PDF Complete
Your complimentary use period has ended. Thank you for using PDF Complete.
Click Here to upgrade to Unlimited Pages and Expanded Features

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
شعبة القانون الاقتصادي و قانون الأعمال/ تخصص القانون العام للأعمال

من إعداد الطالبين:

- حيدره صوفيان
- جلواح سليم

تحت إشراف الأستاذ:

- معيـفي لعزيــز

لجنة المناقشة:

- بن عبد الله صبرينة، أستاذة مساعدة، قسم ب ..... رئيسًا
- معيفي لعزيز، أستاذ مساعد، قسم أ ..... مشرفًا
- براهمي فضيلة، أستاذة مساعدة، قسم ب ..... ممتحنًا

السنة الجامعية: 2012 - 2013

إهداء

أحمد الله الذي أعطاني القوة و منحني الإرادة لأتم هذا البحث بالرغم من الصعاب التي واجهتنا هذا العام.

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى والدي، والدتي و أتمنى أن يديم عليهما الصحة و العافية و يحفظهما من كل شر، و إلى جميع أفراد عائلتي.

و إلى أساتذتي الذين لم يبخلوا علي يوماً بإرشادهم و نصائحهم و خصوصاً إلى المشرف على هذا العمل الذي وضعني على الطريق الصحيح لإنجاز هذه المذكرة.

و أشكر كل من ساعدني في دراستي الجامعية،ندير...وجميع الأصدقاء وكل طلبة جامعة بجاية.

صوفيان

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى جميع أسرتي خاصة الوالدين العزيزين اللذان سهرا على تربيتي ونجاحي ودعمي طول حياتي، بالإضافة إلى أخي و أخواتي، إلى كل من ساعدني من بعيد أو قريب و بالأخص نذير و إلى كل الأصدقاء و الأقرباء.

سليم

كلمة شكر

نتقدم بجزيل الشكر و خالص الامتنان إلى أستاذنا المشرف معيفي لعزيز لإشرافه على هذا العمل المتواضع، و على متابعته إياه بالتصويب مع حثه المستمر لنا على مواصلة البحث و بذل الجهد من أجل إنجاز هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة، أساتذتنا، على قبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع فشكرا لكم مسبقا.

سليم و صوفيان

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللّغة العربية

ب د ن: بدون دار نشر.

ج ج د ش: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ط: طبعة.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق م م: القانون المدني المصري.

م: المادة.

ثانيا: باللّغة الأجنبية

ACC: Algerian Ciment Company.

ALENA: Accord de Libre Echange des Etats Nord-Américains (Etats-Unis, le Canada el le Mexique).

AMINOIL: American Independent Oil Company.

ANDI: Agence Nationale de Développement des investissements.

APSI: Agence de Promotion, de Soutien et de Suivi des Investissements.

ARAMCO: Arabian American Oil Company.

BOT: Build Operate and Transfer.

CDI: Commission du droit International des Nation Unies.

CNUDCI: Commission des Nation Unies pour le Droit Commercial International.

CPJI: Cour Permanente de Justice International.

CRDI: Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissement.

LIAMCO: Libyan American Oil Company.

LITEC: Librairies Techniques.

N°: Numéro.

Op.cit: Ouvrage précédemment citée.

OPU: Office des Publications Universitaires.

OTA: Orascom Telecom Algérie.

P: Page.

P P: de la Page à la Page.

RCADI: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.

SHELL: Royal Dutch Shell.

SPP: Southern Pacific Properties.

TEXACO: Texaco Overseas Petroleum Company.

VOL: Volume.

مقدمة

تعتبر الاستثمارات الأجنبية الوسيلة الوحيدة لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في الدول النامية[1]، نتيجة لذلك فهي تلجأ إلى إبرام اتفاقيات أو عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب في إطار ما يسمى بعقود الدولة، التي تعتبر عقد دولي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، خلافا لاتفاقيات تشجيع و حماية الاستثمارات التي تخضع لأحكام القانون الدولي العام و التي تعتبر كمعاهدة[2]، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بخطط التنمية الاقتصادية للدّول المضيفة، التي تحرص على مراقبتها و فرض بعض الشروط المتعلقة بالمصلحة العامة للمجتمع، هذا من جانب، و من جانب آخر تمثل أداة استقرار و أمان للمستثمر الأجنبي، سواء من حيث ما تمنح له من حقوق أو ما تحتويه من ضمانات و امتيازات[3].

إن تسمية عقد الدولة مقتبسة من العبارة الإنجليزية **(State Contract)**، التي تقابلها باللّغة الفرنسية **(le Contrat d'Etat)**[4]، ويرى أغلب فقهاء القانون أن تسمية عقد الدولة بالرغم من بعض الغموض الذي يكتنفها[5]، إلا أنها جسدت في المعاملات الدولية.

تعني عقود الدولة تلك العقود التي تبرمها الدول مع أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة مقيمة أو يكون مركزها التجاري في دول أجنبية.

ظهرت هذه التسمية جلّيا في عقود الاستثمار، خاصة في عقود الامتيازات البترولية[6] ويتم اللّجوء إلى عقد الدولة في مجال الاستثمار في المشاريع الكبرى، ذات أهمية وطنية التي تتطلب وفرة رأسمال و خبرة بشرية و فنية و التكنولوجيا الحديثة التي تفتقر إليها الدول المضيفة للاستثمارات.

---

[1] **بوسهوة نور الدين**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي و الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب، البليدة، 2005، ص 21.

[2] **معيفي لعزيز**، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 89.

[3] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 278.

[4] **قادري عبد العزيز**، " دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة Le Contrat d'Etat) "، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 01، 1997، ص 32.

[5] الغموض الذي نشير إليه يظهر في كون تسمية عقد الدولة قد توحي إلى أن العلاقات هي بين أشخاص القانون الدولي العام. – أنظر في هذا الصدد، المرجع نفسه، ص ص 32 – 33.

[6] المرجع نفسه، ص 33.

ازدادت أهمية عقود الدولة في مجال الاستثمار حاليا، نتيجة للتطور الحاصل في المنظومة التشريعية للدول النّامية، بغية استقطاب الاستثمارات الأجنبية و جذب الرأسمال الأجنبي، لإضفاء مزيد من الثقة في العلاقات بين الدول المضيفة و المستثمرين الأجانب[7].

تبرم عقود الدولة في مجال الاستثمار من طرف الدولة إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بواسطة أجهزتها، خاصة أن بعض الدول توكل نشاطاتها إلى أجهزة مستقلة، التي تتخذ أشكالا مختلفة و متنوعة حسب القطاع الذي تشتغل فيه[8]، و المستثمر الأجنبي الذي قد يكون شخص طبيعي أو معنوي أي عبارة عن شركة، فهذه الأخيرة إما أن تكون شركة وحيدة أو مجموعة من الشركات، كما يمكن أن يكون الطرف الأجنبي شركة متعددة الجنسيات، و التي تعدّ من إشكالات العصر الحديث نظرا لأنها تتكون من عدة فروع تتفرع على عدة أنظمة قانونية[9].

بناءا على ما تقدم، فأهمية عقود الدولة في مجال الاستثمار، تتجسد في إقامة علاقات تعاقدية ذات طابع دولي، ضف إلى ذلك الجدل القائم بين متطلبات السّيادة من جهة، وتوفير الحماية اللاّزمة للمال الأجنبي من جهة أخرى، نظرا لعدم التكافؤ و عدم المساواة في المراكز القانونية و الاقتصادية بين أطرافها، كونها تبرم بين الدولة باعتبارها شخص قانوني دولي و داخلي تتمتع بمزايا سيادية استثنائية من جانب، و المستثمر الأجنبي باعتباره شخصا أجنبيا خاصا يتمتع بقوة اقتصادية من جانب آخر، وكذا انعكاسات هذا الجدل على المنظومة التشريعية للدّولة المضيفة، و مدى تأثير العولمة الاقتصادية و تطور المعاملات التجارية في طبيعة عقود الدولة في مجال الاستثمار و على سيادة الدّولة المتعاقدة.

إذا كان دافع الدّول المضيفة للاستثمارات لإبرام هذه العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية، فإن غاية الطرف الأجنبي المتعاقد معها، بعدما كان تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح في عقود البترول، فتطورت إلى المساهمة و المشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدّول المضيفة

---

[7] **أيت علي زينة**، عقد الدولة (محاولة تقييم)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2008، ص 1.

[8] **إقلولي محمد**، "العقود بين الدول و رعايا دول أخرى و تطور القانون الدولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2010، ص 89.

[9] **بوجمعة نصيرة سعدي**، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، د م ج، الجزائر، 1992، ص 44.

و الحصول على الأرباح الناجمة عن تلك المساهمة و المشاركة[10].

تتميز عقود الدولة في مجال الاستثمار عن غيرها من العقود المبرمة في إطـــار العلاقات التجارية الدولية بطبيعتها الخاصة، نظرا لطول مدتها و لاحتوائها للعديد من الشروط غير المألوفة في هذه الأخيرة التي من شأنها توفير حماية قانونية للمستثمر الأجنبي، و عليه يمكن للأطراف الاتفاق بينهم على حماية الاستثمار من خلال إدراج اشتراطات تعاقدية من أجل الوصول إلى أكبر قدر من الحماية، ومن هنا يثار التساؤل حول **مدى مساهمة الشروط التعاقدية المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار في تفعيل العملية الاستثمارية ؟.**

للإجابة على هذه الإشكالية يقتضي منّا الأمر إتباع منهج نستعرض فيه مختلف الآراء الفقهية المرتبطة بالموضوع و تدعيمها ببعض التطبيقات في المجال الاتفاقي، القوانين الداخلية و أحكام التحكيم و بعض عقود الاستثمار المبرمة من طرف الجزائر.

تطبيقا لما سبق، سنعالج موضوع حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجـــال الاستثمار من خلال التطرق في الشق الأول إلى إدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار(الفصل الأول)، أما في الشق الثاني سنتناول فيه إدراج شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار(الفصل الثاني).

و نختم بحثنا بخاتمة و التي تعتبر كحوصلة و تقييم لمدى مساهمة عقود الدولة في تفعيل الاستثمارات الأجنبية من خلال آليات الحماية التي تتضمنها.

[10] **حفيظة السيد الحداد**، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 173.

الفصل الأول

إدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار

نظرا للخصوصية التي تتمتع بها عقود الدولة في مجال الاستثمار المبرمة بين الدول و المستثمرون الأجانب الخواص، و الناجمة عن التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها[8]، فالالتزامات التعاقدية فيها لا تثير أي إشكال، باعتبار أن هذه القواعد هي محل اختيار من الطرفين، لكن الإشكال يثار في مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه الالتزامات التعاقدية[9].

تعد مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار من المسائل القانونية ذات الأهمية البالغة، فلا يمكن اعتبار قانون معين يحكم رابطة الاستثمار بين الدولة و المستثمر الخاص الأجنبي مجرّد مسألة تفضيل قانون على آخر، كما لا يمكن اعتباره في ذات الوقت اختيار عفوي مجرّد من اعتبارات معينة[10].

إن مسألة القانون الواجب التطبيق تعدّ من بين أهم المسائل التي تثار بشأنها المنازعات على المستوى الدولي، سواء أثناء مرحلة التنفيذ التي قد تظهر فيها مسائل يكون من الضروري معرفة القانون المطبق عليها حتى يمكن الفصل فيها، و كذا عند عرض النّزاع على التحكيم بعد وقوع الخلاف بين الأطراف من حيث القانون الذي يلجأ إليه المحكم لحلّ النّزاع، هل هو القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار أم قانون دولة المستثمر، أم قانون دولة أخرى[11].

يستلزم الأمر لدراسة شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، القيام بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى خيارات الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار (المبحث الثاني).

---

[8] **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 335.

[9] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 278.

[10] **قبايلي طيب**، مرجع سابق، ص 334.

[11] **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 19.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار

تكتسي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار أهمية خاصة نظرا لطبيعة هذه العقود و تفاوت أهداف و مصالح أطرافها، بالتالي وجب عليهم تحديد هذا القانون، تجنبا لأي نزاع قد يحدث بشأنه، بغرض حماية مصالحهم[12].

في هذا الصدد، أبرز المحكم Dupuy في قضية (Texaco) ضدّ ليبيا أهمية تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، حيث نص في حكمه: " ***إن القيمة القانونية و بالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها*** "[13].

يتأسس القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، إما على القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو على القانون الدولي، فإرادة الأطراف في هذا الشأن لها دور هام، بحيث تخول لهم خيارات متعددة، إما بتوطين العقد؛ بإخضاعه للقانون الوطني للدولة المضيفة، و إما بتدويله؛ بإخضاعه للمبادئ المستقرة عالميا في القانون الدّولي الخاص في مجال العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة[14].

باعتبار الدولة طرف في عقود الاستثمار، تعبيرا عن سيادتها تسعى دائما إلى إخضاع العقد لنظامها القانوني الداخلي، أما المستثمر الأجنبي يرفض الخضوع لهذا القانون، بحجة عدم تأمينه الحماية الكافية و المناسبة له، نتيجة لذلك يتجه إلى إخضاع العقد لقوانين خارجة عن النظام القانوني الداخلي للدّولة المتعاقدة[15].

استقرت معظم النظم القانونية المعاصرة على إخضاع العقد للقانون الذي اختاره المتعاقدين، أي تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقد، أو ما يسمى بقانون الإرادة، و ذلك طبقا لقواعد الإسناد[16]، فعلى الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الذي أبرموه (المطلب الأول)، وتعيين قانون الإرادة الذي يخضع له هذا العقد (المطلب الثاني).

---

[12] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 278.

[13] **قبايلي طيب**، مرجع سابق، ص 335.

[14] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 278.

[15] **عيبوط محند وعلي**، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي و القانون الدولي"، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 01، 2011، ص 8.

[16] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 279.

المطلب الأول

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد

تخضع العقود بصفة عامة، و عقود الدولة بصفة خاصة لمبدأ سلطان الإرادة، المستقر عليه في الفقه و القضاء الوطني، ومعظم النصوص القانونية و في أحكام التحكيم الدّولية[17]، إذ يعتبر اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من أهم الضمانات التي يمكن للدّول المضيفة للاستثمار منحها للمستثمر الأجنبي، تشجيعا و حماية له من سلطات الدّولة أو أحد فروعها باعتبارها طرفا في عقد الاستثمار[18].

يعدّ اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، ناتج عن أفكار النظرية الشخصية، التي نشأت على تقديس سلطان الإرادة إلى جعل إرادة الأطراف هي الشريعة الملّزمة، و أن العقد يستمد قوته الملزمة من إرادة أطرافه و ليس من القانون، فغياب إرادة الأطراف يؤدي إلى عدم وجود العقد[19].

يعدّ الفقيه الفرنسي Dumoulin، أوّل من نادى بضرورة حرّية المتعاقدين في اختيار القانون بإرادتهم المنفردة، و هو ما أدى إلى ظهور نظرية قانون الإرادة.

لتكريس هذه القاعدة، ذهب البعض إلى القول:" ***ليس زائفا اجتماعيا، و لا شاذا من الناحية القانونية الاعتراف للأفراد بالنسبة لعملياتهم أو تصرّفاتهم الخاصة، بالاستقلال الذي يمكن اعتباره طبيعيا قبل المعنى الدّقيق للمحكمة*** ".

بما أن للأطراف حرّية اختيار القانون الذي يحكم العقد، وجب على الدّولة احترام قانون الإرادة، كما يتعيّن على المحكم أو القاضي تطبيقه في حالة نشوء نزاع حول العقد، و إعمال قانون الإرادة الذي يكون غالبا القانون الوطني للدّولة المتعاقدة، ليس مطلّقا و إنما مقيّدا، على أساس وجود أنظمة قانونية أخرى قد تكون مناسبة لتنظيم مثل هذه العقود، تماشيا مع تطور المعاملات الاقتصادية الدّولية[20].

نظرا للأهمية التي تكتسيها قاعدة قانون الإرادة في عقود الدّولة، يتعيّن علينا تبيان قانون الإرادة

---

[17] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 280.

[18] **نوارة حسين**، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 147.

[19] **هنية شريف**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص 37.

[20] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 280 – 282.

الذي تخضع له عقود الدّولة في مجال الاستثمار (الفرع الأول) وكيفية اختيار المتعاقدين لقانون الإرادة الذي يخضع له العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون الإرادة

يعدّ قانون الإرادة من المبادئ المستقرة والأكثر شيوعا في تحديد القانون المطبق على العقود الدولية و عليه تعتبر إرادة أطراف العقد ضابط الإسناد الأصيل في قاعدة تنازع العقود الدولية[21]، و استقر تطبيقه في القضاء، التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدّولية.

أولا– تعريف قانون الإرادة

قانون الإرادة هو ذلك القانون الذي يختاره الطرفان المتعاقدان كقانون واجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، فبذلك يحكم معظم مسائل العقد لا كلّها و عليه فالمسائل المتعلقة بالأهلية و شكلية العقد قد لا تدخل في إطار القانون المختار[22].

ثانيا– تكريس قاعدة قانون الإرادة

أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه القاعدة، حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 05 ديسمبر 1910، في قضية (Steamship co. American trading co.c/Québec) بأن: "***القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو بالنسبة لأثارها و شروطها، هو ذلك الذي يتبناه الأطراف***... "[23].

كما قضت محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر في 27 نوفمبر 1974 على أنه:

"***و باعتبار أن تحديد القانون الواجب التطبيق في القانون الدّولي الخاص البلجيكي تحكمها قاعدة سلطان الإرادة التي من خلالها يكون للأطراف حرّية في اختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم التعاقدية، و في غياب الإرادة الصريحة يجب البحث في الظروف و النيّة الضّمنية أو المفترضة للأطراف*** "[24].

أما على صعيد الممارسة التحكيمية، فإنّ محاكم التحكيم اعترفت بقدرة الأطراف في اختيار القانون الذي

---

[21] راجع **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 484.

[22] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 95.

[23] راجع **قبايلي طيب**، مرجع سابق، ص 338.

[24] نقلا عن **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 286.

يحكم عقدهم، باعتباره قانون الإرادة، من ذلك حكم التحكيم الصادر عن المركز الدّولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI)، بشأن النّزاع بين دولة الكونغو و إحدى الشركات الإيطالية بتاريخ 30 نوفمبر 1979، حيث طبّق قانون دولة الكونغو مع تكملته بالمبادئ العامة للقانون الدولي استنادا في ذلك لاتفـــاق الأطراف المتنازعة[25].

كرّست معظم التشريعات الوطنية قاعدة قانون الإرادة، إذ تبناها المشرع المصري فيما يخـــص القانون الواجب التطبيق على العقود، حيث نصت م 1/19 من ق م م على: " ***يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتخذا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه*** "[26].

كما تبناه المشرع السويسري في نص م 1/116 من القانون الدّولي الخاص لسنة1987، التي تنـــص على: " ***يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف...***"[27].

تم إعمال قاعدة قانون الإرادة بصفة صريحة في العديد من الاتفاقيات الدّولية، منها اتفاقية لاهـاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدّولي للبضائع التي نصت في م 1/7 على: " ***يسري على عقد البيع القانون الذي اختاره الأطراف*** "[28]، كما أقرّ المعهد الدّولي لتوحيد القانون الخاص (Uni droit) في المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي تبناها في 1994، إذ نصت م 1/1 منها على: " ***يكون الأطراف أحرارا في إبرام العقد و في تحديد مضمونه*** "[29].

مما سبق يتبين أن كل من الفقه، الاتفاقيات الدولية و التحكيم، قد كرست مبدأ حرّية الإرادة فـي تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدّولية، لكن التساؤل الذي يفرض نفسه هنا، يتمثل في **مدى خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقاعدة قانون الإرادة ؟**

---

[25] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 287.

[26] القانون المدني المصري، نشرة الوقائع المصرية، عدد 108، الصادرة في 9 جويلية 1948، منشور في: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf، 2 أفريل 2013.

[27] نقلا عن **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 161.

[28] راجع **قبايلي طيب**، مرجع سابق، ص 340.

[29] **أحمد عبد الكريم سلامة**، "النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية"، منشور في: www.Algeriedroit.fb.bz، ص 3، 27 مارس 2013.

جعلت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الـدول و رعـايا دول أخرى، من مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي الذي يحكم القانون الواجب التطبيق على موضـوع النّـــزاع و عليه فالمحكم يفصل في النّزاع وفقا للقواعد القانونية التي اتفق عليها الأطراف[30]، حيث نصت م 1/42 منها على أنه: "***تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع***"[31].

استبعدت هذه الفقرة تطبيق نظرية العقد بلا قانون (Théorie de Contrat sans Loi)، التي مفادها تضمين العقد نظام خاص، تستند إليه المحكمة عند نشوء النّزاع بين الأطراف، الذي قد يكون قانون أحد الطرفين أو نظام قانوني آخر، فالغالب عمليّا هو الاتفاق في عقود الاستثمار على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة الطرف في النّزاع، و نادرا جدا ما يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة المستثمر أخذا في ذلك بقانون محلّ الإبرام، فضلا على أن تنفيذ العقد يتم في إقليم هذه الدولة[32].

على هذا المنوال، سار معهد القانون الدولي في دورته الثالثة و الستّين المنعقدة في (Santiago de Compostela) عام 1989 بعنوان: "التحكيم بين الدول و مشروعاتها أو هيئاتها و المشروعات الأجنبية" فنصت م 6 منه على: "***يتمتع الأطراف باستقلال كامل في شأن تحديد القواعد و المبادئ الإجرائية و الموضوعية الواجب تطبيقها على التحكيم***"[33].

الفرع الثاني

كيفية اختيار قانون الإرادة

مما سبق، يتضح أن حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة متفق عليه، يتحقق هذا الاختيار إما بالإرادة الصريحة للأطراف، أو بإرادتهم الضمنية.

أولا- الاختيار الصّريح لقانون الإرادة

يتم الاختيار الصّريح لقانون الإرادة عن طريق إدراج الأطراف في العقد لعبارات صريحة معبّرة، من شأنها تبيان القانون الذي يحكم العقد[34].

