبنية على السيطرة و الاستغلال، في حين أن فكرة السيادة تمثل شعار الكرامة الوطنية، و تجسيدا لمعاني الحرية و الاستقلال[3] بكل أشكاله [4].

انعكس كل هذا سلبا على الاستثمارات الأجنبية التي يُنظر إليها على أنها شكل من أشكال الاستعمار الاقتصادي [5] ، و وسيلة جديدة للهيمنة و الاستغلال و مناهضة لأهداف التنمية الوطنية[6]، كما ينظر إلى المستثمر الأجنبي على انه مستعمر بثوب جديد في محاولته لفرض قواعد يسعى من خلالها إلى تحقيق مصالحه فقط دون أخذ سيادة ومصالح الدولة بعين الاعتبار[7].

دعت الدول و بالخصوص النامية منها المستقلة حديثا لتعزيز فاعلية الاستثمارات

1- جاد نصار جابر، التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997 ، ص 29 .
كذلك: * حمودي ناصر ، المرجع السابق ، ص1 .

2- شرف الدين احمد، المرجع السابق ، ص5 .

3- بن ناصر احمد ، "القانون الدولي المعاصر و مفهوم السيادة الوطنية "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسة ، ص 116 .

4- لان الاستعمار لم يبقى فقط استعمار عسكري ، فالهيمنة الاقتصادية تعتبر في نظر البعض نوع جديد من الاستعمار، لذا تسعى هذه الدول إلى تعزيز اقتصادها ، و الاستفادة من هذه الاستثمارات ، دون التنازل عن حقوقها.

5- بكري كامل، التنمية الاقتصادية، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص105

6- عيبوط محند وعلي ،"الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادية في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، عدد 1 ، لسنة 2006 ، ص 63 .

7- قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية –التحكيم التجاري الدولي ،ضمان الاستثمارات –، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004،ص67 .

الأجنبية و التقليل من هيمنتها ، باعتبارها أداة في يد المستثمر الأجنبي الذي لا هم له سوى السعي وراء تحقيق الربح لا غير ، بدعم تطبيق قوانينها الوطنية على هذه الأخيرة وذلك استناد إلى أسس اقتصادية والمتعلقة أساسا بالسيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية (فرع أول) ، إلى جانب السياسة التنموية المنتهجة من طرف هذه الدول التي تسعى إلى تحقيق تنميتها الشاملة (فرع ثاني).

الفرع الأول : تطبيق القانون الداخلي إعمالا لمبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعيـــة

يكون توطين عقد الاستثمار على أساس مبدأ السيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية المعترف به على الساحة الدولية لذا سنتطرق إلى تعريفه (أولا) ثم ما مدى إقراره في المحافـــل الدولية (ثانيا) و بعدها نبين قيمته القانونية و وسائل تطبيقه(ثالثا).

أولا : تعريف مبدأ السيادة الدائمة على المواردو الثـــروات الطبيعيـــة

مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية مبدأ جوهري منبثق عن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها [1] ، و منه فالدولة لها كامل السيادة على مواردها الطبيعية المكتشفة و الغير المكتشفة ، الجوفية و السطحية ، التي تعتبر حقا سياديا ، وهي من الحقوق الأساسية لها ، التي لا يجوز حرمانها منها بأي شكل من الأشكال باعتبارها حقا لصيقا بسيادتها.

أدى استقلال غالبية هذه الدول ، وتحررها من الاستعمار، إلى إعادة النظر في سياستها الاستثمارية ، و ذلك في وقت يعتبر فيه تمويل التنمية من اكبر المصاعب الاقتصادية التي تواجهها إلى جانب نقص الخبرة الفنية و التقنية ، أي غياب التكنولوجيا المتطورة ، حيث اقتنعت بان التنمية الاقتصادية لن تكون إلا إذا عزز هذا المبدأ إلى جانب

1- سعد الله عمر إسماعيل، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في ظل القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب و الفنون المطبعية، الجزائر، 1986، ص45.

اتخاذ سياسة تنموية ملائمة [1].

إن الاستقلال السياسي وحده لهذه الدول لا يكفي ، بل لابد من ضرورة تحقيق استقلالها الاقتصادي لتفادي سقوطها في التبعية الاقتصادية للدول المتقدمة ، و ما يترتب عنها من أثار سلبية ، و هذا ما اقتنعت به هذه الدول ، فتمسكت أكثر بسيادتها ، وتأكد لها أنه يمثل الركيزة الأساسية للدفاع عن مصالحها الاقتصادية [2].

شغل مبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية اهتمام كافة دول العالم و بصفة خاصة دول العالم الثالث التي أدركت أن استقلالها السياسي في ظل التبعية الاقتصادية يبقى مجرد وهم لن يمكنها من تحقيق التقدم الذي تنشده ، و قد ساد هذا الاتجاه في فترة موجة الاستقلال التي عرفته الدول المستقلة حديثا و التي طالبت بهذا المبدأ [3] ، لأن التحليل التقليدي للاستعمار اعتبر أن الدافع الاقتصادي للعلاقة بين الدول المتقدمة و المتخلفة هو الدافع للاستعمار، و بالخصوص للحصول على المواد الأولية الرخيصة من هذه الدول [4] .

اتضح لهذه الدول انه لا يمكن فصل السيادة السياسية عن السيادة الاقتصادية التي هي مسألة نضال تشنه هذه الأخيرة لقهر التخلف [5] ، بحيث أنه مبدأ لا يتجزأ عن حقها في تقرير مصيرها ، و قد تم تقنينه في ميثاق حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1974 ، المؤكد بأن لكل دولة الحق في ممارسة سيادتها الفعلية على كافة مواردها و ذلك باختيارها لنظامها الإيديولوجي و الاقتصادي [6] .

وما كان لهذه الدول سوى الاستعانة بالاستثمارات الأجنبية رغم مخاوفها منها بسبب

1- عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2006. ، ص1 .

2- العربي منور، المرجع السابق، ص 14 .

3- HADI Slim , "les contrat d'Etat et les spécificités des systèmes juridique dualistes " Revue de l 'arbitrage, N° 3 , 2003 , p 708 .

4- جلال احمد أمين ، "هل تغيرت طبيعة العلاقات الاقتصادية بين البلاد المتقدمة و البلاد المتخلفة "، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد 2 ، سنة 1983 ، ص3-4 .

5- 6- العربي منور ، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، دون سنة النشر ، ص 3 -9-10 .

الآثار السلبية لها خاصة فيما يتعلق باستنزاف و نهب ثرواتها الطبيعية التي تزخر بها [1]، إلى جانب التحولات الاقتصادية و الاجتماعية التي يشهدها العالم، فقد تغيرت العديد من المفاهيم و المصطلحات و ذلك بتغير الأنظمة و الإيديولوجيات،منها بروز ظاهرة العولمة بمختلف أبعادها منها الاقتصادية ، التي بها لم يعد ينظر للاستثمارات الأجنبية على أنها تبعية اقتصادية ، إنما أصبحت وسيلة تمويلية في غاية الأهمية تطلبها الدول النامية[2] .

تظهر أهمية هذا المبدأ من خلال تقليص هذه الدول للتبعية، ودعمها لاستقلالها الاقتصادي ودلك بممارسة سيادتها على كل ما يوجد داخل إقليمها، إلى جانب استعمال الدول لمبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية بكل حرية ، وبما يتلاءم مع مصالحها ومتطلبات تنميتها الاقتصادية.

لتدعيم مبدأ السيادة على هذه الموارد والثروات الطبيعية فقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1952 حق ممارسة السيادة على هذه الموارد لكل الدول ، و بالخصوص للدول الآخذة في النمو وذلك بحقها باستخدام و بحرية هذه الموارد و الثروات في تنميتها الاقتصادية وفق مصالحها الوطنية [3]و القومية ، سعت إلى فرض سيطرتها على هذه الثروات و تحريرها من الهيمنة باعتبارها مصدر تقدمها .

إذا يستند تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على العقد على قرينة الحق السيادي لهذه الدول على إقليمها ، مواردها و ثرواتها الطبيعية[4] .

ثانيـــا :إقرار المـــبدأ في المحافـــل الدولية

نظرا لأهمية المبدأ في العلاقات الدولية، فقد سعت وحرصت جل الدول لتعزيز فاعليته للتخلص من التبعية و الهيمنة الأجنبية، وهو مبدأ مكرسا دوليا في المحافل الدولية

1- كعباش عبد الله ،المرجع السابق ، ص1 .

2- قصاب سعدية و صديقي مليكة ،" بعث الاستثمارات الأجنبية في إطار الشراكة الاورومتوسطية ، حالة الجزائر "مجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و العلوم السياسية ، عدد 1 ، سنة 2003 ، 56 .

3- المواجدة مراد محمد، المرجع السابق ، ص207 .

4- نفس المرجع ، ص229 .

فقد كرس في الجمعية العامة للأمم المتحدة (1)، كما كرسته لجنة حقوق الإنسان(2)، كما قد كرس من طرف مفوضية السيادة الدائمة (3).

1- الجمعيـــة العامة للأمم المتحـــدة

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 جانفي 1952 القرار رقم(523د6) المتعلق بالتنمية الاقتصادية بصفة عامة ، وبالاتفاقيات التجارية على وجه الخصوص ، حيث أقرت انه للبلدان المتخلفة الحق في أن تقرر بحرية كيفية استخدام مواردها الطبيعية [1]، و قد توالت جهود الجمعية العامة في إطار الأمم المتحدة لإضفاء الشرعية الدولية على مبدأ سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية ، خاصة بعد صدور القرار 1514 لعام 1960 المتضمن الإعلان العالمي لتصفية الاستعمار ،و منح الاستقلال للأقطار و الشعوب التي مازالت مستعمرة .

2 * لجنة حقوق الإنسان

لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة كانت مجالا مناسبا لمناقشة و إقرار سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية ، إذ أقرت اللجنة عام 1952 في دورتها الثامنة اقتراحات تقدم بها ممثل الشيلي دعا فيها إلى تضمين ميثاق حقوق الإنسان ، الفقرة التالية " **يتضمن حق الشعوب في تقرير مصير سيادتها الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية و لا يجوز أن يحرم الشعب بأي شكل من الأشكال من وسائله الخاصة في الحياة** ".

نظرا للمعارضة الشديدة التي أبدتها الدول الرأسمالية وخاصة الولايات المتحدة على هذا النص المعدل في الدورة التاسعة للجمعية العامة سنة 1954 التي درست توصيات لجنة حقوق الإنسان ، فقد سعت دول العالم الثالث لتأكيد سيادتها على مواردها و ثرواتها الطبيعية بإضفاء الشرعية الدولية عليه من اجل الحفاظ على التعاون الاقتصادي [2] فيما بينها ، فقد

1- سعد الله عمر إسماعيل، المرجع السابق ، ص 48 .

2- العربي منور ، المرجع السابق ، ص21-22 .

تم إعادة النظر في هذه الفقرة في مسودة ميثاق حقوق الإنسان التي قدمت وتضمنت ما يلي:

" **تتضمن حق الشعوب في تقرير المصير أيضا السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية ، و لا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان الشعوب من وسائل البقاء على أساس أية حقوق يمكن أن تدعيها دولة أخرى**".

بعد الأخذ بعين الاعتبار التوجيهات المقدمة فقد قدمت اللجنة صيغة جديدة لتصبح كما يلي " **يحق للشعوب في سبيل أغراضها أن تتصرف بمواردها و ثرواتها الطبيعية بحرية دون المساس بأي التزام ناشئ عن التعاون الاقتصادي الدولي و لا يجوز بأي حال من الأحوال حرمان شعب ما من وسائل البقاء الخاصة به** "[1] .

3 *مفوضـــيـــة السيـــادة الدائمـــة

شكلت مفوضية السيادة الدائمة للموارد و الثروات الطبيعية [2] من 9 دول فقط [3] ، و قد عهدت لهذه المفوضية بمهمة القيام بدراسة شاملة للمبدأ كعنصر أساسي من عناصر حق تقرير المصير مع تقديم التوصيات اللازمة لتدعيمه [4]، فقد عمدت هذه المفوضية إلى تحضير دراسة عنه ، و تمخضت عنه ثلاث قرارات عام 1961 تقدمت بها للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع للأمم المتحدة ، والتي صاغتها بدورها على شكل مشروع قرار تبنته الجمعية العامة .

بفضل جهود مفوضية السيادة المدعمة من طرف دول العالم الثالث في إطار الأمم المتحدة فقد توالت القرارات الصادرة عن الجمعية العامة مؤكدة هذا المبدأ لجميع الدول ، من أهم هذه القرارات القرار رقم 1514 الصادر عام 1960 متضمنا إعلانا عالميا لتصفية الاستعمار بمنح الاستقلال للأقطار و الشعوب المستعمرة ، أي إعلان من الجمعية العامة

1- العربي منور ، المرجع السابق ، ص 22 .

2 -نفس المرجع ، ص 23 .

3- الأعضاء المنشأة لهفوضية السيادة الدائمة للدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية هي : أفغانستان ، الشيلي ، غواتيمالا الفلبين ، مصر ، الاتحاد السوفياتي ، هولندا ، السويد ، الولايات المتحدة الأمريكية .

4- سعد الله عمر إسماعيل، المرجع السابق، ص 65 .

بضرورة الإسراع دون قيد أو شرط بإنهاء الاستعمار بكل أشكاله ومظاهره ، منها حق و سيادة جميع الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية و أعطت دفع ا جديد ا لتأكيد الحق السيادي لجميع الدول في التحرر السياسي و الاقتصادي [1].

إلى جانب القرار رقم 1514 الذي يعتبر دعامة هامة في تأكيد و ترسيخ حق الشعوب في الحرية و الاستقلال في كل المجالات ، والقرار رقم 2281(د29)الصادر في ديسمبر1974 الذي نص على أن مسالة التأميم و نزع الملكية حق لكل دولة بممارسة سيادتها على مواردها وثرواتها الطبيعية [2] ، بالنظر إلى التعديلات المقترحة للمادة الأولى/الفقرة الرابعة الخاصة بالتعويض و المقدمة من طرف مندوب الشيلي الذي أكد على انه ما دامت القوانين الداخلية تنص على مبدأ التعويض عن نزع الملكية ، لذا فكافة المنازعات الناشئة عنه من اختصاص المحاكم الوطنية ووفقا للقوانين المحلية [3]، و للمحاكم الوطنية باعتبارها عملا من أعمال السيادة [4] ، إضافة إلى القرار رقم(1803 د 7)الصادر عام 1962 الذي يؤكد على السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية [5]، وكرس هذا القرار حق قيام الدولة بالتأميم [6]لاستكمال سيادتها على مواردها و ثرواتها الطبيعية بشرط تقديم تعويض مناسب.

أما القرار رقم 2158 الصادر في نوفمبر 1966 عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية و العشرين، فقد أقر الاعتراف الصريح و الكامل من قبل المجتمع الدولي

1- العربي منور، المرجع السابق، ص23. كذلك : * قراراجي جميلة ، مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها بين النظرية و التطبيق ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع التعاون الدولي ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2009.05.27 ، ص25 .

2 – قادري عبد العزيز ، " دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية" ، مجلة إدارة ، عدد 2 ، لسنة1997 ، ص 42 .

3- العربي منور، المرجع السابق ، ص24 .

4- سعد الله عمر إسماعيل ، المرجع السابق ، ص.78

5- نفس المرجع ، ص 81 .

6 – بن الناصر احمد ، المرجع السابق ، ص112 .

بحق كافة الدول في السيادة على مواردها و ثرواتها الطبيعية .

ثالثـــا : وسائل تطبيق مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية و قيمته القانونـية

تأكدت دول العالم الثالث من ضرورة الربط بين استقلال ها السياسي و الاقتصادي للتخلص من التخلف و التبعية الاقتصادية ، و من ضرورة مم ارسة سيادتها على ثرواتها ، لأن هذا الاستقلال يبقى ناقص إن لم تدعمه بمبدأ السيادة على مواردها الطبيعية ، و ذلك بلستعمال وسائل لممارسته و المتمثلة في المشاركة والتأميم (1) لتحقيق سيادتها الاقتصادية و بالتالي تعطي له قيمة قانونية مستمدة من ممارسته (2) .

1- وسائل تطبيق مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية

بسبب رغبة دول العالم الثالث بتدعيم استقلالها السياسي بالاستقلال الاقتصادي للتخلص في التبعية ، ومقاومة مختلف صور الاستعمار الحديث من جهة ، و من جهة أخرى رغبة الدول المتقدمة في مواصلة استنزاف و نهب ثروات هذه الأخيرة ، فقد كرست عدة وسائل من أجل تحقيق التوازن بين مصالح الطرفين فنجد المشاركة (أ) إلى جانب التأميم (ب).

أ- المشاركة كوسيلة لممارسة المبدأ

يقصد بـمبدأ المشاركة مشاركة الدولة المنتجة في استغلال مواردها و ثرواتها الطبيعية مشاركة ايجابية تتم على أساس اتفاق رضائي بين الطرفين .

بسبب تغير الظروف السياسية للدول و الإقرار بشرعية المبدأ دوليا، فقد وضع حد لمختلف عمليات الاستنزاف و الاستغلال لخيرات الدول النامية، بإعادة النظر فيما يتماشى و الظروف المستجدة ، بالتالي أدركت الدول المتقدمة أن تعنتها سوف يؤدي إلى المجابهة بينها

وبين الدول النامية ، فمن ثمة قبلت بمبدأ مشاركة الجانب الوطني [1] في رأسمال المشروع الأجنبي، الذي يكون قبل التأميم الكامل لاقتصادها الوطني [2] و هذا ما تحقق في عام 1971 لما أقدمت الجزائر على تأميم مواردها النفطية.

تبدو فكرة المشروعات المشتركة كأنها حديثة إلا أننا إذا تعمقنا في جذورها نجد أنشأتها تعود إلى زمن بعيد ، مثلما جاء في العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية و شركة ارسي عام 1901 ، حيث جاء في العقد أن الحكومة الإيرانية ستحوز على حصة من أسهم الشركة المستثمرة بعد مضي شهر من تأسيسها [3] ، مما يعني تبني العقد لأسلوب و نظام المشاركة الذي تعتبره الدول النامية الأسلوب الأمثل لاستغلال ثرواتها ، و لأنه يحقق التوازن بين جلب رؤوس الأموال ، و بقاء سيطرتها على عناصر الإنتاج من خلال مشاركة رأس المال الوطني في المراقبة الفعلية للمشروع [4] .

ب- *التأميم كوسيلة لممارسة المبدأ*

عرفت النظم القانونية منذ القديم فكرة التأميم [5]، حيث تستخدم الدولة مالها من سلطة عامة لتجريد بعض الأشخاص من بعض حقوقهم و هو ما يطلق عليه نزع الملكية.

1- كاتفاق الشراكة المبرم في.19.10. 1968 بين شركة سونا طراك الجزائرية و الشركة الأمريكية قيتي حيث تنازلت من المصالح والأسهم التي تمتلكها هذه الشركة 51% شركة قيتي لشركة سون طراك .

لمزيد من المعلومات **انظر:**

* عجة الجيلالي ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 ، ص 220 .

2- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى ...، المرجع السابق ، ص 28 .

3 - نقلا عن العربي منور، المرجع السابق، ص.83

4- كعباش عبد الله ،المرجع السابق ،ص28 .

5- حق التأميم معترف به في القانون الدولي عندما يهدف إلى تحقيق مصلحة عمومية و لا يمكن تقليصه، و ما على الطرف المتضرر سوى طلب تعويض مناسب عن الأضرار التي لحقته جراء هذا الإجراء .

لمزيد من المعلومات انظر: * قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول ... ، المرجع السابق، ص 62.

يمكن أن يستند التأميم إلى اعتبارات إيديولوجية في شكل مثلا ثورة اجتماعية كما حدث في الاتحاد السوفياتي بعد الثورة البلشفية ، كما قد يتخذ اتجاهات قومية باعتبارها وسيلة للتخلص من السيطرة الأجنبية و مقاومة كل أشكال و صور الاستعمار ، لتحقيق السيادة الفعلية للدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية ،لأن التأميم أصبح يمثل م ظهر من مظاهر تجسيد المبدأ[1]، ووسيلة من وسائل استغلال وتوزيع هذه الثروات من خلال تحكم هذه الدول في وسائل الإنتاج، و القضاء على الاحتكارات الخاصة [2] .

وهذا ما أقرته محكمة العدل الدولية بشان النزاع بين الشركة الأنجلو إيرانية و الحكومة الإيرانية ، التي قامت بتأميم البترول في عام 1951 ، حيث أقرت المحكمة أن موضوع النزاع يدخل ضمن نطاق القانون الداخلي لإيران [3].

والتأميم وسيلة قانونية لممارسة الدولة سيادتها الاقتصادية ، ووسيلة للتخلص من التبعية الاقتصادية التي فرضتها التطورات الحاصلة في المجتمع الدولي، من عولمة ، وهيمنة اقتصادية .

المستقر عليه أن للدولة كامل السيادة على إقليمها ، و بالتالي يمكنها تأميم ممتلكاتها ، على أن تدفع تعويض مقابل ذلك ، رغم أن الخلاف قد ثار حول التعويض ، فقد طلب المستثمر الأجنبي الأخذ بما استقر عليه العمل الدولي من ضرورة دفع تعويض يعادل قيمة الضرر ، إلا أن هذا يؤدي إلى إجحاف بالدول النامية التي لجأت إلى هذا الإجراء لتحرير اقتصادها من السيطرة الأجنبية لأنها لا تستطيع دفع التعويض الكامل ، و بالتالي فالدول النامية طلبت أن يكون التعويض عادل يراعي إمكانية كل دولة ، لهذا طلبت دفع التعويض

1- هذا الموقف تجسد في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة و من بينها القرار رقم 1803(د-17)المؤرخ في ديسمبر 1962 ،المعنون السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية . و القرار 3201 المؤرخ في ماي 1974 الذي تنص المادة 5/4 منه على انه " **تتمتع كل الدول بالسيادة الدائمة و التامة على مصادرها الطبيعية...**" انظر :

* عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية ، مطبعة العمرانية ، مصر، 1998، ص28.

2- كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص65 .

3- حافظ غانم محمد، « العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني –بعض المشاكل المتعلقة بها " ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن، سنة 1952، ص62.

على أقساط تتناسب مع طاقة هذه الدول [1].

بسبب كثرة المصطلحات فإنه لم يحدد المقصود بمفهوم التأميم كوسيلة قانونية لممارسة السيادة الفعلية للدولة ، إلا أن معهد القانون الدولي قد انتهى إلى إعطاء التعريف التالي " **التأميم عملية تتصل بالسياسة العليا ، تقوم بها الدولة من اجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا ، بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات أهمية لتضُمها للقطاع العام خدمة لمصالح الأمة**"[2].

من خلال هذه التعريف يظهر لنا أن التأميم هو:

- عمل من أعمال السيادة.
- تمارسه دولة صاحبة سيادة .
- غايته هو المصلحة العامة.

إجراء التأميم بالنسبة لدول العالم الثالث يعتبر مظهر من مظاهر الاستقلال السياسي و الاقتصادي، وتعتبره حقا لصيقا بالسيادة القومية، و عمل من أعمالها السيادية تمارسه على إقليمها بغية التخلص من السيطرة الأجنبية[3].

يُتخذ التأميم كأهم الوسائل القانونية المشروعة لممارسة حقها الكامل و الغير القابل للتنازل [4] في بسط سيادتها على مواردها و ثرواتها الطبيعية ، أيضا في تطبق حقها في تقرير مصيرها الاقتصادي [5] و هو مبدأ معترف به من قبل أعضاء المجتمع الدولي كمبدأ قانوني محدد المعالم متفرع من مبدأ السيادة الدائمة يتمتع بصفة قانونية ملزم للكافة [6] وهو جزء لا يتجزأ من حق الشعوب في تقرير المصير .

1- محمد العناني إبراهيم ، القانون الدولي العام ، دار الفكر العربي ، 1975-1976، ص284 .

2- العربي منور، المرجع السابق، ص94.

3 -نفس المرجع ، ص 95 .

4- سعد الله عمر إسماعيل ، المرجع السابق، ص87.

5- العربي منور، المرجع السابق ، ص95 .

6- سعد الله عمر إسماعيل ، المرجع السابق ، ص90.

2- القيمة القانونية لمبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية

دعم مبدأ سيادة الدولة على مواردها و ثرواتها الطبيعية يعني ضمان استقلالها الوطني من أي تدخل أجنبي سواء كان في الميدان السياسي أو الاقتصادي...الخ.

يعتبر المبدأ تطبيقا مباشرا لحق الشعوب في تقرير مصيرها، و لكن هناك تفاوت في تقدير القيمة القانونية له[1]، فهناك من يعتبره قاعدة من قواعد القانون الوضعي له قيمة و قوة إلزامية ، و هناك من ينكر القيمة القانونية الملزمة لهدا المبدأ [2].

* ***الرأي الأول:*** أنصار هذا الرأي يمنح القيمة القانونية الملزمة للمبدأ لعدة أسباب منها :

أن مبدأ السيادة متفرع عن مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها الذي يشكل احد المبادئ الأساسية في ميثاق الأمم المتحدة و يتمتع بالقوة الإلزامية المطلقة للميثاق التي تفوق في قوتها أي اتفاق مخالف استناد إلى المادة **103** من الميثاق التي تنص على انه:

« **في حالة و جود خلاف بين التزامات أعضاء الأمم المتحدة الناجمة عن هذا الميثاق و بين التزاماتهم الناتجة عن أي اتفاق دولي آخر فان الأول يتمتع بالأسبقية** " .

يهدف مبدأ سيادة الدولة على مواردها إلى تحقيق حرية الشعوب ذات العلاقة بكرامتها و التي تشكل أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام ، فإن هذا المبدأ يستند إلى قاعدة المساواة بين الدول في السيادة التي يضمنها ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة الأولى من **المادة 2** و التي تنص على انه :

" **إن منظمة الأمم المتحدة تقوم على مبدأ المساواة بين جميع أعضائها** ".

1- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ،....،المرجع السابق ، ص445.

2-العربي منور ، المرجع السابق ، ص123 .

* ***الرأي الثاني:*** يرى أنصار هذا الرأي انه لا يمكن أن يعتبر المبدأ مبدأ قانوني [1] ملزم استناد إلى الجهات التي أقرته كالجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة التي لا تتمتع بصلاحيات إصدار قرارات ملزمة قانونا [2] ، لأنها تصدر مجرد توصيات لا تتمتع بأية قوة إلزامية [3] ، و هذا ما يعني أن المبدأ لا يعد سوى مبدأ أخلاقي وسياسي لا غير.

رغم أن هناك رأيين إلا نصوص ميثاق الأمم المتحدة تلزم الأعضاء و غير الأعضاء في الهيئة ، فانه لا شك في أن للمبدأ قيمة قانونية ملزمة مستمدة من الميثاق باعتباره قاعدة من قواعد القانون الوضعي ، و الذي يعتبر جزء لا يتجزأ من حق الشعوب في تقرير مصيرها والذي يعتبر مبدأ أساسي للمجتمع الدولي ، لهذا تكون الدولة المضيفة للاستثمار قد كرست مبدأ توطين العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي و ذلك تجسيدا لسيادتها المطلقة .

