جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة قانون الأعمال – تخصص قانون عام للأعمال

إعداد الطالبتين:

بودالي منية

بوحارة لامية

إشراف الأستاذ:

بقة حسان

لجنة المناقشة:

- الأستاذة: بلال نورة .....رئيسة
- الأستاذ: بقة حسان.....مشرفا
- الأستاذة: بن يحي رزيقة.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2015/06/17

« إنّ العلم بطيء اللزام، بعيد المرام، لا يدرك بالسّهام، ولا يرى في المنام، ولا يورث عن الآباء والأعمام، إنّما هو شجرة لا تصلح إلا بالغرس، ولا تغرس إلاّ في النّفس، ولا تسقى إلاّ بالدّرس ».

الإمام الشافعي

تشكر و تقدير

نحمد الله الذي أعاننا على أداء هذا العمل، و نستهديه و نستغفره و نصلي و نسلم على سيدنا محمد صلى الله عليه و سلم .

نتوجه بجزيل الشكر و الامتنان الى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل و في تذليل ما واجهناه من صعوبات، و نخص بالذكر الأستاذ المشرف "بقة حسان" الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته و نصائحه القيّمة، التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث.

و لا يفوتنا أن نشكر كل أساتذتنا الكرام بجامعة عبد الرحمن ميرة ببجاية.

إهداء

-إلى اللّذان تعبا و سهرا من أجل تربيتي و تعليمي، إلى من أعطياني الكثير ولم يبخلا، إلى من أضاء إليَ الدرب...، أبي و أمي أطال الله عمرهما و حفضهما لي.

-إلى من جمعنا سقف واحد و اشتركنا فيه السراء و الضراء، إلى من لا استطيع الاستغناء عنهم، أخي و إخوتي و كل أفراد عائلتي.

-إلى الذي شجعني و كان سندي و دافعي في حياتي...، خطيبي و جميع أفراد عائلته الكريمة.

-إلى كل من كان أنسا لي في دربي، صديقاتي.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع عرفانا لهم بالفضل و الشكر.

منية

إهداء

أهدي هذا العمل الى:

من ربتني و أنارت دربي و أعانتني بالصلوات و الدعوات، الى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة، أطال الله في عمرها.

إلى من عمل بكد في سبيلي و علمني معنى الكفاح و أوصلني إلى ما أنا عليه أبي الكريم أدامه الله لي.

الى إخوتي و أخواتي الذين دعموني بتشجيعاتهم، و كانوا سراجا أنار لي طريقي لاستكمال هذا العمل المتواضع.

إلى خطيبي الذي لم يبخل علي بتقديم النصائح و الارشادات خلال مشواري الدراسي، و عائلته الكريمة.

إلى صديقاتي العزيزات، و أساتذتي الكرام خاصة الأستاذ" بقة حسان".

إلى كل من سقط من قلمي سهوا، منح و قدم من قريب و بعيد كل المساعدات و المعلومات التي ساعدتنا لا نجاز هذا العمل.

لامية

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

1- ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

2- ج ج د ش:الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

3- ص: الصفحة.

4- ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

5- ط: الطبعة.

5- ف: فقرة.

ثانيا: باللغة الفرنسية

1- A.A.A: Association Américaine d'Arbitrage.

2- A.C.C: Algérie Cément Compagnie.

3- A.D.S: Actions de Skikda.

4-A.N.D.I: Agence Nationale de Développement de l'Investissement.

5-B.O.T: Built Operate and Transfer .

6-C.C.I: Chambre de Commerce International.

7-C.I.R.D.I: Centre International pour le Règlement des Différends relatives aux Investissements.

8- Op.cit: L'ouvrage précédemment cité.

9- P: page.

مقدمة

يهدف الاستثمار كنشاط اقتصادي يهدف إلى توليد المنافع المختلفة، المادية وغير المادية منها، و هو أحد العوامل المهمة التي تدخل في تطور المؤسسات و كذا الاقتصاد العام لأي مؤسسة ما أو في بلد معين[1].

يقصد بمصطلح الاستثمار القيام بعملية الاستثمار و تسخير رؤوس الأموال في العلاقة التعاقدية، بمعنى آخر يطبق بصفة خاصة على عقود الاستثمار أكثر من نتائج تلك العقود[2].

تعرف عقود الاستثمار على أنها العقود التي تبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، حيث تعتبر هذه العقود من الوسائل الفعالة التي تؤدي إلى إنماء الاقتصاد الوطني للدولة و هذا من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي، و تحتل عقود الاستثمار مكانة أساسية في العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة بين الدول المتقدمة و الدول النامية.