---

[30] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار..، مرجع سابق، ص 291.

[31] نقلا عن **جلال وفاء محمدين**، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص ص 58 – 59.

[32] راجع **قبايلي طيب**، مرجع سابق، ص 345.

[33] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 292 – 293.

[34] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 484.

للدّلالة عن أهمية الاختيار الصريح، هناك من يشبه تضمين العقد لشرط أو بند يحدد الاختصاص التشريعي، كإبرام عقد التأمين على الحياة إحاطة للأخطار المحتملة مستقبلا[35].

تمت الإشارة إلى الاختيار الصّريح لقانون الإرادة على الصعيد الدّولي، حيث أقرّ معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة بأثينا سنة 1979، بشأن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدّول و أحد الأشخاص الأجنبية الخاصة، في م 1/4 التي تنص على أنه: " ***من المأمول فيه أن يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم*** "[36].

أما في المجال الاتفاقي، فإن اتفاقية واشنطن المنشئة لـ (CIRDI) في م 42 منها، كرّست حق الأطراف في تحديد القانون الحاكم العقد، بإعلان إرادتهم الصريحة بأن قانون دولة معينة أو القواعد الموضوعية المستقرة في مجال معيّن، واجبة التطبيق على النّزاع[37].

كما أشارت العديد من العقود إلى الاختيار الصريح لقانون الإرادة، من بينها العقد المبرم بين دولة غينيا وشركة (Atlantic Tritan Company Limited)، فنصت م 9 منه على أن: " ***القانون الغيني هو القانون الواجب التطبيق على العقد*** "[38].

ثانيا- الاختيار الضمني لقانون الإرادة

عند وجود إرادة الأطراف الصريحة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، فإن هيئات التحكيم تلتزم بإعماله، أما في حالة انعدامها، فإنها تتجه إلى الإرادة المفترضة التي يتم اكتشافها من الظروف المحيطة بالعقد، ذلك بوجود أدلة و قرائن تشير إلى وجودها كقانون محل الإبرام أو مكان تنفيذه أو قانون الدولة التي يوجد بها مقرّ التحكيم[39].

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

---

[35] نقلا عن **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 190.

[36] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 296.

[37] مشار إليه في **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 189 – 191.

[38] نقلا عن **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 296.

[39] أنظر **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 259.

أما في إطار التحكيم، نجد الحكم الصادر في قضية الألمنيوم اليوغسلافية سنة 1976، إذ يتعلق النّزاع بصدد تنفيذ عقود بيع بين شركة ألمنيوم يوغسلافية و مشتر أمريكي، لحلّها تم تعيين هيئة في إطار نظام غرفة التجارة الدّولية جعلت مقرّ التحكيم في باريس، عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع، طبقت المحكمة القانون الفرنسي كونه قانون الدولة التي بها مقرّ محكمة الغرفة، بناءا على إرادة الأطراف الضّمنية باتجاههم إلى تطبيق قانون الدولة التي بها مقرّ الغرفة، عند اختيارهم اللّجوء إلى المحكمة[40].

أما على المستوى الاتفاقي، نصت اتفاقية روما لعام 1980 في م 1/3 على أنه: "***يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية***"[41].

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة

كرّس المشرع الجزائري بصفة صريحة قاعدة قانون الإرادة، من خلال نص م 18 من ق م ج، التي تنصّ: "***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد،***

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

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ..."[42].

فالمشرع الجزائري منح للأطراف حرّية اختيار القانون المناسب لتنظيم عقودهم، حيث أنه أخذ بمبدأ حرّية التعاقد بصورة واسعة، إذ يجب أن يكون العقد تحت ظّل إرادة الأطراف، كما أنه جعل من قانون محل الإبرام كمرحلة ثانية، فيتم تطبيقه في حالة عدم وجود اتفاق من الطرفين على تطبيق قانون آخر مؤكدا مبدأ الحرّية التعاقدية بمبدأ القوة الملّزمة للعقد، بحيث لا يمكن تجاهل الآثار المترتبة عن اتفاق الأطراف فيما يخص التزاماتهم، إن التعديل الذي ورد في نص م 18 يكرّس أكثر قاعدة قانون الإرادة و يبين الطابع اللّيبرالي لقاعدة التنازع الجزائرية، رغبة من المشرع الجزائري تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية[43].

---

[40] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 297 – 298.

[41] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 194.

[42] قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

[43] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 288.

بالرجوع إلى نص م 60 من ق م ج، يتبين أنّه أخذ بالإرادة الصريحة والضّمنية معا، إذ جاء فيها مايلي: " ***التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.***

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيّا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا "[44].

فيما يخص مسألة حلّ النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية الخاصة بالتحكيم الدّولي، اعتبرت إرادة الأطراف إحدى المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، إذ جاء في نص م 1050 من ق إ م إ ما يلي: " ***تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة*** "[45].

كما تم الاعتراف للأطراف بحرّية اختيار الجهة القضائية المختصة لحلّ النّزاعات التي قد تثور بين الدولة و المستثمر بناءا على اتفاق[46]، في الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، من خلال م 17 منه التي تنص: " ***...أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص*** "[47].

رابعا – وقت اختيار قانون العقد

يقوم الأطراف باختيار قانون العقد أثناء إبرام العقد، من خلال تبني بند أو بنودا واضحة و معبّرة عن هذا الاختيار، دون الاعتداد بالوقت الذي يتم فيه هذا الاختيار أثناء تحرير العقد[48]، فإذا كان الأصل أن اختيار قانون العقد، يكون بموجب بند صريح يدرج ضمن بنود العقد أو في اتفاق مستقلّ عنه، يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أنه يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار هذا القانون في وقت لاحق لإبرام العقد، سواء تم هذا الاختيار بطريقة صريحة أو ضمنية[49]. **فهل يعتد باختيار الأطراف اللاّحق لقانون**

---

[44] قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

[45] قانون رقم 08 – 09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

[46] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص289.

[47] أمر رقم 01 – 03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، معدل و متمم.

[48] **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 513.

[49] مشار إليه في **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 179.

العقد ؟.

من منظور الفقه يحق لأطراف العقد الاختيار اللاّحق لقانون العقد، حيث يقومون بتحديد القـــانـــــون الواجب التطبيق بعد تحرير العقد، سواء في اتفاق مستقل عن العقد، أو أمام المحكمة المختصة بالفصل فـــي النّزاع[50].

في هذا الصدد، من القضايا التي عرضت على التحكيم، العقد المبرم بين حكومة سريلانكا و شركة (Aapl) إذ عند إبرام العقد لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، لكنهم أسسوا تنفيذ عقدهم على الاتفاقية الثنائية، المبرمة بين المملكة المتحدة و سريلانكا[51].

كما أكّد هذا الحق القضاء السويسري بإقراره الاختيار اللاّحق لقانون العقد، و ذلك في أي وقت لاحق على التعاقد، حتى و إن كان الاختيار لأول مرة أمام المحكمة المختصة، لكن قبل الفصل في النّزاع، بشرط أن تكون المحكمة محكمة موضوع لا محكمة قانون، و إبداء الأطراف لإرادتهم في التمسك بهذا الاختيار اللاّحق[52].

أما فيما يخص مسألة تعديل قانون العقد، فهناك من الفقه من يؤيده، استنادا إلى أن القانـون المختار لا يساير طبيعة موضوع التعامل، و اتجاه آخر يعارضه، على أساس أن تعديله يؤدي إلى نشأة تنازع القوانين مرة أخرى، و إعادة إعمال قاعدة التنازع ثانية، بعدما تم حلّها في الاختيار الأول لقانون العقد، حتى و إن كان يحق للأطراف تعديل الاختيار، إلا أنه يجب أن لا يمتد هذا التعديل إلى المساس بحقوق الغير الذين استقرت توقعاتهم على القانون الأول، كما لا يجب المساس بجوهر و صحة العقد أثناء تعديل القانون المختار[53].

---

[50] **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 371.

[51] عند عرض النزاع القائم بين الطرفين بشأن القانون الواجب التطبيق على CRDI، قضى بما يلي:" ***في ظل هذه الظروف الخاصّة سوف تتجسّد عملية اختيار القانون عقب ظهور النزاع، وذلك عن طريق ملاحظة و تأصيل سلوك و تصرف الأطراف عبر وقائع التحكيم و لقد تصرّف كل من الطرفين بشكل يظهر الموافقة المتبادلة على احترام و مراعاة بنود الاتفاقية المبرمة بين البلدين لتكون المصدر الأساسي للقواعد القانونية واجبة التطبيق التي استند عليها الطرف المدّعي و وافق عليها المدّعى عليه*** ". – أنظر **محمد عبد العزيز بكر**، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة، (ب د ن)، القاهرة، 2001، ص ص 35 – 38.

[52] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 300.

[53] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 181 – 182.

المطلب الثاني

تعيين قانون الإرادة الذي يخضع له العقد

تطبيقا لقاعدة قانون الإرادة، فإنه يحق للأطراف المتعاقدة اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم لكن التساؤل الذي يفرض نفسه في هذا الشأن، يتمثل **فيما إذا كان للأطراف إخضاع العقد لأكثر من نظام قانوني؟.**

في هذا الصدد يرى البعض أن فكرة قانون الإرادة، هي اختيار المتعاقدين للقانون ذات الصّلة الوثيقة بموضوع العقد، وغالبا ما يكون القانون الوطني لدولة معينة، أما عدا ذلك فيتم استبعاده، باعتبار أن قاعدة تنازع القوانين لا تكون سوى بين قوانين الدّول فقط[54].

نظرا لتطور المعاملات الاقتصادية الدولية، أصبح تطبيق قاعدة قانون الإرادة أكثر مرونة، وذلك تعبيرا عن تطور مفهوم الإسناد، فأصبح للأطراف الحرّية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ليس فقط قانون دولة معينة، كما هو الحال بالنسبة للفقه التقليدي للإسناد، بل اختيار أكثر من نظام قانوني وطني المبادئ العامة للقانون، القانون الدولي العام...

ما يؤكد ذلك، توصية مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا باليونان سنة 1979، بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية الخاصة، إذ جاء فيها أنه:

" ***في حالة العقد بين دولة و أحد الأشخاص الأجنبية، فإن المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص تسمح للأطراف بتعيين قانون العقد، إذا كانت هذه إرادتهم*** "[55].

في إطار عقود الدولة بصفة عامة، بالأخص تلك التي تبرمها الدّول النّامية و الشركات الأجنبية نصت في غالبيتها على تطبيق القانون الوطني للدّولة المتعاقدة، سواء في عقود الامتيازات البترولية أو في عقود الاستثمار، إلا أن تطبيقه يثير جدلا بين المستثمر الأجنبي و الدّولة المضيفة[56]، ففي الوقت الذي تصرّ فيه هذه الأخيرة على تطبيق قانونها الداخلي (الفرع الأول)، فالمستثمر الأجنبي بدوره يعمل على الحدّ من تطبيقه (الفرع الثاني)، كما أن إعمال قانون الإرادة ترد عليه استثناءات (الفرع الثالث).

---

[54] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 302.

[55] **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص 147 – 148.

[56] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 302.

الفرع الأول

تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

تصرّ الدّول المضيفة على إخضاع علاقتها التعاقدية مع المستثمرين الأجانب إلى قوانينها الداخلية و فضّ النّزاع الناشئ عنها من قبل محاكمها، دفاعا عن سيادتها، لكونها طرفا في العقد وجب إخضاعه لقانونها الداخلي لأنه الأنسب و الملائم لتنظيم العلاقة التعاقدية[57].

إلى جانب هذا، فإن التطبيق المطلّق لقانون الدولة المتعاقدة على العقد، يكون في الرغبة الكاملة لإخضاع العقود إليه، استنادا في ذلك إلى معايير ذات طبيعة سياسية و قانونية في آن واحد، كما قد يستند إلى تكييفها كعقود إدارية[58].

تم تأكيد تطبيق القانون الوطني للدّولة المتعاقدة، من خلال ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 12 جويلية 1929، في قضية القروض الصربية و البرازيلية [59]، إلى أنّه:

" ***Un Etat souverain…ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui a ce sujet à une loi autre que sa loi propre*** "[60].

من القضايا التي عرضت على التحكيم، القضية رقم 1516 لسنة 1968 المعروضة لدى غرفة التجارة الدولية، بشأن عقد الامتياز المبرم بين دولة إفريقية و شخص بلجيكي في بروكسل، لشراء المنتجات المعدنية في الإقليم الوطني، فعند غياب الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، قضت المحكمة بتطبيق قانون الدّولة المتعاقدة[61].

أما في المجال الاتفاقي، تضمنت مختلف عقود الدولة أحكاما تشير صراحة لاختيار القانون الوطني للدّولة المتعاقدة، إذ نص الاتفاق المبرم بين شركة (Otrag) و جمهورية الزائير في م 218 منه على أن:

" ***العلاقات القانونية للأطراف يتم تنظيمها من طرف التشريع الزائيري*** "[62].

---

[57] راجع **أيت علي زينة**، مرجع سابق، ص 8.

[58] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 415 – 416.

[59] مشار إليه في **أيت علي زينة**، مرجع سابق، ص 9.

[60] CPJI, Affaire des Emprunts Serbes.in :http://www.icj-cij.org/cij www/cdecisions/ccpji

[61] راجع **منير عبد المجيد**، مرجع سابق، ص 273.

[62] نقلا عن **أيت علي زينة**، مرجع سابق، ص 13.

الفرع الثاني

الحدّ من تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة

إذا كان لمبدأ سلطان الإرادة دورا هاما في حلّ مشكلة القانون الواجب التطبيق، لمنحه الأطراف الحرّية في اختيار القانون المناسب لحكم عقدهم، الذي يكون في غالب الأحيان القانون الوطني للدّولة المضيفـــة[63] يحاول المستثمر الأجنبي الحدّ من تطبيقه عن طريق:

أولا- اندماج قانون الإرادة في العقد

يلجأ المستثمر الأجنبي بغية الحدّ من اختصاص القانون الوطني للدّولة المضيفة طبقا لقانون الإرادة ومن السلطات التي تتمتع بها الدولة في ظلّه، إلى إدماج هذا القانون في العقد؛ ما يعني إضفاء الطابع التعاقدي على عقود الدولة[64]، ويتم ذلك إما أثناء إبرام العقد أو أثناء بدئ تنفيذه[65]، وهو ما يؤدي إلى إفلات العقد عن حكم القانون، ليصبح في حكم العقد بدون قانون؛ عقد طليق.

تم اقتراح نظرية العقد بدون قانون من طرف محامي الشركة الأمريكية (Aramco) ضّد العربية السعودية بتاريخ 23 أوت 1958، " ***حيث أكّد كل من Verdross و Bourquin على أن حرّية التعاقد في عقود التنمية الاقتصادية تمثل نظاما قانونيا مستقلا يحكم العلاقات بين الأطراف و هو نتاج اتفاق إرادتهم*** "[66].

إن ارتباط العقد بأكثر من نظام قانوني يعني عدم تحديد قانون معين يحكم العقد، فيصبح بذلك خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة المطلّق، و بالتالي تمكين الأطراف من تنظيم علاقتهم التعاقدية بإرادتهم الصريحة. في ظلّ الإرادة الضمنية، يرى أصحاب النظرية الشخصية صعوبة تصور فكرة الاندماج لكون القانون من وضع المشرع أو من تحديد القاضي أو المحكم، لا من اختيار الأطراف[67].

تم الأخذ بفكرة الاندماج في مختلف عقود الدولة في مجال الاستثمار، منها العقد المبرم بين حكومة موريتانيا و شركة (Texaco Mauritania INC)، الذي نص في م 2/4 منه على: " ***يعتبر قانون التعدين***

---

[63] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 303.

[64] المرجع نفسه، ص 346.

[65] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 339.

[66] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 317.

[67] **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص ص 80 - 81.

الذي تم تثبيته طوال مدة سريان هذا الاتفاق ملحقا بالنصوص المدرجة بالاتفاق الحالي و يعد جزءا لا يتجزأ منه "[68].

ينتج عن فكرة اندماج قانون الإرادة في العقد خلق نظام قانوني خاص به، يحتوي مختلف شروط تحريره، إبرامه، مكان تنفيذه و فضّ مختلف النّزاعات التي تثور بشأن تنفيذه، كما أنه لا يطبق باعتباره قانون بحدّ ذاته، فنصوصه تندمج بصفة آلية في العقد، و بذلك يصبح مجرّد بند تعاقدي شأنه في ذلك شأن باقي البنود الأخرى في العقد، فيمكن لأطرافه استبعاد بعض أحكامه الآمرة[69]، و يمكنهم تعديله أو إبطاله برضاهم فلا يمكن تصور أن يقضي القانون الواجب التطبيق على العقد ببطلان العقد، باعتباره بند من بنود العقد وإن كان ذلك فلا ينتج أي أثر.

انتقدت نظرية العقد بدون قانون، باعتبار أن العقد لابد أن ينصهر في نظام قانوني موجود مسبقا حيث لا يمكن أن يتأسس من العدم، بل يجب أن يستند إلى نظام قانوني، إذ أنه في حالة نشوء نزاع يتم اللّجوء إلى قواعد هذا النظام القانوني[70].

ثانيا- الدور الاحتياطي لقانون الإرادة

يترتب عن فكرة اندماج القانون في العقد تهميش القانون الذي تم اختياره و إعطاءه دور احتياطي فيلعب بذلك دور ثانوي، يتم اللّجوء إليه لسدّ النقص و الثغرات التي تشوب العقد، دون الاعتراف بأي قوة ملزمة له أو لشروطه، فما تتضمنه عقود الدولة من شروط و أحكام كافية لخلق القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، مما يعطيها قوة إلزامية[71]، بحيث أن تطابق إرادة الأطراف تؤدي إلى إنشاء نظام قانوني جديد الذي يحكم العقد، فالنصوص و البنود التعاقدية التي تتضمنها عقود الدولة تشكل نظام قانوني ذاتي ينظم بصفة شاملة العلاقة التعاقدية، ويخضع العقد لأحكامه.

ففكرة القانون الذاتي للعقد، نظام جديد أنشأته إرادة الأطراف، مستقل عن أي نظام قانوني آخر، و نظرا لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية و النقص الذي يشوبه، فلا يوجد مانع للجوئه إلى النظام القانوني للدّولة المتعاقدة أو المبادئ العامة للقانون الدولي لسده، باعتبارها شروطا تعاقدية لا باعتبارها

---

[68] نقلا عن **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 319.

[69] راجع **محمود محمد ياقوت**، مرجع سابق، ص 84.

[70] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 318 – 320.

[71] للتوضيح أكثر راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 374.

نصوصا قانونية[72].

فالصفة الاحتياطية لقانون العقد الدولي تجد أساسها في انتشار العقود النموذجية و الشروط العامة التي تؤدي إلى تقليص إعمال قانون العقد، حيث تجعله ذات طبيعة احتياطية، إذ يتم اللّجوء إليه عند عدم تحقق الكفاية الذاتية للعقد الدولي[73].

يرى الفقه في شأن إعمال الدور الاحتياطي لقانون العقد، أن القانون المختار لا يطبق عليه إلا في المعالم التي يكون فيها ذلك القانون متفقا مع أحكام العقد، حيث تطبق أحكام العقد أولا ثم يليها القانون المختص فالدور الاحتياطي لقانون العقد يعتبر عامل استقرار بالنسبة لعقود الدولة في مجال الاستثمار.

ففي قضية (ARAMCO) بشأن العقد المبرم بين الشركة والعربية السعودية عام 1933، بالرغم من تمسك الشركة باتفاقية الامتياز كونها القانون الأساسي للطرفين، إلا أن المحكمة أقرّت بوجود قرينة لتطبيق قانون الدّولة المتعاقدة، كما قررت أنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، فتم استبعاد القانون السعودي لكونه لا يتضمن أحكاما خاصة بعقود الامتياز، بالتالي اتجهت المحكمة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي.

إضافة إلى ذلك كرّست الممارسات التعاقدية الدور الاحتياطي للقانون الواجب التطبيق من خلال الكفاية الذاتية لعقود الدولة في مجال الاستثمار، و مثال ذلك ما جاء في العقد المبرم بين الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة (Texaco Exploration Nile INC) سنة 1997، بأنه: "***يطبق القانون المصري على النزاع، غير أنه في حالة أي خلاف بين القوانين المصرية و نصوص هذه الاتفاقية، فإن هذه الأخيرة هي التي تحكم***".

انتقدت فكرة احتياطية قانون الإرادة على أساس عدم قدرة إرادة الأطراف وحدها في إنشاء نظام قانوني جديد و ترتيب أثار قانونية، إلا إذا تم تضمينها في نظام قانوني قائم مسبقا[74]، إضافة إلى استحالة تنبؤ الأطراف بما قد يحدث مستقبلا لعلاقتهم التعاقدية، عمليا يستحيل على الأطراف خلق شروط تعاقدية تكفي بذاتها لتنظيم العقد، دون الاستناد لأحكام قانون معيّن، بالتالي ليس هناك عقد يكفي ذاته بذاته[75].

تطبيقا لما سبق، ففكرة جعل قانون الإرادة احتياطيا ما هي إلا ذريعة للتحايل على عدم تطبيق القانون

---

[72] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 743 – 745.

[73] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 377.

[74] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 323 – 325.

[75] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 144.

الوطني للدولة المضيفة للاستثمار لكونه القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، إذ الاعتراف لإرادة المتعاقدين وحدها بإنشاء نظام قانوني مستقل عن القانون، لا يدلّ سوى على سمو الإرادة على القانون[76].

الفرع الثالث

استثناءات إعمال قانون الإرادة

إن إعمال قانون الإرادة ليس مطلّقا، بل ترد عليه بعض الاستثناءات، ما يؤدي إلى استبعاد تطبيقه و ذلك تطبيقا لفكرتي النظام العام الداخلي و النظام العام عبر الدولي.