الفرع الثاني: تطبيق القانون الداخلي على أساس السياســة التنمويــة المنتهجــة

ترتبط عقود الاستثمار أساسا بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، التي لا ترى قانونا مناسبا يحكم العقد سوى قانونها الوطني ، سيما إن كان هذا العقد لا يتضمن بندا يبين ما هو القانون الواجب التطبيق[4] ، و في الحقيقة أن اعتبار القانون الوطني القانون الأنسب و الأمثل لحكم عقود الاستثمار الذي صار يشكل اتجاها سائدا خصوصا لدى فقهاء الدول

1- سعد الله عمر إسماعيل ، المرجع السابق، ص 102 .

2- العربي منور ، المرجع السابق ، ص 124 .

3- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، ... ، المرجع السابق ، ص446.

4- اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار ... ، المرجع السابق ، ص329 .

النامية[1] خصوصا فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد و تضمين هذه العقود بأحكام تحيلها لتطبيق قانونها الوطني لارتباطه بسيادتها الوطنية [2] ، حيث لا يتصور إمكانية استناد العقد لغير النظام القانوني الداخلي المعمول به في الدولة المضيفة للاستثمار [3] الذي يساند مصالحها بمراقبته للطرف الأجنبي[4] ، و احتراما لسيادتها [5] ، لهذا تصر هذه الأخيرة على إخضاع جميع الأموال و الأشخاص الموجدين على إقليمها لقوانينها ، سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، فلا يعقل أن يطبق في إقليمها قانون غير قانونها على نزاع واقع داخل ه لأن ما يحصل في الداخل يعتبر من صميم الاختصاص الداخلي للدولة [6] ، سيما و هي طرف العلاقة التعاقدية[7].

اتضح مفهوم التنمية عقب الحرب العالمية العالمية الثانية ببروز ظاهرة التحرر التي أدت إلى استقلال العديد من الدول التي سعت إلى التحرر الاقتصادي و انتهاج سياسات تنموية تقوم على مواردها المحلية ، حيث عرفت التنمية الاقتصادية كسياسة اقتصادية طويلة الآجال لتحقيق النمو الاقتصادي ، بأنها عملية يزداد بواسطتها الدخل القومي الحقيقي للاقتصاد خلال فترة زمنية طويلة [8].

---

1 – RANOUIL Véronique," Remarque sur le droit applicable aux contrats de développement, in contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé" CASSAN économique Paris, 1989, p69

2– فضيل نادية ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع،الجزائر،2001،ص3

3– القشيري احمد صادق ، المرجع السابق ، ص80 .

4– أوديع نادية ، حماية الاستثمار الأجنبي في ظل القانون ألاتفاقي الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2004 ، ص127 .

5– عيبوط محند وعلي ،"الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادية ...، المرجع السابق ، ص74 .

6– عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين –دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص183.

7– مرازقة أسيا ، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر، 2007 ، ص13 .

8– بكري كامل ، المرجع السابق ، ص 63 .

يخول مبدأ سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية الحق بالقيام بالتنمية ، وهو النهج لبلوغ السيادة الاقتصادية لهذه الدول، حيث يشكل موضوع التنمية في السنوات الأخيرة اهتمام كبير لدى الدول وبالخصوص الدول النامية [1] ، التي أدركت أن استقلالها سيبقى وهميا طالما لم تحصل على الاستقلال الاقتصادي ، وان التنمية الاقتصادية لا يمكن أن تتحقق إلا في إطار هذا الاستقلال [2] و هي الخيار الرئيسي و الوحيد للتحرر من أسر الاستعمار والتخلف الاقتصادي الذي تعاني منه [3]، و جعل اقتصادها يعاصر الاقتصاد الدولي[4]، خصوصا بعد أن حصلت على استقلالها السياسي بالتحرر من الهيمنة الاستعمارية بعدما كانت هذه الأخيرة محط أنظار الدول الاستعمارية لفترة طويلة من الزمن سعيا منها وراء استغلال مواردها، و الإبقاء عليها سوقا لتسويق منتجاتها.

يشهد العالم حاليا حركة غير مسبوقة في الصراع بين مختلف القوى ، التي تتفاعل في العلاقات بينها بصورة مبنية على المصلحة الخاصة، حيث كان ولازال للتنمية الاقتصادية مكانة في هذا الصراع الذي يزداد مع مرور الوقت نظرا لأهميتها [5]، و أصبحت مشكلة التنمية الاقتصادية منذ نهاية الحرب العالمية الشغل الشاغل لدول العالم الثالث ، ولم تكن وليدة الصدفة و لا هي نتيجة طبيعية للتطورات التي حدثت، ولكن ذلك كان نتيجة

1- قايدي سامية ، التنمية المستديمة – التوفيق بين التنمية و البيئة –، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2002 ، ص1 .

2- قراراجي جميلة ، المرجع السابق ، ص16 .

3- دراوسي مسعود ،السياسة المالية و دورها في تحقيق التوازن الاقتصادي في الجزائر 1990-2004 ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، قسم العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر ، دون سنة ، ص52 .

كذلك :* داودي الطيب ، تمويل التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، معهد الاقتصادية ، فرع التخطيط ، جامعة الجزائر، 1990 ، ص2.

4- SADOUDI Mouloud, “la nouvelle politique divertissements”, Revue Algérienne des Sciences Juridique ,Economiques et Politiques ,N° 3 ,1995 , p 5

5- عكة عبد الغني ،" التنمية في البلدان العربية النفطية في ظل قواعد العولمة "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية – الاقتصادية و السياسية، عدد 2، لسنة 2009، ص 365.

لتغيرات سياسية بعد الحرب [1]، وحصول بلدان العالم الثالث المستعمرة على استقلالها السياسي ظهرت أهم مشاكل هذه البلدان ألا و هي مشكلة التخلف، واهتمام هذه الأخيرة بها ينبع من حاجاتها إلى تطوير مجتمعاتهم و ذلك بتوفير رأس المال [2] لتحقيقها ، وذلك بمعناها الشامل وبأهداف ذات أبعاد اقتصادية ، اجتماعية، إلى جانب بعدها السياسي [3].

تلعب التنمية دور كبير في إيجاد الحلول لأغلبية المشاكل الاقتصادية، فهي تتكفل بانشغالات و حاجيات الأفراد والمجتمعات، بتحقيق رفاهيتهم و تحسين ظروف معيشتهم [4].

وضعت هذه الدول التنمية قضيتها الأولى و معركتها الرئيسية وفي سبيل ذلك جندت مواردها و ثرواتها ، وقد تباينت هذه الدول في الإستراتيجية التي تبنتها لتحقيق هذا الهدف، بحيث مارست تجارب مختلفة و مناهج متعددة أملا في الوصول إلى الإستراتيجية المثلى و الكفيلة لتحقيق طموحاتها الاقتصادية و اللحاق بالدول ذات الاقتصاد المتقدم [5] ، ودلك ببناء قاعدة اقتصادية داخلية مبنية على أبعاد التنمية الشاملة ، لتحرير المجتمع من الاستغلال و من قيود التبعية[6] .

مرّ مفهوم التنمية في هذه الدول بعدة مراحل تعكس كل منها طبيعة و ظروف هذه الأخيرة من حيث تركيبتها الاقتصادية و السياسية ، حيث كان ينظر إليها على أنها ارتفاع في مستوى الدخل الفردي ، ثم تحول هذا المفهوم إلى مدى قدرة الاقتصاد على الزيادة في الناتج القومي ، لتتحول في وقتنا الحالي إلى الأبعاد البيئية و البشرية و أصبحت تعرف بالتنمية المستديمة أي الموازنة بين النظام الاقتصادي و النظام البيئي دون هدر للموارد الطبيعية [7]، كما اتجهت هده الدول للعديد من السبل لتحقيقها، هناك من اتخذ السبل

1- عمرو محي الدين ، التخلف و التنمية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، القاهرة، 1975، ص18-19 .

2-3- يوسفي آمال ، بحوث في علاقات التعاون الدولي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2008، ص130-137 .

4- قايدي سامية ، المرجع السابق ، ص 7.

5- دراوسي مسعود ، المرجع السابق ، ص52 .

6- يوسفي آمال ، المرجع السابق ، ص145- 146 .

7- عكة عبد الغني ، المرجع السابق ، ص365 .

الاشتراكية المبنية علىالنظام الاشتراكي ، و هناك من اتخذ السبل الرأسمالية المبنية على النظام الرأسمالي، إلى جانب أن هناك من اتخذ السبل الذاتية و ذلك بأخذ معطياتها و إمكانياتها بعين الاعتبار [1] .

ولدور الاستثمار الفعال في التنمية الاقتصادية جعل كل الدول المضيفة له تعمل على محاولة إيجاد محيط اقتصادي ملائم لتشجيعها [2] ، لان جذبها لم يعد بالمهمة السهلة في عالم يموج بالتطورات ببروز ظاهرة العولمة وبالخصوص الاقتصادية منها ، إلى جانب سياسة السوق التي جعلت معاملة الدولة كمجرد متعامل عادي مجرد من كل امتيازاتها كسلطة [3] ، الأمر الذي يؤثر على الدول المضيفة للاستثمار بالخصوص الدول النامية منها [4] .

تزداد أهمية التنمية بالنسبة للمجتمعات النامية التي تعاني من تحديات معقدة ، من تخلف ، وضعف مواردها المالية إلى جانب افتقارها للتكنولوجيا و التقنية ، لأنها لا تتمتع إلا بمقدرات و موارد محددة [5]، ما جعل اختيارها الوحيد هو التشبث بالمنهجية العلمية[6]، و توفير مصادر مالية خارجية إلى جانب توفير الإمكانيات التقنية و التكنولوجية لتساعدها على الاستغلال الأمثل للموارد والثروات الطبيعية التي تزخر بها [7]لأن المصادر المحلية المستغلة غير كافية لتمويلها، بسبب قلة الإ مكانيات و التكلفة المرتفعة[8] لها، لأن هذه الاستثمارات ستساعدها على تنشط اقتصادها الوطني و تحوله من حالة الركود و الثبات إلى

1- قدي عبد المجيد ، النظام الضريبي في النظم الاقتصادية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير في التسيير، جامعة الجزائ،2001 ، ص2 .

2- يحياوي نصيرة ، الاستثمار و فكرة المخاطرة الاستثمارية حالة الجزائر ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2007 ، ص 8 .

3- خروع احمد ، "العولمة والسيادة" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية-الاقتصادية والسياسية ، عدد1، لسنة 1998، ص56- 57 .

4- مرازقة اسيا ، المرجع السابق ، ص 164 .

5-6- دراوسي مسعود ، المرجع السابق ، ص1 -52.

7- يوسفي محمد ، " اتجاهات الاستثمار الدولي و أثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ،الاقتصادية و السياسية ، عدد 1و2 ، سنة 1992 ، ص98 .

8- بكري كامل، المرجع السابق ، ص 98 .

حالة الحركة عن طريق زيادة الإنتاج[1] .

تعتبر أيضا أنها عملية نقل الاقتصاد من حالة التخلف إلى حالة التقدم ، أو بمعنى أدق هي عملية الانتقال من الوضع الاجتماعي المتخلف إلى الوضع الاجتماعي المتقدم [2]، إلا أنها واجهت عجز في مواردها الذاتية ، فوجدت نفسها مضطرة للجوء إلى رؤوس الأموال الأجنبية لتوفير ما تحتاج إليه[3] ، رغم أن الموقف العام لهذه الدول تجاه الاستثمار الأجنبي ليس مشجعا إلى حد كبير، خصوصا في الدول المستقلة حديثا التي رفضت الاستثمار الذي اعتبرته استعمار بثوب جديد، أي انه استعمار شبه عسكري ، لذا حاولت هذه الدول حماية مصالحها الاقتصادية و السياسية عن طريق بعض الإجراءات التشريعية [4] أو على الأقل حماية بعض القطاعات الاقتصادية من دخول المال الأجنبي إليها ، التي تعتبر ذات أهمية حيوية وذات منافع عامة للبلاد ، وذلك سواء بهدف رد المنافسة الكبيرة من الأجانب أو نتيجة لتطورات سياسية [5] داخلية لهذه الأخيرة .

يدل الوضع الراهن للاستثمارات الأجنبية في العالم على وجود تنافس كبير بين الدول لاستقطاب اكبر قدر ممكن منها ، وذلك بسبب و عيها بأهميتها لاقتصادياتها [6] ، و دورها في عملية التنمية خصوصا بعد التغيرات التي طرأت على النظام المالي الدولي ، وفي أعقاب أزمة المديونية [7] الخارجية في أوائل الثمانينات ، لهذا فقد سعت معظم الدول

1- داودي طيب ، المرجع السابق ، ص 3 .

2- عمرو محي الدين ، المرجع السابق ، ص210 .

3- نزيه عبد المقصود مبروك ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، القاهرة ، 2007 ، ص3 .

4- بكري كامل ، المرجع السابق ، ص 104 .

5- قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ... ، المرجع السابق ، ص 112 .

6- محفوظي فؤاد ، الاستثمار الأجنبي المباشر –دراسة تحليلية تقييميه –حالة الجزائر ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007 ، ص23.

7- يوسفي محمد ، "مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات "، مجلة إدارة ، عدد 2 ، لسنة 1999 ، ص 61 .

النامية إلى جذبها للاستعانة بها في تمويل مشاريعها ، وفي مواجهة مشكلاتها الاقتصادية[1]

جعلت اعتبارات التنمية هذه الدول تسعى للتوفيق بين سياسة جذب الاستثمارات و بين مبدأ السيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية، لأنها لا يمكن تحقيقها دون الاستعانة بهذه الموارد التي تعتبر ثروة في يد هذه الأخيرة التي ما عليها سوى توفير إمكانيات فنية و تكنولوجية و ذلك بالمشاركة مع الطرف الأجنبي المالك لها للتخفيف من الفقر كأولوية ، وتعزيز قدراتها في شتى المجالات ، إلى جانب تحقيق النمو، المساواة و العدالة في الفرص بين أفراد المجتمع [2]، ولهذا من غير المعقول سعي هذه الأخيرة لتحقيق مصلحتها الداخلية، وتنمية قدراتها الاقتصادية تطبق قواعد قانونية غير قانونها على هذا العقد .

ينبغي أن تهدف عملية التنمية إلى تحقيق النمو الاقتصادي، فمثلا الجزائر تبنت سياسة تنموية قائمة على التصنيع الكثيف ، بينما تونس والمغرب فقد تبنت سياسة تنموية بالاستعانة الكبيرة على رؤوس الأموال الأجنبية [3]، إلا أن كل هذه الدول بحاجة إلى المساعدة التكنولوجية و الكفاءة التقنية المتطورة، وقد طرحت التنمية كهدف تسعى الدول إلى تحقيقها مع ما استتبع ذلك من مناداة و مطالبة بنظام دولي جديد يراعي هذا الطموح و هذا السعي، و في ظل هذا الخصم عقدت عدة مؤتمرات و ندوات ، وكونت عدة لجان سواء في إطار منظمة الأمم المتحدة آو غيرها من المنظمات الإقليمية[4]، حيث في إطار الأمم المتحدة قد قدم برنامج خاص بالمعرفة الفنية للدول التي لم تستكمل بعد نموها ، التي تتطلع إلى استغلال مواردها بصورة أفضل و أكمل ، حتى يتحقق لها التقدم الاقتصادي .

تم تأسيس هيئة التنمية الدولية في سبتمبر 1960 والتي تمول التنمية بشروط أكثر مرونة ، و بفوائد منخفضة ، أو في بعض الأحيان دونها ، و قد يمكن أن تكون قابلة للسداد

1- نزيه عبد المقصود مبروك ، المرجع السابق ، ص30 .

2- عكة عبد الغني ، المرجع السابق، ص349-350 .

3- يوسفي محمد ، اتجاهات الاستثمار الدولي...، المرجع السابق ، ص279.

4- قدي عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص2 .

بعملة الدولة المقترضة، ولا شك أن هذه الهيئة قد حققت إلى حد ما رغبة الدول المختلفة ،لان مواردها محدودة[1] ، كما قد تم إنشاء وكالات متخصصة في مختلف النشاطات الاقتصادية و الاجتماعية منها على سبيل المثال لا الحصر أهمها :

- ***منظمة العمل الدولية*** التي تساعد في تقرير النصح و الإرشاد في مشاكل العمال والتنظيمات العمالية و تدريب العمال .
- ***منظمة الأغذية و الزراعة*** التي تساعد في تحسين الزراعة و الغابات و مصائد الأسماك و تغذية النبات و الرفاهية الزراعية.
- ***منظمة الصحة العالمية*** التي تساعد على تنظيم و تحسين الخدمات الطبية تدريب الأطباء إدخال الوسائل الطبية الحديثة للقضاء على الأوبئة و الأمراض .

على غرار كل الدول النامية فالجزائر بعد حصولها على استقلالها واجهت عدة صعوبات في مختلف المجلات ، بالخصوص الاقتصادية منها ، حيث أصبحت مسالة التنمية من بين أولوياتها من اجل مواجهة التخلف و التبعية ، وتحقيق تنمية اقتصادية ، باستخدام مواردها و ثرواتها الطبيعية بشكل يضمن لها مصالحها و تحقيق أولوياتها لمواجهة الصعوبات الاقتصادية التي تعاني منها [2] .

تبنت الجزائر كمعظم هذه الدول النهج الاشتراكي المبني على اختيارات و مبادئ إيديولوجية مناهضة لكل أشكال التدخل الأجنبي الذي تعتبره وسيلة جديدة للهيمنة و الاستغلال ، و مناهضا الأهداف التنمية ، و اعتبرت أن القطاع العام هو المحرك الرئيسي للاقتصاد الوطني ، نتيجة لذلك كانت الاستثمارات الأجنبية مقيدة ومهمشة لاعتبارات تتعلق بالسيادة الوطنية [3] و كان ينظر إليها على أنها نوع من التدخل في الشؤون الداخلية .

مر الاقتصاد الجزائري بعدة مراحل ، بداية من المرحلة التي تلت مباشرة الاستقلال

1- بكري كامل ، المرجع السابق ، ص 140-141 .

2- عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص12 .

3- عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الأجنبية الاقتصادية ...، المرجع السابق ، ص 63 .

و هي مرحلة انتقالية خاصة و صعبة ، تميزت بصعوبات مالية ، سياسية و خاصة اقتصادية ، و بعدها تلتها مرحلة بداية من سنة 1967 و هي مرحلة جديدة في تنظيم الاقتصاد الوطني ، حيث عرفت هذه المرحلة تبني نظام التخطيط كوسيلة لتحقيق التنمية ، و ركزت في بدايتها على التصنيع لأنه محرك التنمية، و بعدها تلها مخطط آخر اهتم أكثر بالقطاع المنتج كأساسمادي لتطوير قوى الإنتاجية ، و القطاع الصناعي ، و قطاع البنية التحتية ، و كل هذا يهدف إلى بناء اقتصاد مستقل و مجتمع اشتراكي [1]، وقد انتهجت سياسة تنموية تندرج في إطار نضال الدول من اجل بناء اقتصاد وطني خال من كل أشكال التبعية و السيطرة[2].

بدأت مساوئ التخطيط المركزي تظهر في أوائل الثمانينات رغم ضخامة الاستثمارات التي لم تؤدي إلى تحسين كبير في الإنتاج بسبب فشل النهج الاشتراكي المتبع، و نظرا للتطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي الدولي و خصوصا بعد الأزمة النفطية لسنة1986 بسبب انخفاض أسعار البترول ، حيث واجه الاقتصاد الجزائري عدة صعوبات بسبب انخفاض عائدات البترول و تفاقم المديونية الخارجية آنذاك.

نظرا لعجز الدولة على تلبية حاجاتها الاقتصادية ، وعدم قدرتها بالنهوض بالتنمية [3] في ظل النهج الاشتراكي ، قامت الجزائر كمعظم الدول النامية المنتهجة للنهج الاشتراكي بتغيير سياستها و أنظمتها الاقتصادية ، عن طريق القيام بإصلاحات اقتصادية شاملة بغرض استرجاع التوازنات الاقتصادية بتطبيق برنامج الإنعاش الاقتصادي [4]، و ذلك بتغيير الإطار المؤسساتي و القانوني ليساير توجهها نحو اقتصاد السوق ، والتفتح أكثر على الاقتصاد العالمي بانتهاج للنظام الليبرالي و بالتالي انسحابها من المجال الاقتصادي و فسح المجال

1-درواسي مسعود ، المرجع السابق ، ص343 .

2- عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص14 .

3- أولد رابح صفية ، مبدأ حرية التجارة و الصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2001 ، ص 93 .

4- جبار محفوظ ،"قرص الاستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية " ، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، العدد الأول ، لسنة 2001 ، ص 108 .

إلى جانب التخفيف من القيود المفروضة على الاستثمارات الأجنبية من خلال إصدار ترسانة من القوانين لتحقيق الأمن و الاستقرار القانوني، لتحقيق تنميتها الشاملة بأبعادها و خصوصا الاقتصادية منها ، تبنت الجزائر في هذه الفترة سياسة تحرير التجارة بعدما كانت المتعامل الوحيد القائم بالنشاط الاقتصادي ، و قد تم إلغاء القانون 88-29 [1] .

المبحث الثاني : القيود الواردة على توطين العقد

أمام الموقف المؤيد لحقوق الدول النامية في السيطرة على ثرواتها، و فرض قوانينها الوطنية و جدت الدول الكبرى أن زمام السيطرة قد فلت من بين يديها و حاولت إعادة السيطرة ، و لكن بأسلوب جديد تمثل في التشويه بقانون هذه الدول، و بالتالي استبعاده بحجة واهية تتمثل في أن هذه القوانين متخلفة و جامدة عاجزة من مسايرة التطورات الحاصلة في العالم ، كما أن هذه القوانين لا تتلاءم و هذه العقود لأنها ذات أصول عقائدية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، و طبيعة بدائية هذا ما أكده قرار تحكيم قضية أبو ظبي و شركة بترو ليوم ديفلويمنت، حيث اعتبر المحكم هذه المحاكم محاكم منحازة [2]لا تتمتع بأية استقلالية .

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين ينتمي كل طرف منهما لنظام قانوني يختلف عن الأخر، ما تعطي له خصوصية تجعله يتميز عن باقي العقود ، فللدولة كطرف سيادي ينتمي للنظام القانوني الداخلي و الدولي في آن واحد ، يتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي الخاص الذي يعد شخص من أشخاص القانون الخاص ، ما جعل العلاقة التعاقدية تتميز بالتفاوت وعدم المساواة في المراكز القانونية ، فمن جهة تمتع الدولة بسلطات تستمدها من سيادتها باعتبارها سلطة عامة تخول لها امتيازات عديدة تجعلها تمارس نفوذها على الطرف الأجنبي مما يؤثر على حقوقه ، ولكن من جهة أخرى فالقوة الاقتصادية للطرف

1-قانون رقم 88-29 ، مؤرخ في 19جويلية 1988 ، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية ،ج ر ع 29، 20 جويلية 1988 .

2-طالبي حسين ،"تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية-الاقتصادية و السياسية ، عدد 4 ، لسنة 2007 ، ص 174 .

الأجنبي المالك للمال و التكنولوجيا تفوق قوة الدولة[1] ، الأمر الذي جعله في مركز يفرض من خلاله شروط(مطلب أول) مما جعلها تمنح تنازلات و امتيازات خاصة ، إلى جانب الإقرار له بالضمانات لحماية حقوقه من مختلف المخاطر التي قد يتعرض لها(مطلب ثاني).

المـــطلب الأول: إدراج شروط لتحديد سلطات الدولـــة

الأصل في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة و المستثمر الأجنبي أنها تخضع لمختلف التغيرات و التعديلات التي تلحق القانون الواجب التطبيق ،و خصوصا عندما يكون هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، و هذا ما لا يحبذه المستثمر الأجنبي الذي يتجنب اللجوء إلى القوانين الوطنية بحيث يعمل للحد من دورها [2]و بالخصوص الحد من اختصاصها التشريعي و ذلك بأن لا تقوم بتغيير أو تعديل قانونها الوطني الواجب التطبيق على العقد [3] و ذلك بإدراج شرط الاستقرار التشريعي في متن العقد (فرع أول) إلى جانب إدراج شرط النظام العام (فرع ثاني) .

1- اختلاف المصالح بين أطراف عقد الاستثمار جعلته مصدر مواجهة دائمة بين أطرافه ، خاصة و أن احد أطرافه دولة ذات سيادة تتمتع بمزايا السلطة العامة ، أما الطرف الأخر و إن كان شخصا أجنبيا خاصا إلا انه يتمتع بقوة اقتصادية تفوق الدول المضيفة، و خاصة إن كانت من الدول النامية، وهذا ما يبين التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف. نظر :* اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، المرجع السابق193.

2- إن تطبيق قانون الدولة المتعاقدة و خصوصا و إن كانت قانون الدول النامية يعارضه الطرف الأجنبي على أساس انه لا يوفر الأمان القانوني للعلاقة التعاقدية نتيجة لحق الدولة المطلق في إجراء تعديلات تشريعية لقانونها ،خصوصا لما يكون محققا لمصالحها.

و تستبعد القوانين الوطنية للدولة النامية لأنها لا تتلاءم مع التطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية العالمية ،و هذا ما اقره المحكم في قضية شركة التنمية البترولية ضد شيخ أبو ظبي عام 1951 ،حيث استبعد تطبيق قانون أبو ظبي رغم الاتفاق على تطبيقه استناد إلى انه يمارس بسلطة تقديرية وفق لمبادئ القرآن و التي لا يمكن تطبيقها على هذه العلاقة التعاقدية . لمزيد من المعلومات انظر :

– منير عبد المجيد ،الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و ... ، المرجع السابق ص 299 .

كذلك : – موسى محمد إبراهيم ، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، دون ذكر بلد النشر، 2007، ص25.

3-اقلولي محمد ،شروط الاستقرار التشريعي ... ، المرجع السابق ، ص 97 .

الفرع الأول : شرط الاستقرار التشريعي

تسعى معظم الدول إلى تطبيق قوانينها الوطنية على عقد الاستثمار، ولكن في نفس الوقت تنص على إدراج شرط الاستقرار التشريعي الذي يطلبه المستثمر الأجنبي حفاظا على مصالحه [1] الشخصية و الأهداف التي سطرها عند إبرام هذا العقد من كل تعديلات التي تقوم بها الدولة لقوانينها[2] ، و سنتطرق إلى المقصود بهذا الشرط (أولا) بعدها نبين صوره (ثانيا).