و بما أن العقد يعتبر الوسيلة القانونية التي تتم بمقتضاها الاستثمارات، فإنه يمكن كذلك تعريف عقد الاستثمار على أنه:" اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيفة لرؤوس أموال و مستثمر أجنبي يلتزم و يتعهد بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، و بنقل القيم الاقتصادية إليها، من أجل خلق نشاط اقتصادي محدد، مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بمزايا و ضمانات تؤدي إلى حمايته و تحقيق أرباح للمؤسسة[3].

و يمكن تعريفه أيضا بأنه قيام مشروع أجنبي يكون غالبا شركة متعددة الجنسيات لممارسة نشاط اقتصادي بصفة دائمة و مستقرة في بلد ما، قد يتم النشاط بواسطة شركة فرعية تابعة للشركة الأم، و كما يتم في إطار ما يعرف بالمشروع المشترك، و ذلك باشتراك الشركة مع الرأسمال العام أو الخاص في الدول المصنعة، و بالنظر لأهداف الشركات متعددة الجنسيات في

[1] هوشيار معروف كاكا مولا، الاستثمارات و الأسواق المالية، دار الصفاء للطباعة و النشر و التوزيع، عمان، 2003، ص08.

[2] HAFHOUF Mourad, la protection des investissements en Algérie, mémoire en vue d'obtention de master en droit privé et sciences criminelles, faculté international de droit comparé des Etats francophones, université de perpignan, 2007,p 05.

[3] 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 26.

عمليات الاستثمار، فهي تعد ضمانا للحصول على الموارد الطبيعية و الدخول في الأسواق الوطنية للدول النامية و السيطرة على مشروعاتها و توجيه نشاطاتها[4].

و لقد أصبحت الدراسات الخاصة بتقييم مشروعات الاستثمار ذات أهمية بالغة تزايدت في الوقت الحاضر، نظرا لازدياد اعتماد النشاطات الاقتصادية على اختلاف أنواعها على رؤوس الأموال[5] .

و بذلك ازدادت أهمية عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية، فأصبحت ترى فيها أفضل ما هو متاح من مصادر التمويل الخارجي بمساهمتها الفعالة و دورها الأساسي في المديين المتوسط و الطويل على تحقيق التنمية المستهدفة و القابلة للاستمرار من خلال رفع معدلات النمو الناتج و خلق فرص العمل ونقل التكنولوجيا الحديثة و توريث نظم التسيير المتقدمة و ترقية أداء العنصر البشري و تحفيز النشاط التصديري بالإضافة إلى دعم القدرات التنافسية[6]، كما أنها الركيزة التي تتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة للدولة، و تنظيم بيئتها الأساسية و إدارة مرافقها العامة، ونتيجة لذلك تلجا هذه الدول النامية إلى إبرام اتفاقيات و عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب، التي تعتبر عقد دولي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص[7].

و هكذا يمكن القول بأن عقود الاستثمار هي تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري، وتتعدد نماذج هذه العقود بحسب حاجة الدولة لتنفيذ سياستها الاقتصادية أو التنموية و بحسب الأهداف التي تسعى إلى تحقيقها.

---

[4] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق ، ص27.

[5] وهيب خالد الراوي، الاستثمار(مفاهيم– تحليل– إستراتجية)، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 1999، ص 03.

[6] مصباح بلقاسم، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر و دوره في التنمية المستدامة (حالة الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود و مالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006، ص 10.

[7] عبد الخالق الدحماني، عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص"دراسة تحليلية"، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المغرب، 2013، ص90.

بالتمعن في عقود الاستثمار نجد أن المستثمر الأجنبي يطمح دائما لإيجاد الدولة التي تقدم له أفضل الفرص لتحقيق الربح و أكبر قدر ممكن من الاطمئنان و الأمان على مشروعه الاستثماري، فانعدام الأمن القانوني من شأنه أن يؤثر في نسبة جذب الاستثمار الأجنبي الذي يعتبر من معوقات الاستثمار، مما دفع بالدول المضيفة المتمثلة في أغلبها من الدول النامية إلى خلق مناخ ملائم و أمن للاستثمار، و قد تُرجم ذلك من خلال مجموعة القوانين الخاصة التي وضعتها، و كذا الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها سواء الثنائية منها أو المتعددة الأطراف و المتضمنة لمجموعة من الضمانات[8]، و التي تختلف و تتنوع حسب قيمة الاستثمار، و من بينها مبدأ حرية الاستثمار و مبدأ المساواة و مبدأ التجميد التشريعي و مبدأ حرية تحويل رؤوس الأموال و كذلك مبدأ تكريس التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات.