أولا- استبعاد قانون الإرادة تطبيقا لفكرة النظام العام الداخلي

ترتكز المنظومة القانونية من أجل القيام بمهامها على فكرة النظام العام، و هي فكرة متواجدة في كل فروع القانون، حيث توجد مجموعة من القواعد الوطنية ذات طابع دولي آمرة، تهدف إلى حماية المبادئ الأساسية للمجتمع، و يتم تطبيقها من طرف القاضي عند الفصل في النّزاع الذي تثيره عقود الدولة، فعند تعارض هذه المبادئ مع الحلّ الذي يشير إليه قانون العقد، فيتم استبعاد هذه الأخيرة أي عندما يقرر القانون الواجب التطبيق صحة شروط العقد و هي تتعارض مع قواعد النظام العام الدولي لدولة القاضي.

نظرا لكون النظام العام يرجح المصلحة العامة على سلطان الإرادة فهو يحدّ من إعماله، و عليه فهو يقيّد حرّية الإرادة في التصرف و الاختيار، و بالتالي فالنظام العام هو ضابط لحرّية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة[77].

أخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء في م 24 من ق م ج، حيث نصت على: " ***لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة.*** "[78].

---

[76] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 326.

[77] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص ص 242 – 243.

[78] قانون رقم 05 – 10 مؤرخ في 20 جوان2005، يعدل و يتمم الأمر رقم 75 – 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

ثانيا- استبعاد قانون الإرادة تطبيقا لفكرة النظام العام عبر الدولي

إن النظام العام الذي يحدّ من حرّية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على علاقتهم التعاقدية، هو النظام العام عبر الدولي، و الذي يقصد به مجموعة من القواعد التي تقرها الأمم المتمدينة، و المشتركة بين عدد كبير من الدول، فالنظام العام عبر الدولي قد يحضر تصرف معين يكون مشروع في ظّل القانون المختار، كما أنه للأطراف إمكانية استبعاد تطبيق القواعد الآمرة للقانون المختار شريطة أن يكون هذا الاستبعاد غير مخالف للنظام العام الدولي.

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار بعض المفاهيم و التعابير الواردة في القرارات التحكيمية كالمبادئ المشتركة بين أغلب الدّول، مبادئ الاستقامة في التعامل التجاري الدولي و المبادئ السائدة في الأمم المتمدينة، هي مضمون النظام العام عبر الدولي.

إلا أن جانب آخر من الفقه لا يعترف بوجود النظام العام عبر الدولي، تأسيسا على أن المحكم في الغالب يستند إلى ما يمليه عليه ضميره نظرا لعدم وجود قانون يحدد اختصاصه، في هذه الحالة فكل القوانين تعد أجنبية بالنسبة له، و متساوية في المرتبة من حيث إمكانية تطبيقها، أي إلزام المحكم بتطبيق قواعد نظام عام بمفهوم القانون الدولي الخاص، ما يجعل تصرفه مثل تصرف القاضي في الدّولة التي اختار الأطراف قانونها أو المحدد من قبله، إضافة إلى عدم وجود إجماع حول فكرة النظام العام عبر الدولي، كما أن الأنظمة القانونية الداخلية بإمكانها تقديم نفس الحلول، ما يجعل وجود النظام العام عبر الدولي و فائدته مشكوك فيهما، والدليل على ذلك وجود بعض القرارات التحكيمية أبطلت عقودا بسبب الرشوة، بناءا على النظام العام الداخلي قبل الاستناد إلى النظام العام عبر الدولي، و أخيرا غموض فكرة النظام العام عبر الدولي فهي فكرة أوجدتها الدّول المتقدمة لإهدار مصالح الدّول النامية، و لا يمكن وجود نظام عام عبر دولي إلا عندما تزول الهوة الفاصلة بين الدّول المتقدمة و الدّول المتخلفة.

انتقد هذا الاتجاه على أساس عدم إمكانية الاعتداد باستناد المحكم إلى ضميره لما ينطوي عليه من عدم توقع الأطراف، الأمر الذي تحاول تأمينه فكرة النظام العام عبر الدولي[79].

[79] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 245 – 246.

المبحث الثاني

خيارات أطراف عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الواجب تطبيقه

إن عقود الدولة في مجال الاستثمار، غالبا ما لا يشير الأطراف فيها إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النّزاع عند نشوءه بصدد تنفيذه، فوجب على المحكم البحث عنه، استنادا إلى القواعد العامة لتنازع القوانين المعروفة في القانون الدولي الخاص[80].

فحسب مبادئ القانون الدولي الخاص، كل عقد يبرم بين دولة و شخص أجنبي يحكمه القانون الوطني لتلك الدولة[81]؛ بمعنى عند غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد يطبق قانون الدولة المتعاقدة[82]، غير أنه هناك عدّة تحكيمات تستبعد إخضاع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة في حالة عدم اختيار أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق على العقد، و ذلك حماية للمستثمرين الأجانب[83]، الذين يرفضون الخضوع للقانون الداخلي للدول المضيفة، باعتباره لا يمنح لهم الحماية القانونية المناسبة، و يتجهون بذلك لتطبيق قواعد القانون الدولي لضمان استقرار العلاقة العقدية[84]، "***و هذا ما يرمي إلى تدويل عقود الدولة سواء التدويل المباشر، أي بإخضاعها لأحكام القانون الدولي العام، أو التدويل غير المباشر عن طريق تطبيق القانون عبر الدولي أو ما يسمى بقانون التجارة الدولة (lex mercatoria)***"[85].

هناك عدّة اتجاهات لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، عند عدم اختياره من الأطراف، فالدول المضيفة تسعى لتوطين هذه العقود (المطلب الأول)، في حين يحاول المستثمر الأجنبي تدويل هذه العقود (المطلب الثاني).

---

[80] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 326 – 327 .

[81] BEDJAOUI Mohamed, Droit international bilan et perspectives, Tome 2, A.Pedone, Paris, 1991, p. 723.

[82] **سامية راشد**، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 27.

[83] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص327 – 328.

[84] مشار إليه في **عيبوط محند وعلي**، "عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي و القانون الدولي"، مرجع سابق، ص 8.

[85] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 328.

المطلب الأول

توطين عقود الدولة في مجال الاستثمار

إنّ مركز الدولة في عقود الاستثمار يجعلها تتمتع بامتيازات في مواجهة المستثمر الأجنبي، من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية، فهي تسعى بذلك إلى إخضاع المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد لقانونها الوطني (الفرع الأول)، مستندة في ذلك إلى عدة أسس (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الدولة في مجال الاستثمار تستمد قوتها الإلزامية من القانون الوطني للدّولة المضيفة الذي يحكم جميع جوانبه التعاقدية، فإخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية لا يرتب أي التزام دولي، بحيث أن كل خلاف بين الطرفين يجب أن يخضع للقانون الوطني لتلك الدّولة[86].

فعقد الدولة في مجال الاستثمار يطبّق عليه القانون الوطني للدّولة المضيفة، يعتبر حلّ تقليدي يستند إلى أن الدولة شخص عام، في حالة غياب نص صريح يقرّ العكس، حيث تم اعتماد هذا الحلّ في القانون الدولي، و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية و البرازيلية، بقولها: " ***كل عقد ليس بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد أساسه في القانون الداخلي*** "[87].

كما أخذت به اتفاقية واشنطن المنشئة لـ CIRDI، ذلك عند انعدام اتفاق الأطراف على القانون القابل للتطبيق وفق م 42 من هذه الاتفاقية[88].

نظرا لوجود شخص خاص طرف في العلاقة العقدية يجعلها تخضع للقانون الداخلي، نتيجة لذلك تستبعد عقود الدولة في مجال الاستثمار من مجال تطبيق القانون الدولي عليها.

---

[86] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 139.

[87] نقلا عن **قادري عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 41.

[88] تنص م 1/42 من اتفاقية واشنطن المنشئة لـ CIRDI على: " ***تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النّزاع و إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين...*** ". – أنظر المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدّول و رعايا الدّول الأخرى، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

تتمسك الدول النامية بفكرة خضوع العقد للقانون الوطني، عند غياب الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية[89]، فعدم اختياره مفاده الاختيار الضّمني لقانون الدولة المتعاقدة باعتباره قانون الإرادة المفترض لأطراف العقد، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 02 جويلية 1929 في قضية (Les messageries maritimes)، حيث توصلت إلى أن:

" ***كل عقد دولي يرتبط بالضرورة بقانون الدولة*** "[90].

الفرع الثاني

أسس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون الدولة المضيفة

استند الفقه لتأييد مبدأ خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة إلى عدّة مبرّرات و أسس، منها ما يلي:

أولا- بناءا على تكييفها كعقود إدارية

عرفت مسألة نقل فكرة القانون الإداري إلى مجال عقود الدولة اعتراضا فقهيا، إلا أن هنـــاك من يذهب إلى إضفاء صفة العقد الإداري على العقد الدولي عند توفره على الشروط المطلوبة فيه[91]، و هي تقريبا نفس الشروط المميزة للعقود الإدارية الداخلية[92].

فتكييف العقد الدولي بأنه إداري يخضع بالضرورة للقانون الإداري للدّولة المتعاقدة، بالتالي تحديد قواعد هذا القانون الواجب تطبيقه[93]، استنادا في ذلك إلى فكرة السّيادة التي ترفض أن تكون الدولة في علاقة عقدية لا تخضع لقانونها الوطني[94]، و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية القروض الصربية البرازيلية بقولها:

" ***Un Etat souverain … ne peut être présumé avoir soumis la substance de***

---

[89] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 140 – 141.

[90] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 332 – 333.

[91] **محمد عبد العزيز بكر**، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 277.

[92] فعقود الاستثمار التي تبرمها الدولة حتى تعتبر عقود إدارية يجب أن تكون الإدارة طرفا فيها، يبرم العقد من طرف شخص معنوي عام، اتصال العقد بالمرفق العام اتصالا مباشرا، شموله على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كشرط الثبات التشريعي، و شرط التحكيم.- مشار إليه في **علاء الدين محمد حمدان**، " النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية "، مجلة الفتح، كلية القانون، جامعة ديالي، عدد 37، 2008، ص ص 186 – 187.

[93] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 339.

[94] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 140.

sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet a une loi autre que sa loi propre "[95].

فإعمال نظرية العقد الإداري على عقود الدولة يجعلها تخضع لنفس النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري، فبإمكان الدولة تعديل العقد أو إنهاءه بإرادتها المنفردة دون إثارة أي مسؤولية تعاقدية، عكس ما إذا كانت هذه العقود من عقود القانون الخاص، التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[96].

لقد تم إعمال فكرة تكييف عقود الدولة كعقود إدارية لدى الهيئات القضائية الوطنية في قضية العقد المبرم بين الدولة المصرية و أحد المستثمرين الأجانب بشأن إنتاج الطاقة[97].

إن عقود الدولة ليست ذات طبيعة واحدة، فلا تخضع لنظام قانوني واحد، عند توفرها على شروط العقد الإداري تعتبر عقودا إدارية، أما عكس ذلك فهي من عقود القانون الخاص لذا يستوجب تحليل كل عقد على حدى لبيان أركانه و النظام القانوني الذي يخضع له[98].

تؤدي مسألة تكييف عقود الدولة كعقود إدارية إلى عزوف المستثمرين الأجانب عن الاستثمار في الدول النامية، نتيجة لذلك تسعى الدول النامية لإخراج عقود الدولة عن نظرية العقد الإداري و هذا بمنح ضمانات و امتيازات إضافية للمستثمر الأجنبي[99].

ثانيا– بناءا على قرارات الأمم المتحدة

يؤسس جانب من الفقه تطبيق القانون الوطني للدّولة المضيفة على عقود الدولة في مجال الاستثمار على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، حيث أكدت مبادئ القانون الدولي سيادة الدول النامية على إقليمها و ثرواتها الطبيعية، مما يكرس رقابة الدولة على الاستثمارات الأجنبية و العمل على إخضاع العقود التي تبرمها لقانونها الداخلي.

---

[95] CPJI, Affaire des Emprunts Serbes. op. cit,

[96] مشار إليه **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 463.

[97] أبرم العقد في شكل Bot، إذ تضمن شرط تقبل بموجبه الوكالة العامة للكهرباء بدون تحفظ بأن الاتفاقية تعتبر اتفاقية خاصة و تجارية، إلا أن مجلس الدولة المصري بشأن تطبيق القانون الإداري لاحظ عدم ملائمة هذا الشرط لطبيعة العقد الذي اعتبره عقد امتياز يتعلق بمرفق عام، مما أدى به إلى اقتراح إلغاء هذا الشرط بحجة تغير الطبيعة الإدارية للعقد، إلا أن الحكومة المصرية رفضت هذا الرأي. راجع **محمد عبد العزيز بكر**، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، مرجع سابق، ص 227.

[98] المرجع نفسه، ص 227.

[99] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 341 – 342.

من بين القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، القرار رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962، الذي استبعد كل طرق الطعن المختلفة عند وجود خلاف بين الدولة و المستثمر، و أكّد إمكانية اللّجوء إلى الهيئات الدّولية عند اتفاق الدول، فهذا القرار يعدّ الدافع لصدور قرارات أخرى تؤكّد خضوع عقود الاستثمار لقانون الدّولة المضيفة[100].

رغم الاختلاف بشأن تقدير القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، في مدى تمتعها بالصفة الإلزامية من عدمها[101]، فالقانون الدولي الحديث لا يلزم الدول بتنفيذ القرارات الصادرة عنها، بل يلزمها فقط بتنفيذ القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، ما يثير إشكالية عدم وجود معيار واضح للتدرج بين القواعد القانونية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، فبالضرورة يجب إعادة النظر في تكوين قواعد القانون الدولي العام لتحقيق أهدافه، حتى يحقق بذلك صفتي الملائمة و الفعالية[102]، لذا فالاستناد إليها في تأسيس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة، يجعل المستثمرين الأجانب ينفرون من الاستثمار في الدول النامية[103].

ثالثا– بناءا على المعاهدات الدولية

لقد أقرت العديد من المعاهدات الدولية تطبيق القانون الوطني للدّولة المضيفة على عقود الدولة في مجال الاستثمار، من بينها نجد:

1– في ظل معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965

---

[100] صدر القرار رقم 3171 في 1973/12/17 في شأن ممارسة الدول سيادتها على ثرواتها الطبيعية، حقها في التأميم، لكن عليها دفع تعويض مناسب طبقا لقوانينها، و فض النزاعات الناشئة عنها طبقا لقانونها الداخلي.

– راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 342 – 343.

– كما صدرت التوصية رقم 3281 بتاريخ 1974/12/14 المتعلقة بميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول، إذ نصت في م 2/2 منها على: " ***chaque Etat a le droit de réglementer les investissements étrangers dans la limite de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et conformément à ses priorités et objectif nationaux. Aucun Etat ne sera contraint d'accorder un traitement privilégié à des investissements étrangers*** ".

– نص التوصية منشور في: http://www.un.org/french/documents/resga.htm، 4 أفريل 2013.

[101] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 344.

[102] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 447.

[103] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 345.

لقد نصت م 1/42 من اتفاقية واشنطن على:" ... ***و إذا لم يتفق الطرفان على هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين*** ".

وفق هذا النص يتم تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة في حالة اختيار الأطراف له، كما يتم إعماله رغم عدم اتفاق الأطراف[104]، ففي هذه الحالة فهيئة التحكيم ملزمة بتطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار، شاملا للقواعد الخاصة بتنازع القوانين، نتيجة لذلك لا يتم تطبيق أي قانون وطني آخر، إلا وفق قواعد تنازع القوانين في الدولة المضيفة للاستثمار، العلّة في ذلك أن التوجه للاستثمار في بلد ما يعني مسبقا قبول تطبيق قوانينه المتعلقة بكل جوانب العقد، فالقانون الوطني للدولة يعدّ القانون الأساسي على إقليمها و لا تبتغي تطبيق غير قانونها استنادا إلى مبدأ السيادة، أما القانون الدولي يأتي في مرتبة لاحقة[105].

2- في ظل معاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980

لقد حددت معاهدة روما المتعلقة بالالتزامات التعاقدية العقود التي لا تسري عليها هذه الاتفاقية بحيث أن عقود الدولة لم تقم بإدراجها ضمن هذه العقود؛ ما يعني أن نصوصها تطبق على عقود الدولة في مجال الاستثمار[106].

أقرّت اتفاقية روما أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم وفقا للإرادة المطلّقة للأطراف، حيث نصت م 1/3 على أنه: "***يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف***"[107].

ففي ظل غياب الاختيار تطبق القواعد الآمرة في قانون الدولة المتعاقدة، في حالة غياب الاتفاق الصريح يطبق القانون الأوثق صلّة بالعقد و هو قانون الدولة المتعاقدة[108]، و ذلك ما نصت عليه م 1/4 من الاتفاقية، و وفق الفقرة الثانية منها فالعقد يرتبط بأوثق صّلة بقانون الدّولة التي تنجز العملية الاستثمارية في إقليمها، إذن فالقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار هو القانون الوطني للدّولة المضيفة للاستثمار[109].

---

[104] مشار إليه في **علاء الدين محمد حمدان**، مرجع سابق، ص 198.

[105] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 346.

[106] راجع **علاء الدين محمد حمدان**، مرجع سابق، ص 198.

[107] مشار إليه في **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 347.

[108] **علاء الدين محمد حمدان**، مرجع سابق، ص 198.

[109] أنظر **هشام علي صادق**، مرجع سابق، ص 388.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الدولة في مجال الاستثمار

تتدرج علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية في إطار مبدأ سيادة الدولة على الثروات الطبيعية، إذ بعد تأميمات 1971 تؤكد كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية و النشاطات المنجمية على تطبيق القانون الجزائري[110]، و بالتالي رفض مسألة تدويلها و إخضاعها للقانون الدولي حيث تضمنت القواعد العامة المنظمة لشركة (Sonatrach) النصوص التالية: " ***يطبق قانون الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحده على كل أمر لم يتضمن العقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق*** "[111]، كما أن العقود التي تبرمها هذه الشركة مع الشركات الأجنبية تنص على تطبيق القانون الجزائري.

ما يؤكد أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري تضمين مختلف العقود البترولية عبارات صريحة مثل: "***أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري*** "، أو "***القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد هو القانون الساري المفعول في الجزائر*** "[112].

في هذا الشأن تنص م 8 من الاتفاقية بين وكالة ترقية الاستثمار و متابعتها (APSI) و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر (OTA) على: " ***يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و تنظيماتها*** "[113].

كما نصت م 16 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار(ANDI) و الشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) على أنه: " ***يقرّ الطرفان بأن الاتفاقية الحالية تخضع لقوانين و تنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية*** "[114].

---

[110] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 149.

[111] مشار إليه في **بوجمعة نصيرة سعدي**، مرجع سابق، ص 402.

[112] راجع **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 149.

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

[114] اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المتصرفة باسم و لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، الموقعة بتاريخ 30 أكتوبر 2003، ج ر ج ج عدد 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

المطلب الثاني

محاولات تدويل عقود الدولة في مجال الاستثمار

لوضع حدّ لسلطات و تصرفات الدّول المضيفة للاستثمار، يتمسك المستثمر الأجنبي بضرورة خضوع عقود الدّولة في مجال الاستثمار للقانون الدولي (الفرع الأول)، و إخضاعها للقانون عبر الدّولي (الفرع الثاني)، كما أن للمشرع الجزائري موقف من هذه المسألة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الدولي العام

ظهرت ممارسات و محاولات تهدف إلى تدويل عقود الدّولة و إبعادها عن سيطرة القوانين الوطنية للدول المضيفة، سعيا لوضعها في إطار القانون الدولي العام، أو في إطار نظام قانوني خاص يكون أكثر صلّة بالنظام الدولي عن النظام الداخلي[115].

يرى أنصار التدويل بأن القانون الدولي العام يحتوي على قواعد كافية لحكم عقود الدولة في مجال الاستثمار، فبالرغم من اختلافهم في أساليب تدويلها، إلا أن النتيجة التي توصلوا إليها واحدة ألا و هي إخراج هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية.

يؤسس أنصار التدويل نظريتهم على حرّية الدولة في تصرفاتها، و لا يتنافى مع مبدأ السّيادة إخضاع علاقتها التعاقدية لقانون آخر غير قانونها الوطني، فلا توجد أي قاعدة قانونية تمنع الدولة من تدويل العقد المبرم مع المستثمرين الأجانب.

فتطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة في مجال الاستثمار من شأنه تقرير حماية أكيدة و فعالة للمستثمر الأجنبي، مما ينتج عنها إثارة المسؤولية الدولية للدولة عند خرقها لالتزاماتها التعاقدية، كما أن القانون الدولي شهد تطورا جعله يشمل على قواعد قانونية كافية لفض أي نزاع ناتج عن عقود الدولة[116] ضف إلى ذلك أن معظم المنازعات التي تثور بشأنها، لا تجد حلاّ إلا في القانون الدولي.

يتحقق تدويل العقد بشكل صريح، عندما ينص العقد على تطبيق القانون الدولي صراحة، حيث

---

[115] أنظر **منير عبد المجيد**، مرجع سابق، ص 283.

[116] أكد التطور الهادف إلى تدويل عقود الدولة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1962، بشأن السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية إذ جاء فيه " ***الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من طرف الدول السيادية أو بين هذه الدول تنفذ بحسن نية*** ". – أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 351 – 352.

أشار العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية مع شركة (l'anglo iranian oil) على تطبيق القانون الدولي[117] كما يتحقق تدويله بشكل ضمني باستعمال صيغ و عبارات في العقد تؤكد ضمنيا استبعاد القانون الوطني مثل حسن النية و الإنصاف، و يرى P. Weil لتدويل العقد يكفي الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون، أما فيما يخص التدويل الطبيعي فلا يكون بإرادة الأطراف، بل يرجع إلى الطبيعة الخاصة لبعض العقود فمثلا عقد التنمية الاقتصادية يندرج في النظام القانوني الدولي، بحيث يعتبر عقد دولي تتبين طبيعته باحتوائه على بنود الاستقرار، أما قانون الإرادة فيطبق بشكل احتياطي[118].