أولا :تعريف شـــرط الاستقرار التشريعي

يقصد ببند الاستقرار التشريعي ذلك البند الظرفي[3] الذي هدفه منع الطرف المضيف من تعديل الإطار التشريعي [4] و التنظيمي الذي ابرم في ظله العقد [5] ، أو القوانين الخاصة بالاستثمار[6] ، أي هو بمثابة تعطيل مؤقت لصلاحيات الدولة ككيان ذو سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية ،التنظيمية و حتى الدستورية في بعض الأحيان [7] ، و الهدف من كل هذا هو تحقيق الاستقرار التشريعي لتنفيذ الالتزامات المتفق عليها من قبل الأطراف ، و هو ضمانة إضافية للمتعاقد مع الدولة للعمل على أرضية قانونية معروفة مسبقا ،لان

1- يجب التوفيق بين مصالح كل من الدولة والمستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار، حيث أن شرط الاستقرار التشريعي المدرج فيه و إن لم يأخذ به بصفة مطلقة بسبب التفاوت في المراكز القانونية بينهما ،الأمر الذي يجعل الدولة غير قادرة على ممارسة سلطته أو حقوقها السيادية و بالخصوص سلطتها التشريعية من جهة ، ومن جهة أخرى لا يمكن تغليب بصفة مطلقة المصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي عن المصلحة العامة للدولة . انظر: *اقلولي محمد ، شروط الاستقرار التشريعي ... ، المرجع السابق، ص 121.

2- تعديل القوانين حق لكل دولة وهو من اختصاصها السيادي .

3-4- وتيكي شريفة ، النظام القانوني للعقود الصناعية الدولية في قطاع المحروقات ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2007 ، ص240 -287 .

5- قيام الدولة بتجميد قوانينها وقت التعاقد إنما ذلك يكون لجذب الطرف الأجنبي للمساهمة معها في عملية التنمية الاقتصادية التي تسعى لتحقيقها .انظر* المواجدة مراد محمد ، المرجع السابق ، ص 233 .

6-عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص69 .

7-يوسفي محمد ، "مضمون أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمارات "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية – الاقتصادية و السياسية ، عدد 4 ،لسنة 2007 ، ص 30 .

التغيرات الفجائية للتشريع الخاص بالاستثمار غالبا ما تضيع فرص تحقيق الربح للمستثمرين الذي هو هدفهم الأول منها [1].

تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة و منعها عن اتخاذ أي إجراء أو إصداراي قانون أو لائحة من شأنها المساس بمصالح المستثمر الأجنبي و بالتوازن العقدي الذي من شانه ترتيب أعباء مالية إضافية على عاتقه، وإلغاء ضمانات قائمة أو الإنقاص من المزايا الواردة في التشريع الجديد اللاحق على توقيع العقد [2] .

ما يزال خلاف فقهي كبير حول مبدأ استقرار التشريع الذي تتجاذبه مصالح الأطراف فيما بينها ، فهو من جهة إقرار لمصالح المستثمر الأجنبي عند الاعتداد به ، و من جهة أخرى فانه حق لكل دولة عند عدم الاعتداد به باعتباره مظهر من مظاهر سيادتها ، ولها كل الحق في تعديل أو إلغاء بإرادتها المنفردة لتشريعها مادام أن هذا التصرف لا يمثل تعهدا دوليا ، ولا يمس بالتزامات دولية [3] .

نظرا لأهمية شرط الاستقرار التشريعي الذي يشكل نوعا من الأمان الذي ينشده ويحرص عليه و بالخصوص المستثمر الأجنبي [4] لضمان عدم تغيير الظروف القانونية [5] ، التي ابرم في ظلها عقد الاستثمار مع الدولة المتعاقدة إذا ما اتفقا على تطبيق قانونها على هذه العلاقة التعاقدية خصوصا في العقود التي تطول مدة تنفيذها [6] ، والتي تزيد من

1- بوسهوة نور الدين ، المركز القانوني للمستثمر في القانونين الدولي و الجزائري ، رسالة دكتوراه ، تخصص القانون الخاص ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ،2005 ، ص151 .

2- اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة ... ، المرجع السابق ، ص97 .

3- كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص 103 .

4- علي صادق هشام، القانون الواجب التطبيق عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والإنفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي مع إشارة خاصة لموقف المشروع المصري سواء في التقنين المدني أو في قانون التحكيم رقم 17 لسنة 1994 في ضوء التطورات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995، ص120.

5- يجب أن نميز بين مبدأ الاستقرار الذي تتعهد بموجبه الدولة بعدم تغيير نصوصها التشريعية ، و التي تتعلق بصلاحيات عامة للدولة تستمدها من سيادتها ، وبين مبدأ عدم التغيير الذي يتمثل في عدم قيام الدولة بتغيير أحكام العقد أو الالتزامات و الأعباء الواردة فيه دون موافقة الطرف المتعاقد معها، إلا ما تعلق بسلطتها في الإطار التعاقدي فقط.

6- اقلولي محمد ،شروط الاستقرار التشريعي ... ، المرجع السابق ، ص 189.

احتمالات صدور تشريعات و لوائح جديدة يمكن أن تحد من امتيازات المستثمر، أو تزيد على عاتقه التزامات [1] و أعباء قد تجعل التنفيذ مستحيلا [2] ، فقد تمسك بإدراجه لتفادي أي تعديلات للقانون الواجب التطبيق[3].

وشرط الاستقرار التشريعي يضمن للمستثمرين استقرار مشاريعهم بخضوعهم لنظام قانوني ثابت ،لان العكس يهدد هذه الأخيرة ، ويثير تخوفهم اتجاه نوايا الدولة المضيفة من جراء الإلغاءات ، التعديلات و المراجعات التي تجريها على قوانينها و بالخصوص قوانين الاستثمار التي قد تمس بالحقوق الامتيازات المكتسبة في ظل القوانين السابقة [4] ، لهذا هو ضمانة قانونية للمستثمر.

حرصت الدولة المضيفة ذاتها على تشجيع الاستثمار للمساهمة في تحقيق تنميتها [5] هو ما دفعها أحيانا إلى التعهد الصريح في تشريعاتها الداخلية بنصها على عدم تعديل أو إلغاء قوانينها السارية عند إبرام العقد [6]، رغم أن لها حق اتخاذ تعديلات و تغييرات على أنظمتها القانونية لتحقيق تنميتها الاقتصادية التي هي من صميم حقوقها السيادية [7] ، والتي قد تؤدي إلى إضافة أعباء على كاهل المتعاقد معها ، و لتفاديها فقد قامت بإدراج شرط استقرار التشريع و القانون السائد أثناء إبرام العقد ، بإبقاء الوضع القانوني على حاله [8] .

1- إن الهدف من شرط الاستقرار التشريعي هو حماية المصالح الخاصة للطرف الأجنبي ، و غالبا ما يكون من الشركات العابرة للحدود ، لان التعديلات في الحقيقة تأتي لفرض ضرائب أو لفرض التزامات مالية جديدة في مجالات داخل الدولة المضيفة والتي تأثر على اقتصاديات هذه الشركات العملاقة ،وهذا يجعلها تعمل على تكريس تجميد التشريعات الوطنية . انظر:* معاشو عمار ، المرجع السابق ، ص 297 .

2- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى ... ، المرجع السابق ، ص58 .

3- قبايلي الطيب ، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى(CIRDI)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، دس، ص95.

4-حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص 28 . كذلك : قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية ... ، المرجع السابق ، ص188.

5-الجندي حسين احمد، المرجع السابق، ص188.

6-علي صادق هشام، المرجع السابق، ص118 .

7-عيبوط محند وعلي ، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح ... ، المرجع السابق ، ص71 .

8-قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى ... ، المرجع السابق ، ص85 .

يعتبر بند الاستقرار التشريعي بمثابة حماية للمستثمر الأجنبي من التعديلات المستقبلية التي قد لا تخدم مصالحه [1] خاصة في بعض الحالات ، و في بعض المجالات المهمة كالمجال الضريبي و الجبائي[2] .

يلزم شرط الاستقرار الدولة المتعاقدة بعدم تعديل شروط العقد [3] وأحكام قوانينها بإرادتها المنفردة[4]، بمعنى أن مبدأ استقرار التشريع يتمثل في تعهد الدولة بعدم المساس أو تغيير الإطار القانوني الذي يحكم الاستثمارات [5]و الذي تم إبرام العقد في ظله [6]، وحتى وان تغير الإطار القانوني ، أو خضع لمراجعات فان الاستثمارات المنجزة في إطار قانون معين لا تخضع لهذه التعديلات و المرجعات[7] .

لأهمية و مكانة هذا البند فقد كرس في العديد من التشريعات الوطنية ، كالقانون الجزائري في **المادة 15** من الأمر رقم 01-03 [8] المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم التي تنص على انه:

"لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات

1-حسان نادية ، نظام المناطق الحرة في الجزائر ، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2000 ، ص 371 .

2-SADOUDI Ahmed , « les incitations ,Fiscales et la Promotion des Investissements en Algérie », Revue Algérienne des Relations Internationale , N°25, 1994, P42 .

3- شرط الاستقرار يؤدي إلى المساس بالاختصاص السيادي للدولة بصفتها شخص عام ، ومن جهة أخرى يستفيد منه المستثمر الأجنبي مادام انه يصبح على قدم المساواة مع الدولة .انظر : * السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص348-349 .

4- حلمي عمر ، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 ، ص53 .

5- إدريس مهنان ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر ، 2002 ، ص101 .

6- عبد الكريم سلامة احمد ، " شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية "، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 43 ، لسنة 1987 ، ص 93 .

7- ساحل محمد ، تجربة استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر و العربية السعودية ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير ، فرع المالية و النقود ، جامعة الجزائر ، 2008 ، ص145 .

8- أمر رقم 01-03 ، مؤرخ في 20 أوت سنة 2001 ، يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47 ، السنة 2003 ، المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 06-08 ، ج ر عدد47 ، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006.

المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

يتضح من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع لم يكتفي بضمان استقرار التشريع للمستثمر من خلال الامتناع عن تطبيق أو إلغاء لقانون الاستثمار الساري المفعول وقت البدء في انجاز الاستثمارات ، و لكن أضاف ضمانة أخرى في متن المادة تتمثل في منح المستثمر إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن ضمانات أكبر ، و حماية أوسع حيث نص المشرع الجزائري صراحة في هذه المادة على هذا "**لا تطبق المرجعات...إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة**"، و المستثمر لا يخاطر و يطالب بذلك إلا في حالة ما إذا كانت هذه التعديلات و المراجعات تتضمن امتيازات و حوافز إضافية يستفيد منها استفادة شخصية.

لا يعد تنازل الدولة عن اختصاصها في تعديل تشريعها في وقت معين ، تنازلا عن حقوقها السيادية ، ولا تنازلا عن ممارسة اختصاصها التشريعي وتضمنته مختلف عقود الاستثمار، و جسدته بعض أحكام التحكيم .

شرط الاستقرار بمقتضاه يتم تجميد القانون [1] الواجب التطبيق على العقد [2] على الحالة التي كان عليها وقت إبرام هذا الأخير[3].

يقوم المبدأ على فكرة ثبات النظام القانوني و عدم قيام الدولة بتغيير إطارها التشريعي الذي أنجز في إطاره الاستثمار، أي أن العقد يخضع لقانون ثابت ،محدد و معروف من قبل الأطراف من لحظة انعقاده إلى لحظة انقضائه[4] هذا يعني أن شرط

1-من القواعد المتعارف عليها انه يستمر العمل بالتشريع حتى انتهاء الأجل المحدد لسريانه ،أو حتى صدور قانون يعدله أو يلغيه ،فيسري حينئذ القانون الجديد . انظر :* حسان نادية ، المرجع السابق ، ص 369 .

2- و هذا ما نصت عليه **المادة 15** من الاتفاق المبرم بين الكامرون و إحدى شركات التنقيب عن البترول و استغلاله فقد ورد فيه بأنه :

" **لا يمكن أن يطبق على الشركة دون موافقتها سلفا على أي تعديل لاحق على النصوص المذكورة فيما بعد خلال مدة الاتفاق**"

نقلا عن :*عبد المجيد منير، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ...، المرجع السابق ، ص275.

3- معاشو عمار ، المرجع السابق ، ص 288 .

4- السيد الحداد حفيظة ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ،... ، المرجع السابق ، ص328.

الاستقرار يهدف إلى منع الطرف الضعيف من تعديل المحيط القانوني لصالحه [1]، وغالبا ما تكون دولة نامية.

ثانيا :صور الاستقرار التشريعي

شرط الاستقرار التشريعي يمكن أن يكون على شكل شروط تشريعية (1) كما يمكن أن يكون على شكل شروط تعاقدية (2).

1 -الشروط التعاقدية أو الاتفاقية

يقصد بالشروط التعاقدية أو الاتفاقية تلك التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد ذاته ويتضمن صراحة القانون الذي يسري على العقد وقت الإبرام مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليه [2] إلا إذا وجد اتفاق خاص بين الطرفين يقضي بغير ذلك [3] .

2- الشروط التشريعية

المقصود بالشروط التشريعية هي تلك الشروط التي ترد في صلب قانون الدولة الطرف في العقد التي بمقتضاها تتعهد الدولة بالا تعدل أو تلغي قانونها [4]الواجب التطبيق على العقد [5] الذي انعقد في ظله.

الفرع الثاني: شرط النظام العام

تعد فكرة النظام العام من أهم القيود[6] التي ترد على القانون الواجب التطبيق ، لذا

1- عدم تغيير و تعديل النظام القانوني قد يكون مطلق عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد على العقد السابق ، كما يمكن أن يكون نسبيا عندما يتعلق بعدم مراجعة المسائل التي من شانها أن تزيد من الأعباء المالية للمستثمر ، و عادة ما يتعلق ذلك بالقوانين الجبائية خصوصا . للمزيد انظر:* كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص 100 .
كذلك : * قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول أخرى ... ، المرجع السابق ، ص 58 .

2- معاشو عمار ، المرجع السابق ، ص290 .

3-FOUAD Abdelmounim Raid, Op.cit. ,p 262 .

4- تعهد الدولة في تشريعها الداخلي بعدم تعديل قوانينها السارية عند إبرام العقد مع الطرف الأجنبي ، هو تعهد يؤدي إلى إيقاف سريان تشريعاتها التي تصدرها بعد إبرام العقد في شان العلاقة التعاقدية التي نشأت بينها وبين المستثمر قبل صدور هذه التعديلات التشريعية. انظر: *علي صادق هشام ، المرجع السابق ، ص 119 .

5- معاشو عمار ، المرجع السابق ، ص 288 .

6- خليفاتي عبد الرحمان ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 1987 ، ص107 .

سنتطرق لتعريفه(أولا) وبعدها نبين أثاره على القانون الواجب التطبيق(ثانيا).

أولا : تعريف النظام العام

فكرة النظام العام فكرة قديمة ، و لكن أصبحت في الوقت الحاضر من أسس القانون الدولي الخاص في مختلف الدول حيث تأخذ به إما بنصوص صريحة أو عبر ما استقر عليه القضاء[1].

قد يسمح المشرع الوطني لأية دولة بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الحالات و لكن من غير المعقول أن يطبق القانون الأجنبي إن كان يتعارض مع النظام العام في دولته [2]، حيث تنص **المادة24** من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم05-10 لسنة 2005 على انه :

"**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر...**" .

يلعب النظام العام دورا هاما كأداة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد ، فهو يعتبر صمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في العلاقات ذات الطابع الدولي سيما في عقد الاستثمار[3] ، حيث يشكل الأخذ بفكرة النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الواجب التطبيق استكمالا لمبدأ قانوني قائم على صعيد العلاقات الداخلية الذي يقضي بإبطال الاتفاقيات و العقود المخالفة للمبادئ و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع ، حيث

1- هناك من الدول من تأخذ به صراحة كالقانون المصري و الليبي في **المادة 28** ، والقانون العراقي في **المادة 32** ، و كذا القانون الكويتي في **المادة 73** ، و كذا القانون الجزائري في **المادة 24** ، إلى جانب القانون السوري في **المادة 30** ،كما هناك دول تأخذ به عن طريق ما استقر عليه القضاء كما هو الحال في القضاء اللبناني. نقلا عن : * البستاني سعيد يوسف ، القانون الدولي الخاص –تطوره و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية –تنازع القوانين –المعاهدات –التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون بلد النشر ، دون س ن، ص222 .

2- عيد عبد الحفيظ ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون أعمال ، 2005، ص74 .

3- الرفاعي اشرف عبد العليم ، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولة – دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 47 .

يؤكد غالبية الفقهاء على أهميته ودوره كأداة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق لهذا فأطراف العقد يسعون إلى إدراجه كشرط في العقد ليضمن لهم استبعاد القانون الواجب التطبيق [1] .

تعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة ، إلا أنها تطورت و أصبح لها دور في مجال القانون الدولي الخاص بلستبعادها تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى توافرت شروط إعمالها، ما أدى إلى تباينت الفكرة من حيث نطاقها تبعا للنزعة التي انبعثت منها ، رغم هذا الاختلاف إلا أنها تكاد تجتمع على فكرة جوهرية ينصب عليها النظام العام في كل دولة ألا و هي المصلحة العامة للدولة أو المصلحة الوطنية [2]، و إن كان مفهومها و مضمونها يختلف من دولة إلى أخرى ، فلا يوجد تعريف مانع وجامع له، لكن اغلب الفقهاء قد قربوا معناه و بناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة[3].

أدت التطورات الحديثة التي عرفتها الساحة الدولية إلى ظهور فكرة النظام العام الدولي بمفهوم يختلف نوعا ما عن فكرة النظام العام في إطار القوانين الداخلية [4] .

تعتبر فكرة النظام العام فكرة مرنة و متطورة و يكتنفها الغموض بحيث يصعب تحديدها ، فهي ذات مفهوم متغير باختلاف المكان و الزمان [5] فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى ، وما هو من النظام العام داخل دولة معينة لا يعد كذلك في وقت لاحق[6]، نظرا لارتباطها بالأفكار الأساسية السائدة في وقت معين و في

1- إذا كان استبعاد القانون الواجب التطبيق عندما تكون أحكامه مخالفة للنظام العام في الدولة ، فلا يعني ذلك أن الأمر متروك للسلطة التقديرية ، إنما يكون ذلك بالتقييد بأسس و معايير محددة ، كأن يكون القانون الواجب التطبيق يتعارض و المصالح الحيوية ، أو المصلحة العامة للدولة ، أو المبادئ الأساسية السياسية و الاقتصادية للدولة ، كالقوانين التي تخل بالسياسة النقدية مثلا . نقلا عن : البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق ، ص223-225.

2- بلمامي عمر ، "اثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام – دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص- "المجلة الجزائرية للعلوم القانونية –الاقتصادية و السياسية ، عدد 1 ، سنة 1995 ، ص190 .

3- غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوا نيين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2005، ص 235 .

4-FERRY Claude La validité des contrat en droit international privé , L.G.D.J,Paris, 1989, P 110

5- خليفاتي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص107 .

6- جمال الدين صلاح الدين ، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون-، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص120 .

مجتمع محدد، لذا ففكرة النظام العام فكرة حالية [1].

أهم عقبة تواجه القانون الواجب التطبيق هي فكرة النظام العام حتى و إن كان غير متعارض مع مبدأ حرية أطراف العقد في اختيار هذا القانون ، إلا انه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار هذا الأخير [2] ، لأنه شرط استحدث كأداة لحماية المصلحة العامة [3] في مواجهة المتعاقد الذي يسعي إلى تحقيق مصلحته الخاصة.

الدور الاستعبادي الذي يقوم به النظام العام هو أمر ضروري تفرضه طبيعة هذه العقود ، لأن المشرع الوطني لأية دولة لا يمكنه أن يعرف مقدما مضمون القوانين الأجنبية التي ستطبق على هذه العلاقة التعاقدية [4]، و على هذا الأساس يرفض تطبيق القانون الأجنبي حفاظا على نظامها الوطني و حماية له من الأحكام التي تتعارض تعارضا كليا مع أحكامه لذا فتطبيق القانون الأجنبي يكون مشروطا بقيد أو بتحفظ مفاده ألا يكون متعارضا مع النظام العام ، وهذا ما نصت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 التي نصت على أن مبدأ سلطان الإرادة باعتباره المبدأ الأساسي الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار ، وأنها منحت للأطراف حرية اختياره بشرط أن لا يتعارض مع قواعد النظام العام في الدولة التي سيطبق فيها القانون الوطني المختار كقانون واجب التطبيق [5].

يختلف دور النظام العام في مفهوم القانون الداخلي عنه في مجال القانون الدولي الخاص ، و هذا بالرغم من أن هذه الفكرة تهدف في مجموعها إلى صيانة المصالح الجوهرية

1- بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص172 .

2- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، الجزء الثاني ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر،1991 ، ص326 .

3- قد تكون المصلحة سياسية و يقصد بها ما تقوم عليها روابط القانون العام من دستورية ، إدارية أو مالية مثلا ، فكلها تدخل ضمن فكرة النظام العام ، أما المصلحة الاجتماعية فهي ما تقوم عليه قواعد القانون الجنائي ، القواعد المتعلقة بعلاقات العمل، أما لمصلحة الاقتصادية فهي تلك القواعد التي تجعل التنافس مفتوحا للجميع . لمزيد من المعلومات أنظر:* عن عيد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص78 8- شرف الدين احمد ، المرجع السابق ، ص41 .

4- عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ... ، المرجع السابق ، ص467 .

5-الجندي حسين احمد ، المرجع السابق ، ص187 .

للمجتمع الذي يعد كهدف بين القانون الداخلي و القانون الدولي الخاص ، و لكن مع بقاء الاختلاف قائما من حيث تطبيق فكرة النظام العام ، فهي تعني في إطار القانون الداخلي ضمان عدم الخروج الإرادي عن أحكام القواعد القانونية الآمرة ، بينما تطبق فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق [1].

ثانيا : أثار النظام العام

يترتب على الدفع بالنظام العام في المنازعات الخاصة الدولية اثأر سلبية و هو استبعاد القانون الواجب التطبيق، ويسلم الفقه و القضاء في مختلف الدول أن هذا الاستبعاد يجب أن يكون ضمن الحدود اللازمة [2]، وقد يكون استبعاد القانون الأجنبي إما بصورة جزئية(1) و هذا هو الغالب، و إما بصورة كلية(2) إذا توافرت فيه بعض الشروط.

1- الاستبعاد الجزئي لقانون

الأثر السلبي للنظام العام هو الذي من شانه استبعاد القانون الواجب التطبيق بصورة جزئية وذلك بحصره في القاعدة أو القواعد المخالفة التي تتعارض معه [3] .

2- الاستبعاد الكلي للقانون

يتم الاستبعاد الكلي للقانون الواجب التطبيق استناد إلى فكرة النظام العام لما يكون مرتبطا ارتباطا وثيقا بمجموعة النصوص القانونية التي لا يمكن فصلها عن بعضها البعض [4] لذا يتم استبعاده كليا.

يعتمد المستثمر الأجنبي في اتخاذ قراره الاستثماري في دولة ما على مدى التوازن بين الربح العائد منها و المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراته ، الذي يقوم على مقدار الضمانات التي تقدمها [4] الدولة للمستثمر الذي لا يوظف أمواله إلا في المناطق التي توفر له

1- عيد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 79. كذلك : جمال الدين صلاح الدين ، المرجع السابق ، ص101 .

2- البستاني سعيد يوسف ، المرجع السابق ، ص234 .

3-4- نفس المرجع ، ص 225-236 .

4- بوسهوة نور الدين ، المرجع السابق ،ص 81 .

أعلى معدلات الربح ، و ذلك بتقديم القدر المقبول و الضروري من الضمانات له [1]، لذا شرعت هذه الأخيرة في البحث عن أنجع السبل لضمانها من المخاطر غير التجارية.

المطلب الثانـــي: إدراج شرط الحماية من المخاطـــر

الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار جعلتها تختلف عن العقود الدولية المعتادة الأخرى ، لأنها تعتبر بفعل تلك الخصائص التي تميزها مصدر مواجهة بين الأطراف لا سيما عند ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية ، التنفيذية و حتى القضائية ، و المستثمر الأجنبي الذي يعمل على ضمان و حماية[2] حقوقه من كل المخاطر غير التجارية التي قد تعترضه ، الأمر الذي يتطلب توفيق بين مصالح كل طرف.

يقصد بالمخاطر غير التجارية الماسة بالتوازن المالي و الاقتصادي للمشروع الاستثماري كل إجراء تشريعي أو إداري يمكن أن تتخذه الدولة الضيفة للاستثمار بصورة مباشرة أو غير مباشر يؤثر من خلاله على الوضعية الاقتصادية و المالية للمستثمر رغم بقائه مالكا للمشروع [4] و هي مخاطر لم يضعها المستثمر الأجنبي في حسابه عند قيامه بالاستثمار.

تؤدي بعض هذه المخاطر إلى حرمان المستثمر من حقوقه في ملكية المشروع الاستثماري ، بنقلها إلى الدولة المضيفة كما في حالة التأميم و نزع الملكية ، وكذا في حالة مصادرة المشروع ما يسمى بالمخاطر السياسية (فرع أول) ، و البعض الآخر يؤدي إلى تقييد الذمة المالية للمستثمر بفرض قيود على تحويل أمواله و أرباحه للخارج (فرع ثاني) ، وأخرى قد يؤدي إلى الهلاك الكلي أو الجزئي للأصول المادية للمشروع (فرع ثالث)

1- يوسفي محمد ، اتجاهات الاستثمار الدولي و أثارها ...، المرجع السابق ، ص288 .

2- يقصد بحماية الاستثمارات مجموعة القواعد القانونية الموجودة في القانون الداخلي و الدولي ، و التي تهدف إلى منع و قمع كل تعسف أو اعتداء عليها و التي من شانها التأثير على المشروع الاستثماري.

انظر :* نزليوي صليحة ، النظام القانوني لضمان الاستثمار الدولي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2006 ، ص 91 .

3- نفس المرجع ، ص92 .

كحالة الحرب و الاضطرابات .

الفرع : المخـــاطر السياسية

هناك اختلاف كبير في تحديد مفهوم المخاطر السياسية من حيث محتواها أو نطاق مضمونها لأنها تتغير بتغير الظروف الاقتصادية و السياسية للدولة.

توصف هذه المخاطر بالصبغة السياسية لأنها ترجع لإرادة الدولة المضيفة ، إذ تتمثل في الإجراءات الحكومية التي تصدرها ، وتؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره كالتأميم (أولا) و نزع الملكية (ثانيا) إلى جانب المصادرة (ثالثا) .

أولا: الـــتأميـــم

وجدت الدول النامية في فكرة التأميم [1] الأداة القانونية و الفنية المثلى لنقل و تحويل ملكية المشروعات الخاصة إلى ملكية عامة للدولة [2] ، وهو احد الأسلحة التي تستخدمها خاصة في معركة التقدم للتخلص من التبعية ، وتحقيق نموها الاقتصادي ، وليصبح استقلالها حقيقة واقعية و ليس مظهر شكليا فقط.