من الثابت أن العلاقة التي تربط بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة تظهر بصورة حسنة في بدايتها، و لكن هذا لا ينفي تماما إمكانية تغيرها بسبب تضارب المصالح بين الطرفين، ومن أبرز المشاكل التي يمكن أن تلازم هذه العقود نذكر: كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها و المصالح و الأهداف التي يطمح إليها المستثمر الأجنبي[9].

و بالنظر إلى الأهمية التي تكتسيها عقود الاستثمار، و مع كثرة الدراسات المثارة حولها و تشعبها و تعاقبها، وباعتبارها من المفاهيم المتجددة، ينبغي علينا البحث حول الجوانب المختلفة لهذه العقود من أجل إزالة اللُبس الذي يحوم بها و التعرف أكثر عليها، فقد تعددت الآراء و اختلفت المضامين المعطاة لهذه العقود، نظرا للخلط الذي وقع فيه البعض بينها و بين عقود الدولة الأخرى، و من هنا يثار الإشكال التالي:

فيما يتمثل النظام القانوني لعقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص؟

[8] بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2010 ،ص06.

[9] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص08.

و للإجابة على هذه الإشكالية سنحاول في بحثنا هذا توضيح قدر المستطاع هذه العقود من خلال تبيان أبرز عناصرها، و تكون دراسة موضوع عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص في فصلين أساسيين، يتضمن الفصل الأول ضوابط تحديد عقود الاستثمار، أما الفصل الثاني فسنتناول دراسة عقود الاستثمار بين تحديد القانون الواجب التطبيق و الشروط المميزة.

الفصل الأول

ضوابط تحديد عقود الاستثمار

إن مسالة الاهتمام بالعقود المبرمة بين الدول و رعايا دول أخرى كانت محلا للاهتمام منذ القدم، و رغم تعدد الدراسات حولها، إلا أن الفقه لم يتوصل إلى تحديد مفهومها بشكل واضح يساعدنا في تمييزها عن باقي العقود الدولية الأخرى، ونظرا للتطور الذي شهدته المعاملات الاقتصادية الدولية على العموم و مجال الاستثمارات الدولية على الخصوص. فصعوبة تحديد هذه العقود ترجع إلى الاختلاف حول طوائفها و تكييفها القانوني، كما أن هناك عقود متنوعة تتعلق بكل ما يمكن أن يؤدي إلى إحداث التقدم الاقتصادي للدولة [10].

و من بين هذه العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين من اجل تحقيق تنميتها الاقتصادية نجد عقود الاستثمار التي احتلت مكانة هامة في العلاقات الاقتصادية الدولية، فهي أكثر الأساليب استعمالا خاصة عندما يتعلق الأمر باستثمارات ذات أهمية وطنية كبيرة.

و رغم الاهتمام الذي لاقته عقود الاستثمار من قبل الفقه إلا أنه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، فمعظم الدراسات الواردة حول الاستثمار يطغى عليها الطابع الاقتصادي، كما أن عقود الاستثمار تتشابك مع عقود الدولة، وعليه ينبغي علينا إبراز ضوابط تحديد عقود الاستثمار، انطلاقا من أطراف عقود الاستثمار و موضوعها(المبحث الأول)، إلى تصنيف عقود الدولة في مجال الاستثمار و نماذجها المختلفة، الأمر الذي يتطلب تحديد النماذج المختلفة لعقود الدولة، ثم تبيان عقود الاستثمار كنموذج لعقود الدولة (المبحث الثاني).

[10] اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 91.

المبحث الأول

ضوابط تحديد عقود الاستثمار

يعتبر الاستثمار عنصر رئيسي في النشاط الاقتصادي، فهو مصدر للتوسع في الطاقة الإنتاجية من ناحية، وجزء مهم في الطلب الكلي من جانب أخر، فكان لزاما على الاقتصاديين أن يضعوا تعريفا محددا لهذا النشاط الاقتصادي، و لكن بالرغم من اهتمام فقهاء القانون و الاقتصاد بعقود الاستثمار، فإنه لا يوجد تعريف قانوني لعقد الاستثمار لأن معظم التعريفات اقتصادية أقرب منها للقانونية.