أولا– أسس تطبيق القانون الدولي العام على عقود الدولة في مجال الاستثمار

يرى أنصار التدويل تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة وفق أسس مختلفة، منها:

1– بناءا على الممارسة العملية

يوجد عدد قليل من عقود الدولة في مجال الاستثمار تشير إلى تطبيق القانون الدولي فالممارسة العملية تبين أن هناك عقد وحيد يتضمن تطبيق القانون الدولي لوحده[119]، و هو العقد المبرم بين عمان روسيا، كازاخستان من جهة، و كونسورتيوم شركات من جهة أخرى، حول خط أنابيب (Pipeline) [120].

هناك من العقود التي تشير إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة و القانون الدولي لكن احتياطيا لغرض تكملة النقص أو تفسير قانون الدولة، من بينها العقد البترولي المبرم بين دولة النيبال و شركة (SHELL) في 04 ماي 1986[121].

---

[117] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 352 – 354.

[118] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 144.

[119] – **LEBEN Charles**," La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des Investissements ", RCADI, Tome 302, 2003, p. 270.

[120] تضمن هذا العقد الشرط التالي: "***the contract shall be governed by general international legal principles including the principle that agreements of the parties Shall be observed (pacta sunt servanda)*** "

– نقلا عن **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 364.

[121] إذ نص في م 69 منه على: " ***This agreement shall be interpreted according the law of Nepal and such principles of international law as may be applicable*** ". – **LEBEN Charles**, " La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des Investissements ", op.cit, p. 2.

كما قد تشترك مبادئ القانون الدولي و أحكام المحاكم الدولية في مجال تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة و مثال ذلك: "***This agreement shall be governed by the law of Turkmenistan and as applicable, the principles of international law and the decisions of International tribunals***".

مما سبق، يتضح أن شرط القانون الواجب التطبيق المحيل إلى القانون الوطني للدّولة المتعاقدة يشترط فيه عدم تعارضه مع القانون الدولي أو مبادئه، ففي حالة التعارض يطبق القانون الدولي، كما يطبق عندما لا يتضمن القانون الوطني للدّولة المتعاقدة نصا تطبقه هيئات التحكيم[122].

2- بناءا على قضاء هيئات التحكيم CIRDI

نصت م 1/42 من اتفاقية واشنطن 1965 على: "***...le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend-y compris les règles relatives aux conflits de lois-ainsi que les principes de droit international en la matière***"[123].

وفق هذا النص فقانون الدولة المتعاقدة أوّل قانون واجب التطبيق على عقد الاستثمار كما يتم تطبيقه مع مبادئ القانون الدولي، و ذلك عند عدم رفض الأطراف لتلك المبادئ[124].

أكد قضاء التحكيم (CIRDI) تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة في مجال الاستثمار بصورة واسعة[125]، نتيجة للتطور الذي عرفه و المكانة التي أصبح يتمتع بها في مجال عقود الدولة، ذلك من خلال الحلول التي يقدمها قضاء المركز.

بالرغم من عدم إشارة العقود صراحة إلى تطبيق القانون الدولي لوحده، إلا أن هيئة التحكيم (CIRDI) أشارت إلى تطبيقه، وفقا للأحكام المدرجة في الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف لتشجيع وحماية الاستثمارات، التي أقرّت للمستثمر الأجنبي حق إخطار هيئة التحكيم (CIRDI)، استنادا لشرط حلّ النزاعات المدرج في الاتفاقيات الثنائية بين الدولة المتعاقدة و دولة المستثمر الأجنبي.

عرضت على هيئة التحكيم (CIRDI) عدة قضايا طبق فيها القانون الوطني مع مبادئ القانون

---

[122] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 366.

[123] Texte de la convention publié in: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc- fra/partA. Htm, 4 avril 2013.

[124] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 368.

[125] **LEBEN Charles**, " La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des Investissements ", op.cit, p. 277.

الدولي[126]، وهو ما يؤكد الدور الذي لعبه (CIRDI) في تطبيق القانون الدولي على عقود الدولة في مجال الاستثمار.

3- بناءا على الاتفاقيات الثنائية للاستثمارات

إن العلاقات التعاقدية بين الدولة و المستثمر الأجنبي في ظلّ وجود الاتفاقيات الثنائية تصبح التزامات دولية حقيقية في مفهوم القانون الدولي، فهي تمنع الدولة من التهرب من التزاماتها التعاقدية فالاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات تسعى لتدويل الالتزامات التعاقدية التي التزمت بها الدولة[127].

إذ صدرت في هذا الشأن المبادئ التوجيهية المتعلّقة بمعاملة الاستثمار عن البنك العالمي، التي تم تقنينها من خلال الاتفاقيات الثنائية لتشجيع و حماية الاستثمارات، و التي تعدّ جزء من القانون الدولي العرفي خاصة في المسائل المتعلّقة بنزع الملكية، التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد.

نظرا للأهمية التي تكتسيها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات، و النزاعات الناجمة عن هذه الأخيرة التي يفصل فيها (CIRDI)، الشيء الذي يفضي بظهور قانون دولي للاستثمارات[128]، على أساس أن تطور أي قانون يجد جذوره في هيئة قضائية ملزمة و في بعض المبادئ العامة الكبرى، ما يبين دور الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف، في تشجيع و حماية الاستثمارات الدولية، التي تؤثر في النظام القانوني الدولي للاستثمارات، و تساهم في تدويل عقود الدولة في مجال الاستثمار.

بشأن القانون الواجب التطبيق على التحكيم بين المستثمر و الدولة، فالمادة 1130 من اتفاق (L'alena) نصت: " ***تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للاتفاق Constitutif و قواعد القانون الدولي واجب التطبيق*** ".

وفق هذا النص، لا يؤخذ بالقانون الوطني للدّولة إلا إذا أشار إليه الاتفاق، فعدم الإشارة إليه يعدّ برهانا على خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الدولي.

بتعدد الاتفاقيات الثنائية على المستوى الدولي و انضمام عدد كبير من الدول إلى الاتفاقيات المتعددة

---

[126] تجسد ذلك في قضية (SPP) ضد جمهورية مصر (هضبة الأهرام)، إذ أصدر (CIRDI) حكم بشأنه في تاريخ 20 ماي 1992، يقضي على: " ***أن كل قانون وطني قد يشوبه نقص، و على القانون الدولي تكملة هذا النقص*** ".

- أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 366 - 367.

[127] المرجع نفسه، ص 372.

[128] **LEBEN Charles**, " La théorie du contrat d'Etat et l'évolution de droit international des Investissements ", op.cit, p. 310.

الأطراف، من شأنه تنظيم الإطار القانوني للاستثمارات الدولية، بغرض التأثير في النظام القانوني لعقود الدولة، الأمر الذي يحدّ من سيطرة تطبيق القوانين الداخلية للدولة، و استبعاد اختصاص محاكمها الوطنية[129].

الفرع الثاني

خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون عبر الدولي

لمنح المستثمر الأجنبي حماية ملائمة و واسعة في مواجهة الدولة المضيفة و تحريره من سيطرة قوانينها الداخلية و محاكمها، ظهر اتجاه وسطي يخضع عقود الدولة في مجال الاستثمار إلى نظام قانوني مستقل عن كلا من القانون الداخلي و القانون الدولي العام.

تتميز عقود الدولة بخصوصية كونها ليست دولية و لا داخلية إدارية، لذا يتجه البعض إلى إخضاعها لما يسمى بالقانون شبه الدولي (Quasi International)، كونه قانون يحكم العلاقات القانونية التي يكون أحد أطرافها شخص قانوني دولي[130].

إن غالبية عقود التنمية تتصل بنظام قانوني ثالث و هو القانون عبر الدولي (Transnational)[131] الذي يكون أكثر اتصالا بالقانون الدولي، لكنه مستقل عنه و عن القانون الداخلي، يحتوي على قواعد كافية لحكم العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية الخاصة، التي يستمدها من القانون الوطني و الدولي.

يستند القانون عبر الدولي على مبدأ استقلالية الإرادة و قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما أنه يتكون من المبادئ العامة للقانون المشتركة بين الدول التي تضمن توازن العقد[132].

تطرّق قضاء التحكيم إلى فكرة القانون عبر الدولي، و ذلك في قضية (Aminoil)، عندما تضمن حكم المحكمة عبارة: " ***بالنظر إلى الصيغة التي تشكلت بها هيئة التحكيم، فإن طابعها هو طابع دولي بل عبر دولي*** ".

تعرضت فكرة القانون عبر الدولي لعدّة انتقادات، نضرا لقصورها في حكم عقود التنمية الاقتصـــــادية

---

[129] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 272 – 374.

[130] المرجع نفسه، ص 383.

[131] عرّفه الأستاذ Jessup كما يلي: " ***مجموع القوانين التي تنظم التصرفات و الأعمال التي تتجاوز النطاق الوطني للدولة الواحدة، سواء كانت هذه القوانين وطنية أو دولية، من القانون العام أو من القانون الخاص*** ".

– المرجع نفسه، ص 385.

[132] راجع **عيبوط محند وعلي**، " عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي و القانون الدولي "، مرجع سابق، ص 21.

و كذا عدم وجود معيار يحدد قواعده، كما أن قواعد القانون عبر الدولي غير متكاملة و غامضة و باعتبارها غير مستقلّة ذاتيا لكونها تستمد أساسها من القانون الداخلي أو من المبادئ العامة المعترف بها، فهي غير مؤهلة لتحكم عقود الدولة.

يرى البعض أن قانون التجارة الدولية مطابق للقانون عبر الدولي، كونه يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية، كما أنه من العناصر المكوّنة للقانون العبر الدولي[133].

أولا- تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة في مجال الاستثمار

تعددت تسميات قانون التجارة الدولية[134]، لكن المصطلح المستخدم لدى غالبية الفقه هو المصطلح اللاّتيني (Lex mercatoria)، الذي أخذت به أحكام التحكيم[135].

نظرا لعدم قدرة النظم القانونية الوطنية على مواكبة التطورات الحاصلة في مجال المعاملات التجارية الدولية، ما أدى بالفقه إلى إيجاد نظام قانوني مستقلّ، يحتوي على قواعد موضوعية قادرة على تنظيم العلاقات التجارية الدولية، نابعة من قانون التجار[136].

عرفتها الأمانة العامة لهيئة الأمم المتحدة بأنها: " ***مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية التي ينظمها القانون الخاص و التي ترتبط بدول مختلفة*** ".

وفق هذا التعريف فقانون (Lex mercatoria)، لا يطبق إلا على علاقات القانون الخاص دون النظر إلى صفة الأطراف إذا كانت عامة أو خاصة[137].

فقواعد (Lex mercatoria) تستمد وجودها من المبادئ العامة للقانون، الأعراف التجارية الدولية و التنظيم القانوني الداخلي للمؤسسات الدولية العامة التي لا ترتبط بالنظام القانوني الوطني أو الدولي و من مختلف المبادئ العامة التي استقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي[138]، كمبدأ حسن النية العقد شريعة المتعاقدين، الإثراء بلا سبب...الخ[139].

---

[133] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 386 – 388.

[134] منها قانون عبر الدولي، القانون العرفي عبر الدولي، قانون الأعمال عبر الدولي و القواعد عبر الدولية...إلخ.

[135] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 389.

[136] أنظر**أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص ص 389 – 390.

[137] مشار إليه في **قادري عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 52.

[138] راجع **علاء الدين محمد حمدان**، مرجع سابق، ص 202.

[139] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 391 – 392.

رغم اختلاف الفقه حول الصفة القانونية لقواعد قانون التجارة الدولية كونها لا تشكل نظام قانوني متكامل و مستقل ذاتيا، إلا أن هناك اعتراف بقانونيتها[140]، لكن **ما مدى أحقية الأطراف في عقود الدولة في مجال الاستثمار في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية ؟.**

ثانيا- مدى قدرة الأطراف على اختيار قانون التجارة الدولية

ثار جدل فقهي حول مدى حق الأطراف في اختيار قانون التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، فالفقه الرافض لهذا الحق، يستند إلى خصوصيتها، كونها متميزة عن بقية العقود و تتمتع بذاتية خاصة، فبذلك تخضع لنظام قانوني خاص بها، إذ يتعين على المحكم عند فصله في النزاع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الذاتية لهذه العقود، وفق هذه الطبيعة لتطبيق المحكم المبادئ العامة للقانون يجب أن تتلاءم مع المسائل المعروضة عليه[141]، فعند اقتضاء الأمر تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على العقد رغم عدم الإحالة إليه، فيجب أن لا تتعارض مع القانون الواجب التطبيق.

يستند الفقه المؤيد لهذا الحق إلى مبدأ سلطان الإرادة، إذ بموجبه يتجه طرفي العقد إلى اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الدولة، خاصة أنها لا تتعارض مع هذه العقود، و كذلك إلى تطور تشريعات الدول المضيفة للاستثمارات التي كرّست هذا الحق[142].

كرّست الاتفاقيات الدولية هذا الحق، منها الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة بجنيف في 1961/04/21، إذ جاء في م 1/7 منها: "***Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce***"[143].

كما أخذت به لوائح التحكيم، إذ جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة القانون التجاري (CNUDCI) في 21 جوان 1985، في م 4/28 ما يلي:

" ***le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction*** "[144].

---

[140] مشار إليه في **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 757 - 758.

[141] المرجع نفسه، ص ص 761 - 762.

[142] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 393.

[143] Le texte de la convention publié in: http: //www.cc.lu/docdownload.php?id=317, 9/4/2013.

[144] Loi type sur l'arbitrage commercial international adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985 publiée in :http://www.unistral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb- f.PDF, 8/4/2013.

ثالثا- مدى خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون التجارة الدولية

يرى الفقه المعاصر إمكانية إخضاع عقود الدولة لعادات و أعراف التجارة الدولية، التي يمكن أن تكون محل اختيار من أطراف العقد كقواعد واجبة التطبيق على العقد[145]، باعتبارها أكثر ملائمة، وما يجعل من العقود الدولية محل خضوع لقواعد قانون التجارة الدولية، هو تطور المعاملات التجارية الدولية[146]، فرغم تفاوت المراكز القانونية و الاقتصادية بين أطراف عقود الدولة، إلا أن قواعد قانون التجارة الدولية قادرة على تنظيم العلاقة التعاقدية بينهما، و كذا قدرتها في الحفاظ على حقوقهما و مصالحهما[147].

ففي حالة نشوء نزاع يفصل المحكم فيه وفق الشروط التعاقدية، دون إهمال الأعراف التجارية الواجبة التطبيق على العقد، ففي مجال العقود البترولية، أصبح قانون البترول جزء من القانون التجاري الدولي لاحتوائه على عادات و أعراف عبر دولية، إذ أقرّ تحكيم (Aramco) أهميتها بكونها مصدر للقانون الواجب التطبيق على العقود البترولية[148]، كما تبنت عقود أخرى تطبيق القواعد و العادات المهنية الذاتية، كعقود المقاولات العامة، عقود المفتاح في اليد، و عقود الهندسة الصناعية[149].

يستند أنصار خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون التجارة الدولية على قرار معهد القانون الدولي في دورته الثالثة و الستين المنعقدة بـ (Santiago de compostela) سنة 1998، المخصصة للتحكيم بين الدول و المشروعات الأجنبية[150].

رغم أهمية قواعد التجارة الدولية في المجال التجاري الدولي، إلا أنه لا يمكن تطبيقها في مجال عقود الدولة، لكون قواعد التجارة الدولية تخص معاملات التجارة الدولية، إضافة إلى تلقائية قانون التجارة الدولية الذي تعد قواعده غير متمركزة، أما عقود الدولة فمجالها تنازعي و مركزها غير متوازن، بالتالي فقانون التجارة

---

[145] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 397.

[146] أنظر **هشام علي صادق**، مرجع سابق، ص 563.

[147] **محمد عبد العزيز بكر**، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة، مرجع سابق، ص 51 - 52.

[148] للتوضيح أكثر راجع **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص ص 175 - 176.

[149] راجع **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 757.

[150] نصت م 4 منه على: " ***عندما يتم الاعتراض على صحة اتفاق التحكيم فان هيئة التحكيم ستحسم النزاع بتطبيق واحد أو أكثر من التالي: القانون الذي اختاره الأطراف، أو القانون الذي يشير إليه نظام القانون الدولي الخاص الذي نص عليه الأطراف، أو المبادئ العامة للقانون الدولي العام، و الخاص، أو المبادئ العامة للتحكيم الدولي، أو القانون الذي ستطبقه محاكم الإقليم حيث مقر هيئة التحكيم، و عند القيام بهذا الاختيار فإن هيئة التحكيم في كل حالة يقودها مبدأ ترجيح النص الذي يرتب الصحة*** ".- أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 398.

الدولية هو قانون دخيل على عقود الدولة، كما أن قواعد قانون التجارة الدولية ذات طابع تجاري، فهي لا تتلاءم مع خصوصية عقود الدولة المرتبطة بتنمية الدول المضيفة، إضافة إلى أن قانون التجارة الدولية ينبع من المعاملات التجارية الدولية و تتدخل الدولة فيها كمتعامل خاص، أما تدخلها في عقود الدولة فيكون كشخص قانوني دولي و بالتالي عدم إمكانية إخضاع هذه العقود لنظام قانوني تجاري[151].

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الدولة في مجال الاستثمار

اعترف المشرع الجزائري في م 1050 من ق إ م إ[152]، بحرية الأطراف و حقهم في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية، حيث أقرّ للمحكم تطبيق تلك القواعد في حالة اختيار الأطراف لها، وكذلك في حالة غياب الاختيار، إذ تقوم المحكمة بتطبيقها من تلقاء نفسها وفقا لقواعد القانون و الأعراف الملائمة[153].

في هذا الشأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنص الفرنسي الذي يطلب من المحكم الأخذ بعين الاعتبار أعراف التجارة، كذلك لم يأخذ بالمادة 5/13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية التي بموجبها يراعي المحكم أحكام العقد و العادات التجارية[154].

فالقانون الجزائري قد اندمج في التوجه الحالي للتحكيم الدولي، و أعطى الدور الأول لإرادة الأطـراف و المحكم، و أزال كل غموض عن تطبيق أعراف التجارة[155]، ما يؤكد أن المشرع الجزائري تبنى القانون عبر الدولي كنظام يمكن تطبيقه على العقود الدولية[156].

رغم التأكيد على تطبيق القانون الجزائري، إلا أنه وجدت بعض الاستثناءات عليه، فالاتفاقيات البترولية الأولى بعد الاستقلال، كانت خاضعة لقانون البترول الصحراوي، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1958

---

[151] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 399 – 401.

[152] نصت م 1050 على: *" **تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة** "*. أنظر القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، سالف الذكر.

[153] **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط 2، د م ج، الجزائر، 2004، ص 55.

[154] – **ISSAD Mohand**, "Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage inte–rnational", Revue de l'arbitrage, N°3, 1993, p. 391.

[155] مشار إليه في **عليوش قربوع كمال**، مرجع سابق، ص 55.

[156] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 395.

المتعلّق بتنظيم عمليات البحث و استغلال البترول في الجزائر[157]، و إلى اتفاقيات ايفيان لسنة 1962 في إطار التعاون الفرنسي الجزائري، كما كانت خاضعة للمبادئ العامة للقانون، تطبيقا لنص م 6 من الاتفاق الجزائري الفرنسي، المؤرخ في 23 جوان 1963، الذي يهدف إلى إخراج العلاقات البترولية بين الجزائر و الشركات الفرنسية من السيادة الجزائرية[158].

أما الاتفاقيات البترولية المبرمة في إطار اتفاقية 29 جويلية 1965، المتعلّقة بالتعاون في مجال استغلال الثروات الهيدروكربونية[159]، فتخضع للأحكام التشريعية و التنظيمية و الاتفاقية وعلى سبيل الاحتياط المبادئ العامة للقانون، إضافة إلى أن بعض العقود تنص على إمكانية اللّجوء إلى المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة الدولية للفصل في النزاع خصوصا في مجال البترول[160].

أما بالنسبة لاتفاق التحكيم الجزائري الفرنسي، المؤرخ في 27 مارس 1983، جاء في م 4/8 منه على أنه: " ***عند حلّ النّزاع، يجب أخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي و أحكام هذا الاتفاق ...إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد المعني بالنّزاع...*** "[161].

لم يتخذ المشرع الجزائري في الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، أي موقف قاطع بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، أما في ظلّ الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية التي أبرمتها الجزائر في الآونة الأخيرة، تؤكد ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي، إلا أن البعض منها تشير إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي أولا ثم القانون الوطني[162].

---

[157] **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القـــــانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998، ص 325.

[158] أنظر **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 336.

[159] راجع أمر رقم 287/65 مؤرخ في 18 نوفمبر 1965، يتضمن المصادقة و نشر الاتفاق المبرم في الجزائر العاصمة بتاريخ 29 جويلية 1965 بين الجزائر و فرنسا، يتعلق بالفصل في المسائل المتعلقة بالمحروقات و التنمية الصناعية في الجزائر، ج ر ج ج عدد 65، صادر في 19 نوفمبر 1965.

[160] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 151.

[161] مرسوم رئاسي رقم 01/94 مؤرخ في 2 جانفي 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993،ج ر ج ج عدد 1، صادر بتاريخ 2 جانفي 1994.

[162] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 151.

خاتمة الفصل الأوّل

إنّ إدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، من شأنه تقرير حماية مصالح الطرفين المتعاقدين، تجنبا لأي نزاع قد يحدث بينهم بصدده بشأن تنفيذ العقد، نظرا لتفاوت أهداف و مصالح الطرفين.

إنّ القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، هو ذلك القانون الذي تتجه إرادة طرفي العقد إلى اختياره كقانون واجب التطبيق على العقد الذي أبرموه، و هذا الأخير(الاختيار) يكون بإرادتهم الصريحة أو الضمنية، فغالبا ما يكون قانون الدولة المتعاقدة، و نظرا لعدم ثقة المستثمر الأجنبي فيه و عدم توفيره الحماية الكافية له، يلجئ إلى الحدّ من إعماله، ذلك من خلال إدماج قانون الإرادة في العقد و جعله يلعب دور احتياطي.