تعتبر الدول النامية التأميم وسيلة من وسائل التحرر الاقتصادي من الهيمنة ، الاحتكار و التبعية ، وهو إجراء إصلاحي يستهدف بالدرجة الأولى ممارسة هذه الدول لسيادتها على المشروعات الاستثمارية التي تعتبر بالنسبة لها حيوية ، وتهدف من خلاله الدولة الاستيلاء على ملكية المستثمر نهائيا ، بحيث تصبح هي صاحبة الحق علية [3] ، رغم انه إجراء يخلق جو غير مناسب للاستثمار ، بسبب عدم الثقة الذي يميز العلاقة بين المستثمر و الدولة المستقبلة لها المتخذة لهذا الإجراء[4].

1- في وقتنا الحالي لم يعد التـــأميم مصطلح متداول و لم ينص عليه قانون الاستثمار على عكس التقنين المدني في نص المادة 678 التي نصت على أن التأميم يكون بنص قانوني ، إلا أن المشرع نص على مصطلح التسخير في نص المادة 40 من المرسوم التشريعي 93-12 .

2- كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص58 .

3- نزليوي صليحة ، المرجع السابق ، ص 97 .

4-CARREAU (D) JUILLARD (P), Droit international économique, librairie générale de droit et de Jurisprudence , Paris, 1990,P423 .

يعتبر التأميم من أهم صور التدخل في حقوق الملكية اللصيق بالسيادة القومية وفقا لقرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ، كالقرار رقم 1803الصادر في ديسمبر 1962 إلى جانب القرار الصادر في نوفمبر 1966 ، الذي أكد على حق السيادة الدائمة للشعوب و الأمم على الثروات الطبيعية التي تجسدت من خلال تأميم هذه الثروات.

يعرف التأميم على انه نقل ملكية المشروع إلى الدولة المضيفة تحقيقا للمصلحة العامة أي أنه نقل الملكية الخاصة إلى الدولة بإجراءات تشريعية بغرض المنفعة العامة [1] ، أي يتم التأميم بنص قانوني وفق شروط و إجراءات يحدده القانون ، و هذا ما نصت عليه **المادة 678** من **ت م** التي تنص على :

"**لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني غير أن الشروط و إجراءات نقل الملكية و الكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون**"[2].

لذا يرتبط بسيادة الدولة ، و يمكن أن نقول عنه انه عمل من أعمال السيادة ، إذ يمارس الإجراء لغرض السيطرة على الثروات الطبيعية التي تزخر بها ، مع دفع تعويض [3]عادل لصاحب المشروع المؤمم .

التأميم إجراء قانوني تقوم به الدولة بغرض فرض سيطرتها على المشروعات

1- إن التأميم يجب أن يبنى على أسس و أسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو المصالح الوطنية التي تعتبر ذات أهمية تفوق المصالح الخاصة أو الشخصية سواء كانت أجنبية أو وطنية ، و يكون ذلك مقابل تعويض مناسب وفق للقوانين الوطنية السارية المفعول و التي اتخذ فيه مثل هذا الإجراء ، ووفقا للقانون الدولي . **انظر :***قرارجي جميلة ، المرجع السابق ، ص17. كذلك: *ايت شعلال وردية ، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية و الإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006 . ص111 .

Aussi : CARREAU Dominique, op ,cit , p527 .

2- أمرقم 75- 58، المرجع السابق .

3- التعويض لا يعد في الرأي الغالب ركنا من الأركان اللازمة لمشروعيته ، بل هو سوى اثر مترتب عليه ، حيث لا يترتب عن عدم دفع التعويض شيء سوى إمكانية المطالبة به لأنه لا يعتبر التزاما على عاتق الدولة إذا ما قامت بالتأميم ، انما هو حقا قانونيا لصاحب المشروع الاستثماري . و هذا ما نصت عليه المادة **677 ف3** من الأمر رقم 75-58 المعدل و المتمم السالف الذكر التي تنص على أنه:

"...**مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة** ".

الخاصة وطنية كانت أو أجنبية [1] تجسيدا للصالح العام ، و المنفعة العامة الوطنية.

ثانيا: نـــــزع الـــمـــلـــكـــيـــــة

يعرف البعض نزع الملكية بأنه امتياز تستطيع بموجبه الدولة حرمان مالك العقار من ملكيته جبرا من اجل المنفعة العامة مقابل دفع تعويض عن ذلك [2]، أي هو تملك الدولة للأموال العقارية المملوكة للأشخاص الخاصة تحقيقا للصالح العام [3] ، لهذا يعد من اخطر الإجراءات التي يمكن أن تمس مصلحة المستثمر [4] .

تمتلك الدولة المضيفة للاستثمار الإمكانيات اللازمة للموازنة بين حق المستثمر الأجنبي للملكية كحق مكتسب على أراضيها، و حقها في استعمال سيادتها [5] باسترجاع أملاكها، مواردها و ثرواتها متى تطلب ذلك تحقيق منفعتها العامة [6] مقابل دفع تعويض.

يمثل إجراء نزع الملكية بالنسبة للمستثمر خطرا يحد من رغبته في الاستثمار خارج حدود وطنه ، ونتيجة لذلك فقد اهتمت الدول المتقدمة و النامية بتنظيمه باعتباره صور من صور تدخل الدولة [7] ، لذا فعزوف هؤلاء عن الاستثمار في الدول النامية خصوصا راجع

1- HAROUN Mehdi ,le Régime des Investissements en Algérie à la lumière des conventions FRANCO-AGERIENNES ,ites,Paris ,2002,p539 .

2- نزليوي صليحة ، المرجع السابق ، ص97 .

3- ايت شعلال وردية ، المرجع السابق ، ص 96 .

4- اوديع نادية ، المرجع السابق ، ص 137 .

5- بالرغم من أن إجراء نزع الملكية من أعمال السيادة للدولة التي تصدرها بصفتها سلطة عامة بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية إلا أنها وردت عليه قيود .

فنزع الملكية لا يكون قانوني إلا إذا توافر فيه شرط المصلحة العامة ، و أن لا يكون تمييز بين المواطنين و الأجانب ، إلى جانب أن مقابل دفع تعويض عادل. انظر* حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق، ص94-95 .

6- المنفعة العامة مفهوم واسع فقد يشمل مثلا إنشاء هياكل المصالح العامة ، مكافحة التلوث ، حماية الثروات الطبيعية و الأموال العامة ... الخ . انظر :* حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص 95 .

7- بعداش عبد الكريم ، الاستثمار الأجنبي و أثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005 ، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص النقود والمالية ، جامعة الجزائر ، 2008 ، ص 186 .

إلى الفكر الذي مازال يحمل أثارها عن الحركات التأميمية التي عاشتها هذه الدول باسترجاعها لأملاكها و ثرواتها الطبيعية، التي تشكل دليل عن عدم الاستقرار، وعدم الحماية الكافية للاستثمارات من هذا الخطر [1].

يتم إجراء نزع الملكية بموجب قرار إداري، يرد على العقارات دون المنقولات ، بهدف تملك الدولة للعقار المنزوع ملكيته لتحقيق هدف عام دون مراعاة التمييز بين الوطنيين والأجانب [2]، و ذلك مقابل دفع تعويض [3] .

ثالثا: المصادرة

المصادرة إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة بغرض الاستيلاء على أموال بعض الأشخاص، سواء كانوا مواطنين أم أجانب [4] دون تعويض أو مقابل، وينصب على الموال العقارية والمنقولة[5]، وتتخذ المصادرة شكلا قضائيا أو إداريا ، لذا تصنف إلى مصادرة قضائية ومصادرة إدارية:

1: المصادرة القضائية

هي إجراء عقابي تكميلي ، تكون بحكم قضائي ، و هي نقل مال مملوك للجاني إلى الدولة دون مقابل [6] ، وتكون كعقوبة تصدرها المحاكم بنص القانون عند تورط المستثمر في قضايا، و أعمال تمس بأمن وسلامة الدولة المضيفة ، فلا تتحمل الدولة أية مسؤولية لا على المستوى الداخلي و لا الدولي [7].

1- حسين نوارة ،الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية ... ، المرجع السابق ، ص90 .

2- قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ... ، المرجع السابق ، ص 190 .

3-التعويض يجب أن يكون ملائما، عادلا ، و منصفا يغطي الضرر الناشئ عن هذا الإجراء بحسب قواعد القانون الدولي المتعارف عليها.

4-حسب نص **المادة 14** من أمر رقم01-03 ، المعدل و المتمم ، التي تنص على أنه :

"يعامل الأشخاص الطبيعيون المعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الوجبات ذات الصلة بالاستثمار ..."

5-6- بوسهوة نور الدين ، المرجع السابق ، ص85-86 .

7-كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص 54 .

المصادرة القضائية يكون إجراء وقائي، تقتضيه اعتبارات الأمن والنظام العام ، و هو كجزء من العقاب [1].

2: المصادرة الإدارية

المصادرة الإدارية إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن ، الصحة والسلامة العامة ، تتخذه السلطة الإدارية دون أن يصدر حكم قضائي ، كمصادرة الأغذية والضائع المهربة على سبيل المثال[2] .

المصادرة الإدارية حسب نص **المادة 16**من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي تنص على انه :

"**لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية ، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به و يترتب علة المصادرة تعويض عادل و منصف**"

يتبين من خلال نص المادة أن المصادرة الإدارية لا يمكن أن تتم إلا بموجب القانون ، و تكون حسب الحالات المنصوص عليها في التشريع ، و اشترط دفع تعويض مقابل لها ويكون تعويض عادل ومنصف.

الفرع : خطر عدم تحويل العملة

تمنح معظم الدول ضمانات مالية لأجل تحفيز تدفق رؤوس الأموال ، و تعد حركة رؤوس الأموال و خصوصا في مجال إعادة تحويلها من أهم الضمانات الأكثر تأثيرا في قرار الاستثمار ، لما يلعبه من دور هام في مجال حماية المستثمر الأجنبي من خطر عدم القابلية لتحويل رأسماله و الفوائد الناجمة عنه متى رغب بذلك [3] .

يعتبر عدم تحويل العملة من المخاطر التي تعيق الاستثمارات ، و من جهة أخرى

1- و فقا للرأي الراجح في القانون الدولي المعاصر فان المصادرة القضائية تستوجب تعويض المستثمر متى كانت تعسفية ولم تراع فيها الإجراءات القانونية

2- بوسهوة نور الدين ، المرجع السابق ، ص85 .

3-حسين نوارة ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية...، المرجع السابق ، ص 106 .

تعتبر من أهم الضمانات المالية التي تهدف إلى تحفيز تدفق رؤوس الأموال للدولة المضيفة [1] لأن ما الفائدة التي يجنيها المستثمر إن كان محروما من حق تحويل رأس ماله و أرباحه وعائدات استثماره [2] من الدولة المستثمر فيه إلى دولته.

تعد مسألة تحويل العملة إلى الخارج عملية مهمة للمستثمر، في حين هي تشكل عبئا ثقيلا على الدول النامية ، لحاجتها لهذه الأموال[3] لاستغلالها في تحقيق تنميتها الاقتصادية . حق تحويل العملة تخوله جل التشريعات ذات الطابع التحفيزي و الانفتاحي ، لأنها ضمان هام و جوهري لتحقيق مصالح مالية للمستثمر الأجنبي الذي يسعى دائما لتحقيق الربح.

لأهمية هذا الضمان فقد كرسه المشرع أولا في المرسوم التشريعي رقم 93-12 [4] المتعلق بترقية الاستثمار في نص **المادة 12** منه على:

"تستفيد الاستثمارات التي تنجز بتقديم حصص من المال ، بعملة قابلة للتحويل الحر، و مسعرة رسميا من البنك المركزي الجزائري الذي يتأكد قانونا من استيرادها ، من ضمان تحويل رأس المال المستثمر و العوائد الناجمة عنه ، و يخص هذا الضمان أيضا الناتج الصافي للتنازل أو للتصفية حتى و لو كان هذا المبلغ يفوق رأس المال الأصلي المستثمر...".

و هذا ما أكده المشرع لما ألغى المرسوم التشريعي رقم 93-12 بالأمر رقم 01-03 الذي أكد في ا **لمادة 31** منه و التي لا تختلف في صياغتها كثيرا عن المادة 12 من المرسوم الملغى التي تنص على انه :

"تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام و يتحقق من استيرادها قانونا ، من

1-يوسفي محمد ، "مضمون و أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار ...، المرجع السابق ، ص 33 .

2- وتيكي شريفة ، المرجع السابق ، ص 243 .

3- قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية ...، المرجع السابق ، ص 123 .

4-مرسوم التشريعي رقم 93-12 ، مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 ، يتعلق بترقية الاستثمار، ج .ر، عدد 64 ، أكتوبر 1993 ، الملغى .

ضمان تحويل الرأسمال المستثمر و العائدات الناجمة عنه ، كما يشمل هذا الضمان المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية ، حتى و إن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية"

فحسب نص هذه المادة فان المشرع قد حدد ما هو مضمون للتحويل و هي:

*رأس المال المستثمر.

*العوائد الناتجة عن الاستثمار.

*المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية [1] حتى و لو كان المبلغ يفوق رأس المال الأصلي المستثمر، أي أن التحويل مضمون حتى ولو تجاوز الرأس المال المستثمر في البداية.

ولكن من خلال نص المادة نجد أيضا أن المشرع قد وضع شروط للتحويل و هي:

*أن تكون الاستثمارات منجزة بالمساهمة في رأس المال.

*أن تكون العملة الصعبة حرة التحويل.

*أن تكون العملة مسعرة من البنك المركزي الجزائري[2] الذي يتأكد من استيرادها قانونا.

لمنح المزيد من الفاعلية لهذا الضمان فقد انضمت الجزائر إلى هيئات الضمان الدولية و الإقليمية ، وقد نص على هذا الضمان في جل الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع شركائها ، فعلى سبيل المثال ما نصت عليه **المادة 5** من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و

1- إن المقصود بالناتج الصافي للتنازل أو التصفية تلك المبالغ التي يتحصل عليها المستثمر من استثماراته بعد خصم كل الحقوق الرسوم .

أما المقصود بالتنازل هو تغيير مالك الاستثمارات كلها أو جزء منها بحيث يغير المستثمر و تبقى الاستثمارات قائمة و هذا ما هو منصوص عليه في المرسوم التشريعي رقم 93-12 في **المادة 44** منه التي تنص على أنه:

" **يمكن أن تكون الاستثمارات ...موضوع تحويلات أو تنازلات ...**".

2- و هذا ما نصت عليه **المادة 127** من الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003 ، يتعلق بالنقد و القرض، الجريدة الرسمية عدد52 ، لسنة 2003 ، التي تنص على انه :

"**ينظم بنك الجزائر سوق الصرف إطار سياسة الصرف التي يقررها المجلس...لا يجوز أن يكون سعر صرف الدينار متعددا** ".

الاتحاد اللكسمبورغي [1]التي تنص على أن:

"يمنح كل طرف متعاقد أقيمت على إقليمه استثمارات من طرف مستثمري الطرف المتعاقد الأخر، لهؤلاء المستثمرين حرية تحويل أموالهم السائلة و خاصة :

مدا خيل الاستثمارات بما فيها الأرباح ، الفوائد و عائدات رأسمال الحصص الموزعة و الإتاوات".

ذكرت هذه الاتفاقية على سبيل المثال لا الحصر لان الجزائر أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية مع الشركاء و المتعاملين الاقتصاديين الأجانب، وخطر تحويل العملة يكون فـــرض قيـــود على تحويل العملة الذي يقصد بخطر عد م التحويل القيود التي تفرضها الدولة المضيفة مشتملات التحويل [2] ، التي من شأنها التأثير على حركة دخول وخروج رؤوس الأموال و الأرباح المحققة [3] منها سيما من جانب الدول النامية تهدف إلى السيطرة على مقدراتها الاقتصادية ، والحفاظ على ما لديها من عملات أجنبية التي هي بحاجتها لتساعدها على تحقيق تنميتها الاقتصادية.

الفرع : الاضطرابات و الحروب

يشمل هذا الخطر الحروب ، الثورات ،الفتن ،الاضطرابات الداخلية ، و أعمال الشغب التي تلحق الضرر بالمستثمر الأجنبي دون أن يكون للدولة المضيفة للاستثمار أية رغبة [4]، أي أن الدولة لا تكون لها أية مسؤولية عن هذه المخاطر .

1- الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورقي ، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار، الموقعة في الجزائر، 05 أفريل 1991، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم91-345، مؤرخ في 05 أكتوبر 1991، ج. رعدد 46، لسنة 1991.

2- نزليوي صليحة ، المرجع السابق ، ص 103 .

3- التحويل هو حركة دخول و خروج الأموال بكل حرية ، وبعملة قابلة للتحويل .
و تشتمل عملية التحويل رأس المال و عوائده ، بالإضافة إلى الأرباح التي يحققها من استثماره.

4- هذا النوع من المخاطر قد يضر بالدولة المضيفة أكثر ما يضر بمصالح المستثمر الأجنبي .

تتميز هذه المخاطر بخروجها عن سيطرة هذه الدول النامية ، لأنها تتعلق أكثر بمخلفات الاستعمار، واغلب هذه النزاعات و الاضطرابات تتمحور حول الحدود ، والفوارق الاقتصادية بالخصوص الموروثة ، وهو مظهر من مظاهر التخلف ، إلى جانب حداثة المؤسسات الاقتصادية و السياسية ، وعدم التجانس في التركيبات الاقتصادية لمختلف الفئات [1] تتمحورظاهرة عدم الاستقرار في الحروب الأهلية ،الانقلابات العسكرية ، النزاعات الحربية الطائفية ، و الصراعات الدائمة على السلطة بأعمال الشغب ، والعنف ...الخ ، و التي تؤدي إلى الإضرار بمصالح المستثمر، وبالتالي تستوجب التعويض وفقا للقانون الدولي من طرف الدولة المضيفة.

فالطبيعة الخاصة لهذه العقود تستمد من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار هي التي جعلت هذه الأخيرة تنتهج سياسات استثمارية تحفيزية لجلب الاستثمار بإعطاء المزيد من الضمانات و الامتيازات لضمان هذه الاستثمارات التي تهدف إلى إبعاد عقد الاستثمار من نظرية العقد الإداري و بالتالي ليس من الضروري تكيفها على أنها عقود القانون العام لإخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة لان هذا التكيف يكون عقبة أمام المستثمر الأجنبي الذي عادة ما يأخذ موقف العداء و الريبة إزاء السلطة العامة في الدول النامية خوفا من الشروط غير المألوفة التي تنص عليها العقود الإدارية من تعديل و إلغاء العقد بالإرادة المنفردة لان المستثمر يسعى من خلال استثماره لتحقيق الربح و بصفة عامة لأغراض تتعلق المصلحة الخاصة له.

1-ايت شعلال وردية ، المرجع السابق ، ص104 .

الفصل الثاني

تدويل عقد الاستثمار

الـفـصـل الـثـانـي :
تـدويـل عـقـد الاسـتـثـمـار

يعد خضوع عق ود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة الحل الطبيعي الذي ندت به جل الدول النامية التي سعت إلى توطينه ، إلا أن عدم ثقة المستثمر الأجنبي في هذه القوانين وخصوصا إن كانت من قوانين الدولة النامية ، هو ما دفعه إلي محاولة تدويل هذه العلاقة التعاقدية ، للتصدي لمختلف التصرفات الانفرادية التي تلجأ إليها الدولة المضيفة سواء عند القيام بتعديل قوانينها، أو عند التنصل من التزاماتها التعاقدية بحجة المصلحة العامة ، أو النظام العام الداخلي للدولة .

في ظل احتدام الصراع وتباين المصالح بين الدول المضيفة التي تسعى إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية ، و المستثمرين الأجانب الذين يسعون وراء تحقيق اكبر قدر ممكن من الأرباح ، وكذا في ظل المعطيات الدولية الجديدة الرامية إلى عولمة الاقتصاد و توحيد القواعد الدولية ، فان المستثمرين الأجانب يسعون إلى إيجاد نظم قانونية تؤدي إلى سلخ هذه العلاقة من خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة [1] الذي وضعت أحكامه لتحكم العلاقات الداخلية ، و لم توضع لتحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي [2] ، حتى تضمن استقرارها و عدم قيام الدولة بالتصرفات الانفرادية من تعديل أو إنهاء العقد من جانب واحد ،و ذلك بتدويل هذه العقود بسلخها من سيطرة قوانين الدول المتعاقدة ، بتطبيق قواعد القانون الدولي عليها ، إما على أساس إرادة الأطراف إرادة صريحة أو إرادة ضمنية ، أو عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مبحث أول) ، أو بإخضاع العقد للقانون الدولي على أساس المعاهدات الدولية ، إما الثنائية أو المتعددة الأطراف ، كما يمكن أن يكون ذلك بإخضاعه لقانون عبر الدولي المستمد أحكامه من مبادئ القانون الدولي أومن أعراف

1- منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،1995 ، ص201 .

2- ياقوت محمود محمد ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشات المعارف الإسكندرية ، 2000 ، ص313 .

التجارية الدولية التي تعبر عن الإرادة الجماعية للتجار، والذي أصبحت تعرف بقانون التجارة الدولية (مبحث ثاني)، ما يعني أنه قد منح للأطراف عدة خيارات لاختيار القانون الواجب ، و هذا بهدف تحرير هذه العقود من سلطان القوانين الداخلية للدول المتعاقدة و التي تكون غالبا من الدول النامية ، و إخضاعه لأنظمة قانونية أخرى .

المبحث الأول: أساس تـــدويل عقـــد الاســـتثمار

ازدياد اهتمام الدولة النامية بتطوير معاملاتها و علاقاتها بالدولة المتقدمة قصد جلب المزيد من الاستثمارات للنهوض بتنميتها ، التي أصبحت عصب الاقتصاد الدولي الحديث ، بالتالي فللبيئة الدولية الراهنة تتسم باحتدام التنافس على جلب الاستثمارات بين مختلف الدول ، المتقدمة منها و الدول النامية على حد سواء ، نتيجة للدور الهام الذي تلعبه في توفير التمويل المطلوب لإقامة المشاريع الإنتاجية وخصوصا نقل التكنولوجيا .

تحتل الاستثمارات أهمية استثنائية في الدول النامية التي تعاني من تفاقم أزماتها المالية ، الشيء الذي زاد من حدته تقلص مصادر التمويل المختلفة في ظل تصاعد مؤشرات المديونية و تضخم التكاليف المرافقة لاقتراضها من الخارج ، لذا فإن مصادر التمويل التي بقت متاحة أمامها تنحصر في العمل على جلب هذه الاستثمارات بإبرام عقود الاستثمار.

يحاول كل طرف في عقد الاستثمار إقناع الطرف الأخر بضرورة تطبيق القانون الذي يرغب به ، و بالضرورة القانون الذي يحقق له مصالحه ، لينظم هذه العلاقة التعاقدية ، لهذا فـــتثار مشكلة تنازع القوانين بينهم حيث تكون الغلبة للطرف الأقوى و عادة ما يكون الطرف الأجنبي المالك للمال و التكنولوجيا الذي يعمل على تجاوز سيادة الدولة المتعاقدة ، وعموما يؤدي إلى تدويل العقد إما بإخضاعه للقانون الدولي على أساس إرادة الأطراف التي تعتبر أساس تطبيق قواعد القانون الدولي [1] (مطلب أول) أو على أساس اللجوء للتحكيم التجاري الدولي(مطلب ثاني).

1- حافظ غانم محمد ، المرجع السابق ، ص 46 .

المطلب الأول : تدويل العقد على أساس إرادة الأطراف

استقر في فقه القانون الدولي الخاص، و في معظم النظم القانونية المعاصرة خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة ، أي ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل أطرافه ، لأن هذا من مهامهم بالدرجة الأولى، بمعنى أن هذا التحديد يتم عبر آلية الاختيار الإرادي المطلق للقانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية ، و قد عرّف قانون الإرادة لدى فقه القانون الدولي الخاص بأنه الحرية المتروكة للأطراف المتعاقدة لتعيين القانون الذي يُخضِعون له العقد ، خصوصا و أنه يرتبط بأكثر من نظام قانوني [1] ، و كل هذا وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

تطور العلاقات الاقتصادية الدولية و ازدياد حجم المبادلات التجارية الدولية بين أطراف ينتميان لأكثر من نظام قانوني ، كل طرف يصر و يرغب في تطبيق نظامه القانوني على علاقتهما التعاقدية ، ليضمن تحقيق أهدافه، فمن جهة تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، ومن جهة أخرى تحقيق الأهداف التنموية للدولة المضيفة للاستثمار ، و من أجل التوفيق بين هذين الهدفين فقد أعطي نطاق واسع لمبدأ سلطان الإرادة لاختيار القانون الواجب التطبيق .

تدويل عقد الاستثمار على أساس الإرادة باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد إذا يكون إما تدويلا صريحا (فرع أول)، أو يكون تدويلا ضمنيا يتم كشفه من الظروف المحيطة بالعقد المكرسة لإرادة الأطراف الضمنية [21] (فرع ثاني).

الفرع الأول : التدويل الصريح للعقـــد

لا تثور الصعوبة في حالة الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد، حيث يدرج الأطراف في العقد عبارات صريحة تبين القانون الذي ينظمه

1- عبد الكريم سلامة أحمد ، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و... ، المرجع السابق ، ص 63 .

2-SADEK RACHID Samia , « Vers un droit international privé des investissements dans les pays en voie de Développement » , Revue Egyptienne de droit international , vol 29, 1973, p160.

، إما بتضمينه شروط أو بنود تشير صراحة للقانون الواجب التطبيق.

أصبح قانون الإرادة أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص نتيجة التطورات الحاصلة في العلاقات والمعاملات الاقتصادية الدولية ، حيث تلعب إرادة المتعاقدين دورا محوريا في مجال القانون الدولي ، لذا على الأطراف إخضاع العقد للقانون الذي اتفقت إرادتهم الصريحة على اختياره ، أما إذا لم يختاروه فيتعين البحث عن إرادتهم الضمنية عن طريق القرائن التي تدل على وجودها[1] .

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

الإرادة الصريحة هو ما أخذ به في المجال الإتفاقي الثنائي فمثلا تضمنت اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة أوراسكوم تيلكوم [3] بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق ، حيث تنص **المادة 8** منها على أنه:

"**يعترف الطرفان بأن الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و تنظيماتها** "

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن الأطراف أخذوا بالإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية الاستثمار المبرمة بينهم ، حيث اتفقوا بصريح العبارة على تطبيق القانون الجزائري .

أما على المستوى الدولي فقد أكد مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا

1- بكر محمد عبد العزيز، مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2002 ، ص49 كذلك : ياقوت محمد محمود ، المرجع السابق ، ص106 .

2- عبد الكريم سلامة أحمد ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2000-2001 ، ص190 .

3- مرسوم تنفيذي رقم 01-416، مؤرخ في 5 شوال عام 1422، الموافق20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيلكوم الجزائر ، ج ر ، عدد 80 ، مؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2001 .