نظرا لتضارب و تصارع أهداف و مصالح الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، ظهرت اتجاهات مختلفة لتحديد هذا القانون، إما بتوطين هذه العقود في النظام القانوني الداخلي للدول المضيفة، أو تحريرها منه بتدويلها في النظام القانوني الدولي بإخضاعها للقانون الدولي العام و للقانون عبر الدولي (قانون التجارة الدولية) وفقا لأسس و اعتبارات مختلفة.

عليه يجب مراعاة خصوصية عقود الدولة في مجال الاستثمار بشأن مسألة القانون المطبق عليها مراعاة لمصالح و أهداف الطرفين، دون ترجيح الكفة لأحدهما على حساب الآخر، باعتبار هذه العقود ترتبط بالتنمية في الدول النامية، لذا يجب إخضاعها لنظامها القانوني الوطني، كونه أوثق صلّة بالعقد، فضلا على أن العقد ينفذ في إقليمها.

الفصل الثاني

إدراج شروط الثبات في عقود الدولة

في مجال الاستثمار

يشترط المستثمر الأجنبي لحماية استثماراته في الدول النامية مناخ استثماري[163] يتطلب أوضاعا قانونية ملائمة، و تقويم المخاطر غير التجارية الخارجة عن إرادته كالتأميم و نزع الملكية، و المخاطر الناجمة عن الحروب و الاضطرابات الداخلية، كما يشترط التزام الدولة بعدم مخالفة أي تعهّد اتخذته لمصلحته، فالالتزام الذي تتضمنه عقود الدولة و تسعى لحمايته الاتفاقيات الثنائية هو شرط الثبات بموجبه تتعهّد الدولة بعدم تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين[164].

نظرا لفشل المستثمر الأجنبي في إقناع الدولة المتعاقدة معه بإخضاع العقد لنظام قانوني آخر غير قانونها الوطني، فالسبيل الوحيد له هو تقليص دور هذا القانون، ذلك عن طريق منع الدولة عن المساس بالتوازن العقدي و تغيير العقد بإرادتها المنفردة، و تأكيد عدم سريان التعديلات المستقبلية لقوانينها على العقد المبرم بينهما، ما يعني عدم المساس بالعقد و الثبات التشريعي، و تعد هذه الشروط غير مألوفة في العقود الدولية الأخرى، و إن وجدت فيها فإن مبرر وجودها يختلف عن مبرر وجودها في عقود الدولة في مجال الاستثمار[165]، فهي ضمانات يقررها عقد الاستثمار تعد في حقيقتها استثناء من النظام القانوني للاستثمار في الدولة، فمنح هذه الضمانات يرتبط بمدى حاجة الدولة المتعاقدة للمشروع الاستثماري محلّ العقد، و ذلك بأن يحضى بأهمية خاصة في تنمية اقتصادها الوطني[166].

انطلاقا مما سبق، لدراسة شروط الثبات يقتضي منّا الأمر التطرق إلى التكييف القانوني لشروط الثبات المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار (المبحث الأول)، ثم التعرض إلى واقع شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار (المبحث الثاني).

---

[163] " ***يقصد بمناخ الاستثمار تلك الأوضاع والظروف التي تتم فيها العملية الاستثمارية التي قد تنعكس سلبا أو إيجابا على فرص نجاح المشروعات الاستثمارية و تشمل الظروف والأوضاع السياسية و الاجتماعية و الأمنية*** ".

– نقلا عن **معيفي لعزيز**، مرجع سابق، ص 2.

[164] راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص ص 207 – 209.

[165] أنظر **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 220 – 221.

[166] **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي (المعوقات و الضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 239.

المبحث الأول

التكييف القانوني لشروط الثبات

لا يمكن إنكار حق الدول المضيفة في تعديل تشريعاتها الداخلية وفقا لمقتضيات مصالحها مسايرة للتحولات الاقتصادية الراهنة، حتى و إن أدى ذلك إلى الإضرار بمصالح المستثمر الأجنبي، فالأصل أن الدولة تستطيع إلغاء أو تعديل تشريعاتها الداخلية دون أي مسؤولية دولية عليها، ما لم تخالف أحكام القانون الدولي[167]، كما تخضع العقود المبرمة بين الدولة و المستثمر الأجنبي لهذه الإلغاءات و التعديلات خاصة عندما يكون القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون الدولة المتعاقدة، لكن خروجا عن هذا الأصل يعمل المستثمر الأجنبي للحدّ من تطبيق القانون الداخلي للدّولة المتعاقدة و يستبعد اختصاصها التشريعي درءا لكل تغيير أو تعديل لقانونها الوطني الواجب التطبيق على العقد أو المساس به، و هو ما يعرف بشروط الثبات و عدم المساس بالعقد[168]، ذلك من خلال إدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الإرادة يسري على العقد بالحالة التي كان عليها أثناء إبرامه و استبعاد جميع التعديلات المستقبلية التي يمكن أن يتعرض لها[169].

لتبيين التكييف القانوني لشروط الثبات، يستلزم التعرض أساسا إلى تحديد شروط الثبات (المطلب الأول)، و بعدها تحديد طبيعة هذه الشروط (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحديد شروط الثبات المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار

نظرا لكون المستثمرين الأجانب يفتقدون الأمان في تعاملهم مع الدّول المضيفة، الأمر الذي يؤدي بهم إلى البحث عن الاستقرار لاستثماراتهم، نتيجة لذلك تمنحهم الدول ضمانا بعدم تغيير العقد، بحيث يبقى مستقرا عند لحظة إبرامه، و يتجسد ذلك بتضمين العقد بنودا تعرف بشروط الثبات التشريعي[170].

للدّقة أكثر في تحديد شروط الثبات يجب التطرق إلى المقصود بشروط الثبات (الفرع الأول)، ثم

---

[167] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 143.

[168] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 288.

[169] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 162.

[170] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 144.

التعرض إلى شرط التدعيم التشريعي (الفرع الثاني)، محاولين إبراز موقف المشرع الجزائري من شروط الثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المقصود بشروط الثبات

لتحديد المقصود من شروط الثبات، يقتضي منا الأمر التطرق إلى تعريف شروط الثبات، تبيان الغرض من شروط الثبات، و الصور المختلفة لها.

أولا- تعريف شرط الثبات التشريعي Clause de stabilité législative

لقد عرفت بأنها الشروط التي تتعهد بموجبها الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي[171]، بمعنى أن الدولة تلتزم بعدم تغيير بنود و شروط العقد و تقوم بتجميد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد طيلة سريان العلاقة العقدية مع المستثمر الأجنبي[172].

ثانيا- تعريف عدم المساس بالعقد L'intangibilité

هو تعهد الدولة بعدم المساس بالعقد بإرادتها المنفردة باستعمال الامتيازات التي تتمتع بها وفقا للقانون الداخلي، بوصفها سلطة تنفيذية و إدارية، لذا فهو حصانة للمستثمر الأجنبي في مواجهة ما تتمتع به الدولة من سلطان[173].

هناك من يفرق بين شرطي الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، فهذا الأخير هو تعهد الدولة بعدم تعديل أحكام العقد أو الالتزامات الواردة فيه بإرادتها المنفردة، مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من سلطات تنفيذية، ما يمنح للطرف المتعاقد معها حصانة ضد هذه السلطات. أما شرط الثبات التشريعي يحمي الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، و على وجه التحديد ما ينتج عنها بكونها سلطة

---

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

[172] **أحمد عبد الكريم سلامة**، " شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية "، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص 67.

[173] **ISSAD Mohand**, Les techniques juridiques dans les accords de développement économique, Colloque international tenu à Alger le 11 octobre 1976 sur le droit international et développement, OPU, Alger, 1978, p. 210.

تشريعية[174].

رغم اختلاف هذه الشروط من الناحية النظرية، فعمليا التفرقة بينهما تكاد تضمحل، كون شرط الثبات التشريعي غايته عدم المساس بالعقد مادام يستبعد تطبيق القواعد التشريعية على العقد، ضف إلى ذلك أن شرط الثبات لا يحقق غرضه ألا و هو الأمان القانوني إلا بعدم المساس بالعقد، لذا فمشاكل النوعين واحدة[175].

ثالثا- الغرض من شروط الثبات

إن غرض المستثمر الأجنبي من إدراج هذه الشروط هو تثبيت القانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، محققا بذلك استقرار العلاقة العقدية، كون التعديلات الجديدة التي تطرأ على قانون العقد تؤدي إلى قلب توازن العلاقة التعاقدية للطرفين، و توجيه ايجابيات العقد لأحدهما و إلحاق الضرر بالطرف الأخر[176].

نتيجة لذلك لا تسري التعديلات الجديدة في القانون الواجب التطبيق على العقد، و لا تنتج بذلك أي أثر مهما كانت طبيعته[177]، فهذه الشروط من شأنها إبقاء المستثمر على معرفة بالنصوص القانونية التي تسري على العقد طيلة مدة سريانه، ما يحقق أمن الاستثمار الذي ينجز وفق الشروط المتفق عليها وقت إبرام العقد[178].

---

[174] أنظر **كعباش عبد اللّه**، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 101.

[175] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 145.

[176] **بشار محمد الأسعد**، مرجع سابق، ص 168.

[177] **قوراري عبد العزيز**، " دراسة الحوافز القانونية لجلب الاستثمارات الأجنبية بالجزائر (الامتيازات و الضمانات) "، مجلة العلوم الاقتصادية، عدد 1، تلمسان، 2006، ص 112.

[178] **شنتوفي عبد الحميد**، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار (دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 91.

تعتبر عقود الدولة في مجال الاستثمار مجال خصب لظهور شروط الثبات[179] و تطورها، فهي ضمانة تحمي المستثمر الأجنبي من مخاطر عدم المساواة بين الطرفين، تجنبا لتضييع حقوقه، ذلك باستعمال الدولة لسلطتها التشريعية من خلال المزايا الاستثنائية التي تتمتع بها، لذا فالمستثمر الأجنبي يسعى لتجنب أي اختلال في التوازن العقدي نتيجة إصدار الدولة لقواعد تشريعية جديدة كتعديل قانون الضرائب التعريفات الجمركية، قانون العمل...، مما يؤثر على مردودية الاستثمار.

نظرا لتميّز عقود الدولة في مجال الاستثمار بطول مدتها، و حاجة العقد إلى دراسات أولية و خبرات تقنية و فنية و وفرة رأسمال، فالمستثمر الأجنبي يحرص دائما على ثبات الحقوق و الالتزامات العقدية، فعند قيامه بهذه الدراسات قبل التعاقد يأخذ في حسبانه الرّسوم و الضرائب التي ستفرض عليه تطبيقا للقانون الساري في تلك الدولة وقت التعاقد[180].

عند قبول الدولة لهذه الشروط، فهي مرغمة على تجميد سلطاتها التشريعية، الإدارية و التنفيذية في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فهي بمثابة حصانة للمستثمر الأجنبي ضدّ كافة تدخلات الدولة[181].

تجسدت شروط الثبات في العقد المبرم بين الحكومة الاندونيسية و شركة (Freeport Indonesia Inc)، في 7 أفريل 1967، إذ نصت م 14 منه على:"***تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طول مدة العقد أي إجراء يتعارض و سير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك***"[182].

كرّست أيضا في حكم التحكيم بشأن النزّاع بين الحكومة اللّيبية و شركة (Liamco) البترولية

---

[179] حيث كان أول ظهور لشروط الثبات التشريعي حين أدرج لأول مرة في عقد الامتياز المبرم بين إيران و الشركة الإنجليزية L'anglo-iranien، و ذلك بتاريخ 18 ماي 1933 حيث نصت م 21 منه على:"***لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو إجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية***". أنظر **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2006، ص ص 98 – 99.

[180] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 161.

[181] فمن الناحية العملية وافقت العديد من الدول على هذه الشروط في عقود الاستثمار في مجال البترول كإيران، ليبيا الجزائر، بعض الدول الإفريقية و الأسيوية، فهي تتعهد للطرف الأجنبي في قوانينها بعدم إلغاء أو تعديل العقد المبرم بينهما.أنظر المرجع نفسه، ص 162.

[182] **بشار محمد الأسعد**، مرجع سابق، ص 165.

الصادر في 12 أفريل 1977 حيث نص على:"***شرط التجميد الزمني لقانون العقد له معصومية – أو عدم جواز خرق– العقود المعترف بها عموما في القانون الداخلي و في القانون الدولي، كما أن هذا الشرط يتفق مع مبدأ عدم رجعية القوانين***"[183].

رابعا– صور شروط الثبات

إن التحليل الفني لشروط الثبات[184] يؤدي بنا تصنيفها إلى نوعين:

1– الشروط التعاقدية أو الاتفاقية Les clauses conventionnelles

يقصد بها تلك الشروط التي ترد ضمن بنود عقد الدولة في مجال الاستثمار، و تنص صراحة على

---

[183] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 163.

[184] هناك من الفقه يقسمها إلى معيارين:

أولا– معيار شكلي:

1– شروط الثبات من حيث المصدر: تنقسم إلى شروط تعاقدية و شروط تشريعية.

2– من حيث المضمون: تقسم إلى شروط عامة مطلقة، بموجبها تتعهد الدولة بعدم تغيير التشريعات المتعلقة بالعقد و شروط خاصة نسبية، تمنع الدولة بموجبها من تعديل التشريعات المتعلقة ببعض نشاطات المستثمر الأجنبي التي قد تزيد من أعباءه كالتشريعات الجبائية و الجمركية.

3– من حيث النطاق الفعلي: إلى شروط تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد تصدره الدولة المتعاقدة، و الحضر في عدم سريان القانون الجديد لا يعمل به إذا كان القانون الجديد أصلح للمتعاقد، وفقا لهذا التمييز بين النطاق الفعلي لشرط الثبات ما بين شرط لكل القوانين، و أخر مقيد بألا يكون القانون الجديد أصلح للمستثمر.

4– من الأشخاص المستفيدين منها: هناك شروط مطلقة لا تحدد الأشخاص المستفيدين منها، و شروط نسبية تقتصر على المتعاقد مع الدولة دون استفادة المستثمرين الآخرين من نفس المشروع الاستثماري.

ثانيا– المعيار الوظيفي:

1– نميّز بين شروط تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على الحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد دون اندماجه في العقد، فهي تهدف إلى قطع الصلة بين القواعد القانونية التي يتم تثبيتها و القانون الوطني الذي اشتقت منه بمرور فترة زمنية معينة، خاصة إذا تم تغيير هذا القانون.

2– شروط ثبات تهدف إلى التجميد مع اندماج القانون في العقد ليصبح بندا من البنود التعاقدية ليس إلا، و شروط ثبات بموجبها تتعهد الدولة المتعاقدة مع المستثمر الأجنبي بتحصينه من التعديلات التشريعية المستقبلية، بنصها على عدم سريانها على العقد بدون موافقته. مشار إليه في **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 328 – 335، مشار إليه كذلك في **عدلي محمد عبد الكريم**، " تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة "، منشور في: .http://dspace univ-tlemcen.dz/bitstream/112/396/5/Revue-des-droits-pour- Luniversite- Tlemcen.pdf, 20 أفريل 2013، ص ص 3 – 4.

القانون الواجب التطبيق على العقد عند المنازعة، بأحكامه و قواعده النّافذة وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة عليه[185]، و مثال ذلك العقد المبرم بين دولة الغابون و شركة (France ville) لمناجم اليورانيوم، حيث نصت م 19 منه على التزام دولة الغابون بتضمين العقد استثناء خاص للشركة بالاستفادة من الأحكام السابقة، إلا إذا وافقت الشركة على الأحكام الجديدة[186]، و كذلك جاء في أحد العقود المبرمة عام 1978 بين الحكومة التونسية و إحدى شركات البترول الأمريكية أنه يكون واجب التطبيق على العقد:

" ***القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي، و يفصل المحكمون في النزاع على أساس العدالة و القانون التونسي واجب التطبيق في تاريخ الاتفاق الحالي*** "[187].

2- الشروط التشريعية Les clauses législatives

تسمى كذلك بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي، فهي نصوص تشريعية ترد في صلب قانون الدولة التي ستكون طرفا في عقد مع مستثمر أجنبي، بمقتضاها تتعهد في مواجهة هذا الأخير بأن لا تعدل أو تلغي قانونها الواجب التطبيق على العقد أو الاتفاق[188].

لشروط التثبيت الزمني لقانون العقد تطبيقات عملية في قانون البترول الإيراني الصادر عام 1957 الذي نص على أنه: " ***أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات و الظروف المحددة أو المعترف بها في عقد ما في تاريخ إبرامه أو في أي من مدد تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى و لا خلال مدد تجديده*** "[189].

---

[185] **الروبي محمد**، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B.O.T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص 115 - 116.

[186] **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص 290.

[187] **غسان عبيد محمد المعموري**، " شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول "، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، عدد 2، 2009، ص 173.

[188] المرجع نفسه، ص 173.

[189] **طارق كاظم عجيل**، " القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة) "، جامعة ذي قار، العراق. منشور في: http://slconf.uaeu.ac.ae/19%20new/arabic_research.asp ، 16 أفريل 2013، ص 713.

الفرع الثاني

شرط التدعيم التشريعي clause de consolidation

لاستفادة المستثمر الأجنبي من المزايا التي تتضمنها التعديلات الجديدة عليه طلب ذلك، لذا نتعرض إلى التعريف بشرط التدعيم التشريعي (أولا)، ثم الغرض المنشود منه (ثانيا).

أولا- تعريف شرط التدعيم التشريعي

يقصد به استفادة المستثمر الأجنبي من الأحكام الجديدة الواردة في عقود و اتفاقيات الاستثمار سيما إذا احتوت على مزايا و ضمانات أوسع و أفضل له، أما في حالة و جود تعارض بين الأحكام العقدية و الاتفاقية تطبق الأحكام التي تتضمن مزايا أكثر للمستثمر[190].

يعدّ التدعيم التشريعي شرطا استثنائيا على مبدأ التثبيت القانوني للقانون الواجب التطبيق، و يتم إعماله إذا طلب المستثمر صراحة الاستفادة من الأحكام الجديدة، خاصة إذا تضمنت مزايا إضافية له، ذلك من شأنه حماية حقوقه أكثر[191].

ثانيا- الغرض من شرط التدعيم التشريعي

إن الغرض الأساسي من شرط التدعيم التشريعي هو إقرار مشرع الدّولة المضيفة ضمان المعاملة التفضيلية للمستثمر الأجنبي، و كذا تضمينه في إطار الاتفاقيات الدولية، لذا فمعظم الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية تقرّ للمستثمر الأجنبي الاستفادة من الأحكام التشريعية و التنظيمية الجديدة إذا تضمنت امتيازات إضافية.

نظرا للتحولات و التطورات الحالية في العلاقات الاقتصادية، السياسية و الاجتماعية للدول، و كذا خصوصية عقود الدولة في مجال الاستثمار، يقتضي على الدولة مراجعة هذه العقود و إعادة التفاوض بشأنها، باعتبارها مسألة ذات صلة وثيقة بسيادة الدولة، و هذا ما أقرته جمعية القانون الدولي، بتأكيدها أن اتفاقيات التنمية الاقتصادية قابلة للتغيير، و أن شرط إعادة التفاوض حول الأحكام القانونية المنظمة لها بمثابة تدعيم لها، كما اعتبر الأمين العام للأمم المتحدة في 7 أفريل 1983 شرط إعادة التفاوض في عقود التنمية الاقتصادية أصبح أكثر من ضرورة، و تبرره التحولات في الظروف العالمية[192].

---

[190] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 137.

[191] راجع **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 107.

[192] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 137 – 138.

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من شروط الثبات

كرّس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في مختلف القوانين التي تنظم الاستثمار خاصة بعد الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر في بداية التسعينات[193]، و ذلك بداية من المرسوم التشريعي 12/93[194]، و تلاه الأمر رقم 03/01، المتعلق بتطوير الاستثمار إذ نصت م 15 منه على: " ***لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة*** "[195].

المبدأ المكرس في هذا النص هو تجميد القانون المتعلق بالاستثمار، فلا يسري الأمر 08/06 المعدل للأمر رقم 03/01 على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأخير كأصل.

استثناءا على مبدأ ثبات القانون المطبق وفق الشق الثاني من م 15 السالفة الذكر، يمكن تطبيق التعديلات الجديدة على المستثمر الأجنبي في حالة طلبه ذلك صراحة، عندما يحتوي القانون الجديد ضمانات و مزايا أفضل، و في هذه الحالة يجب التصريح بذلك أمام الوكالة الوطنية لدعم الاستثمار (ANDI) و طلب الحصول على مزايا القانون الجديد[196].

ما يعاب على نص م 15 السالفة الذكر، من جهة تحمي المستثمر الأجنبي من التعديلات المستقبلية للتشريع الجزائري، و من جهة أخرى يؤدي تطبيقها إلى تجميد التشريع الجزائري للاستثمارات، بالتالي تقييد الدولة في تدخلها التشريعي، و هذا ما يصطلح عليه في القانون الدولي العام بالتجديد الذاتي (Auto Limitation)، الذي يترتب عنه التدخل في سيادة الدولة و التقليص من سلطتها التشريعية[197].

---

[193] **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، مرجع سابق، ص 100.

[194] إذ نصت م 39 منه على: " ***لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة*** "، أنظر المرسوم التشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64 صادر في 10 أكتوبر 1993. (ملغى بموجب أمر رقم 01/ 03، مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار).

[195] أنظر الأمر رقم 01 – 03 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، السالف الذكر.

[196] **لعماري وليد**، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص ص 18 – 19.

[197] **بن سويح خديجة**، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 61.

منح المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي الاختيار بين القانون القديم و الجديد، من خلال تثبيت النظام القانوني، و الاستفادة من الأحكام التي تتضمن المزايا الأفضل، خاصة في المجال الضريبي و الجبائي، و ذلك في إطار شرط التدعيم التشريعي[198].

رغم عدم تعديل م 15 أعلاه التي تكرس بصفة صريحة مبدأ عدم رجعية التشريع المنظم للاستثمار إلا أن التعديلات الأخيرة لهذا القانون مسّت بهذا المبدأ، و يستشف ذلك من القراءة المعمّقة للأحكام التي جاءت بها، مثلا م 2/4 مكرر التي كرست قاعدة إشراك الوطنيين المقيمين في الاستثمارات الأجنبية نجد أنها لا تطبق بأثر رجعي، يستنتج ذلك من عبارة " **لا يمكن إنجاز الاستثمارات** "، ما يعني أن المستثمرين المستقبلين وحدهم الملزمين بهذه القاعدة، أما الذين سبق و أن أسسوا استثماراتهم فلا يمتثلون لها[199].

غير أن تعديل هذه المادة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 جعل تطبيق هذه المادة يمس كل الاستثمارات القائمة و اللاّحقة، يظهر ذلك الفقرة 4 منها[200].

---

[198] **SADOUDI Ahmed**, " Les incitations fiscale et la promotion des investissements en Algérie ", inammales de l'institut – maghrébin dénommer douanière et fiscale, 1994, p. 42.

[199] **بن يحي رزيقة**، سياسة الاستثمار في الجزائر (من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 140.

[200] نصت م 4/4 مكرر على: " ***يترتب مسبقا على كل تعديل في عملية القيد في السّجل التّجاري إلزامية امتثال الشّركة لقواعد توزيع الرأسمال الاجتماعي المذكورة أعلاه.***

غير أنه، لا تخضع لهذا الالتزام الأخير التعديلات التي تهدف إلى:

– تعديل الرأسمال الاجتماعي (رفع أو خفض) الذي لا يترتّب عليه أيّ تغيير في المساهمة

و في تعويض الرأسمال بين المساهمين.

– إلغاء نشاط أو إضافة نشاط ملحق،

– تعديل النّشاط تبعا لتغيير في قائمة النّشاطات،

– تعيين المدير أو المسيّرين للشّركة،

– تغيير عنوان مقر الشّركة "،(تقابلها م 45 من الأمر رقم 01/10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج عدد 49، صادر في 29 أوت 2010).

– التّنازل أو التبادل بين المسيرين القدماء أو الجدد في أسهم الضّمان المنصوص عليها في المادة 619 من القانون التّجاري و ذلك دون أن تتجاوز قيمة هذه الأسهم 1% من الرأسمال الاجتماعي للشركة.(أضيفت هذه الحالة بموجب م 63 من القانون رقم 16/11 المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2011، الذي عدل و تمم الأمر رقم 03/01، المتعلق بتطوير الاستثمار).

يستشف من هذه التعديلات، أن أحكامها تشكّل خرقا واضحا لمبدأ عدم الرّجعية المكرس في م 15 السّالفة الذكّر[201].

كما جاءت م 16 من الأمر ذاته[202]، لطمأنة المستثمر الأجنبي و حمايته من الأضرار التي قد تترتب عن تعديل الدولة للقوانين أو المساس بالتوازن العقدي.

أدرجت شروط الثبات التشريعي في اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر مع المستثمرين الأجانب[203]، على سبيل المثال ما جاء في نص م 1/6 من اتفاقية الاستثمار بين الدولة الجزائرية و شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر (OTA) على أنه: "***إذا تضمنت القوانين و التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النّظام المقرّر في هذه الاتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النّظام شريطة استيفاء الشروط المقرّرة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية***"[204].

كما نصت م 6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين (ANDI) و الشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) على أنه: "***طبقا للمادة 15 من الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 فإنّ المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحدّدة في الاتفاقية الحالية***"[205].

يحتوي هذين النصين، المتعلقين بشروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، على تعهدات صادرة عن الدولة الجزائرية، و ليس من شركات أو أجهزة تابعة لها، الغرض منها تشجيع و تحفيز المستثمرين الأجانب على الاستثمار في الجزائر و منحهم ضمانات إضافية، فهو يعد تعهدا من قبل الدولة نفسها اتجاه المستثمر الأجنبي بتثبيت قانون الاستثمارات التي تم الشروع في إنجازها، فهي شروط جوهرية له حماية لاستثماراته[206].

---

[201] **بن يحي رزيقة**، مرجع سابق، ص 142.

[202] نصت م 16 على: "***لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، و يترتب على المصادرة تعويض عادل و منصف***". أنظر الأمر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، السالف الذكر.

[203] **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، مرجع سابق، ص 101.

[204] أنظر المرسوم التنفيذي رقم 01 – 416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، المتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها و أوراسكوم تيليكوم الجزائر، السالف الذكر.

[205] راجع اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المتصرفة باسم و لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، السالفة الذكر.

[206] **يوسفي محمد**، " مضمون أحكام الأمر 01 – 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية "، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص 31.

كما نصت م 6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب ج ج د ش و شركة حامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination) على : " ***طبقا للمادة 15 من الأمر رقم 01 – 03 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و المذكور أعلاه،فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.***

كما أنه يمكن لشركة المشروع، و بطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ"[207].

نفس الأحكام واردة في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار (ANDI) و شركة أقواس دو سكيكدة (ADS) في م 6 منها، التي تنص: " ***طبقا للمادة 15 من الأمر 01 – 03، فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل، لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.***

كما أنه يمكن لشركة المشروع، و بطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملاءمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ"[208].

نفس الأحكام جاءت في اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) القائمة لحساب ج ج د ش و شركة كهرما (Kahrama) في نص م 4 منها[209].

---

[207] اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و حامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

[208] اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و أقواس دو سكيكدة (ADS)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

[209] أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و كهرما (Kahrama)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لشروط الثبات

تباينت أراء الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشروط الثبات بين اتجاهين، يذهب الاتجاه الأول إلى أن شروط الثبات هي شروط تحويلية لقانون العقد (الفرع الأول)، بينما يرى الثاني أن شروط الثبات توقف قوة سريان القانون الجديد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الثبات هي شروط تحويلية لقانون العقد

يرى بعض الفقه أن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد لا تسري عليه كون ذلك القانون يندمج في العقد و يصبح بند تعاقدي شأنه شأن البنود الأخرى في العقد، نتيجة لذلك يفقد صفته القاعدية و يبقى فقط اسمه، و ذلك تعبيرا عن إرادة الأطراف لا إرادة المشرع[210]، فشروط التجميد التشريعي تمارس أثرا تحويليا (Effet transformateur) لطبيعة القانون المختار لحكم العقد.

استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة و الحرّية الدّولية للعقود، بإمكان الأطراف المتعاقدة استبعاد بعض القوانين الآمرة الداخلية من تطبيقها على العقد الدولي، بل إدماجها في العقد بحيث لا تكون لها أي قوة إلزامية إلا تلك التي يمنحها الأطراف، كما أن قانون الإرادة كونه ملكا للمتعاقدين، فلا يستمد من القانون الواجب التطبيق لا سلطة إبطال العقد و لا سلطة تعديله دون رضاهم[211].

انتقد هذا الرأي كون الأطراف المتعاقدة عند اختيارها للقانون الواجب التطبيق و إدماجه في العقد لا يصلح إلا في حالة الاختيار الصريح للقانون، أما في ظل غياب الإرادة الصريحة فإن فكرة الاندماج و الطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر[212]، أما إذا كانت شروط الثبات ذات طابع تشريعي التي وضعها المشرع تحفيزا للاستثمار فهو غير قادر على تفسير أحكام القانون الجديد، إضافة إلى أن شروط الثبات كونها تغير من طبيعة قانون العقد و تجعله يفقد صفته القاعدية و تحوله مجرّد بند تعاقدي، و تكون بذلك هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع العقد لأي قانون ليصبح في مقام العقد بدون قانون[213].

---

[210] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 148.

[211] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، " شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية "، مرجع سابق، ص 78.

[212] أنظر **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 321.

[213] مشار إليه في **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 341 – 342.

الفرع الثاني

شروط الثبات توقف قوة سريان القانون الجديد

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن شروط الثبات هي استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد، فإذا اتفق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة لحظة إبرام العقد دون تلك التي تأتي بعدها فإنه لا يرتب على ذلك تغيير طبيعة القانون الذي يتضمن تلك القواعد، بل فقط يتوقف سريان النصوص الجديدة التي تأتي بعد إبرام العقد، فهي تبقى نصوص شكلية، فيكون بذلك لشرط الثبات التشريعي أثر توقيفي (Effet suspensitif) بقوة سريانه على قانون العقد في تعديلاته اللاّحقة[214] تطبيقا لذلك فشروط الثبات في هذه الحالة ترمي إلى استمرارية سريان تطبيق القانون المختار من الأطراف لتنظيم العقد المبرم بينهما، رغم صدور قانون جديد يعد استثناء على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد يحول دون تطبيق أحكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميده من حيث الزمان[215].

يتطلب لتحقيق استمرارية سريان القانون المختار استثناء على مبدأ التطبيق الفوري و المباشر للقانون الجديد و جود قواعد قانونية جديدة آمرة تتعلق بالنظام العام، أما إذا كانت قواعد مكملة، كأصل عام لا تسري على العقود المبرمة في ظلّ القانون القديم، بذلك لا يكون تثبيت القانون المختار استثناء على مبدأ السريان الفوري و المباشر للقانون الجديد[216].

يبرر أنصار هذا الرأي الأثر التوقيفي لشروط الثبات في كون دور الإرادة هو اختيار القانون و ليس إعماله، و أن قانون العقد خارج عن إرادة الأطراف باعتباره يصدر عن سلطة تشريعية يفرض عليهم و إرادة الأطراف تتدخل في مرحلة تحديد و اختيار القانون المنظم للعقد، و بعدها ينتهي سلطان إرادة الأطراف، فهي لا تستطيع دمج القانون في العقد بل فقط اختياره ليسري على العقد، و تحديد حالته التي سوف يطبق بها على العقد[217].

من جانب آخر فدور القاضي هو تطبيق القانون المختص كونه قانونا و ليس شرطا تعاقديا و يوقع الجزاء الذي يتضمنه، فمن غير المستطاع توقيف قوة سريان القانون، كما أن الأثر التوقيفي لشروط

---

[214] راجع **غسان عبيد محمد المعموري**، مرجع سابق، ص 177.

[215] **غسان علي علي**، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، جامعة القاهرة، القاهرة، 2004، ص 144.

[216] أنظر **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 111.

[217] للتفصيل أكثر أنظر **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص 322.

الثبات هي شروط تشريعية فلا مانع من تجميد الدولة لقانونها، فهي المشرع و الخالق للقاعدة القانونية، كما يستند إلى قاعدة القانون الدولي الخاص التي تسمح للأطراف باختيار قانون العقد و لا تفرض إسنادا زمنيا (Rattachement temporel) [218].

[218] راجع **أحمد عبد الكريم سلامة**، " شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية "، مرجع سابق، ص 80.

المبحث الثاني

واقع شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار

يؤسس الفقه شرعية شروط الثبات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و مبدأ الحقوق المكتسبة بموجبه للدّولة الحرّية المطّلقة في تغيير الوضع القانوني للاستثمارات المنجزة في إقليمها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم مساسها بالحقوق التي اكتسبها المستثمرين الأجانب[219].

أثارت شروط الثبات جدلا كبيرا على المستوى الفقهي و القضائي في مدى صحتها و فعاليتها (المطلب الأول)، و مدى ترتب المسؤولية الدولية للدولة عند مساسها بالحقوق المكتسبة أي عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى صحة و فعالية شروط الثبات

أثارت مسألة صحة و فعالية شروط الثبات جدلا واسع النطاق في الفقه، لما تحويه هذه الشروط من مبدأين مختلفين: مبدأ سيادة الدولة من جانب، و مبدأ حرّية التعاقد و المساواة بين الأطراف في الحقوق و الالتزامات في عقود الدولة في مجال الاستثمار، و عليه انقسم إلى ثلاث اتجاهات، فالأول يرى بأن هذه الشروط تتفق مع الحرية التعاقدية للأطراف (الفرع الأول)، و الثاني يرى عدم توافق هذه الشروط مع سيادة الدولة (الفرع الثاني)، و اتجاه ثالث يحاول التوفيق بين الاتجاهين السابقين (الفرع الثالث)، و عليه يجب تقييم الدور العملي لشروط الثبات في عقود الدولة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

شروط الثبات تتوافق مع الحرية التعاقدية للأطراف

يذهب هذا الاتجاه إلى أن شروط الثبات التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار شروط صحيحة و منتجة لأثارها[220]، و تعدّ أثر لإرادة الأطراف التي ترتب حرمان الدولة المتعاقدة من ممارسة سلطتها التشريعية في تعديل قانون العقد، و الذي من شأنه المساس ببنود العقد دون رضا الطرف المتعاقد معها، وفقا لهذا الرأي فحق التأميم معترف به، إلا أنه يكون باطلا في حالة مخالفة معاهدة أو عقد يتضمن

---

[219] **شريط الأمين**، السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، د م ج، الجزائر، 1985، ص 50.

[220] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 112.

بند ينص على شرط الثبات و لا يتم لتحقيق مصلحة عامة[221].

يترتب حسب هذا الرأي ثبات القواعد القانونية المنظمة للعقد و عدم المساس به، فهي شروط تستمد صحتها من إرادة الأطراف، باعتبار الدولة طرفا فيها تجعل العقد ثابتا مستقلا عن أي نظام قانوني آخر فتصبح كمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي[222].

يبرر البعض هذه الشروط باعتبار عقود الدولة في مجال الاستثمار ليست اتفاقيات دولية، و أن أي تعديل أو تغيير إنفرادي للعقد يشكل عمل غير مشروع دوليا، كون هذه العقود يحكمها القانون الدولي لا القانون الداخلي، و أي تعدٍّ على هذه الشروط يرتب المسؤولية الدّولية للدّولة، كون الاتفاقيات الثنائية لتشجيع و حماية الاستثمارات الدولية تؤكد صحة شروط الثبات في هذا المجال، لذلك فالممارسة الاتفاقية في القانون الاتفاقي تعترف بها و تكرسها، ما يبين أن صحتها تدخل ضمن القواعد العرفية للقانون الدولي للعقود[223].

انتقد هذا الاتجاه على أساس أن تبنيه يؤدي إلى تحرير العقد من أي نظام قانوني مكتفيا بالتنظيم الذاتي للعقد، الأمر الذي لا يمكن قبوله، فلا يمكن للمحكم أو الأطراف الاستناد إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لتحرير العقد من خضوعه لأي قانون[224]، و هذا ما ذهبت إليه هيئات التحكيم في قضية (Aramco) في 1995/02/23 على: " ***إنه لمن المؤكد بأن أي عقد لا يمكن أن يوجد في فراغ و إنما يجب أن يستند إلى قانون، لأنه ليس عملية متروكة كليا إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، بل فمن الضروري أن يتعلق بقانون وضعي يعطي أثرا قانونيا لإرادة الأطراف المتبادلة و المتطابقة في شأن التعديل، فلا يمكن تصور العقد ذاته بدون نظام قانوني يتم تكوينه وفقا له*** "[225].

إن قياس شروط الثبات على مبدأ استقلالية شرط التحكيم بغية إثبات صحته، هو قياس مفترض يفتقد للإثبات، بحيث لا تظهر أي ذاتية لهذا الشرط مقارنة بشرط التحكيم المعترف به و المستقر عليه في أغلب الأنظمة القانونية، أما ذاتية شروط الثبات و استقلاليتها عن العقد مسألة تحتاج إلى برهان، كما أن شروط

---

[221] **بشار محمد الأسعد**، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 210.

[222] أنظر **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 171.

[223] **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، مرجع سابق، ص ص 108 – 109.

[224] راجع **محمد عبد العزيز بكر**، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة، مرجع سابق، ص ص 21 – 22.

[225] **معاشو عمار**، مرجع سابق، 115.

الثبات لم تصل إلى درجة الاعتراف بها في الأنظمة القانونية[226]، إضافة إلى اختلاف نطاقهما الموضوعي، فالغاية من استقلالية اتفاق التحكيم هي التمييز بين تصرفات الدولة كسلطة عامة أو كطرف متعاقد على نحو يمنعها من اتخاذ إجراءات سيادية تؤثر على صفتها كطرف متعاقد، خلافا لشروط الثبات التي تؤدي إلى المساس بسيادة الدولة[227].

كما أن تدويل العقد بموجب شروط الثبات لا يجد تطبيقات في الواقع العملي لعدم وجود حالات يتم فيها تدويل العقد إلا نادرا، ما يعني عدم الاستبعاد الكلي لقانون الدولة المتعاقدة، إذ أن إخضاع العقد للنظام القانوني الدولي لا يمكنه تجريد الدولة من امتيازاتها السيادية و منحها للمستثمر الأجنبي، باعتبار شروط الثبات لا يمكنها العلو بالعقد إلى درجة أعلى من القانون المنظم له[228].

تطبيقا لما سبق، هذا الاتجاه يقوم على افتراض خيالي كون سيادة الدولة و أهليتها التعاقدية قضيتان متناقضتان، حيث أن الدولة عند إبرامها لعقد الاستثمار ما هو إلا تعبير عن سيادتها التي تستمد منها الأهلية في إبرامه، و عليه فتعاقدها مع المستثمر الأجنبي يكون بصفتها ذات سيادة و تمتعها بمزايا و العكس يؤدي إلى غياب حريتها التعاقدية[229].

نتيجة لذلك بمقدور الدولة تعديل العقد و إلغائه بإرادتها المنفردة، كما يمكنها فرض التعديلات الجديدة على العقد الذي تم تجميده من حيث الزمان لتحقيق المصلحة العامة، رغم احتواء العقد على شروط الثبات[230].

الفرع الثاني

عدم توافق شروط الثبات و عدم المساس بالعقد مع سيادة الدولة

يرى أنصار هذا الاتجاه عدم صحة و فعالية شروط الثبات، باعتبارها لا تشكل أي قيد على سيادة الدولة فهي تملك الحق في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، إذا كان ذلك يتعلق بالمنفعة العامة مع تعويض المستثمر الأجنبي تعويضا عادلا عن أي إخلال بتوازن العقد.

---

[226] **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 347.

[227] **وفاء مزيد فلحوط**، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008 ، ص 771.

[228] **LEBEN Charles**, " L'évolution de la notion de contrat d'Etat ", Revue de l'arbitrage, n° 3, paris, 2003, p. 629.

[229] مشار إليه في **غسان علي علي**، مرجع سابق، ص 147.

[230] أنظر **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 115.

يتأسس هذا الرأي على فكرة سيادة الدولة على مواردها و ثرواتها الطبيعية و الحق في التنمية الوطنية، كحقها في التأميم و مراجعة العقود، وفقا لقرارات الأمم المتحدة الصادرة عن الجمعية العامة[231]، و أوّلها القرار رقم 1803 لسنة 1962[232].

في هذا الإطار تعدّ شروط الثبات كباقي شروط العقد الأخرى، ما يترتب عنه انعدام أي قوة إلزامية لها تعلو على العقد الذي تضمنها[233].

يبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم على اعتبارات السيادة، بموجبها تتمتع الدولة بحق إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي، بغض النظر عن تضمين العقد لشرط الثبات التشريعي، باعتباره لا يحدّ من إرادة الدولة في ممارسة سلطتها في تعديل العقد، و ذلك راجع إلى خصوصية عقود الدولة في مجال الاستثمار نظرا لطول مدتها، الأمر الذي يفرض مراجعتها لتغير الظروف مع مرور الزمن.

انتقد هذا الاتجاه على أساس أن المنح لأحد أطراف العلاقة العقدية الحرّية المطلّقة في التنصل من التزاماته، يؤدي إلى تحول الرابطة العقدية إلى رابطة خضوع و تبعية، يكون ضحيتها الطرف الضعيف فيها مما يؤثر على العلاقات الدولية الخاصة[234].

---

[231] **شريط الأمين**، مرجع سابق، ص ص 105 – 106.

[232] القرار رقم 1803 مؤرخ في 1962/12/14، يتضمن الإعلان عن السيادة الدائمة على الموارد و الثروات الطبيعية، ينص على:

*"– **حق الشعوب و الدول في السيادة الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية، يجب أن يمارس وفقا لمصالحها و تنميتها القومية، و رفاهية شعوب الدول المعنية.***

*– **استغلال وتنمية الموارد، و تصرفها، فضلا عن استيراد الرأسمال الأجنبي الذي تطلبه هذه الأغراض، يجب أن يتم طبق للقواعد و الشروط، التي تعتبرها الشعوب و الدول ضرورية، أو مرغوب فيها بالنسبة إلى الإذن بتلك النشاطات، أو تقييدها، أو حظرها...***

*– **يراعى أن يستند التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس من المنفعة العامة و الأمن العام للمصلحة الوطنية المسلم برجحانها على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية و الوطنية، و يدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم، وفقا للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ الإجراءات عند ممارستها لسيادتها، وفقا للقانون الدولي...".***

– للتفصيل أكثر راجع **العربي منور**، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، د م ج، الجزائر، 1988، ص 26.

[233] **بشار محمد الأسعد**، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 173.

[234] **عدلي محمد عبد الكريم**، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 153 – 154.

الفرع الثالث

التوفيق بين الحرية التعاقدية للأطراف و سيادة الدولة

استحدث الأستاذ Prosper Weil نظرية تستند في إقرارها لصحة شروط الثبات على النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد، فلا يعني هذا الأخير القانون الواجب التطبيق، إنما النظام القانوني الذي يتخذه العقد كإطار يستمد منه صحته و يحدد القواعد القانونية التي تطبق على موضوعه و ذلك وفق فرضين.

يتمثل الفرض الأول في كون هذا النظام هو قانون الدّولة المتعاقدة، فصحة شروط الثبات و كيفية إعمالها تكون وفق المواقف المتغيرة للتشريعات الوطنية، أما في شأن إثارة المسؤولية الدّولية للدّولة عند قيامها احتراما لنصوص قانونها الوطني بالمساس بشرط الثبات المضمن في العقد باعتبار تصرفها فعلا غير مشروع دوليا، إما بسبب سوء نيتها عند إبرام العقد كونها على علم بموقف قانونها من تلك الشروط أو نتيجة لفكرة الإهمال العمدي[235].