عام 1979 في توصيته التي خصصت لدراسة عقود الدولة ، إذ تنص المادة الثانية من التوصية على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث جاء فيها :

"**العقود بين دولة و شخص خاص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختار من قبل الأطراف...**".

و هذا أيضا ما تأكد في القرار الصادر عن غرفة التجارة الدولية في 1985.05.22 بشأن النزاع بين الشركة الفنلندية و العراق بشأن بناء قصر المؤتمرات في بغداد ، حيث طبقت المحكمة القانون البلجيكي المختار صراحة من قبل الأطراف [1].

و هذا ما تأكد أيضا في قرار تحكيم لمركز تسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) في30 نوفمبر 1981 بين شركة AGIP مع الحكومة الكونغولية ، حيث عمل المحكم على تطبيق قانون دولة الكونغو مكملا في حالة الاقتضاء بمبادئ القانون الدولي و ذلك امتثالا لإرادة الأطراف ، وقد طبقت **المادة 42** من اتفاقية واشنطن المنشأة لهذا المركز لأن هذه المادة قد أشارت صراحة إلى أن لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق دور هام في مثل هذه العقود التي توصف بأنها عقود طويلة الأجل ، و ذلك تفاديا لأية خلافات فيما يخص القانون الواجب التطبيق عند حدوث أي نزاع بينهم ، و عرضه أمام أجهزتها، و على المحكم التقيد بهذا الاختيار ، إلا إذا كان القانون مخالفا للنظام في دولة الطرف الأخر.

تمنح المادة أطراف العقد سلطة و حرية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند حدوث نزاع ، وعرضه على أية محكمة للفصل فيه ، فقد نصت هذه المادة على أنه:

" **تفصل المحكمة في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة...**"

1- نقلا عن محي الدين علم الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دون ب ن ، دون ت ش ، ص217.

على غرار معظم النظم القانونية المعاصرة التي تخضع عقود الاستثمار لقانون الإرادة في إبرام العقد و تضمينه ما يرغبون به من شروط و بنود، أي بجعل الإرادة أساس التعاقد[1] ، فإن المشرع الجزائري قد جسد هذا المبدأ في المادة **1/18** من القانون المدني التي نص على أنه:

"**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**"

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري في المادة أخذ بمبدأ حرية اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية لكن بشرط أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو بالعقد ، كما اشترط كذلك أن تكون هذه الصلة حقيقة [2] ، وبالتالي فهذا الشرط يشكل تقييد لحرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية[3].

أقرت المادة **1/18** من **ت. م. ج** بحق الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم التعاقدية ، لكن هذه الحرية مشروطة ، فللأطراف لا يختارون القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم بكل حرية ، بل يجب عليهم أن يبحثوا عن القانون الذي يمثل صلةً حقيقيةً بهما أو بالعقد المبرم بينهم ، بالتالي فإرادة الأطراف لا يعمل بها إلاّ في حالة تحقق القاضي أن القانون المختار هو القانون الذي تم تركيز العقد فيه ، فإن تأكدّ القاضي من

1-حمودي ناصر ، المرجع السابق ، ص 30 .

2- والصلة الحقيقية هي أن إمكان تطبيق قانون الإرادة يشترط بها المشرع الجزائري أن يمثل صلة بالمتعاقدين؛ كأن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتهما، أو أن يمثل صلة بالعقد؛ كأن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد، بمعنى يؤخذ بالقانون الذي له أكبر صلة، وفي هذه الحالة لا يوجد إلاّ قانون واحد يتصف بهذا الوصف أي أن يكون على صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

3- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قبل تعديل المادة 18 من التقنين المدني الجزائري، نص على مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة أيضا لكن لم يقيد اختيار الأطراف، فكان لهم الحق في اختيار أي قانون ليحكم علاقتهم التعاقدية، فكان مضمون نص المادة 18 قبل التعديل كالتالي:

"**يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي يبرم فيه** =

ذلك فبذلك فللأطراف قد اختاروا القانون الواجب التطبيق بأنفسهم .

فما كان على المشرع إلا أن ينص على تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية[1]، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق القانون الذي له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ،لأن رغم نصه على تطبيق قانون الإرادة على العقود الدولية ، إلاّ أن القيود التي أوردت على هذا المبدأ جعلته منعدما ، فعوض أن يمنح الأطراف حرية تطبيق القانون الذي اختاروه ، إلا أنه ألزمهم باختيار القانون الذي له صلة حقيقية بـهما أو بالعقد ، لذا فإنه يوجد قانون واحد فقط يطبق على العقد ألا وهو القانون الذي يكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ، فكأن المشرع لم ينص على تطبيق قانون الإرادة المختار من قبل المتعاقدين.

كما أن المشرع الجزائري قد نص في المادة **1050** من **ت إ ج م** على إعطاء حرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، أي أن المادة تكرس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون و القواعد القانونية الواجبة التطبيق ، إلا أن في غياب ذلك تطبق القواعد و الأعراف التي تعتبر ملائمة [2] لتطبق حيث تنص على أنه :

" **...عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ...**"

الـــفرع الثاني: التدويـــل الضمني للعقـــد

عند تخلف الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق يتجه للإرادة الضمنية التي تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد ، خصوصا مع وجود قرائن وأدلة تشير

= **العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر**" .

انظر: أعراب بلقا سم ، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة ، الجزائر،2003، ص307.

1- إن بحث و تأكد القاضي من أن القانون المختار من قبل المتعاقدين له صلة حقيقية، هو ما يتنافى مع مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة .

2- عليوش قربوع كمال ، "إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري " ، مجلة العلوم القانونية ، عدد 13 ، جوان 2009 ، ص 82 .

إلى وجود هذه الإرادة التي لم يتم الإعلان عنها فقط [1]، حيث تحتل الدرجة الثانية بعد الاختيار الصريح بحيث لا مجال للبحث عنها بوجود هذه الأخيرة.

الإرادة الضمنية في واقع الأمر هي إرادة موجودة و لكن غير معلن عنها ، لذا فهي إرادة معبر عنها بطريقة غير مباشرة [2] تستخلص من الظروف المحيطة بالعقد [3] ، و من بعض القرائن التي تكشف الإرادة الضمنية للأطراف مثلا اللغة المستعملة في العقد ، قانون محل إبرام العقد كما هو منصوص عليه في **المادة 18 ف 3** التي تنص على أنه :

"... **يطبق قانون محل إبرام العقد** ".

كما يمكن أن يكون قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف كما هو منصوص عليه في **المادة 18 ف 2** التي تنص على أنه :

"...**يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة** ".

أن يكون قانون محل التنفيذ، و هذا ما أكده قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في 1985.12.18 بشأن النزاع بين شركة عامة جزائرية و شركة أمريكية حول دراسات لخط السكك الحديدية في الجزائر ، بحيث لم يكن الأطراف قد اتفقوا على القانون الواجب التطبيق إن حدث نزاع ، و بعد استعراض المحكم للظروف المحيطة بالعقد انتهى إلى أن العقد أبرم في الجزائر و نفذ فيها ، أي أن العقد يرتكز في الجزائر لذا يطبق على العقد القانون الجزائري [4] .

و المشرع الجزائري في نص **المادة 18** من **ت.م** يأخذ بمبدأ التعبير عن الإرادة

1- اقلولي محمد ، النظام للعقود الدولية ... ، المرجع السابق ، ص 297 .

2- فرج حسن توفيق ، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي للحقوق ، بيروت ، لبنان ،2008 ، ص 71 .

3- عيد عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص 45 .

4-المواجدة محمد فؤاد ، المرجع السابق ، ص22 .

كما أنه هناك قرار صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في النزاع بين الطرف المصري و الشركة النمساوية ، حيث بحث المحكم فتحي عبد الصبور عن القانون الواجب التطبيق فلاحظ عدم وجود اتفاق بين =

ضمنيا ،لأنه لم يشترط فيها أن يكون التعبير عنها بصريح العبارة ، بالتالي يؤخذ بالإرادة الضمنية التي تستخلص من خلال نص المادة **18 ف 2 و3** ، كما يؤخذ بها طبقا للقواعد العامة التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمنيا ، وهذا ما أكدته **المادة 2/60** من ت. م.ج التي تنص على أنه :

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

أخذ القانون الاتفاقي الدولي بالتعبير الضمني للإرادة ، فتنص المادة 7 من اتفاقية فيينا 11 أفريل 1980 المتعلقة بعقد البيع الدولي للبضائع ، الناصة على أن التعبير عن الإرادة يكون إما تعبيرا صراحة أو تعبيرا ضمنيا.

اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق الذي يطبق على العقد، يجبر المحكمة التي يطرح عليها النزاع على تطبيق هذا الاختيار ، أما في حالة عدم اختيارهم لهذا القانون وجب على المحكمة الكشف عن القانون الواجب التطبيق من خلال الظروف المحيطة بالعقد ، و هذا يعني أن المحكمة تبحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد [1] إلى جانب هذه الاتفاقية نجد اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب على الالتزامات التعاقدية التي أكدت على أن إرادة الأطراف هي أساس اختيار القانون الواجب التطبيق [2] ، حيث تنص **المادة 1/3** على أنه:

" **يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ، يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد ...**"[3] .

= الطرفين على تحديده، فانتهى إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة أي تطبيق القانون المصري ، لأنه الأكثر صلة بالعقد، تدل عليه القرائن ، حيث أن العقد أبرم ونفذ في مصر.

1- اقلولي محمد ، النظام للعقود الدولية ... ،المرجع السابق ، ص 296.

2- طرح البحور علي حسن فرج ، المرجع السابق ، ص47 .

3- ولكن للمحكم سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فهناك من الآراء التي طرحت ولاقت قبولا بصدد معرفة القانون الواجب التطبيق في مجال حل المنازعات في المعاملات التجارية الدولية هناك الرأي

فمن خلال نص المادة يتبين لنا أن الاتفاقية قد سويت بين الإرادة التي يعلنها الأطراف صراحة ، و التي تكون ضمنية مستمدة من بنود العقد، أو من الظروف المحيطة بالتعاقد.

المطلب الثاني : تدويل العقد باللجوء للتحكيم الدولي

كان القانون الدولي التقليدي في وقت ليس ببعيد لا يسمح للأفراد لمقاضاة الدول على المستوى الدولي ، لأنه شخص لا يتمتع بشخصية قانونية دولية ، فما كان له سوى التقاضي أمام المحاكم الوطنية ، أو اللجوء للمطالبة بالحماية الدبلوماسية ، و لكن مع التطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية العالمية ، و زيادة معدل الاستثمارات الدولية ، إلى جانب تشابك العلاقات الدولية ، و تطور مراكز الأشخاص الخاصة في القانون الدولي ، فقد أصبحت هذه العلاقات التعاقدية تتضمن شرط التحكيم الذي يعرف في الاصطلاح القانوني بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم للفصل في هذه المنازعة [1].

يخول التحكيم للمستثمر الأجنبي حق مقاضاة الدولة أمام الهيئات القضائية الدولية لتتولى حل النزاع القائم بينهم ، و بالتالي فالقانون الدولي في الغالب هو الواجب التطبيق ،

= القائل بأن على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع ، تطبيقا لمبدأ احترام إرادة الأطراف في اختيار القانون أو القواعد القانونية التي يجب على المحكم إتباعها لحسم النزاع ، وقد يكون القانون الذي اختاره الأطراف لا علاقة له بالعقد، فلا هو مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ وذلك لأن الأطراف عندما يختارون قانونا لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع ، فهم في الغالب ، يهدفون إلى اختيار قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه ليطبق على النزاع، وفي رأينا فإنه يجب على المحكم تطبيق أحكام القانون الذي اختاره أطراف النزاع وذلك لأن اللجوء للتحكيم التجاري الدولي قد يكون الهدف الرئيسي منه هو تطبيق قانون غير القانون الوطني، بسبب تماشي هذا القانون مع متطلبات التجارة الدولية والعقود التي تبرم بصددها .

وفي العقود الدولية قد يتفق الأطراف على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع ، فهم يرمون إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادات السائدة في التعامل التجاري الدولي.

1- محمود مختار أحمد بريرى ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص5

أمام هذه الهيئات التحكيمية .

يعتبر التحكيم التجاري الدولي كقيد على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة ، و لكن بسبب ما يشهده العالم من تغير في العلاقات الدولية ، والتغيير الماس بالمركز القانونية وبالخصوص مراكز الدول التي أصبحت تقترب أكثر من مراكز الخواص بسبب التنازلات المقدمة من طرفها لحاجتها لهذه الاستثمارات[1]، فإنه أصبح في الوقت الراهن التحكيم من المبادئ التي تدول على أساسه عقود الاستثمار.

تطور المعاملات التجارية و الاقتصادية التي أصبحت لا تقتصر فقط على الدول التي تعتبر من أشخاص القانون الدولي، بل ظهرت وتوسعت العلاقات الاقتصادية بالخصوص بين الأشخاص العامة و الأشخاص الخاصة [2] ، مما جعل هذه العلاقة تتأرجح بين مصالح كل طرف ، من جهة طرف ذو شخصية دولية باحث عن تحقيق تنميته الاقتصادية ، و من جهة أخرى طرف شخص عادي يملك من المال و التكنولوجيا ما يجعله في نفس كفة هذا الشخص الدولي ، لذا وجب التوفيق بين مصالح كل طرف ، الدولة المتعاقدة ترغب في تطبيق قانونها وبالخصوص اللجوء لمحاكمها تجسيدا لسيادتها، بينما المستثمر الأجنبي يسعى إلى سلخ هذه العلاقة من كل ما هو داخلي سواء الابتعاد عن القوانين الوطنية أو عن اختصاص المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة ، لذا فالتحكيم لم يعد مجرد شرط تعاقدي ، بل أصبح مبدأ حتمي وواقعي تدول على أساسه عقود الاستثمار (فرع أول) ، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تأرجح موقفه بين الرفض والقبول، و لكن نظرا لأهميته ، و تيقن المشرع من ذلك فقد عمد إلى تنظيمه (فرع ثاني).

الفرع الأول :ماهية التحكيم

يعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص ، يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهما

1- طالبي حسين ، "تسوية المنازعات في القانون الجزائري ... ، المرجع السابق ، ص177 .

2- بلقاسم أحمد ، "استقلالية شرط التحكيم" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،الاقتصادية و السياسية، الجزء41 ، عدد 2، لسنة 2004 ، ص 61 .

الحرة باختياره كطريق لحل النزاع القائم بينهم ، يقومون باختيار المحكمين الذين يمثلونهم ، والإجراءات التي تتبع القانون المطبق عليه ، حيث يحرر من الخضوع للقوانين الوطنية و ذلك تفاديا للشكوك التي تساور الطرف الأجنبي في العقد من القضاء و القوانين الوطنية [1].

لم يعد يخفى على أحد أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي ، وذلك عوضاً عن اللجوء إلى القضاء الوطني الذي ينفر منه المستثمر الأجنبي ، بل أصبح التحكيم أكثر من ضرورة في مجال علاقات ذات عنصر أجنبي ، لأن كل طرف هذه العلاقة ينتمي لقانون مختلف عن الأخر من حيث الأسس و المبادئ ، لذا فكل متعاقد لا يرغب عادة الخضوع لقانون و قضاء محاكم الطرف الآخر، و بالخصوص الطرف الأجنبي الذي يسعى إلى تجنب بقدر الإمكان القوانين الداخلية للدول المتعاقدة ، وبالتالي أوجد وسيلة لتجنبها ، ألا وهي اللجوء للتحكيم ، لذا سوف نتطرق إلى تعريفه (أولا) من ثمة نذكر أنواعه (ثانيا) .

أولا : تعريف التحكيم

يعتبر التحكيم كآلية ووسيلة فعالة لتسوية الخلافات [2] المترتبة عن العقد بناء على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف [3] ، حيث انتشر بشكل واسع في مختلف الدول بسبب توسع و ازدهار المعاملات الاقتصادية الدولية [4] فقد فرض التحكيم على الساحة الدولية لأ همیته وفعالية كطريقة لحل المنازعات خصوصاً في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، وكان من الطبيعي أن تعنى الدول بوضع القوانين المنظمة لعملية التحكيم و الدخول في اتفاقيات دولية وإنشاء مراكز وهيئات متخصصة بشأنه سواء على المستوى الإقليمي أو الدولي ، كاتفاقية

1- بن مدخن إبراهيم ،"قانون الإرادة و التحكيم التجاري الدولي " ،مجلة العلوم القانونية ،عدد 13 ، جوان 2009 ، ص95 .

2- محمد العناني إبراهيم ،"تطبيق القانون الداخلي على التحكيمات الدولية "، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ،عدد 2 ، لسنة 1996 ، ص 375 .

3- نزليوي صليحة ، المرجع السابق ، ص 158 .

4- كولا محمد ،التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2001 ، ص 87 .

واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار التي ازداد عدد الدول التي وقعت عليها و منها خاصة تلك التي كانت ترفض اللجوء للتحكيم في وقت سابق.

بالرجوع إلى ما اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي تبنته أيضا اتفاقيات أخرى ذات الصلة بالتحكيم التجاري الدولي ، وبعض التشريعات الوطنية ، ولتطور المعاملا ت الاقتصادية الدولية، و التطور الحاصل في ميادين التكنولوجيا والاتصالات، وسهولة انتقال الاستثمارات عبر الدول والقارات ، أصبحت معها قوانين الدولة عاجزة عن مسايرتها لتطور هذه العقود ، لتجاوزها نطاق الدولة الواحدة ووجود عنصر أجنبي مما يثير مشاكل تنازع القوانين ، و كون طرفه القوي في الساحة الدولية في الميدان الاقتصاد شركات عظمى ، تنتمي إلى دول صناعية كبرى توفر لها الحماية ، خصوصا إن كانت داخلة في علاقات اقتصادية مع الدول النامية ، هذا ما فرض التحكيم كأمر حتمي وواقعي في هذه العقود نظرا لتخلف قوانين هذه الأخيرة في نظر هذه القوى الاقتصادية .

معظم التشريعات الوطنية لم تلجأ إلى تعريف التحكيم ، بل اكتفت فقط بتحديد المعايير التي يعتبر فيها التحكيم دوليا ، و على غرار التشريعات الوطنية فان المشرع الجزائري حذى حذوها ولم يعطي تعريف للتحكيم و اكتفى فقط بتبيان معايير دوليته في نص **المادة 1039** من القانون رقم 08-09[1] حيث تنص على أنه :

" **يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل** "

يرجع رغبة فرض التحكيم لفض منازعات عقود الاستثمار، إلى رغبة الأطراف القوية والمسيطرة على حركة التجارة الدولية في تجاوز القوانين الوطنية التي يعتبرونها غير مؤهلة لتقديم الحلول الملائمة لطبيعة المنازعات التي تثيرها هذه العقود ، وما جعلهم يلجأ ون إلى التحكيم الدولي، سواء على مستوى التشريعات الوطنية أو الاتفاقية أو الفقه ، بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية وتضمينها حلولا لبعض مشاكل مختلف المعاملات الاقتصادية

1- قانون رقم 08-09 ، مؤرخ 25 فيفري سنة 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج رج ، عدد 21 ، الصادرة في 23 أفريل سنة 2008 .

الدولية منها اتفاقية واشنطن CIRDI التي أنشأة خصيصا لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار.

فرض التحكيم الدولي نفسه كظاهرة، فتحول إلى مرجع أساسي لحسم الخلافات و النزاعات الاقتصادية، وصارت أطراف عقود الاستثمار متمسكة و مرتبطة به، بحيث لا تخطو خطوة عبر الحدود إلا إذا كان مقبولا في العقود التي تبرمها.

يكشف التحكيم الدولي في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية إرادة الأطراف المشتركة في اللجوء إليه، و الذي وجد مجال واسع له خصوصاً مع تنامي العلاقات الاقتصادية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية و تعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار و ضمانه.

يتجسد اللجوء للتحكيم في إرادة الأطراف التي تترجمها بما يعرف باتفاق التحكيم الذي يكون إما قبل حدوث النزاع أي عند إبرام العقد، كما يمكن أن يكون في عقد لاحق بعد حدوث النزاع ، حيث تنص **المادة 7** من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن التحكيم " **هو اتفاقية بين الطرفين على أن يحيلا جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية إلى التحكيم ، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل.**"

اتفاق التحكيم لا يخرج عن إطار أي اتفاق فهو تعبير عن إرادتين تراضيا على أن تكون وسيلة تسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما هي التحكيم ، لذا فاتفاقية التحكيم يتكون من :

1-شرط التحكيم: وهو عبارة عن اتفلق بين الأطراف على تسوية ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه بواسطة التحكيم بدل من القضاء الداخلي [1] ، وقد يرد الشرط في

1- مانع جمال عبد الناصر ،"الاتفاقيات الدولية كمصدر القواعد التحكيم التجاري الدولي "مجلة العلوم القانونية ، عدد 13 ، لجوان 2009 ، ص 15 .

العقد الأصلي مصدر النزاع الذي يميزه هو كون المنازعات التي ينصب عليها التحكيم منازعات محتملة وغير محددة فهي لم تنشأ بعد.

شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإنه يستقل عن هذا العقد ، و لهذا فإنه يتصور بطلان العقد و صحة الشرط ، و هو ما يؤدي إلى إمكان عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي على المحكمين إعمالا للشرط الوارد فيه ، كما يؤدي إلى احتمال بطلان الشرط وصحة العقد ، و هو ما نصت عليه **المادة 1/16** من القانون النموذجي .

يلاحظ أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأصلي وإنما قد يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، ولو كانت هذه الوثيقة صادرة من شخص من الغير بشرط أن تكون الإحالة إلى شرط التحكيم في هذه الوثيقة إحالة واضحة .

2-**اتفاقية التحكيم:** وهو الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض ه على التحكيم ، ويتميز بأنه يتم بعد نشأة النزاع [1] ولهذا فإنه يتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم ، ويسمى أحياناً وثيقة التحكيم الخاصة وسواء أخذ الاتفاق على التحكيم صورة الشرط أو صورة اتفاقية فإنه يجب توافر فيه عدة شروط هي:

أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة ، وإذا كان العقد مبرما بواسطة وكيل ، فيجب أن تكون هذه الوكالة خاصة فلا تكفي الوكالة العامة أو وكالة المحامي في مباشرة القضايا ، بحيث يصلح الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم و لا يصلح للتحكيم إلا الحق الذي يجوز التصالح عليه .

تحديد المسألة محل النزاع التي تخضع للتحكيم على أن هذا الشرط ليس لازماً عند الاتفاق على التحكيم إلا بالنسبة للمشارطة أما بالنسبة لشرط التحكيم فيكفي بالنسبة له تحديد المحل الذي يدور حوله النزاع كالقول بأن التحكيم يتعلق بكل نزاع ينشأ عن تفسير عقد معين أو عن تنفيذ هذا العقد ، أما المسائل المتنازع عليها فيكفي أن تحدد بعد ذلك أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم .

1-محمود محمد مختار احمد بريري ، المرجع السابق ، ص06 .

ثانيا :صور التحكيم

يأخذ التحكيم صور متعددة ، فنجد ما استند إلى حالة خاصة فيسمى التحكيم الخاص أو ما استند إلى هيئة تحكيمية فيسمى التحكيم المؤسساتي ، إلى جانب ما استند فيه إلى مبدأ سلطان الإرادة بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع وبمحض إرادتهما الحرة وهو التحكيم الاتفاقي الاختياري و التحكيم الإجباري ، وما استند فيه الطابع الدائم و المؤقت.

1: التحكيم الخاص/التحكيم المؤسساتي:

أ-التحكيم الخاص: هو تحكيم الحالات الخاصة ، يكون من تنظيم الأطراف ، حيث يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم ، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل في قضايا التحكيم ، ويعتبر التحكيم خاصاً ولو تم الاتفاق بين طرفي النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة ، ومن ذلك على سبيل المثال ، أن يختار الطرفان تطبيق القواعد الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية المعروف بقواعد"اليونسترال" للتحكيم ، كان هذا أول نوع من أنواع التحكيم ما زال مستمراً وما زالت له مكانه هامة في حقل التحكيم ، ولا سيما في المنازعات التي تقع بين الدول [1]ذات سيادة وهي لا ترضى به إلا إذا كان يراعي سلطتها وسيادتها.

ب- التحكيم المؤسساتي: للتحكيم أهميته وضرورته خصوصاً في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، مما اقتضى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم بما تملكه من إمكانات علمية وفنية مادية وعملية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم ،

1- إن مفهوم الدولة الذي أوجد نوعين من المؤسسات العامة التابعة لها ، منها التي ترتبط بمرافق عامة ومنها التي لها نشاطات صناعية وتجارية ولها طابع خاص من الذاتية والاستقلالية الإدارية والمالية، هذه المؤسسات حين تكون طرفاً في النزاع لا تطرح سلطة و سيادة الدولة، تقبل بسهولة الذهاب إلى تحكيم مراكز التحكيم، ولكن النوع الآخر من المؤسسات العامة أو الوزارات هو الذي لا يقبل إلا التحكيم الذي يساهم هو في تنظيمه وتشكيل محكمته التحكيمية بحيث يختار هو محكميه ، أي تشترط مساهمتها لتشكيل الهيئة .

ولقد أنشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولي كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مركز القاهرة الإقليمي.

2-التحكيم الاختياري و التحكيم الحر :

أ-التحكيم الاختياري :هو التحكيم الذي يلجأ إليه الخصوم بإرادتهم و هذا النوع من التحكيم هو الأصل ذلك أن شرط أو اتفاقية التحكيم تخضع لإرادة الإطراف ، ولهما مطلق الحرية في اختيار الجهة التحكيمية ، و الإجراءات المتبعة .

ب-التحكيم الإجباري :هو التحكيم الذي لا تكون لإرادة الأطراف أية علاقة فيها .

3 التحكيم الدائم و التحكيم المؤقت :

أ-التحكيم الدائم :هو التحكيم الذي يكون عند اتفاق الأطراف باللجوء إليه كلما ثار نزاع بينهم ، أي يلجئون إليه مدة سريان العلاقة التعاقدية .

ب-التحكيم المؤقت :وهو التحكيم الذي يحدد فيه الآجال المسموح به باللجوء إلى التحكيم لفض النزاع ، أي أنهم يلجئون إليه في حالة محددة من طرفهم .

أيا كان نوع التحكيم و مهما كانت الصورة التي يتخذها فهو يعتبر سلب لاختصاص قضاء الدولة ، أي أن التحكيم يلزم القاضي الوطني بعدم النظر في موضوع النزاع طالما وجد اتفاق للجوء للتحكيم .

و القضاء التحكيمي تياراً جارفاً يتجه نحو تدويل شروط التحكيم استناداً إلى خضوعها هي ذاتها لأحكام القانون الدولي العام ، مما لا شك فيه أن هذا التدويل من شأنه أن يجعل شرط التحكيم بمنأ عن التغييرات التشريعية التي قد تقدم عليها الدولة المتعاقدة الطرف في عقد الاستثمار، فاحترام شرط التحكيم في هذه الحالة يفرض نفسه بمقتضى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

الانتقادات التي وجهت لهذه القاعدة وما تتضمنه من قيود على ممارسة الدولة لسيادتها في مجال العقود إنما تتعلق بتعارضها مع طبيعة عقود الاستثمار وآجالها الطويلة وحق الدولة في إعادة التوازن الاقتصادي لهذه العقود ، وهي أمور بعيدة كل البعد عن

الأمان والاستقرار الواجب توافره لشروط التحكيم .

اعتبار شرط التحكيم ضمن الشروط التي يجب عدم المساس بها ، وأنه يتعين حمايته من أية إجراءات انفرادية لتعديله أو إلغائه يبرره أن هذه الآلية التي أقامها الأطراف لتسوية منازعاتهم المحتملة يجب أن تتوافر الإمكانية لوضعها موضع التنفيذ، وذلك لتقدير مدى مشروعية ونتائج الإجراءات التي تقدم عليها الدولة ممارسة لسلطتها السيادية ، إن هذا الشرط الأساسي من شروط العقد يفقد كل قيمة وفاعلية له إذا ما سمح للدولة أن تتحلل منه بإرادتها المنفردة.

في مجال العقود إنما تتعلق بتعارضها مع طبيعة عقود الاستثمار وآجالها الطويلة وحق الدولة في إعادة التوازن الاقتصادي لهذه العقود، وهي أمور بعيدة كل البعد عن الأمان والاستقرار الواجب توافره لشروط التحكيم.

اعتبار شرط التحكيم ضمن الشروط التي يجب عدم المساس بها ، وأنه يتعين حمايته من أية إجراءات انفرادية لتعديله أو إلغائه يبرره أن هذه الآلية التي أقامها الأطراف لتسوية منازعاتهم المحتملة يجب أن توفر الإمكانية لوضعها موضع التنفيذ ، وذلك لتقدير مدى مشروعية ونتائج الإجراءات التي تقدم عليها الدولة ممارسة لسلطتها السيادية، إن هذا الشرط الأساسي من شروط العقد يفقد كل قيمة وفاعلية له إذا ما سمح للدولة أن تتحلل منه بإرادتها المنفردة.

ثالثا : تطور موقف الدول من اللجوء للتحكيم

أضحت ضرورة اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناتجة عن العقود الاقتصادية الدولية حقيقة فرضت على طرفي العقد سواء الطرف الأجنبي المستثمر والطرف الوطني ، فلكل طرف دوافعه للجوء إليه.

انعدام الثقة في القضاء الوطني كان السبب وراء سعي المستثمر الأجنبي إلى إدراج شرط التحكيم في العقد ، خاصة وان القضاء في هذه الدول يتصف بعدم الاستقلالية و عدم

الحياد ، إلى جانب إن الدولة طرف العلاقة التعاقدية تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي تسمح لها باتخاذ العديد من الإجراءات التي قد تمس بمصالح الطرف المتعاقد معها ، ولكن مع إصرار المستثمر الأجنبي على التحكيم فان الدولة ترضخ له وتنقاد وراء رغبتها في الحصول على التكنولوجيا أو وراء رؤوس الأموال لحاجتها للتنمية .

1 : رفض الدول اللجوء للتحكيم

كان موقف الدول و بالخصوص النامية منها رافضا فكرة التحكيم ، إذ كانت هذه الدول لا تقبل التنازل عن اختصاص من اختصاصاتها العامة ، فالدولة تتمتع بكيان سيادي يمنحها الحصانة القضائية ، التنفيذية و التشريعية ، و بالتالي لا يمكنها أن تقبل باللجوء إلى قضاء أجنبي أو بفكرة التحكيم .

تمسكت الدول النامية المستقلة حديثا برفض التحكيم ، التي ترى فيه مساسا بسيادتها لان الهيئات التحكيمية تسوي بين الأطراف ، و تجعل الدولة في نفس المرتبة مع الطرف الأجنبي الذي يكون غالبا من الشركات المتعددة الجنسيات ، ما يضفي عليها صفة الشخص الدولي ، أي أن الهيئات التحكيمية تجعل من هذه الشركات كأنها شخص من أشخاص القانون الدولي ، الصفة المقصورة على الدول و المنظمات الدولية فقط ، و أن التحكيم يخدم مصالح الطرف الأجنبي أكثر من مصالحها[1] ، كما نجد أن هيئات التحكيم لما تقوم باختصاصها تقيد من اختصاص الدولة السيادي بتقيد الإجراءات والقرارات التي تتخذها في سعيها لتحقيق النفع العام و المصلحة العامة .

بسبب ما يشهده العالم من تغيرات خاصة في النظام الاقتصادي، وبحكم حاجة الدول إلى عقد عدة عقود مع الأطراف الأجنبية، فإن موقفها اتجاه التحكيم عرف نوع من الليونة و أصبحت تميل إلى فكرة اللجوء إليه.

1-عيبوط محند وعلي ،الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية ... ،المرجع السابق ، ص 321 .

2:قبول الدول للتحكيم

إن ارتباط الدولة بعقود الاستثمار، و تدخلها في مشاريع اقتصادية متنوعة مع الشركات الأجنبية الخاصة في ظل الانفتاح الاقتصادي الذي يقوم عليه النظام الاقتصادي العالمي ، والتطور التكنولوجي الذي كان ولا يزال من صميم انشغالات الدول النامية [1] ، و بذلك فان حل النزاعات التي قد تثور أمر صعب ، فاللجوء إلى القضاء الوطني للدولة ليس بالجهة المثلى لحل هذا النزاع ، لان الطرف الأجنبي يرى فيه انه قضاء غير مستقل كما انه قضاء غير حيادي لأنه ينحاز إلى دولته بحكم أنها طرف[2] .

كما أن الدولة أيضا بدورها لا تحبذ دائما فكرة اللجوء دائما للقضاء الوطني لأنها تتولى إصدار أحكام لصالحها التي تؤدي إلى نفور المتعاملين الاقتصاديين من إبرام العقود معها .

سعي هذه الدول لاستقطاب هذه الاستثمارات جعلها توفر المناخ المناسب للطرف الأجنبي بحكم الحاجة الماسة لهذه الدول سواء لرؤوس الأموال أو للتكنولوجيا التي يستحوذ عليها الطرف الأجنبي ، لذا فنجد أن الدولة تتنازل عن حصاناتها السيادية بسبب اعتبارات اقتصادية .

الفرع الثاني: تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

على غرار كل الدول النامية الحديثة العهد بالاستقلال التي كانت تبدي حرصا شديدا على ممارسة صلاحيات جهازها القضائي[3] ، فموقف الدولة الجزائرية كان متناقضا ، رفض مبدئي له من جهة وممارسة له في الواقع من جهة أخرى ، وقد كان لهذا الموقف مبرراته تمثلت خاصة في تشبث الجزائر آنذاك بالاختيار الاشتراكي وبما يسمى

1-طالبي حسين ، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات ، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 2006 ، ص 1 .

2-جلال وفاء محمدين ،التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2001 ، ص11 .

3- يوسفي محمد ، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 ،... ، المرجع السابق ، ص 71 .

بالسيادة القضائية لبلد هو في طريق النمو ، في مواجهة شركات أجنبية تحرص فقط على تحقيق الربح ، و قد رفضته لأنه لا يخدم مصالحها و يتنافى و مقتضيات السيادة الوطنية ، لذلك فالمنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار فإنها من اختصاص المحاكم الوطنية وفق أحكام وقواعد القانون الداخلي[1](أولا).

الموقف المتردد للجزائر من التحكيم التجاري ، قد شهد تغيرا بالتدريج تحت ضغط العاملين الاقتصاديين والأزمة الاقتصادية والعولمة ، مما انعكس إيجابا على علاقات الدولة الجزائرية بالمستثمرين الأجانب ، و خصوصا في إطار التفتح الاقتصادي الحالي الناتج عن تبني سياسة اقتصادية تعتمد على قواعد اقتصاد السوق ، فتحولت هذه العلاقات من علاقات سوء تفاهم وتخوف إلى علاقات ثقة متبادلة خصوصا بعد انضمام الجزائر سنة 1988 إلى اتفاقية نيويورك [2](ثانيا).

أولا :رفض الجزائر للتحكيم

كان موقف الجزائر غداة الاستقلال رافضا فكرة التحكيم ، التي كانت تنظر إليه نظرة الشك و الريبة حيث اعتبرته نوع من أنواع الاستعمار ، و أنه مساس بسيادته إذ يسلب منها اختصاصها القضائي و التشريعي ، و قد كان هذا الرفض مبني على أسباب سياسية (1) إلى جانب أسباب قانونية (2) .

1 : الأسباب السياسية:

لما كانت الدول الجزائرية حديثة العهد بالاستقلال فإنها كانت ترى في التحكيم أنه مساس بسيادتها ، نظرا لكونه يقوم أساسا على استبعاد المحاكم الوطنية من الفصل في المنازعات الاقتصادية الدولية هذا التخوف ناتج أساسا من الأحكام القانونية التي تتضمنها

1- عيبوط محند وعلي ،الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية... ، المرجع السابق ،ص 50 .

2- اتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10جوان 1958 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 ، مؤرخ في 5نوفمبر 1988 ، يتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إلى الاتفاقية ، ج ر ، عدد 48 ، لسنة 1988 .

الاتفاقيات الدولية للتحكيم والتي تحد من بعض جوانب سيادة الدول ، المتمثلة في اختصاصها الحصري والمطلق في إقامة عدالتها بنفسها ، بحث تكون حكما و خصما في آن واحد ، على خلاف ذلك عند اللجوء إلى التحكيم ، الذي يعطي حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يرغبون فيه ، إلى جانب اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة ، الخبرة و المعرفة بمبادئ القانون و أعراف التجارة الدولية التي يفضل الحكام تطبيقها لدرايتهم بمحتواها، خصوصا عند عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، وكل هذا لما تقبل الدولة المضيفة للقيود التي تحد من سيادتها بمقتضى تنازلها على ممارسة حقوقها السيادية أو بمقتضى الاتفاقيات متعددة الأطراف التي توقعها ، لذا فللجزائر ليست لها في نهاية الأمر كغيرها من دول العالم الثالث إلا سيادتها التي يمكن أن تقف بها في وجه القوة لاقتصادية و المالية لشركات المتعددة الجنسيات العاملة فوق إقليمها .

يضاف إلى الأسباب السياسية الماسة بسيادة الدولة القائم وراء رفض هذا النظام ، تجارب بعض الدول غير المشجعة في هذا الإطار حيث أن أحكام التحكيم جاءت لتدعم مصالح الأطراف الأجنبية المستثمرة المتمكنة من زمام هيئات التحكيم الدولية التي تخدم مصالحها بطريقة أو بأخرى ، والتي تعتبر شكل من أشكال الهيمنة ، ومن هذه التجارب قرارات التحكيم الخاصة بشيخ أبو ظبي والذي استبعد فيه تطبيق قانون أبو ظبي رغم انه الواجب التطبيق بحجة عدم ملائمتها ، ولكن في حقيقة الأمر أن هذا القانون لا يخدم مصالحه الاقتصادية لذا قام باستبعاده [1].

2- الأسباب القانونية

تتمثل أساسا في انعدام الأساس القانوني الذي يعتمد عليه للجوء إلى هذا الإجراء ، فالجزائر غداة استقلالها كانت ترفض التحكيم ، فأحكام المادة 442 من الأمر 66-154المتضمن قانون الإجراءات المدنية [2] تنص صراحة على منع الدولة والأشخاص

1- عبد المجيد منير ،الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي و الداخلي ... ،المرجع السابق ، ص 299 .

2- أمر رقم 66-154 ، مؤرخ في 8جوان 1866 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم السالف الذكر.

المعنوية العامة من اللجوء إلى هذا الإجراء حيث تنص على أنه :

" **لا يجوز للدولة أو الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم**".

وقد لين المشرع الوطني نوعا ما من موقفه بمقتضى التعديل الذي طرأت على جل قوانينها فيما بعد ، إلا أنه من الواضح أن المشرع الوطني سكت عن تنظيم إجراءات التحكيم الدولي ما أدى إلى عدم اللجوء إليه رغم بعض المحاولات المحتشمة في سنوات الثمانينات بعد بداية إتباع سياسة الانفتاح الاقتصادي، وقد استمر هذا الوضع القانوني المانع للتحكيم التجاري الدولي حتى صدور المرسوم التشريعي93-09 [1] المؤرخ في 25 أفريل1993.

ثانيا- قبول الجزائر للتحكيم

توج المشرع حركة الإصلاح القانوني الذي شرع فيها منذ سنة 1988 أي منذ القانون المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية [2] ، و بعدها صدر سنة 1993 مرسوما تشريعيا يتعلق بترقية الاستثمار، الذي تم إلغائه سنة 2001 بمقتضى الأمر 01-03 [3] والذي أصبح يحمل عنوانا جديدا "تطوير الاستثمار"، وهذا الأمر الأخير قد نزع كل شك حول مسألة تسوية النزاعات فيما يتعلق بالاستثمارات ثم تأكد انفتاح الدولة بقوة على الاستثمار الأجنبي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب القانون رقم 08-09[4] المؤرخ في 25 فيفري 2008 ، فقد جاء هذا القانون ليكرس بصفة واضحة وجلية التحكيم التجاري الدولي ، بين الدولة والمستثمرين الأجانب سيما وأن هؤلاء المستثمرين لا يقبلون وبسهولة اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة.

بالرغم من هذا التوجه القديم الحديث نحو الأخذ بهذا التحكيم ، فلا شك أن إخضاع

1-مرسوم تشريعي رقم 93-09 ، مؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو1966 ،المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج ر ، عدد 27 ، صادرة في 1993.04.27.

2- قانون 88- 01 ، مؤرخ في 1988.01.12 ، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، ج ر، عدد 02 ، الصادرة في 1988.01.13 .

3- أمر رقم01-03، المرجع السابق .

4- قانون رقم 08-09 ، المرجع السابق .

بعض من المنازعات المتعلقة بالاستثمار في علاقة الدولة بالمستثمرين الأجانب إلى المحاكم الوطنية يبقى ممكنا، و ها ما أكدته **المادة 17** من الأمر رقم 03- 01 التي تنص على أنه :

"**يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أوبسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده ، للجهات القضائية المختصة ، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية ، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص**".

مما لا شك فيه أن عبارة "**محاكم مختصة**" التي جاءت بها **المادة17** من الأمر 01-03 التي لا تبتعد في الواقع من حيث الصياغة عن المادة 41 [1] من مرسوم 93-12 [2] فهي مبهمة وغير واضحة فيمكن أن يقصد بها الهيئات التحكيمية الدولية مثل هيئة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات ، كما يمكن أن يقصد بها المحاكم الوطنية الداخلية ، فالمادة لم تحدد ما هي المقصود من هذه الهيئات.

قد كرس المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي نظرا لما يوفره من سرعة وسرية ، وهذا ما جاء به المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، المعدل لقانون الإجراءات المدنية ، حيث نص عليه في الفصل السادس من المواد 458 مكرر إلى 458 مكرر28 ، تنص المادتان 458 مكرر 14 و 458 مكرر 15 ، حيث تنص **المادة 458 مكرر 14**على ما يلي : ملغى

" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف.**

1- تنص **المادة 41** من المرسوم 93 -12 الملغى على ما يلي :

"**يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية ، تتعلق بالصلح و التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص**".

2-مرسوم تشريعي رقم 93-12 ، المرجع السابق الملغى .

و في غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة "

بعد ذلك عدل ونص المشرع على التحكيم بصفة مطلقة من خلال النص عليه في الباب الثاني من الكتاب الخمس من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث تنص **المادة 1/1006** منه على أن التحكيم مضمون للجميع دون استثناء لما نصت على أنه:

"**يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم...**"

رغم أنها أوردت بعض الاستثناءات الواجبة توفرها حسب هذه المادة لدى طالبي التحكيم منها .

- أن يلجأ للتحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
- لا يجوز التحكيم في المساءل المتعلقة بالنظام العام، و أهلية الأشخاص و حالتهم .
- لا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم إلا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية .

أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم فهذا القانون لم يفصل فيه بل اكتفى فقد بالإشارة إلى أن المحكمون يفصلون في النزاع وفق قواعد القانون حسب المادة **1023 من القانون 08-09** التي تنص على أنه:

"**يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون** ".

سعت الحكومة الجزائرية إلى حماية الاستثمارات الأجنبية من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها مع حكومات أخرى ، على مستوى العلاقات المتعددة الأطراف ، فالنزعة إلى توحيد الحماية الممنوحة من قبل العديد من الدول لفائدة المستثمرين الأجانب بغض النظر عن المزايا المعروضة عليهم التي لم تكن لتترك الجزائر مكتوفة الأيدي ، لذا أبرمت اتفاقيات دولية واتفاقيات عربية وأخرى مغاربية باعتبارها اتفاقيات إقليمية ستلعب دورا هاما في الحد من الأخطار التي يتصدى لها المستثمرون الأجانب وفي توفير قدر من

الحماية القضائية لهم، ويتعلق الأمر بالاتفاقية الدولية لضمان الاستثمارات لسنة 1985 [1] والاتفاقية العربية المنشأة للوكالة العربية لضمان الاستثمارات لسنة 1971[2] وكذلك على المستويين الدولي و العربي بخصوص حماية المستثمرين الأجانب قضائيا ، فقد حرصت الدولة الجزائرية على المصادقة على اتفاقية واشنطن الدولية لسنة 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية المنازعات في مجال الاستثمارات بين الدول المضيفة لها ورعايا الدول الأخرى [3] وعلى اتفاقية نيويورك الدولية لسنة 1985 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

أما عربيا لابد وأن نشير إلى الاتفاقية العربية الموحدة لسنة 1980 والمتعلقة بنقل رؤوس الأموال العربية من وإلى البلدان العربية [4] ، وكذلك الاتفاقية العربية للتعاون القضائي لسنة 1994 أما مغاربيا ، فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقيتين مغاربتين ، الأولى وهي الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي لسنة 1990 [5] أما الثانية فهي الاتفا قية المغاربية للتعاون القانوني والقضائي لدول الإتحاد المغرب العربي لسنة 1994 [6] وكل هذه الاتفاقيات التي أشرنا إليها قد خصصت أحكاما

1- الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج. ر عدد 66 سنة 1995.

2- اتفاقية إنشاء الوكالة العربية لضمان الاستثمار، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب الأمر رقم 72- 16، المؤرخ في 07 يونيو سنة 1972، ج. ر عدد 53، سنة 1972 .

3- اتفاقية واشنطن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس سنة 1965 بواشنطن، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج. ر عدد 66، سنة 1995

4- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس سنة 1982، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306، المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995، ج. رعدد 59، سنة 1995.

5- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي ، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم 90-420، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، المصادق على الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990، ج. ر عدد 69 ، لسنة1990

6 - اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد العربي والموقعة في رأس لعنوف (ليبيا)، يتضمن مصادقة الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-81 ، مؤرخ في 27 جوان سنة 1994، ج. رعدد 43 ، والمؤرخة في 3 جويلية سنة 1994 .

خاصة بتسوية النزاعات الناشئة عن الاستثمار إن لم نقل قد نظمت طرق تسويتها في أدق تفاصيلها.

اللجوء إلى التحكيم في العلاقات التعاقدية للجزائر مع المستثمرين الأجانب يدخل في السياق الحالي للتطور الذي تشهده العلاقات الاقتصادية الدولية والتي يميزها التدويل المتزايد للعلاقات التعاقدية .

أسلوب التحكيم حقق نجاحا كبيرا لأنه بالفعل يحقق التوازن بين المحافظة على حقوق المتعامل الاقتصادي من ناحية ، و مميزات السلطة العامة أو مع الخطط التنموية للدولة من ناحية أخرى ، و السبب راجع إلى نمو و ازدهار المعاملات الاقتصادية ، و أصبح الوسيلة الفعالة لحسم المنازعات التي تقوم بمناسبة العلاقات الاقتصادية .

و المشرع الجزائري قد اتخذ كل الإجراءات الكفيلة بتطوير آليات التحكيم ، لتواكب تطور المجتمع و حاجاته خاصة في ظل سياسة الانفتاح ، بما أن التحكيم وسيلة هامة لحل المنازعات ، و يشكل ضمان لاستقطاب المتعاملين الأجانب ، لذا فالجزائر قدمت عدة تنازلات و بالخصوص التخلي عن سيادتها التشريعية ، و التخلي عن اختصاص محاكمها و قضاءها الداخلي .

المبحث الثاني:خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي

أدى عدم الثقة في إخضاع عقد الاستثمار للقانون الداخلي و خاصة إن كان هو قانون الداخلي للدول النامية المضيفة للاستثمار إلى تدويله بتطبيق القانون الدولي العام [1] أو على الأقل وضعه في إطار نظام قانوني خاص يكون أقرب إلى النظام الدولي منه إلى النظام الوطني أو الداخلي للدول ، و ذلك بإخضاعه الاتفاقيات الدولية سواء كانت اتفاقيات دولية ثنائية أو اتفاقيات دولية متعددة الأطراف (مطلب أول) أو بتطبيق عليه القانون عبر الدولي

1- قادري عبد العزيز ، دراسة في العقود بين الدول و رعايا الدول ...، المرجع السابق ،ص 45 .

و ذلك بإخضاعه لمبادئ القانون الدولي أو بإخضاعه لقانون التجارة الدولي (مطلب ثاني).

المطلب الأول :خضوع عقد الاستثمار للقانون الإتفاقي

عملت الدول المصدرة لرؤوس الأموال كل ما بوسعها لإدراج العلاقة التي تربط رعاياها المستثمرين بالدول المضيفة لاستثماراتهم في إطار اتفاقي يتضمن قواعد وضعت خصيصا لتحكم هذه الرابطة العقدية ذات العنصر الأجنبي ليتسنى لها تنظيم عملية الاستثمار بكل تفاصيلها ، والتصدي للمخاطر و المشاكل التي تواجههم خلال المراحل المختلفة للاستثمار ، إلى جانب تجنب خضوعهم للقانون الداخلي للدولة المضيفة ذلك إما في إطار اتفاق ثنائي (فرع أول) أو في إطار اتفاق جماعي (فرع ثاني).

الفرع الأول : خضوع عقد الاستثمار للاتفاقية الثنائية للأطراف

تدويل عقد الاستثمار يكون على أساس الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين أطرافه ، و التي تهدف في غالب الأحيان حماية و ضمان هذه الاستثمارات المبرمة بين دولة الطرف الأجنبي الخاص و الدولة الطرف الثاني في هذا العقد ، وهذا يكون بالاتفاق على عرض أي نزاع يقوم بينهم على المركز الدولي لفض المنازعات .

ازدادت في الآونة الأخيرة عدد الاتفاقيات الثنائية المبرمة، لان معظم الدول المضيفة تلجا لإبرام هذه الاتفاقيات التي تعتبر كضمان لجذب الاستثمارات، إلى جانب أنها تعتبر أيضا كإطار تنظيمي لها.

تعتبر الاتفاقيات الثنائية كأنها معاهدة دولية موقعة من قبل دولتين ، تتضمن الاتفاق حول مبادئ و قواعد لحماية العقد المبرم بينهما ، و الهدف منها هو التوفيق بين مصالح الدول المتقدمة التي تبحث عن وسيلة دولية لحماية أملاك مواطنيها ، و الدول النامية التي تحاول الاستفادة من هذه الاستثمارات لتحقيق تنميتها الاقتصادية ، حيث أطراف العلاقة التعاقدية يتمسكون بقانون العقد المبني على أساس إرادتهما ، فالدولة ترغب في تنظيم

علاقاتها مع الشركاء الأجانب ، حيث تمنح لهم عدة تنازلات ، مما سمح بإدراج هذا العقد في النظام القانوني الدولي [1] و ليس في إطار النظام القانوني الداخلي للدولة المضيفة الذي لا يرغب به المستثمر الأجنبي بسبب تخلفه و عدم ملائمته لمثل هذه العقود ، حيث يعتبر ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الثنائية بمثابة مصدر للقانون الواجب التطبيق إخضاعه لقواعد دولية اتفاقية ملزمة ، تهدف إلى تدويل الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول المتعاقدة ، أي إعطاء الصفة الدولية الملزمة لكثير من القواعد العرفية التي رفضتها بالخصوص الدول النامية منها [2] لتعارضها مع مقتضيات سيادتها الداخلية .

يحدث أحيانا أن تبرم معاهدة ثنائية بين دولتين لحماية و تشجيع الاستثمار فيما بينهما ، وتكون حافزا للمستثمرين للتوجه للاستثمار في ظل هذه المعاهدة التي تكون لهم الإطار العام الذي تستثمر فيه أموالهم حفاظا عليها ، كما أنها تكون الإطار القانوني المعروف مسبقا ليحكم علاقتهم التعاقدية .

أبرمت الجزائر على غرار معظم الدول الأخرى اتفاقيات ثنائية تحدد فيها القانون الواجب التطبيق بصريح العبارات ، و التي نصت على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو أحكام الاتفاق ، أي أن القانون المتفق عليه بين الأطراف في إطار هذه الاتفاقية الثنائية هو الواجب التطبيق ، كالاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا[3] ، وبين الجزائر واسبانيا[4].

الفرع الثاني : خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات المتعددة الأطراف

استجابة لتطورات العلاقات الاقتصادية الدولية خصوصا في عقود الاستثمار ذات العنصر الأجنبي ، فقد سعت الأطراف إلى توحيد القواعد التي وضعت خصيصا لتحكم مثل

1-عيبوط محند وعلي ،الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح ...، المرجع السابق ،ص88-89 .

2- بوسهوة نور الدين ، المرجع السابق ، ص 126 .

3- الاتفاقية الجزائرية الرومانية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1994.06.28 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94- 328 ، مؤرخ في 1994.10.22 ، ج. ر عدد 69 ، الصادرة في 1994.10.28 .

4- الاتفاقية الجزائرية لإسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994.12.23 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 ، مؤرخ في 1995.03.25 ، ج. ر عدد 23، الصادرة بتاريخ 1995.04.26

هذه الروابط[1] و ذلك في إطار اتفاقيات متعددة الأطراف .

سعي الدول إلى إبرام هذه الاتفاقيات و المعاهدات إنما تفاديا لكل أشكال الخلافات بين أطراف عقد الاستثمار التي تختلف من حيث المبادئ ، وخصوصا من حيث الأهداف التي يسعي كل طرف لتحقيقها .

اتخذت الاتفاقيات المتعددة الأطراف استجابة للظروف الخاصة الدولية الحديثة ، بسبب كثرة المعاملات و العلاقات الدولية الخاصة ، أي العلاقة ذات الطرف الخاص الأجنبي ، و ذلك لوضع و توحيد القواعد المطبقة على هذه العلاقات ، فقد أبرمت اتفاقيات لتوحيد مثلا قواعد الإسناد كاتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث تنص في **المادة 1/3** على أنه:

" **يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف ، يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد ...**"

من خلال نص المادة يتبين لنا أن الاتفاقية قد سويت بين الإرادة التي يعلنها الأطراف صراحة ، و التي تكون ضمنية مستمدة من بنود العقد ، أو من الظروف المحيطة بالتعاقد.