عندما يتمركز العقد في نظام القانون الوطني و يستمد فيه قوته و هو القانون الواجب التطبيق عليه في هذه الحالة تعد شروط الثبات خاضعة له و تسري عليه التعديلات التشريعية بأثر فوري[236].

أما الفرض الثاني، يتحقق في حالة العقد المتمركز في القانون الدولي، سواء بالإشارة إليه مباشرة أو الخضوع الجزئي لقانون الدولة المتعاقدة مع ارتباط العقد بالقانون الدولي في الوقت ذاته، فبذلك تكون شروط الثبات صحيحة كنتيجة لازمة لتدويل عقود الدولة[237].

عندما يقع العقد في إطار القانون الدولي و يستمد منه قوته الملزمة و هو القانون الواجب التطبيق يحدد القوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي و الآثار المترتبة عن مخالفتها، وعليه تصبح شروط الثبات ملزمة لا يجوز للدولة تعديلها بتشريعات جديدة ، و تقوم مسؤولية الدولة إن خالفت ذلك، و يبرر ذلك في كون إرادة الأطراف قادرة على عكس قرينة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة، فهي قرينة بسيطة، وعليه تصبح شروط الثبات صحيحة و نافذة[238].

وجد هذا الرأي تطبيقا له في قضية (Texaco)، التي أصدر فيها المحكم Dupuy حكم مفاده أن نص م 18 من عقد الامتياز المبرم بين ليبيا و شركتي (Texaco-calasiatic)، المتضمنة لشروط الثبات

---

[235] أنظر **وفاء مزيد فلحوط**، مرجع سابق، ص 747.

[236] **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، مرجع سابق، ص 119.

[237] راجع **وفاء مزيد فلحوط**، مرجع سابق، ص ص 774 – 775.

[238] **إقلولي محمد**، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، مرجع سابق، ص 119.

التشريعي لا يعدّ مساس بسيادة الدولة اللّيبية " ***Ne porte, pas dans son principe, atteinte à la souveraineté de l'Etat libyen*** "[239].

استخدم المحكم Dupuy شرط الثبات، بربط وجوده بتدويل العقد رغم خضوع هذا الأخير لقانون الدولة المتعاقدة ، فما قصده بتدويل العقد من شأنه إقرار صحة شرط الثبات و لم يقل بأن تدويل العقد مرده وجود ذلك الشرط، فهذه النظرية تعتمد على تفرقة مفترضة ما بين نظام تمركز العقد و القانون الواجب التطبيق، باعتبار أن هذا القانون حقيقة هو من يحكم عمليا صحة العقد و شروطه الموضوعية بما في ذلك مسألة صحة شرط الثبات من عدمها[240].

الفرع الرابع

تقييم الدور العملي لشروط الثبات في عقود الدولة

إن تضمين عقود الدولة في مجال الاستثمار لشروط الثبات التي تعتبر كضمان للمستثمر الأجنبي لتحقيقها ذلك يجب أن تصل إلى تحقيق استقرار العلاقة العقدية بين الدولة و المستثمر الأجنبي، على نحو يتيح لهذا الأخير اتخاذ قراراته الاستثمارية و هو على يقين من ذلك، نظرا لكون مواصلته للعملية الاستثمارية يتم وفقا للأرباح التي قام بتقديرها من البداية من ضمان سريان هذه الشروط.

فتحقيق ذلك في الواقع أمر صعب، فوجود شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لا يحقق للمستثمرين الأجانب الضمان الكافي، حيث أن مبدأ قدسية العقد لا تستطيع تقييد المشرع الوطني من ممارسة سلطاته التشريعية من إصدار للقوانين و تعديلها، أو اتخاذ أي إجراءات خدمة للمصلحة العامة للمجتمع و لو كانت هذه الإجراءات تتعارض مع بنود العقد، و هذا ما يؤدي إلى سمو وسيادة النصوص التشريعية الوطنية على العقد، و بالتالي حرمان شرط الثبات من قيمته القانونية، استنادا إلى حق الدولة و حريتها في إصدار تشريعاتها، تسري على العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي باعتباره حق مستمد من سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية في إقليمها.

رغم اختلاف الآراء الفقهية في مدى شرعية شروط الثبات، إلا أن وجود هذه الشروط في عقود الدولة أمر مستقر عليه، نظرا لإقرارها في العديد من القوانين الوطنية، و أحكام التحكيم، لذا فلا يوجد أي مانع

---

[239] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص ص 119 – 120.

[240] **وفاء مزيد فلحوط**، مرجع سابق، ص 775.

من الاعتراف بهذه الشروط أو الدفع بإلغائها[241].

لتشجيع الاستثمار في الدول النامية، ينبغي عليها أن تتعامل مع شروط الثبات التشريعي بشكل يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانة كافية لاستثماراته و يقر لها حقها في ممارسة سلطاتها التشريعية، ذلك على أساس أن انتهاك شرط الثبات التشريعي إذا أدى إلى المساس بالعقد، من شأنه إلحاق الضرر بالمستثمر الأجنبي و هو الأمر الذي يثير مسؤولية الدولة و التزامها بالتعويض، الذي يغطي مختلف الأضرار الناجمة عن المساس بالعقد.

عليه فالاختلاف حول فاعلية شروط الثبات في تأدية وضيفتها في غل يدّ الدولة عن المساس بالعقد و قصورها على ضمان التعويض، في حالة فقدانها لفاعليتها بفعل الدولة المضيفة، لذا فإن فعاليتها كآلية لفض النزاعات التي يمكن أن تثار بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة مشكوك في تحقيقه، لكون شروط الثبات تختلف من دولة إلى أخرى[242].

المطلب الثاني

إثارة المسؤولية الدّولية للدولة عند إخلالها بالتزاماتها في عقود الدولة

باعتبار الدولة تتمتع بالسيادة فهي تمارس سلطة الرّقابة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة على إقليمها، بغرض توجيهها لتحقيق أهداف التنمية الوطنية، و عليه تضطر الدولة لاتخاذ بعض الإجراءات الانفرادية في إطار هذه الرّقابة كتعديل القانون الواجب التطبيق أو المساس بالعقد، التي من شأنها ترتيب أثار سلبية تمس بمصالح المستثمر الأجنبي، ما يفضي إلى إخلالها بالتزاماتها العقدية، الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتها العقدية[243].

و السؤال الذي يفرض نفسه في هذا الصدد **إلى أي مدى يمكن اعتبار الإخلال بالالتزامات التعاقدية يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية ؟**، وعليه للإجابة على هذا السؤال نقوم بتحديد خصوصية المسؤولية الدولية (الفرع الأول)، ثم أساس قيام هذه المسؤولية (الفرع الثاني)، المسؤولية الدولية في إطار الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار (الفرع الثالث)، و الآثار المترتبة عن قيامها (الفرع الرابع).

---

[241] **قصوري رفيقة**، مرجع سابق، ص ص 193 – 194.

[242] راجع **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 390 – 403.

[243] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2012، ص ص 244 – 245.

الفرع الأول

خصوصية المسؤولية الدولية

إن المسؤولية الدّولية هو التصرف الغير مشروع المنسوب للدولة المسئولة في مجال العلاقات بين الدول، و ذلك عند ارتكابها لجريمة دولية. و تستبعد هذه المسؤولية إذا قامت الدولة بتصرفات مخالفة لالتزاماتها الدولية، إذا توفرت شروط: القوة القاهرة، أو الخطر أو حالة الضرورة، و التي حددتها لجنة القانون الدولي (C D I) التابعة للأمم المتحدة في المشروع حول مسؤولية الدولة عن تصرفاتها غير المشروعة دوليا الذي صادقت عليه في دورتها الثالثة و الخمسين المنعقدة بجنيف سنة 2001، في حين المسؤولية العقدية ترتبط بإخلال الطرف المتعاقد لالتزاماته العقدية، فيرى بعض الفقه أن عدم تنفيذ العقد يشكل تصرفا مخالفا للقانون الدولي يرتب المسؤولية الدولية للدولة مباشرة[244].

إن التزام الدولة أمام المستثمر الأجنبي بتنفيذ العقد، حتى و إن أخلت به لا يرتب أي مسؤولية دولية لكنها تثار عند تدخل دولة المستثمر لحمايته، و عند الإخلال بالتزام خارج عن العقد كأن يكون إنكارا للعدالة، فالدولة عند توقيعها على العقد يعني ذلك تنازلها عن المزايا السيادية التي تتمتع بها[245].

الفرع الثاني

أساس قيام المسؤولية الدولية للدولة

اختلف الفقه في تأسيس المسؤولية الدولية، ما يعني عدم وجود معيار محدد مستقر عليه في تأسيسها كما أن للقضاء موقف من هذه المسؤولية.

أولا– موقف الفقه من المسؤولية الدولية للدولة

تباينت أراء الفقه في تأسيس المسؤولية الدولية للدولة، فهناك اتجاه يؤسسها على عنصر الخطأ، و اتجاه أخر يؤسسها بدون خطأ.

1– قيام المسؤولية الدولية على أساس الخطأ

حسب النظرية التقليدية، فأساس المسؤولية الدولية هو ذلك الخطأ المنسوب للدولة التي تسببت

---

[244] أنظر **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 153 – 154.

[245] تأكد ذلك في قضية losinger، حيث ذكرت الحكومة السويسرية بأن القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس بشأن العقود المبرمة بين الدول فحسب بل، كذلك في العقود بين الدول و الأجانب نظرا للطابع الدولي لهذه العقود.
– مشار إليه في **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 560 – 565.

في أضرار للغير[246]، فعدم تنفيذ العقد أو المساس به لا يعد تصرفا غير مشروع دوليا و لا ينتج عنه قيام المسؤولية الدولية، إلا إذا كان هذا الفعل خرق لمعاهدة دولية باعتبار الإخلال بالتزام يحتويه العقد لا يعدّ عنصرا من عناصر الفعل غير المشروع دوليا. ضف إلى ذلك أن الالتزام التعاقدي للدولة لا يجردها من حقها في التأميم و في الإجراءات الأخرى المماثلة له، هذا الحق مكرس دوليا و يعتبر أسمى من التزامات الدولة اتجاه المستثمر الأجنبي، و عليه فترتيب المسؤولية الدولية تكون على أساس منع تقديم تعويض لا على أساس الإخلال بالعقد أو انتهاكه فعدم استنفاذ المستثمر الأجنبي لطرق الطعن الداخلية الممنوحة له وفقا للقانون الداخلي أو باتفاق الأطراف لا يرتب المسؤولية الدولية للدولة رغم انتهاكها للعقد[247].

يبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم على أساس رفض الدول التدخل لعدم و جود دليل لتصرف غير مشروع، و رفض الدّول النّامية توسيع مجال المسؤولية الدّولية، كما أن خرق أي التزام وارد في العقد لا يعد تصرف غير مشروع كون دولة المستثمر ليست طرفا فيه، باعتبار المسؤولية تترتب إذا ارتبط العقد بإبرام اتفاقيات دولية، و نظرا لتمتع الدولة بالسيادة فمن حقها المساس بالعقد تحقيقا للمصلحة العامة إضافة إلى أن عقود الدولة في مجال الاستثمار تندرج في إطار القانون الداخلي.

انتقدت هذه النظرية على أساس أنها لا تراعي التطور الاقتصادي الدولي، الذي يفرض عدم خضوع بعض المجالات للقانون الوطني[248].

2- قيام المسؤولية الدولية بدون خطأ

يرى أنصار هذه النظرية أن الدولة ملزمة باحترام التزاماتها التعاقدية الناتجة عن العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي، فأي مساس أو إخلال به يرتب المسؤولية الدولية استنادا إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعتبر غير مشروع كل مساس بالعقد غير ناتج عن قوة قاهرة أو تصرف المستثمر الأجنبي فهم يتجهون إلى درجة تشبيه العقود بالاتفاقيات الدولية[249].

وفق هذه النظرية، فإن القانون الدولي يلزم الدول باحترام كل العقود و أي إخلال بها يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية، فحسب الأستاذ Weil، فالجريمة الدولية تطبق مباشرة على العقود المبرمة بين الدولة

---

[246] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 247.

[247] **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 270.

[248] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 248 – 249.

[249] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 137.

و المستثمر الأجنبي نتيجة مخالفة الدولة لالتزام عقدي[250].

فأي مساس بالعقد من طرف الدولة مهما كان الدافع إليه يعد إخلال بالتزام دولي، خاصة أن غـــالبية اتفاقيات الاستثمار تدرج بنودا تمنع بموجبها الأطراف إنهاء العقد أو اتخاذ أي إجراء دون موافقة الطرف الأخر، و أي خرق لذلك يعدّ تعدٍّ على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و أي إخلال به هو إخلال بالقانون الدولي[251].

ثانيا– موقف القضاء من المسؤولية الدولية للدولة

تشترط بعض هيئات التحكيم لقيام المسؤولية العقدية للدولة صدور تصرف غير مشروع من طرفها إلا أن بعض هيئات التحكيم الأخرى لا تشترط ذلك، و تأكد هذا في قضية (Losinger) عندما قدمت الحكومة السويسرية مذكرة الدفاع أمام محكمة العدل الدولية، تحتوي على أن القوة الملزمة للعقود مبدأ يعمل به ليس فقط في العقود المبرمة بين الدول، لكن يعمل به أيضا في إطار العقود بيـن الدول و الأشخاص الأجنبية، نظرا للطابع الدولي الذي تتمتع به هذه العقود، و كذا في تحكيم (Saphire) الذي اعتبر فيه مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، و يعدّ أساس كل رابطة عقدية[252].

كما اكتفت بعض هيئات التحكيم الدولية "بالطابع التحكمي" لبعض التصرفات الصادرة عن الدولة كأساس لقيام مسؤوليتها، إذ أقرت لجنة التحكيم في قضية (Valentine Petrolium) بأن إلغاء عقد الامتياز الصادر عن الدولة المضيفة يعتبر "إجراءا تحكميا"، كونه متخذ دون إخطار مسبق للمستثمر الأجنبي، و لم تنظر المحكمة في مدى شرعية الإجراء استنادا إلى القانون الداخلي لهذه الدولة أو مبادئ القانون الدولي.

رفضت بعض هيئات التحكيم حالات الضرورة التي تؤدي بها إلى اتخاذ بعض الإجراءات المخالفة لالتزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع و حماية الاستثمارات، حيث رفضت محكمة التحكيم حالة الضرورة في قضية الأرجنتين و شركة (CMS) الناتجة من الأزمة التي مرت بها الأرجنتين، التي دفعتها إلى مخالفة بعض التزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقية الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الموقعة بينها و بين الولايات المتحدة الأمريكية، إذ اتجهت هيأة التحكيم إلى اشتراط الخطأ كأساس لقيام المسؤولية

---

[250] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 155 – 156.

[251] راجع **حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص ص 565 – 566.

[252] المرجع نفسه، ص ص 546 – 547 .

الدولية و التي تخص فقط العلاقات بين الدول، فلا مجال لإثارة مسؤولية الدولة إذا لم يوجد تصرف غير مشروع ينسب إليها[253].

الفرع الثالث

المسؤولية الدولية في إطار الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار

فترتيب المسؤولية الدولية نتيجة عدم تنفيذ عقد الدولة، لا يجد ما يبرره لا من الناحية العملية و لا في مواقف المحاكم الدولية و لا في الاتفاقيات الدولية، لتحديد مسؤولية الدولة المتعاقدة يقتضي الأمر مراعاة واقع العلاقات الاقتصادية و القواعد المكرسة في إطار معاملة و حماية الاستثمارات الأجنبية و المبادئ العامة في القانون الدولي.

فتحويل المسؤولية العقدية إلى مسؤولية دولية، في حالة الإخلال بإحدى مبادئ القانون الدولي يستلزم إدراج العقد ضمن معاهدة دولية خاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية، فأي إخلال بالعقد الذي تحميه معاهدة دولية يعتبر تصرف غير مشروع دوليا من شأنه إثارة المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، فهي تعدّ بمثابة ضمانة للمستثمر الأجنبي[254]، تأكد ذلك في تحكيم (Aapl) ضد سريلانكا[255].

تحتوي الاتفاقيات الثنائية بعض الأحكام، الغرض منها هو ضمان احترام الدولة لالتزاماتها التعاقدية كشروط الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، في صيغة التزام دولي و هذا في إطار اتفاقيات المظلة التي تمنح حقوق خاصة للمستثمر الأجنبي، كما تهدف من خلالها إلى تحريك المسؤولية الدولية للدولة الناتجة عن عدم احترام تعهداتها التعاقدية طبقا لقواعد القانون الدولي في مجال الاستثمارات بمقتضى القانون الداخلي[256].

يترتب عن خضوع اتفاقيات الاستثمار لأحكام القانون الدولي و ظهور صور جديدة للمسؤولية

---

[253] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 157 – 158.

[254] المرجع نفسه، ص 158.

[255] حيث قبلت هيئة التحكيم CIRDI لأول مرة إجراء تحكيم على أساس تعهد أو التزام مصدره اتفاقية حماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة المصدرة للاستثمار و الدولة المضيفة له، و التي يترتب على الإخلال بأحكامها إثارة المسؤولية الدولية للدولة، و التزامها بالتعويض وفق أحكام الاتفاقية، لمزيد من التفصيل راجع **إقلولي محمد**، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 370.

[256] **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص 454.

المعترف بها في هذا القانون، اتساع نطاقها ليشمل كل عمل يرتبط بالعملية الاستثمارية، فإذا كانت للمسؤولية الدولية القائمة على العمل غير المشروع أهميتها في مجال العلاقات بين أشخاص القانون الدولي، فهي عاجزة عن تنظيم العلاقة بين الدولة و المستثمر الأجنبي، نظرا لعدم تكافئ المراكز القانونية بين الطرفين نتيجة لذلك ظهر مفهوم جديد للمسؤولية و هي المسؤولية العقدية بين الأطراف[257].

تعتبر الحقوق المثبتة بمقتضى الاتفاقيات الثنائية غطاء، تصبح متبادلة بين الدول لاعتبارات تتعلق بالمساواة في الالتزامات فيما بينها، في حين الغرض منها حماية و ضمان مصالح المستثمرين الأجانب ما يعني عدم وجود معاملات مثلية بين الدول.

يتجلى دور الاتفاقيات الثنائية في التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الدولية و تأثيرها في النظام القانوني الدولي للاستثمارات التي أصبحت مصدرا له[258].

أبرمت الجزائر عدّة اتفاقيات ثنائية في مجال الاستثمار، من بينها الاتفاقية مع إسبانيا التي تقضي بتحمل المسؤولية الدّولية للدولة في حالة الإخلال بالتعهدات التعاقدية[259].

الفرع الرابع

الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة

من الآثار المترتبة على قيام المسؤولية الدولية للدولة نجد الحق في التعويض، وقف غير المشروع الصادر عن الدولة، و الحق في الحماية الدبلوماسية.

أولا- الحق في التعويض

إذا ألحقت الدولة المضيفة للاستثمار أضرارا بالمستثمر الأجنبي، سواء عن طريق التأميم أو مصادرة ممتلكاته، يترتب عنه تعويضه[260]، و يجب أن يكون هذا التعويض مناسبا يغطي حجم الأضرار المترتبة عن هذه الإجراءات، و إرجاع الأوضاع إلى حالتها الأصلية[261]، و هذا ما أكدته محكمة العدل

---

[257] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 294.

[258] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص ص 153 – 154.

[259] راجع نص م 11 من المرسوم الرئاسي رقم 95 – 88 المؤرخ في 25 مارس 1995، المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الإسبانية، المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد في 23 ديسمبر 1994، ج ر ج ج عدد 23، صادر في 26 أفريل 1995.

[260] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 142.

[261] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص ص 158 – 159.

الدولية الدائمة CPJI[262].

أما شكل و محتوى التعويض، فإن أغلبية الاتفاقيات تترك هذه المسألة للجنة التحكيم التي تتولى تحديدها من الجانب العملي، فالتعويض هو مبلغ مالي يدفع بعد التفاوض عليه بين الحكومتين و هو تعويض عن السلوك غير المشروع[263].

إضافة لتقرير محكمة (CPJI) أن التعويض من مبادئ القانون الدولي، فهو مفهوم عام في القانون كما أكّدت الدساتير الجزائرية[264]، أن أي إخلال بالتعاقد يشترط التزام بدفع التعويض[265]، فأقرّ المشرع الجزائري بأن يكون التعويض عادل و منصف في نص م 16 من الأمر 03/01 في عبارة : " ... ***يترتب عن المصادرة تعويض عادل و منصف*** "[266].

ثانيا- وقف العمل غير المشروع الصادر عن الدولة

يعتبر وقف العمل غير المشروع من أهم النتائج المترتبة عن خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية باعتباره

---

[262] في حكمها الصادر في قضية " l'usine de chorozow "، حيث نص على:

" ***Le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'Etat qui aurait vraisemblablement existé si le dit acte n'avait pas été commis ... tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international*** ", Affaire L'Usine de Chorozow, en indemnité, fond Allemagne C/ Pologne, 13 septembre1928, CPJI, in :http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpji, 9 mai 2013.

[263] **عيبوط محند وعلي**، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 159.

[264] أنظر م 17 من الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج عدد 94، لسنة 1976.

- أنظر م 20 من المرسوم الرئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989، المتعلق بنص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر ج ج عدد 09، صادر بتاريخ 1 مارس 1989.

- أنظر كذلك م 20 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 25 ، صادر في 14 أفريل 2002.

[265] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 143.

[266] أنظر الأمر رقم 01 - 03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، السالف الذكر.

يحمي مصالح المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة، يكون عند توقف الدولة عن الفعل غير المشروع الذي شرعت فيه كإجراء نزع الملكية أو التأميم، فإنها تتوقف عنه فور صدور الحكم التحكيمي.

أقرّت و كرّست معظم قوانين الدّول هذه الإجراءات، إلا أنه حين ينص الاتفاق الثنائي المبرم بين الدولة المضيفة و دولة المستثمر على منعها، رغم ذلك فإن شرعت الدولة في إحدى هذه الإجراءات، جاز للمستثمر الأجنبي طلب وقف هذا الإجراء أمام المركز (CIRDI) تأسيسا في ذلك على خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية بكونه فعل غير مشروع، باعتبار أن الاتفاق الثنائي قد منعه.