الغرض الأساسي من إبرام هذه الاتفاقيات هو صياغة قواعد قانونية تلتزم بها الدول المنظمة إلى هذه الاتفاقية نظرا لغياب سلطة تشريعية تعلو الدول ، فتلجأ الدول إلى سن تلك القواعد القانونية بإرادتها المستقلة ويقع عليها احترامها وتجسيده على أرض الواقع ، وقد يكون الغرض من ذلك إنهاء بعض المنازعات الواقعة في أي مجال من المجالات الاقتصادية وغير الاقتصادية ، وكأن المعاهدة هي عقد بين الدول ولكن هذا العقد يكرس قواعد قانونية تكون ملزمة للدول المتعاقدة ، تعتبر قواعد الاتفاقية قواعد دولية بطبيعتها ، ما ينفي عليها صفتها الداخلية [2].

من بين الاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد اتفاقية واشنطن في **المادة 42** منها تنص

1- ياقوت محمد محمود ،المرجع السابق ، ص304 .

2- اقلولي محمد ، النظام للعقود الدولية ... ،المرجع السابق ، ص 383.

من بين الاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد اتفاقية واشنطن في **المادة 42** منها تنص على إرادة الأطراف هي أساس اختيار القانون الواجب التطبيق، و لكن عند غياب الاتفاق فان محكمة التحكيم فإنها :

"**تطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة ... و كذلك قواعد القانون الدولي ...**" .

من خلال نص المادة يتبين لنا أنها أجازت تطبيق قواعد القانون الدولي على العلاقة التعاقدية ذات الطرف الخاص الأجنبي ، و يفهم منها أنها أعطت عدة اختيارات الأطراف لتحديد القانون المطبق على العقد عند عدم وجود اتفاق بينهم ، فقد يطبق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة بما في ذلك قواعدها بشان تنازع القوانين ، كما يمكن أن يطبق هذا القانون الداخلي متمم بقواعد القانون الدولي ، أما لنقص أو تفسير هذه الأخيرة ، كما يمكن أن تطبق قواعد القانون الدولي ، وذلك لسلخ العلاقة التعاقدية من القوانين الداخلية ، التي يعتبرها المستثمر الأجنبي متخلفة ، وغير مساير للتطورات الحاصلة في الساحة الاقتصادية الدولية .

المطلب الثاني :خضوع عقـــد الاستثمار للقانون عبر الدولي

أمام تمسكن الدول المضيفة للاستثمار برغبتها بتطبيق قانونها الوطني على عقد الاستثمار كقانون واجب التطبيق ، و رفضها تطبيق قواعد القانون الدولي بحجة أنها وجدت لتحكم العلاقات بين الدول من جهة ، ومن جهة أخرى رفض الطرف الأجنبي على العموم وهو من الشركات المتعددة الجنسيات إخضاع هذا العقد للقوانين الوطنية للدول المضيفة بحجة أنها قوانين متخلفة ، ولم توضع لتحكم مثل هذه العلاقات الاقتصادية ذات العنصر الأجنبي.

و للتوفيق بين مسعى طرفي العقد فقد أوجدوا حل وسط ، و تصور جديد يؤكد خضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني مستقل عن كلا القوانين الداخلية لكلا الطرفين ، أي أنه ليس من قوانين الدولة المتعاقدة ، ولا من القوانين الداخلية للطرف الأجنبي ، كما أنه نظام مستقل عن قواعد القانون الدولي ، ومما لا شك فيه أن هذا القانون يتوسط كلا من القانونين الوطنية و القانون الدولي ، بمعنى أن هذه العقود حسب هذا التصور لا هي عقود داخلية ،

ولا هي عقود دولية ، فهي عقود لها خصوصيتها ، من حيث أن الطرفين ينتميان لنظامين مختلفين ، إلى جانب اختلافهما في المراكز القانوني ، و بالتالي تخضع للقانون عبر الدولي ، الذي يحكم مثل هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي الخاص [1]. إخضاع عقد الاستثمار للقانون عبر الدولي يكون بإخضاعه لمبادئ القانون الدولي (مطلب أول) أو بإخضاعه لقانون التجارة الدولي lex mercatoria (مطلب ثاني).

الفرع الأول : خضوع عقد الاستثمار للمبادئ العامة للقانون الدولي

يقصد بالمبادئ العامة للقانون الدولي تلك المبادئ التي تشترك فيها كافة الأنظمة القانونية في مختلف الدول و أكد عليها معهد القانون الدولي صراحة في دورته المنعقدة بأثينا عام 1979 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول و أحد الأشخاص الخاصة ، حيث ورد في القرار المنبثق عنها في **نص المادة 2/2** منه على أنه :

"...**يستطيع الأطراف اختيار قانون العقد إما قانون...أو مبادئ مشتركة بين هذه القوانين ، و مبادئ مطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية ...**".

كما نجد أن اتفاقية واشنطن قد اعترفت بمبدأ سلطان الإرادة في **المادة 42** و التي تنص على انه :

" **تفصل هيئة التحكيم ...طبقا لقواعد القانون ...**"

من خلال نص المادة نجدها قد اعترفت للأطراف بتطبيق قواعد القانون من خلال نصها على تطبيق قواعد القانون التي يتفق عليها الأطراف ، و بالتالي فان المادة أقرت و منحت حرية للأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية التي بينهم .

و قد نص المشرع الجزائري على تطبيق المبادئ العامة للقانون في المادة **1050 ت .إ.م.** إ التي نصت على انه:

" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب**

1-هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 554 .

هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون الأعراف التي تراها ملائمة "

إذا فحسب هذه المادة فقواعد القانون تطبق في حالة اختيارها أو عدم اختيارها من قبل الأطراف، بينما نصت المادة **23 مكرر2**[1] على أنه:

"تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشانه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"

حسب المادة فإن تطبيق المبادئ العامة للقانون يكون حينما لا يكون نص خاص ينظم التصرف القانوني، أو يحكم العلاقة التعاقدية ، التي اشترط لتطبيقها على هذه العقود ألا تكون قد حدد لها نص خاص ليطبق عليها ، أي ألا يكون القانون الواجب التطبيق على هذه العقود قد حدد إما بإرادة الأطراف في اتفاقية خاصة ، أو في شرط أو في بنود العقد.

تطبق المبادئ العامة للقانون لإقصاء عقود الاستثمار من سلطان النظم القانونية الداخلية[2] ، لأنها تترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي أو المحكم ، و هذا ما حدث في النزاع الشيخ أبو ظبي و الشركة البترولية الإنجليزية(PDL) حيث قام المحكم الإنجليزي رغم أن بنود العقد كانت تنص على أن قانون أبو ظبي هو القانون الواجب التطبيق ، إلا أنه أقر- المحكم- أن هذا القانون المختار قانون متخلف لايلائم مثل هذه العقود ، و بالتالي طبق عليه القانون الإنجليزي تحت اسم المبادئ العامة للقانون ، باعتبار أن قواعده – القانون الإنجليزي – تشكل جزءا أو انعكاسا للمبادئ العامة المشتركة للدول المتمدينة [3].

تعتبر هذه المبادئ في حقيقة الأمر هي مبادئ مستمدة من القوانين وطنية [4] ، و أصبحت قواعد دولية معترف بها ، كمبدأ الحقوق المكتسبة (أولا) ، إلى جانب مبدأ حسن النية (ثانيا) ، و هي مبادئ ذكرت على سبيل المثال لا الحصر لأن مبادئ القانون الدولي كثيرة ومتعددة [5].

1- امر رقم 75-58، المعدل و المتمم السالف الذكر.

2- القشيري أحمد صادق ، المرجع السابق ، ص 85 .

3- عبد المجيد منير ، المرجع السابق ، ص 299 . كذلك : السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق ، ص 782 .

4- عبد المجيد منير ، نفس المرجع ، ص351 .

5- نذكر منها العقد شريعة المتعاقدين المجسد في مبدأ سلطان الإرادة ، و مبدأ عدم التدخل و مبدأ استقلال سيادة جميع =

أولا : تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقــوق المكتسبة

مبدأ الحقوق المكتسبة من مبادئ القانون الدولي ، المسلم بها و المستقر العمل عليها ، يتسع ليشمل الحقوق العينية و الشخصية عند أصحاب المفهوم الموسع، ويضيق عند الذين يحصرون مفهومها إما في الحقوق العينية فقط أو يحصرونه في الحقوق الشخصية فقط .

إذا المفهوم الموسع للحقوق المكتسبة يشتمل كما قلنا على الحقوق العينية و الشخصية للطرف المتعاقد ، وهي التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها ، و استقرت و أصبحت ثابتة بطريقة صحيحة طبقا للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، إذا فالحقوق المكتسبة لا تقوم إلا إذا اكتسبت بطريقة صحيحة و مشروعة ، و وفقا لقواعد القانون الداخلي ، أي أنها تكون مبنية على أساس قانوني ، مجسدة على أرض الواقع [1].

أما المفهوم الضيق للحقوق المكتسبة فهي الحقوق التي يضفي على مفهومها إما طابعا عينيا محضا ، أو التي يضفي عليها طابعا ذاتيا – شخصيا– يتصل بالحقوق الشخصية[2] ،إذا تطبيق القانون الأجنبي على عقد الاستثمار يكون على أساس الاعتراف بالحق المكتسب[3]، و هو في واقع الأمر اعترافا بالقانون الأجنبي.

يهدف هذا المبدأ حماية الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب على وجه مشروع قانونا، حيث هو مبدأ مستقر في القانون الدولي الخاص ، و هو من أهم المبادئ الأساسية التي لا تتردد أية محكمة تحكيمية دولية لتأكيدها ، طالما لا يوجد نظام قانون داخلي يقرر المساس بالحقوق الخاصة و لاسيما حق الملكية ، المعترف به في جل تشريعات الدول .

على غرار هذه التشريعات نجد أن المشرع الجزائري اخذ بهذا المبدأ من خلال قانون الاستثمار، في الأمر رقم 01-03 و ذلك في الباب السادس ، في الأحكام المختلفة ، حيث

= الدول المجسد في مبدأ سيادة الدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية، إلى جانب تجسده في مبدأ سلطان الإرادة.

1و2-كعباش عبد الله ، المرجع السابق ، ص 105 -106.

3- عكاشة محمد عبد العال ، "تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء اللبناني"، مجلة الدارسات القانونية ، مجلد 2 ، عدد 1 ، لسنة 1997 ، ص34 .

تنص **المادة 29** [1]على انه :

" **يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير تشجيع الاستثمارات ، وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة و بالشروط التي منحت على أساسها** "

يتضح من خلال المادة أن الحقوق التي يكتسبها المتعاقد عن إبرام العقد تبقى على ما هي إلى غاية انتهاء المدة المحددة بنفس المزايا، و بالشروط التي منحت على أساسها ، رغم كل ما يرد من تعديلات على القوانين التي ابرم في ظلها العقد.

و هذا ما أكده أيضا المشرع الجزائري في باب الضمانات الممنوحة للمستثمرين في الأمر رقم 01-03 المعدل و المتمم، حيث نصت **المادة 15** منه على انه:

"**...لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة ...**"

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع يكرس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة عند تطبيق القانون على هذه الاستثمارات و التي شرع في انجازها .

ثانيا: تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا

مبدأ حسن النيـــة

مبدأ حسن النية [2] مبدأ قانوني عرفته كافة الأنظمة القانونية، و يجد أساسه في القانون المدني الجزائري في نص المادة **1/107** التي تنص على أنه :

"**يجب تنفيذ العقد...و بحسن النية** "[3] .

و لقد أكدت الممارسة الدولية لهذا المبدأ في الجمعية العامة للأمم المتحدة لما صدر عنها في 14 ديسمبر 1962 قرار وبالإجماع، الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات

1- أمر رقم 01-03، المرجع السابق. .

2-يجب أن نعرف أن مبدأ حسن النية لا يمكن أن يكون مطابق لمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة لأنه يعتبر قاعدة قانونية مستقلة .

3-أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10، المرجع السابق.

الطبيعية الذي نص على أنه " **الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من طرف الدول السيادية أو بين هذه الدول تنفذ بحسن نية** " [1] ، من خلال هذا القرار يتبين لنا أن أعضاء المجتمع الدولي اتفقوا على أن كل الالتزامات التي تقع على عاتقهم في إطار الاتفاقيات الدولية إما الثنائية أو المتعددة الأطراف، أو تلك التي تكون في الإطار التعاقدي في مجال الاستثمار المبرمة بكل حرية، فإنها يجب أن تنفذ بحسن نية.

يعد المبدأ قاعدة عامة تشتمل عليها جميع العقود [2] ، وهو التزام يعد من المبادئ المسلمة بها [3] في جل التشريعات الوطنية للدول ، وبالتالي إمتدى و أصبح من المبادئ المتعارف عليها دوليا التي استقر العمل بها ، حيث يستلزم تنفيذ العقد بما يحقق به مصلحة الطرفين ، جل التشريعات لا تجيز للمتعاقدين أن يقوما بتنفيذ العقد بسوء نية ، أو بطريقة يكون فيها المتعاقد متعسفا في استعمال حقه .

الفرع الثاني : خضوع عقد الاستثمار لقواعد و أعراف التجارة الدولية

تفاديا لكل السلبيات التي تترتب عن تطبيق القانون الوطني على عقد الاستثمار، يفضل المتعاقدين اختيار القواعد التي أنشأتها تعاملاتهم لتطبق هذا الأخير، و التي توفر لهم العلم المسبق بمضمونه ا باعتبارها قواعد عالمية اعتاد وا التعامل بها ، ويمكن لهم تطوير محتواها حسب ما تمليه الظروف المحيطة بالعقد ، و هي قواعد تتجاوز الحدود الوطنية للدول ، وتستبعد كل القيود التي تفرضها التشريعات الداخلية ، لذا فهي لا تعد قانونا داخليا لأنها نشأت بعيدا عنها ، وبالتالي هي قواعد قائمة بذاتها مستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية

1-نص **المادة 2/107** على أنه :

"**ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون ، والعرف ، و العدالة ،بحسب طبيعة الالتزام.**"

لمزيد من المعلومات نظر اقلولي محمد ،النظام القانوني لعقود الدولة ... ،الرجع السابق ،ص354 .

2-خليفاتي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 90 .

3-عكاشة حمدي ياسين ، المرجع السابق ، ص 289 .

للدول .

قواعد وأعراف التجارة الدولية هي مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن النظام القانون الدولي العام، التي مصدرها أعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي [1].

اعتاد المتعاملون على إتباعها قواعد و أعراف[2] التجارية الدولية بصفة عفوية ، التي نشأت تلقائيا داخل المجتمع الدولي بسبب قصور الأنظمة القانونية الداخلية ، في إيجاد حلول لهذه العلاقات [3] الدولية ذات الطرف الأجنبي ، وتواتر العمل بها أدى إلى استقرارها كقانون يطبق على هذه العلاقات[4] ، أي أنها تشكلت من خلال التعامل بها في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية .

بدأت العلاقات الاقتصادية الدولية تبتعد تدريجيا عن الخضوع للقوانين الوطنية للدول أطراف هذه العلاقة، لصالح قواعد ذات طابع عرفي، لا تستمد قواعدها من قانون دولة ما، وإنما تستمدها من تصرفات أعضاء المجتمع الدولي، حيث تشكل ما يسمى بقانون التجارة الدولي.

يمكن إخضاع العلاقة التعاقدية بناء على إرادة الأطراف لقواعد و أعراف التجارة الدولية ، و ذلك برغبتهم في استبعاد تطبيق القوانين الداخلية ، كالعقد المبرم بين حكومة الكويت و شركة Aminoil الذي نص على أن القانون الواجب التطبيق سيتم تحديده من طرف هيئة التحكيم ،آخذ بعين الاعتبار مراكز الأطراف ، وطبيعة العلاقة التعاقدية و مبادئ القانون و العادات المشتركة فما بين الدول المتقدمة ، أي بأخذ بعين الاعتبار المبادئ المشتركة في الدول المتمدينة لتطبق على العقد.

1- بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 245 .

2- فالعرف هو ما تواتر عليه التجار في معاملاتهم التجارية , لدرجة شعورهم بإلزامه وضرورة احترامه نتيجة التكرار مع مرور الوقت.

3- ياقوت محمد محمود ، المرجع السابق ، ص 314-315

4-القشيري أحمد صادق ، المرجع السابق ، ص87 .

تعتبر قواعد التجارة الدولية الأكثر ملائمة للتطبيق على عود الاستثمار باعتبارها قواعد غير منتمية لا للنظام القانوني الداخلي للدولة المضيفة و لا للنظام القانوني الداخلي لدولة المستثمر ، لأنها قواعد تتجاوز الحدود الوطنية للأطراف ، إلى جانب أنها قواعد تحكم علاقات تعاقدية بين طرفين غير متساويين في المراكز القانونية ولا الاقتصادية ، رغم الطبيعة الخاصة لهذه العقود، ما يعني أن هذه الأعراف لها قوتها الملزمة ، نتيجة للجزاءات المتنوعة [1] التي تفرضها المؤسسات التي تهتم بالعلاقات الدولية ، إلى جانب الاتحادات والنقابات الخاصة في هذا المجال على من يخالفها، الأمر الذي أضفى على هذه الأعراف الصفة القانونية .

وقد أكدت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع على ضرورة تطبيق هذه العادات و الأعراف فقد نصت في المادة 9 منها التي تقرر أن عادات وأعراف التجارة الدولية يجب تفضيلها و إعطاؤها الأولوية في التطبيق على القواعد الأخرى ، سواء أكانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى إحدى قواعد التنازع.

و تتوزع الأعراف ، بين عرف عام يكون سائدا في دولة واحدة أو عدة دول ، أو عرف محلي سائد في جهة أو ناحية معينة ، كما قد يكون خاصا متعلقا بمهنة محددة ، و لكن عند التزاحم و التعارض ، يرجح العرف الخاص و العرف المحلي على العرف العام ، و هو ما أشارت إليه مدونة التجارة في **مادتها 3** التي تنص على أنه:

" **ترجح الأعراف و العادات الخاصة و المحلية على الأعراف و العادات العامة** "

1-هناك جزاءات مالية كأداء أطراف النزاع لضمان مالي مسبق ، يكون على عاتق من يرفض تنفيذ مثلا الحكم التحكيمي، كما أنه هناك جزاءات أدبية كنشر أسماء الشركات التي ترفض مثلا تنفيذ الأحكام التحكيمية الأمر الذي يؤثر على سمعتهم بين المتعاملين الاقتصاديين ،كما هناك جزاءات أخرى تتمثل في حرمان المقصر في بعض هذه الحقوق منها تعليق عضويته في هذه الاتحادات ، أو الفصل منها . لمزيد من المعلومات أنظر : محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق – دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص323 .

الاعتماد على هذه الأعراف لتطبيقها كأساس للحكم في موضوع المنازعة وتحديد وتفسير التزامات وحقوق كل طرف من أطراف العقد ، وقد أصدر محكم في هامبورج حكمه [1] في المنازعة بين بائع برازيلي ومشتري فرنسي بخصوص صفقة أرز، وطبقا للعقد كان يتعين على المشتري فتح الاعتماد المستندي بمجرد إتمام توقيع العقد وفي حالة التأخير يكون من حق البائع طلب مد فترة تسليم البضاعة ، ولما تأخر المشتري عن فتح الاعتماد المطلوب قام البائع بفسخ العقد من جانبه ، وقد أقر المحكم الذي أجري التحكيم صحة مسلك البائع مستندا إلى أعراف وعادات التجارة الدولي .

تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية على موضوع النزاع نتيجة لاستنتاج المحكم الدولي اتجاه نية الأطراف خضوع منازعاتهم لمثل هذه العادات والأعراف، كأن يختار أطراف النزاع التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية وطبقا للائحتها.

هذا الاتجاه أخذت به غرفة التجارة الدولية في حكمها بشأن نزاع حول عقد امتياز بحث عن البترول المرفوع من طرف الشركة الألمانية DST ضد إمارة رأس الخيمة و شركة رأس الخيمة الوطنية للبترول RAKOIL إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع إعمالا للفقرة الثالثة من المادة 13ف3 من نظام تحكيم الغرفة ، في ظل عدم اتفاق الأطراف الصريح على القانون الواجب التطبيق ، هو مبادئ القانون المقبولة عالميا و الحاكمة للالتزامات التعاقدية ، و بناء على ذلك تطبق هيئة التحكيم المبادئ المستقر عليها في الأعراف الدولية و أحكام التحكيم في المنازعات المشابهة .

تطبق عادات وأعراف التجارة الدولية وذلك لسد النقص أو لتفسير المواقف الغامضة في القوانين الوطنية التي يختارها الأطراف لحكم موضوع النزاع ، أو عند عدم مواكبة القوانين الوطنية التي من المفروض أن تحكم موضوع النزاع عن اللحاق بركب التطورات التي تحدث في الساحة الاقتصادية الدولية ، الأمر الذي يجعل المحكم يجد نفسه أمام نقص أو فراغ تشريعي

1-على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996، ص 443 وما يليها.

يتعين تكملته وذلك عن طريق اللجوء – وبالضرورة – إلى عادات وأعراف التجارة الدولية ، لكما يكون تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية تدخلا ضروريا لا بقصد تكملة أي نقص ، وإنما بقصد تفسير ما قد يكون غامضا في النصوص التشريعية الوطنية لاسيما في بعض أنواع البيع التجاري الدولي ، التي تخضع في كثير من أحكامها للعرف مثل مبيعات التجارة البحرية .

قد عرضت على التحكيم قضية نزاع يتعلق بتنفيذ عقد بيع بشروط (فوب) بين بائع يوغسلافي و مشتري فرنسي ، وكان على المحكم أن يفسر ما إذا كان البائع أو المشتري هو الذي يجب أن يتحمل دفع المصاريف الإضافية عن السفينة التي تأخرت عن الوصول في الميعاد المحدد في ميناء التصدير، وكانت الدعوى خاضعة للقانون السويسري ، وفي هذه المنازعة لجأ المحكم إلى تطبيق قواعد العرف والعادات التجارية الخاصة بتفسير شروط البيع (فوب)[1] وبناء عليها أصدر المحكم قرار التحكيم[2] ، فقرر أن المشتري هو الذي يتحمل هذه المصاريف الإضافية.

تطبق عادات وأعراف التجارة الدولية ، نتيجة لاستبعاد المحكم لأحكام القانون الوطني المختص ، لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي ، وتكون هذه العادات والأعراف هي المؤهلة وحدها لحكم موضوع النزاع ولعل من أكثر المجالات التي تستبعد فيها أحكام القوانين الوطنية لمخالفتها للنظام العام بمفهومه الدولي هي في القوانين المالية التي تسنها الدول والمتعلقة بشروط الدفع في المعاملات التجارية الدولية والتي قد تتعارض أحيانا مع تنفيذ شروط ضمان تحويل العملة والتي تتطلبها في الغالب العقود الدولية.

1- يقصد بهذا النوع ، أن البضاعة محل البيع توضع بمعرفة البائع على ظهر السفينة الناقلة لها فى ميناء الشحن المحدد فى عقد البيع ، وتنتقل مخاطر هلاك أو تلف البضاعة إلى عاتق المشترى من اللحظة التى تعبر فيها البضاعة حاجز السفينة الناقلة .

2- في ذلك قرار التحكيم رقم 1675 لسنة 1969 الصادر من محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، جريدة القانون الدولي لعام 1974 ص 895-897، نقلا عن أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 185 .

وقد أخذ قانون التحكيم الأردني 31 2001 في **المادة 36** بأنه يجوز للمحكم الدولي تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية حيث نص على أنه :

" **في جميع الأحوال يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوعه وتأخذ في عين الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين** "

كما أن المشرع المغربي أقر نفس الاتجاه في الفصل 44 فقد نصت الفقرة الثانية من هذا الفصل بأنه:

" **في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف و الأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة** " .

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع المصري المادة 3139 من قانون التحكيم المصري رقم 94/27 ، وكذلك فعل المشرع الجزائري المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر في 04/25/ 1993 قبل تعديله .

خـــــــاتـــــــمـــــــــــــة

خـــــــاتـــــمـــــــة

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين من نظامين مختلفين ، طرف ينتمي للقانون العام و طرف ينتمي للقانون الخاص ، مما جعلها تتمتع بطبيعة خاصة ترجع من ناحية إلى طبيعة أطرافها كونها تبرم بين طرف عام هو الدولة و طرف خاص أجنبي هو المستثمر كما سلف الذكر، و من ناحية أخرى ترجع إلى موضوعها فالدولة المضيفة للاستثمار تربط هذه العقود أساسا بتمنيتها الاقتصادية والتي تحاول بذلك إخضاعها لقوانينها الوطنية ، و من جهة أخرى المستثمر الأجنبي الذي يسعى إلى تحقيق الربح لا غير لذا يحاول تطبيق القانون الدولي على هذه العلاقة التعاقدية.

خضوع عقود الاستثمار للقوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمار هو الاتجاه الأكثر عقلانية في الساحة الدولية ، لارتباطه بالسيادة الداخلية للدولة فمن غير المعقول أن تبرم الدول عقود استثمار من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية ، واستغلال مواردها و ثرواتها الطبيعية أن تخضعها لقانون غير قانونها الوطني ، رغم أن الواقع يثبت عكس ذلك حيث هناك خضوع مفرط من قبل هذه الأخيرة للشروط التي يفرضها المستثمر الأجنبي الذي يسعى من وراءها إلى جعل هذه الدول تتخلى عن امتيازاتها وسلطاتها لتصبح في نفس المرتبة معهم ، مما يؤهلهم تحقيق أهدافهم بإخضاع هذه العقود لأحكام القانون الدولي رغم أنه طرف خاص في العقد ، لكونه يملك من المال و التكنولوجيا ما يضمن له فرض شروط وبنود في العقد ليحد من السلطات التي تتمتع بها هذه الدول ، مما يصعب على هذه الأخيرة خصوصا النامية منها التمسك بقانونها و تحقيق أهدافها .

إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي ، يكون تحت غطاء نقص و تخلف القوانين الوطنية ، أو بحجة عدم ملائمتها لتطبق على هذه العقود لأنها قواعد وضعت أساسا لتحكم العلاقات الداخلية ، و لم توضع لحكم هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ومع بروز

خـــــــاتـــــــــمـــــــــــة

ظاهرة العولمة و بالتحديد عولمة الاقتصاد فإنه يمكن لنا القول أن عقود الاستثمار قد فلتت كليا من تطبيق القوانين الوطنية ، و تدويلها بإخضاعها للقانون عبر الدولي باعتبارها نظاما قانونيا مستقلا يحتوي على المبادئ العامة للقانون المستلهمة من القوانين الداخلية لمختلف الدول المتمدينة ، ومن قواعد وأعراف التجارة الدولية .