هذا، بالرغم من النص على مشروعية إجراء التأميم ونزع الملكية في معظم قوانين الاستثمـــار و الاتفاقيات الثنائية، مع مراعاة بعض القيود و الشروط المفروضة على الدولة، لكن نجد دولا تمنع على نفسها هذان الإجراءان، رغبة منها في تحفيز المستثمرين الأجانب، مثال ذلك ما ورد في م 8 و 10 من قانون ضمانات و حوافز الاستثمار المصري اللتان تمنعان الدولة من تأميم الشركات أو مصادرتهـــا أو الاستيلاء على الملكية[267].

ثالثا- الحق في الحماية الدبلوماسية

يتمتع الأجانب بحق الحماية الدبلوماسية التي تمارسها دولهم الأصلية، بغرض مطالبة الدولة الأجنبية بتعويض الأضرار التي لحقت بهم، بسبب التصرفات غير المشروعة الصادرة عن الدولة المضيفة مخالفة للقانون الدولي[268].

بموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965، المتعلّقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا دول أخرى، التي أحدثت تطورا في المركز القانوني للمستثمرين الأجانب، و هذا التطور يترجم في تجاوز فكرة ممارسة الحماية الدبلوماسية، حيث منحت لهم الحق في رفع دعوى مباشرة ضدّ الدولة المضيفة أمام المحكمة الدولية، أي أنه عند الموافقة على عرض النزاع أمام المركز (CIRDI)، أن يطلبوا بصفتهم الشخصية الفصل في دعواهم ضدّ الدولة المتعاقدة أو أحد أجهزتها، دون الحاجة لتدخل دولهم الأصلية، كما أن هذه الاتفاقية ساهمت في الاعتراف للمستثمر الأجنبي بشخصية قانونية دولية إلى حد ما[269].

---

[267] **حرزي لوناس**، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص ص 179 – 180.

[268] **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 255.

[269] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص ص 149 – 150.

عليه تم الاستغناء عن الحماية الدبلوماسية التي تباشرها الدولة لحماية رعاياها، بتبني مطالبهم أمام المحاكم الدولية لعدم إمكانيتهم الإدعاء أمام هذه المحاكم بصفتهم الشخصية، إذ فقدت هذه الدعوى مبرر و أساس وجودها بظهور الاتفاقية المنشئة لـ (CIRDI)[270]، هذا ما أكدته نص م 1/27 منها، التي تنص:

" ***Aucun Etat contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre Etat contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre Etat contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend*** "[271].

في هذا الإطار تؤكد الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، حق المستثمر الأجنبي أكان شخص عادي أو شركة خاصة في رفع دعوى قضائية مباشرة ضّد دولة أو أحد هيئاتها أمام محكمة الاستثمار العربية[272].

[270] **صفوت أحمد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص 469.

[271] Le texte de la convention publié in: http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc- fra/partA.htm, 9 mai 2013.

[272] **شنتوفي عبد الحميد**، مرجع سابق، ص 150.

خاتمة الفصل الثاني

إنّ إدراج شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار، التي تهدف إلى تثبيت قانون الدولة كلّه أو جزء منه لفترة زمنية معينة، لتفادي تعديل العقد و إنهاءه بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يضرّ بحقوق و مصالح المستثمر الأجنبي.

فتضمين عقود الدولة في مجال الاستثمار لشرطي الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، التي تعتبر كضمان للمستثمر الأجنبي، لتحقيقها الهدف المنشود من ورائها يجب أن تصل إلى تحقيق استقرار العلاقة العقدية بين أطراف عقود الدولة على نحو يمنح للمستثمر الأجنبي اتخاذ قراراته المرتبطة بالعملية الاستثمارية، و هو على يقين من ذلك، حتى و إن لم يؤخذ بشروط الثبات بصفة مطلقة بسبب التفاوت في المراكز القانونية بين طرفي العقد، ما يجعل الدولة غير قادرة على ممارسة سلطاتها السيادية و بالخصوص السلطة التشريعية، من جهة أخرى لا يمكن تغليب المصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي عن المصلحة العامة للدولة المضيفة، و عليه فشروط الثبات لا تعدّ عائقا أمام الدولة في تعديل العقد و إلغاءه تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع، استنادا في ذلك إلى مبدأ السيادة، الأمر الذي يثير مسؤوليتها الدولية عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، و ما يترتب عنها من آثار كدفع التعويض، وقف العمل غير المشروع الصادر عنها، و ممارسة الحماية الدبلوماسية.

عندما تقبل الدولة بشروط الثبات، فهي لا تتعمد تعديل تشريعاتها، فإذا أقدمت على ذلك اعتبر مساسا بالعقد و بحقوق الطرف الأجنبي، الأمر الذي يجعله ينفر عن التعاقد معها.

نتيجة لذلك يستلزم الأمر إحداث التوفيق بين سيادة الدولة و حقها في تعديل تشريعاتها بما يتماشى مع أهدافها التنموية من جهة، و صحة شروط الثبات بعدم المساس بمصالح المستثمر الأجنبي حتى يتسنى له مواصلة تنفيذ العقد دون أية أعباء أو خسائر من جهة أخرى.

خاتمة

يتضح مما سبق أن شروط القانون الواجب التطبيق و الثبات، من أهم الآليات التعاقدية المدرجة في عقود الدولة لتفعيل العملية الاستثمارية، و بما أن هذه العقود تبرم بين دولة و طرف أجنبي خاص يتفاوضان على كافة بنود العقد، من بينها شرط القانون الواجب التطبيق عليه، الذي يهدف إلى حماية مصالح الأطراف المتعاقدة درءا لأي نزاع قد يحدث بشأنه في تنفيذ العقد.

و عليه فهذا القانون يحدد بإرادة الطرفين سواء كانت صريحة أو ضمنية، و عموما يكون قانون الدولة المتعاقدة، و نظرا لتشكيك المستثمر الأجنبي في الحماية التي يوفرها له، يلجأ إلى الحدّ من تطبيقه بإدماجه في العقد وجعله يلعب دورا احتياطيا، الأمر الذي يبين تضارب مصالح الأطراف في تحديده و هكذا ظهرت اتجاهات مختلفة لتحديده، إما بتوطين عقود الدولة في مجال الاستثمار في النظام القانوني الداخلي للدول المضيفة، أو تحريرها منها بتدويلها في النظام القانوني الدولي، بتطبيق قواعد القانون الدولي العام و قانون التجارة الدولية عليها، استنادا إلى اعتبارات و أسس مختلفة.

باعتبار القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار غالبا ما يكون القانون الوطني للدولة الطرف في العقد، فيمكن أن ينحاز إلى الدولة المتعاقدة و حماية مصالحها دون مصالح و أهداف المستثمر الأجنبي، لذا فهذه الآلية القانونية غير كافية لحمايته.

و عليه يستوجب مراعاة خصوصية و ذاتية عقود الدولة في مجال الاستثمار في مسألة القانون المطبق عليها، مراعاة لمصالح و أهداف الطرفين، و تدعيمها بآليات أخرى تجعلها أكثر فعالية.

كما أن إدراج شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار، التي تهدف إلى تثبيت قانون الدولة كلّه أو جزء منه لفترة زمنية معينة، لتفادي تعديل العقد و إنهاءه بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة الأمر الذي يضرّ بحقوق و مصالح المستثمر الأجنبي.

فتضمين عقود الدولة في مجال الاستثمار لشرطي الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد، لا يعدّ عائقا أمام الدولة المتعاقدة في تعديل العقد و إلغاءه، تحقيقا للمصلحة العامة للمجتمع، استنادا إلى مبدأ السيادة، الأمر الذي يضرّ بالمستثمر الأجنبي.

و عليه يستلزم الأمر أن تتعامل الدول النامية مع شروط الثبات بشكل يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانة كافية لاستثماراته، و يقرّ لها الحق في ممارسة سلطاتها السيادية، ذلك على أساس أن انتهاك شروط الثبات إذا أدى إلى المساس بالعقد و ألحق الضرر بالمستثمر الأجنبي، و هو الأمر الذي يثير مسؤولية الدولة و التزامها بالتعويض.

فالاختلاف حول مدى فعالية شروط الثبات في غلّ يد الدولة عن المساس بالعقد و قصورها على ضمان التعويض في حالة فقدانها لفاعليتها بفعل الدولة المضيفة، لذا فإن فاعليتها كآلية لفض النزاعات التي يمكن أن تثار بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة غير كافية، الأمر الذي يستوجب تدعيمها بآليات أخرى تكون أكثر فعالية.

مما سبق يتبين لنا أن آليتي القانون الواجب التطبيق و الثبات، بالرغم من الحماية التي يمكن أن توفرها لطرفي عقود الدولة، إلا أنها غير كافية لتفعيل العملية الاستثمارية، مما يستوجب تدعيمها بآليات أخرى كإعادة التفاوض أو المراجعة، و التحكيم.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا- باللّغة العربية

1- الكتب

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

2- **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2004.

3- **الروبي محمد**، عقود التشييد و الاستغلال و التسليم B O T (دراسة في إطار القانون الدولي الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

4- **العربي منور**، مبدأ السيادة على الموارد و الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، د م ج، الجزائر، 1988.

5- **بشار محمد الأسعد**، عقد الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

6- _____، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010.

7- **بوجمعة نصيرة سعدي**، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، د م ج، الجزائر، 1992.

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

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

10- **دريد محمود السامرائي**، الاستثمار الأجنبي (المعوقات و الضمانات القانونية)، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

11- **سامية راشد**، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

12- **شريط الأمين**، السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، د م ج، الجزائر، 1985.

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

14- **عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط 2، د م ج، الجزائر، 2004.

15- **عيبوط محند وعلي**، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013.

16- **غسان علي علي**، الاستثمارات الأجنبية و دور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، جامعة القاهرة، 2004.

17- **محمد عبد العزيز بكر**، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

18- _____، منازعات الاستثمار في آسيا بين القانون و المصلحة، (ب د ن)، القاهرة، 2001.

19- **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

20- **منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

21- **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

22- **وفاء مزيد فلحوط**، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

2- الرسائل و المذكرات الجامعية

أ- الرسائل الجامعية

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

2- **بوسهوة نور الدين**، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي و الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005.

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

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

5- **قبايلي طيب**، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

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

7- **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1998.

ب- المذكرات الجامعية

1- **أيت علي زينة**، عقد الدولة (محاولة تقييم)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2008.

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

3- **بن يحي رزيقة**، سياسة الاستثمار في الجزائر (من نظام التصريح إلى نظام الاعتماد)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

4- **حرزي لوناس**، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

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

6- **شوشو عاشور**، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

7- **كعباش عبد الله**، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002.

8- **لعماري وليد**، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2011.

9- **معيفي لعزيز**، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار كآلية جديدة لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006.

10- **نوارة حسين**، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.

11- **هنية شريف**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004.

3- المقالات

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، " النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية "، منشور في: www.Algeriedroit.fb.bz، 27 مارس 2013، ص ص 1 – 52.

2- _____، " شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية "، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 43، 1987، ص ص 63 – 97.

3- **إقلولي محمد**، " العقود بين الدول و رعايا دول أخرى و تطور القانون الدولي للاستثمارات "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2010، ص ص 81 – 99.

4- _____، " شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 1، 2006، ص ص 94 – 123.

5- **طارق كاظم عجيل**، " القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي (دراسة مقارنة) "، جامعة ذي قار، العراق، منشور في:
http://slconf.uaeu.ac.ae/19%20new/arabic_research.asp، 16 أفريل 2013، ص ص 701 - 760.

6- **عدلي محمد عبد الكريم**، " تكييف بنود الاستقرار التشريعي و تقييم دورها في عقود الدولة "، منشور في: http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/396/5/Revue-des-droits-pour-luniversite-Tlemcen.pdf، 20 أفريل 2013، ص ص 1 – 10.

7- **علاء الدين محمد حمدان**، " النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية "، مجلة الفتح، كلية القانون، جامعة ديالي، عدد 37، 2008، ص ص 185 - 205.

8- **عيبوط محند وعلي**، " عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي و القانون الدولي "، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 01، 2011، ص ص 7-31.

9- **غسان عبيد محمد المعموري**، " شرط الثبات التشريعي و دوره في التحكيم في عقود البترول "، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، عدد 2، 2009، ص ص 170 - 182.

10- **قادري عبد العزيز**، " دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية (عقد الدولة) Le Contrat d'Etat "، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 01، 1997، ص ص 31 - 85.

11- **قوراري عبد العزيز**، " دراسة الحوافز القانونية لجلب الاستثمارات الأجنبية بالجزائر (الامتيازات و الضمانات) "، مجلة العلوم الاقتصادية، تلمسان، عدد 1، 2006، ص ص 99 - 118.

12- **يوسفي محمد**، " مضمون أحكام الأمر 01 - 03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 أوت 2001 و مدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية و الأجنبية "، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 23، 2003، ص ص 21 - 51.

4- النصوص القانونية

أ- الدساتير

1- أمر رقم 79/76 مؤرخ في 22 نوفمبر 1976، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج عدد 94، لسنة 1976.

2- مرسوم رئاسي رقم 18/89 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج ر ج ج عدد 09، صادر بتاريخ 1 مارس لسنة 1989.

3- مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدل و متمم بالقانون رقم 03/02 مؤرخ في 10 أفريل 2002، يتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002.

ب- الاتفاقات الدولية

1- أمر رقم 287/65 مؤرخ في 18 نوفمبر 1965، يتضمن المصادقة على اتفاقية الجزائر المبرمة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الفرنسية، المتعلقة بتسوية المسائل الخاصة بالوقود و التنمية الصناعية الجزائرية الموقعة في مدينة الجزائر، بتاريخ 29 جويلية 1965، ج ر ج ج عدد 95، صادر في 19 نوفمبر 1965.

2- مرسوم رئاسي رقم 01/94 مؤرخ في 2 جانفي 1994، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بهما، الموقعين بمدينة الجزائر في 13 فيفري 1993، ج ر ج ج عدد 1، صادر بتاريخ 2 جانفي 1994.

3- مرسوم رئاسي رقم 88/95 مؤرخ في 25 مارس سنة 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و المملكة الإسبانية، المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد في 23 ديسمبر 1994، ج ر ج ج عدد 23، صادر في 26 أفريل 1995.

4- مرسوم رئاسي رقم 346/96 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

ج- النصوص التشريعية

1- مرسوم تشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 5 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر ج ج عدد 64، صادر في 10 أكتوبر 1993.

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

3- قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 جوان2001، يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

4- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

5- أمر رقم 01/10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر ج ج عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

6- قانون رقم 16/11 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر ج ج عدد 72، صادر في 29 ديسمبر 2012.

د- النصوص التنفيذية

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

2- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار المتصرفة باسم و لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، الموقعة بتاريخ 30 أكتوبر 2003، ج ر ج ج عدد 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

3- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و حامة واتر ديسالنايشن (Hamma Water Desalination)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

4- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و أقواس دو سكيكدة (ADS)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

5- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و كهرما (Kahrama)، ج ر ج ج عدد 7، صادر في 28 جانفي 2007.

5- مواقع الأنترنيت

1- القانون المدني المصري، نشرة الوقائع المصرية، عدد108، صادرة في 9 جويلية 1948، منشور في: http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

2- اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لحلّ النّزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، منشور في:

http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA.htm.

3- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، منشور في:

http: //www.cc.lu/docdownload.php?id-317

4- التوصية رقم 3281 بتاريخ 1974/12/14 المتعلقة بميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول، منشور في: http://www.un.org/french/documents/resga.htm

5- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة القانون التجاري CNUDCI في 21 جوان 1985، منشور في:

http://www.unistral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb- f.PDF

6- قضية القروض الصربية البرازيلية، منشورة في:

http://www.icj-cij.org/cij- www/cdecisions/ccpji

ثانيا- باللّغة الفرنسية

A- OUVRAGES

1- **BEDJAOUI Mohamed**, Droit international bilan et perspectives, Tome 2, A.Pedone, Paris, 1991.

2- **ISSAD Mohand**, Les techniques juridiques dans les accords de développement économique, Colloque international tenu à Alger le 11 octobre 1976 sur le droit international et développement, OPU, Alger, 1978.

B- ARTICLES

1- **ISSAD Mohand**, " Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international ", Revue de l'arbitrage, N°3, 1993, p p 377 - 400.

2- **LEBEN Charles**, " La théorie de contrat d'Etat et l'évolution de droit international des Investissements ", RCADI, Tome 302, 2003, p p 209 – 359.

3- _____, " L'évolution de la notion de contrat d'Etat ", Revue de l'arbitrage, n° 3, paris, 2003, p p 629 - 646.

4- **SADOUDI Ahmed**, " Les incitations fiscales et la promotion des Investissements en Algérie ", inammales de l'institut – maghrébin dénommer douanière et fiscale, N°02, 1994, p p 35 - 46.

الفهرس

فهرس المحتويات

إهداءات

شكر خاص

قائمة لأهم المختصرات

مقدمة.....2

الفصل الأول: إدراج شرط القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار6

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار....7

المطلب الأول: اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد.....8

الفرع الأول: خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون الإرادة.....9

أولا: تعريف قانون الإرادة.....9

ثانيا: تكريس قاعدة قانون الإرادة.....9

الفرع الثاني: كيفية اختيار قانون الإرادة.....11

أولا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة.....11

ثانيا: الاختيار الضمني لقانون الإرادة.....12

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من قانون الإرادة.....13

رابعا: وقت اختيار قانون العقد.....14

المطلب الثاني: تعيين قانون الإرادة الذي يخضع له العقد.....16

الفرع الأول: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.....17

الفرع الثاني: الحدّ من تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.....18

أولا: اندماج قانون الإرادة في العقد 18

ثانيا: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة..... 19

الفرع الثالث: استثناءات إعمال قانون الإرادة..... 21

أولا: استبعاد قانون الإرادة تطبيقا لفكرة النظام العام الداخلي..... 21

ثانيا: استبعاد قانون الإرادة تطبيقا لفكرة النظام عبر الدولي.....22

المبحث الثاني: خيارات أطراف عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الواجب تطبيقه23

المطلب الأول: توطين عقود الدولة في مجال الاستثمار.....24

الفرع الأول: خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.....24

الفرع الثاني: أسس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.....25

أولا: بناءا على تكييفها كعقود إدارية.....25
ثانيا: بناءا على قرارات الأمم المتحدة.....26
ثالثا: بناءا على المعاهدات الدولية 27
1- في ظل معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965.....28
2- في ظل معاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980.....28
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الدولة في مجال الاستثمار.....29
المطلب الثاني: محاولات تدويل عقود الدولة في مجال الاستثمار.....30
الفرع الأول: خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الدولي العام.....30
أولا: أسس تطبيق القانون الدولي العام على عقود الدولة في مجال الاستثمار.....31
1- بناءا على الممارسة العملية.....31
2- بناءا على قضاء هيئات التحكيم CIRDI.....32
3- بناءا على الاتفاقيات الثنائية للاستثمارات.....33
الفرع الثاني: خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون عبر الدولي.....34
أولا: تطبيق قانون التجارة الدولية على عقود الدولة في مجال الاستثمار.....35
ثانيا: مدى قدرة الأطراف على اختيار قانون التجارة الدولية.....36
ثالثا: مدى خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار لقانون التجارة الدولية.....37
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الدولة في مجال الاستثمار.....38
خاتمة الفصل الأول.....40
الفصل الثاني: إدراج شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار.....42
المبحث الأول: التكييف القانوني لشروط الثبات.....43
المطلب الأول: تحديد شروط الثبات المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار..... 43
الفرع الأول: المقصود بشروط الثبات.....44
أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي..... 44
ثانيا: تعريف عدم المساس بالعقد..... 44
ثالثا: الغرض من شروط الثبات.....45
رابعا: صور شروط الثبات.....47
1- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية.....47
2- الشروط التشريعية.....48
الفرع الثاني: شرط التدعيم التشريعي.....49

أولا: تعريف شرط التدعيم التشريعي.....49
ثانيا: الغرض من شرط التدعيم التشريعي.....49
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من شروط الثبات.....50
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لشروط الثبات.....54
الفرع الأول: شروط الثبات هي شروط تحويلية لقانون العقد.....54
الفرع الثاني: شروط الثبات توقف قوة سريان القانون الجديد.....55
المبحث الثاني: واقع شروط الثبات في عقود الدولة في مجال الاستثمار.....57
المطلب الأول: مدى صحة و فعالية شروط الثبات.....57
الفرع الأول: شروط الثبات تتوافق مع الحرية التعاقدية للأطراف.....57
الفرع الثاني: عدم توافق شروط الثبات و عدم المساس بالعقد مع سيادة الدولة.....59
الفرع الثالث: التوفيق بين الحرية التعاقدية للأطراف و سيادة الدولة.....61
الفرع الرابع: تقييم الدور العملي لشروط الثبات في عقود الدولة.....62
المطلب الثاني: إثارة المسؤولية الدولية للدولة عند إخلالها بالتزاماتها في عقود الدولة 63
الفرع الأول: خصوصية المسؤولية الدولية.....64
الفرع الثاني: أساس قيام المسؤولية الدولية للدولة.....64
أولا: موقف الفقه من المسؤولية الدولية للدولة.....64
1- قيام المسؤولية الدولية على أساس الخطأ.....64
2- قيام المسؤولية الدولية بدون خطأ.....65
ثانيا: موقف القضاء من المسؤولية الدولية للدولة.....66
الفرع الثالث: المسؤولية الدولية في إطار الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار.....67
الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية الدولية للدولة.....68
أولا: الحق في التعويض.....68
ثانيا: وقف العمل غير المشروع الصادر عن الدولة.....69
ثالثا: الحق في الحماية الدبلوماسية.....70
خاتمة الفصل الثاني.....72
خاتمة.....74
قائمة المراجع.....77
فهرس المحتويات.....82