و المستقر عليه أن عقود الاستثمار مثل بقية العقود الدولية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة و بسلطة اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يراه الأطراف ملائما و مناسب ليحكم علاقتهم التعاقدية ، بغض النظر إن كان هذا القانون قانون الدولة المضيفة أو إن كان القانون الدولي.

يحق للأطراف اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة و هو الغالب، وبالتالي لا يجوز التحايل على هذا الاختيار بدعوى تخلفه أو عدم احتوائه على قواعد قانونية كافية لحكم هذه العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.

كما يحق للأطراف استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة اختيار قواعد القانون الدولي العام كقانون واجب التطبيق ، رغم أنه لا يحتوي على قواعد كافية لحكم عقود ذات طبيعة خاصة ، لكن يمكن لهذا القانون أن يحتفظ بدور تكميلي لقواعد القانون الوطني للدولة المضيفة ، أي أن القانون الوطني يكون نقطة الانطلاق ، و القانون الدولي يكمله حين تكون بعض المسائل التي يصعب الفصل فيها بموجب القانون الوطني ، كمسألة التعويض عن التأميم مثلا ...الخ .

كما يمكن الاتفاق على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولي التي في اعتقادنا هي قواعد تراعي الدولة الطرف العام بشكل أفضل ، مثل حالة تطبيق المبادئ العامة التي تحرم المستثمر الأجنبي من التذرع بقانونه الداخلي للتنصل من التزاماته ، إلى جانب جواز اللجوء لاستكمال النقص في هذه القواعد بالقواعد الأكثر ارتباطا بموضوع العقد ، وغالبا ما تكون قواعد قانون الدولة المضيفة للاستثمار .

خـــــــاتـــــــــــمـــــــــــة

يمكن القول أن قانون الدولة المضيفة يقوم بدور أساسي في تنظيم عقود الاستثمار حتى في حالة اختيار الأطراف لقواعد القانون الدولي أو لقواعد التجارة الدولية ، التي تسهر على الحفاظ على سلطتها و سيادتها بعدم الانسياق وراء محاولات و رغبات الطرف الأجنبي الذي يسعى إلى تجريدها من كل سلطاتها التشريعية ، التنفيذية والقضائية ، إلى جانب عدم وجوب الانسياق وراء متطلباته فيما يخص منحه المزيد من الامتيازات و الضمانات ، منها على سبيل المثال بند الاستقرار التشريعي ، الذي يؤدي بالضرورة إلى سلب الدولة المتعاقدة اختصاصها التشريعي ، بجعل هذه العلاقة التعاقدية تخضع فقط للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وقت الإبرام دون تطبيق كل ما هو معدل إن كان لا يخدم مصالحه الخاصة .

قائمة المراجع

قـــــائـــمـــــة الـــمـــراجـــــع

أولا – باللغة العربية

1 - الكـــتـــــــب

1- **أبو قحف عبد السلام** ، نظريات التدويل و جدوى الاستثمارات الأجنبية ، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، مصر 1989 .

2- **أعراب بلقاسم** ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر، 2003 .

3- **البستاني سعيد يوسف** ، القانون الدولي الخاص –تطوره و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية–تنازع القوانين –المعاهدات –التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

4- **الجندي حسين احمد** ، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

5- **الرفاعي اشرف عبد العليم** ، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولة – دراسة فقهية قضائية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 .

6- _____القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم و النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 .

7- **السيد الحداد حفيظة**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية –تحديد ماهيتها والنظام القانوني– ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001.

8- _____العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .

9- **العربي منور**، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، د س النشر.

10-**المواجدة مراد محمد** ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر التوزيع ، عمان ، 2010 .

11- **بشار محمد الأسعد** ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها ، وسائل تسوية منازعاتها – ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006 .

12- **بكر محمد عبد العزيز** ، اثر شرط التحكيم على المفهوم المتفرد للعقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

13- _____، فكرة العقد الإداري عبر الحدود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

14- _____، مركز التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

15- **بكري كامل** ، التنمية الاقتصادية ، الدار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، 1988 .

16- **بوضياف عمار**، محاضرات في القانون الإداري ، مدخل لدراسة القانون الإداري ، السنة الجامعية ، 2009- 2010 .

*17-***جاد نصار جابر**، التحكيم في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1997 .

*18-***جلال وفاء محمدين** ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2001.

19- **جمال الدين صلاح الدين** ، تنازع القوانين –دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون– ،الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ، 2006 .

20- **حلمي عمر** ، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.

21- **رياض عيسى** ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن و الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، د س النشر.

22- **سعد الله عمر إسماعيل** ، تقرير المصير الاقتصادي للشعوب في ظل القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب و الفنون المطبعية ، الجزائر، 1986.

23- **طرح البحور علي حسن فرج** ، تدويل العقد– دراسة تحليلية على الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما في 19يونيو 1980، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2000.

24- **عاطف إبراهيم محمد** ، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية ، مطبعة العمرانية ، مصر،1998 .

25- **عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن** ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر، القاهرة ، 1991.

26- **عبد الكريم سلامة أحمد** ، قانون العقد الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000– 2001 .

27- **عبد المنعم خليفة عبد العزيز** ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية و الداخلية و الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .

28 -_____، الأسس العامة للعقود الإدارية –الالتزام ، التنفيذ المنازعات في ضوء أحداث مجلس الدولة و وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، القاهرة ، 2005 .

29- **عجة الجيلالي** ، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 2006.

30-**عكاشة حمدي ياسين** ، العقود الإدارية في التطبيق العملي –المبادئ و الأسس العامة– ، منشأة المعارف ، القاهرة ، د س النشر.

31- **عكاشة محمد عبد العال** ، تنازع القوانين – دراسة مقارنة –، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .

32- **علي بركات** ، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1996 .

33- **علي صادق هشام**، القانون الواجب التطبيق عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والإنفاقات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي مع إشارة خاصة لموقف المشروع المصري سواء في التقنين المدني أو في قانون التحكيم رقم 17 لسنة 1994 في ضوء التطورات المعاصرة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1995.

34-**عليوش قربوع كمال** ، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزء 1 ، الجزائر، 2006.

***35*- عمرو محي الدين** ، التخلف و التنمية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة ،1975 .

***36*- غالب علي الداوودي**، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوا نيين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، دار وائل للنشر، عمان،2005.

37- فرج حسن توفيق ، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي للحقوق ، بيروت ، لبنان ، 2008 .

***38*-فضيل نادية** ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر، 2001 .

***39* -قادري عبد العزيز** ، الاستثمارات الدولية- التحكيم التجاري الدولي ، ضمان الاستثمارات- ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2004 .

***40*-محمد العناني إبراهيم** ، القانون الدولي العام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1975-1976.

41-محمود مختار أحمد بريرى ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

***42*- محي الدين علم الدين** ، منصة التحكيم التجاري الدولي ، الجزء الأول ، دون بلد النشر، دون سنة النشر .

***43*- محيو احمد** ، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات، الجزائر،1973

***44*-منى محمود مصطفى** ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990.

45- **منصور سامي بديع ، دياب نصري أنطوان ، غضوب عبده جميل** ، القانون الدولي الخاص – تنازع الاختصاص التشريعي – ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت ، 2009 .

46- **منير عبد المجيد** ، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه و قضاة التحكيم ، منشاة المعارف الإسكندرية ، القاهرة ، 2000 .

47- _____ ، قضاء التحكيم في منازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،1995 .

48- **مهنا محمد فؤاد** ، مبادئ و أحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة ، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 1975.

49- **موسى محمد إبراهيم** ، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية ، دار الجامعة الجديدة ، دون ذكر بلد النشر، 2007.

50- **نزيه عبد المقصود مبروك** ، الآثار الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية ، دار الفكر الجامعي، القاهرة ، 2007 .

51- **ياقوت محمود محمد**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق ، دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشأت المعارف ، القاهرة ، 2000 .

52- _____، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق – دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 2004 .

53- **يوسفي آمال** ، بحوث في علاقات التعاون الدولي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،2008.

قـــــائـــمـــــة الـــمـــــراجـــــع

2 -الرســائـــــل الجامعية

*1- رسائل الدكتوراه

1-اقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجا ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2006 .

2- بعداش عبد الكريم ، الاستثمار الأجنبي و أثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005 ، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية ، تخصص النقود والمالية ، جامعة الجزائر ، 2008 .

3 - بوسهوة نور الدين ، المركز القانوني للمستثمر في القانونين الدولي و الجزائري ، رسالة دكتوراه ، تخصص القانون الخاص ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، 2005 .

4- دراوسي مسعود ، السياسة المالية و دورها في تحقيق التوازن الاقتصادي في الجزائر 1990 - 2004 ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه دولة ، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، قسم العلوم الاقتصادية ، جامعة الجزائر ، دون سنة .

5- زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، الجزء الثاني ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر، 1991.

6-طالبي حسين ، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات ، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 2006 .

*7- **عيبوط محند وعلي** ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2006.

*8- **معاشو عمار** ، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية ، التجربة الجزائرية في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، 1998.

*9- **يحياوي نصيرة** ، الاستثمار و فكرة المخاطرة الاستثمارية حالة الجزائر ، رسالة مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الدكتوراه ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر ، 2007 .

II - مذكرات الماجستير

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

2- **أولد رابح صفية** ، مبدأ حرية التجارة و الصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2001 .

3- **ايت شعلال وردية** ، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس ، 2006 .

قـــــائـــــمـــــــة الـــــمـــــــراجـــــــع

4 **- بناجي شريف** ، وضعية الأطراف المتعاقدة في الصفقات العمومية الدولية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر،2002 .

5 **- تكاري هيفاء رشيدة** ، دور البنوك الخاصة في تمويل الاستثمار دراسة في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال ، جامعة سعد دحلب البليدة ،2008 .

6-جمعون نوال ، دور التمويل المصرفي في التنمية الاقتصادية ، -حالة الجزائر- ، رسالة مقدمة من متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود ومالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، قسم التسيير، جامعة الجزائر ،2005 .

7 **- حسان نادية** ، نظام المناطق الحرة في الجزائر ، بحث لنيل شهادة الماجستير في قانون التنمية الوطنية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2000 .

8 **- حسين نوارة** ، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2002.

9 **-حمودي ناصر** ، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2002 .

10 **- خليفاتي عبد الرحمان** ، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 1987 .

11- **داودي الطيب** ، تمويل التنمية الاقتصادية من منظور إسلامي ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، معهد الاقتصادية ، فرع التخطيط ، جامعة الجزائر، 1990 .

12- **ساحل محمد** ، تجربة استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر و العربية السعودية ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، فرع المالية و النقود ، جامعة الجزائر، 2008 .

13- **عيد عبد الحفيظ** ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2005.

14- **قايدي سامية** ، التنمية المستديمة – التوفيق بين التنمية و البيئة –، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع القانون الدولي لحقوق الإنسان ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2002 .

15-**قبايلي الطيب** ، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى (CIRDI) ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، دون سنة .

16 - **قدي عبد المجيد**، النظام الضريبي في النظم الاقتصادية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير في التسيير ، جامعة الجزائر ،2001 .

17- **قراراجي جميلة** ، مبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها بين النظرية و التطبيق ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع التعاون الدولي ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2009 .

***18*- كعباش عبد الله** ، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية ، رسالة ماجستير ، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر ، 2002 .

***19*- كولا محمد** ، التحكيم في إطار قانون الاستثمار الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2001.

***20*- لوز رياض** ، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون ، فرع الدولة والمؤسسات العمومية ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، 2007 .

***21*- محفوظي فؤاد** ، الاستثمار الأجنبي المباشر – دراسة تحليلية تقييميه –حالة الجزائر ، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية ، فرع التحليل الاقتصادي ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007.

***22* -مرازقة آسيا** ، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر ،2007 .

***23*- نزليوي صليحة** ، النظام القانوني لضمان الاستثمار الدولي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2006.

***24*-وتيكي شريفة** ، النظام القانوني للعقود الصناعية الدولية في قطاع المحروقات ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2007 .

***25*-إدريس مهنان** ، تطور نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر،2002

3- المـــقـــــــالات

***1*- اقلولي محمد ،" شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار" *المجلة* النقدية للقانون و العلوم السياسية ، عدد1 ، سنة 2006 ، ص ص 94- 123 .**

2- القشيري احمد صادق ،" الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي"، المجلد 21 ، لسنة 1965، ص ص 63-88 .

***3*- بلقا سم أحمد ، "استقلالية شرط التحكيم" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، الجزء41 ، عدد 2 ، لسنة 2004 ، ص ص 61-99 .**

4- بلمامي عمر ،"اثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام – دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص –"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، عدد1 ، لسنة 1995 ، ص ص 172-192.

***5*-بن مدخن إبراهيم ،"قانون الإرادة و التحكيم التجاري الدولي " ، مجلة العلوم القانونية ، عدد 13 ، جوان 2009 ، ص ص94-108.**

6- **بن ناصر احمد** ، "**القانون الدولي المعاصر و مفهوم السيادة الوطنية** "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،الاقتصادية والسياسة، ص ص 109- 132

7-**جبار محفوظ** ، " **فرص الاستثمار في سوق رؤوس الأموال الجزائرية** "، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، العدد الأول ، لسنة 2001 .

8-**جلال احمد أمين** ، "**هل تغيرت طبيعة العلاقات الاقتصادية بين البلاد المتقدمة و البلاد المتخلفة**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد 2 ، سنة 1983 ، ص ص 1- 10 .

9- **حافظ غانم محمد**، " **العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني –بعض المشاكل المتعلقة بها**" المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الثامن ، لسنة 1952، ص ص 40-66.

10- **خروع احمد** ،"**العولمة والسيادة**" ، لمجلة الجزائرية للعلوم القانونية –الاقتصادية و السياسية ، عدد1 ، لسنة 1998 ، ص ص51-64 .

11-**حسين نوارة** ، "**واقع و أفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي** "، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، العدد 2 ، لسنة 2007 ، ص ص 83- 110 .

12- **شحاتة إبراهيم** ،"**تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار** "، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 41 ، لسنة 1985 ، ص ص 187- 215 .

13- **شرف الدين احمد**، "**التحولات الاقتصادية للقانون**"، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، العدد1 و2 ، لسنة 1986 ، ص ص 1-123.

14- **طالبي حسين** ،"**تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات** "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، عدد 4 ، لسنة 2007، ص ص167-178.

15- **عبد الكريم سلامة احمد ،"شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية** " ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 43 ، لسنة 1987 ، ص ص 63-97.

16- **عكاشة محمد عبد العال ، "تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء اللبناني"**، مجلة الدراسات القانونية، مجلد 2 ، عدد 1 ، لسنة 1997 ، ص ص 5-135 .

17- **عكة عبد الغني ، "التنمية في البلدان العربية النفطية في ظل قواعد العولمة"** ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، عدد 2 ، لسنة 2009 ، ص ص 345-377 .

18- **عليوش قربوع كمال ، "إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون الجزائري** " ، مجلة العلوم القانونية ، عدد 13 ، جوان 2009 ، ص ص 74 -93

19- **عيبوط محند وعلي ،"الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادية في الجزائر"**، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، عدد 1 ، لسنة 2006 ، ص ص63-93 .

20-**قادري عبد العزيز، "دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية** "مجلة إدارة ، عدد 2 ، لسنة 1997 ، ص ص31-85 .

21- **قصاب سعدية و صديقي مليكة ،" بعث الاستثمارات الأجنبية في إطار الشراكة الأورومتوسطية ، حالة الجزائر** "مجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية والعلوم السياسية، عدد1 ، سنة 2003 ، ص ص 55-76.

***22-*مانع جمال عبد الناصر ،" الاتفاقيات الدولية كمصدر القواعد التحكيم التجاري الدولي** "مجلة العلوم القانونية_ ، عدد 13 ، لجوان 2009 ، ص ص 9- 59 .

***23-*محمد العناني إبراهيم ،"تطبيق القانون الداخلي على التحكيمات الدولية** "، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، عدد 2 ، لسنة 1996 ، ص ص 375-391.

***24-* وليد عبد الحق ، "تأثير التكنولوجيا على العلاقات الدولية** " المجلة الجزائرية للعلاقات الدولية ، عدد 4 ، الفصل 4 ، لسنة 1996 ، ص ص 59-79.

***25-* يوسفي محمد "، اتجاهات الاستثمار الدولي و أثارها على سياسة الاندماج الاقتصادي للبلدان المغاربية"** ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية و السياسية ، عدد 1 و2 ، سنة 1992 .

***26-* _____ ،"مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات** "مجلة إدارة ، عدد 2 ، لسنة 1999 ، ص ص53-117 .

***27-* _____، "مضمون و أحكام الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية** "، مجلة إدارة_ ، العدد 23 ، سنة 2002 ، ص ص 21 -51 .

***28-* مقال :** موقف القضاء من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية الدولية على موقع http://www.hrdiscussio.com /hr29431.html

قـــــائـــــمـــــة الـــــمـــــراجـــــع

4- النصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

1-اتفاقية إنشاء الوكالة العربية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب الأمر رقم 72-16، المؤرخ في 07 يونيو سنة 1972، ج. ر عدد 53، سنة 1972 .

2- اتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية الصادرة عن مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10جوان 1958، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88 -233، مؤرخ في 5نوفمبر 1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ إليها، ج. ر عدد 48 ، لسنة 1988.

3- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي ، المصادق عليها بموجب المرسوم رئاسي رقم 90-420، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 1990، المصادق على الموقعة في الجزائر في 23 يوليو سنة 1990، ج. ر عدد 69 ، لسنة1990 .

4-الاتفاقية المبرمة بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورقي ، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار، الموقعة في الجزائر، 05 أفريل 1991، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم91-345، مؤرخ في 05 أكتوبر 1991، ج. رعدد 46، لسنة 1991.

5- اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول إتحاد العربي والموقعة في رأس لعنوف (ليبيا)، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-81 ، مؤرخ في 27 جوان سنة 1994، ج. رعدد 43 ، والمؤرخة في 3 جويلية سنة 1994

6- الاتفاقية الجزائرية الرومانية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 1994.06.28 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328 ، مؤرخ في 1994.10.22 ، ج. ر عدد 69 ، الصادرة في 1994.10.28 .

7- الاتفاقية الجزائرية لإسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994.12.23 ، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88 ، مؤرخ في 1995.03.25 ، ج. ر عدد 23، الصادرة بتاريخ 1995.04.26

8- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الموقعة بتونس سنة 1982، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-306، المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1995، ج. رعدد 59، سنة 1995.

9- اتفاقية واشنطن لمنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995 ، ج. ر عدد 66 سنة 1995

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

ب – النصوص التشريعية

1-أمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. رعدد 78 ، لسنة 1975 .

2- قانون 88- 01 ، مؤرخ في 1988.01.12 ، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. رعدد 02 ، الصادرة في 13جانفي 1988 .

3-قانون رقم 88-29 ، مؤرخ في 19جويلية 1988 ، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية ، ج. رعدد 29 ،20 جويلية 1988 .

4- مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 ، الموافق ل 25 أفريل1993 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، ج. ر عدد 27 ، صادرة في 27 أفريل 1993 .

5-مرسوم التشريعي رقم 93-12 ، مؤرخ في 5 أكتوبر 1993 ، يتعلق بترقية الاستثمار، ج .ر عدد 64 ، أكتوبر 1993 ،الملغى.

6- أمر رقم 01-03، مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج. ر عدد 47، السنة 2003، المعدل و المتمم بموجب أمر رقم 06-08، ج. رعدد 47 ، الصادر في 15 جويلية 2006.

7-أمر رقم 03-11 ، مؤرخ في 26 اوت 2003 ، يتعلق بالنقد و القرض، ج.ر عدد52 ، لسنة 2003.

8-قانون رقم 05-10 ، مؤرخ في 20جويلية 2005 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 ،المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، ج ر عدد 44 ، سنة 2005 .

9- قانون رقم 08-09 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج. ر عدد 21 ، الصادرة في 23 أفريل سنة 2008.

ج -النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 01-416، مؤرخ في 5 شوال عام 1422، الموافق20 ديسمبر سنة 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيلكوم الجزائر ، ج. ر عدد 80 ، مؤرخة في 26 ديسمبر سنة 2001 .

قـــــائـــمـــــة الـــمـــــراجـــــع

ثانيا – باللغة الأجنبية

I- Ouvrages

1- **Dominique CARREAU**, Droit international,4eme édition, A pedone ,Paris, 1994,

2-(D) **CARREAU** (P) **JUILLARD**, Droit international économique, librairie générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

3-**Claude FERRY**, la validité du contrat en droit international privé, L .G.D.J, Paris,1989 .

4- **Mehdi HAROUN**, le Régime des Investissements en Algérie à la lumière des Conventions FRANCO-Algériennes, Litec ,Paris, 2002.

5- **Philippe LEBOULANGER**, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères , Economica, Paris ,1985 .

II- ARTICLES

1-**Ahmed SADOUDI** , « Les incitations ,Fiscales et la Promotion des Investissements en Algérie », Revue Algérienne des Relations Internationale,N° 25 ,1994 .

2- **Jean René DELAUME**, « des stipulations de droit applicable dans accords de prêt et de développement économique et leur rôle » ,Revue Belge de droit international, 1968, 336-363 .

قـــــائـــمـــــة الـــمـــــراجـــــع

3- **Mouloud SADOUDI**, « la nouvelle politique d'investissements », Revue Algérienne de Science juridique, Economique et Politique , Alger N° 3 ,1995 ,pp 587-600.

4- **Riad FOUAD ABDEL MOUNIM** , « les contrats de développement et Arbitrage international »in , Revue de Droit International, Vol 42, 1986 .

5-**Sadek RACHID Samia**, « Vers un droit international privé des investissements dans les pays en voie de Développement », Revue Egyptienne de droit international, vol 29, 1973, PP 137-174.

6- **Slim HADI** « les contrats d'Etats et les spécificités des systèmes Juridique Dualiste » Revue de la Arbitrage, N°3, 2003, p p691-718.

7- **Véronique RANOUIL**, « Remarque sur le droit applicable aux contrats de développement, in contrats internationaux et pays en développement, sous la direction de Hervé », CASSAN économique, Paris, 1989, pp 37-74.

الفهرس

مقدمة.....	1
الـفـصـل الأول:	
تـــوطـــيـــن عـــقـــد الاســتـــثـــمـــار.....	6
المبحث الأول:أسس تطبيق القانون الوطني على عقد الاستثمار.....	7
المطلب الأول:الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني.....	7
الفرع الأول: تكييف عقود الاستثمار على أنها عقود إدارية.....	8
الفرع الثاني: تطبيق القانون الداخلي إعمالا بالمعاهدات الدولية.....	15
أولا : اتفاقية واشنطن.....	16
ثانيا : اتفاقية روما.....	19
المطلب الثاني : الأسس الاقتصادية لتطبيق القانون الوطني.....	21
الفرع الأول: تطبيق القانون الداخلي عل أساس مبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية.....	22
أولا تعريف مبدأ السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية.....	22
ثانيا : إقرار المبدأ ف المحافل الدولية	24
1- الجمعية العامة للأمم المتحدة	25
2- لجنة حقوق الإنسان	25
3- مفوضية السيادة الدائمة	26
ثالثا: وسائل تطبيق مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية وقيمة القانونية.....	28
1- وسائل تطبيق المبدأ	28
أ : المشاركة كوسيلة لممارسة المبدأ	28

ب: التأميم كوسيلة لممارسة المبدأ	29
2-القيمة القانونية لمبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية.....	32
الفرع الثاني : تطبيق القانون الداخلي على أساس السياسة التنموية المنتهجة.....	33
المبحث الثاني : القيود الواردة على توطين العقد	42
المطلب الأول: إدراج شروط لتحديد سلطات الدولة	43
الفرع الأول:شرط الاستقرار التشريعي	44
أولا :تعريف شرط الاستقرار التشريعي	44
ثانيا :صور الاستقرار التشريعي	49
1: الشروط التعاقدية أو الاتفاقية.....	49
2: الشروط التشريعية	49
الفرع الثاني : شرط النظام العام	49
أولا: تعريف النظام العام	50
ثانيا : أثار النظام العام	53
1- الاستبعاد الجزئي للقانون.....	53
2- الاستبعاد الكلي للقانون	53
المطلب الثاني :إدراج شرط الحماية من المخاطر	54
الفرع الأول :المخاطر السياسية	55
أولا: التأميم	55
ثانيا: نزع الملكية	57
ثالثا:خطر المصادرة	58
1:المصادرة القضائية	58

2: المصادرة الإدارية	59
الفرع الثاني : خطر عدم تحويل العملة	59
الفرع الثالث : خطر الاضطرابات والحروب	62
الـــفـــصـــل الـــثـــاني :	
تـــــدويـــل عـــقـــد الاســـتـــثـــمـــار.....	64
المبحث الأول: أساس تدويل عقد الاستثمار.....	65
المطلب الأول: تدويل العقد على أساس إرادة الأطراف	66
الفرع الأول:التدويل الصريح للعقد	66
الفرع الثاني: التدويل الضمني للعقد	70
المطلب الثاني :تدويل العقد باللجوء للتحكيم الدولي	73
الفرع الأول: ماهية التحكيم	74
أولا : تعريف التحكيم	75
ثانيا :صور التحكيم	79
1- التحكيم الخاص و التحكيم المؤسساتي	79
أ-التحكيم الخاص	79
ب- التحكيم المؤسساتي	79
2- التحكيم الاختياري و التحكيم الإجباري	80
أ- التحكيم الاختياري	80
ب- التحكيم الإجباري	80
3- التحكيم الدائم والتحكيم المؤقت	80
ثالثا : تطور موقف الدول من اللجوء للتحكيم	81
1: رفض الدول اللجوء للتحكيم	82
2: قبول الدول اللجوء	83

الفرع الثاني : تطور التحكيم الدولي في الجزائر	83
أولا : رفض الجزائر للتحكيم	84
1: الأسباب ا لسياسية	84
2 : الأسباب القانونية	85
ثانيا : قبول الجزائر للتحكيم	86
المبحث الثاني : خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي	90
المطلب الأول :خضوع عقد الاستثمار الاتفاقي	91
الفرع الأول :خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات الثنائية للأطراف.....	91
الفرع الثاني : خضوع عقد الاستثمار للاتفاقيات المتعددة الأطراف.....	92
المطلب الثاني : خضوع عقد الاستثمار للقانون عبر الدولي	94
الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار للمبادئ العامة للقانون الدولي.....	95
أولا: تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقوق المكتسبة.....	97
ثانيا تطبيق مبادئ القانون الدولي استنادا لمبدأ حسن النية.....	99
الفرع الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقواعد وأعراف التجارة الدولية.....	96
خاتمة..... 105	105
قائمة المراجع	108
الفهرس	128