فنجد أغلب الفقهاء يتفقون بأن عقود الاستثمار هي عقود مبرمة بين الدولة و شخص أجنبي خاص يكون موضوعها منصبا على الاستثمار و هي ما يعرف كذلك باتفاقات التنمية الاقتصادية، كما أن تحديد أطراف عقود الاستثمار و طبيعتها سيساهم كثيرا بالتعريف بهذه العقود و على هذا الأساس، سوف نتناول أطراف عقود الاستثمار(المطلب الأول)، ثم الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار[10] (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أطراف عقود الاستثمار

تتضمن عقود الاستثمار على طرفين الأول يتمثل في الدولة أو من يمثلها، و هي شخص يتمتع بسيادة، ويمارس مظاهر السلطة العامة في المجال الداخلي، و شخص من أشخاص القانون الدولي العام، أما الطرف الثاني فهو الشخص الأجنبي و الذي يتمثل في شخص طبيعي أو معنوي، فإنه لا يمارس امتيازات السلطة العامة، و لا يعد شخصا قانونيا دوليا، لكنه يمتلك إمكانيات مالية و تكنولوجية و فنية كبيرة و من ثم قوة اقتصادية قد تفوق الدولة المضيفة لاسيما إذا كانت دولة نامية، و عليه فالعلاقة بين الأطراف متجانسة ومتفاوتة من الناحية القانونية

[10] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 91.

و الاقتصادية[11]، و سنبرز أطراف هذه العلاقة في عقود الاستثمار و التي تشمل الدولة كطرف في العقد (الفرع الأول)، ثم الشخص الأجنبي كطرف رئيسي فيه(الفصل الثاني).

الفرع الأول

الدولة كطرف في العقد

يشمل عقد الاستثمار عموما طرفا وطنيا، متمثلة في الدولة أو من ينوب عنها بعمل عام أو بوظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، و طرفا خاصا لكنه يعمل باسم ولحساب الدولة، و يقصد بالطرف الوطني، الدولة السيادية، كشخص من أشخاص القانون الدولي الذي يفترض أن يبرم مع طرف يملك نفس المركز القانوني، و لا يثير في هذه الحالة أي إشكال، لكن الأمر يختلف عندما تتعاقد مع شخص لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي، و هو الطرف الأجنبي الخاص.

و الدولة يمكن لها أن تتدخل إما بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة، بواسطة أجهزتها أو هيئاتها، خاصة أن بعض الدول توكل نشاطاتها إلى أجهزة مستقلة، تابعة للقانون العام أو الخاص[12].

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه يتمثل فيما هو المعيار المعتمد لإعتبار العقد المبرم بواسطة أحد المشروعات العامة ينصرف بآثاره إلى الدولة بحيث تعتبر طرفا فيه؟

ذهب الفقه والقضاء إلى وجود معيارين أساسيين يمكن اللجوء إليهما للقول بانصراف أثار العقد الذي تبرمه مؤسسة أو هيئة عامة إلى الدولة التي تتبعها، و اللذان يتمثلان في المعيار القانوني(أولا) و المعيار الاقتصادي(ثانيا).

---

[11] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 31.

[12] اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار(التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص141.

أولا: المعيار القانوني

الدولة من أجل تحقيق تنميتها الاقتصادية تبرم العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب و ذلك حسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، و تبرم هذه العقود إما بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة[13].

بالعودة إلى نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في الفقرة الأولى منها نجدها تنص على أنه: "**يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشا مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة**"[14].

إن كون الدولة كطرف من عقود الاستثمار لا يثير أي إشكال يذكر في حالة قيامها بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة، بما أن الدولة شخص من أشخاص القانون الدولي العام و هذا لا يحتاج إلى إيضاح أو إشارة خاصة في هذا المجال[15]، إلا أن الإشكال يثور إذا كان الطرف الذي وقع ماديا على العقد مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية و ذمة مالية مستقلة عن الدولة، و لكن تبقى دائما علاقة التبعية بينها و بين الدولة قائمة، و هذا ما يطرح إشكال حول كيفية تحديد الطرف في هذه العقود؟ أو ما هو المعيار الذي نعتمد عليه لاعتبار الدولة طرفا في العقود التي تبرمها هذه الهيئات والمؤسسات العامة؟

يرتكز هذا المعيار على المادية في التوقيع، و الاستقلالية القانونية الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على العقد، و نقصد بذلك أن المؤسسة أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة و بالتالي تتحمل مسؤوليتها التعاقدية وحدها دون إدخال الدولة معها، و هنا يتأكد أن العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة لا تكون الدولة طرفا فيها.

---

[13] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص94.

[14] مرسوم رئاسي رقم 96-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

[15] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص16.

وقد أخذت بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم، و لكن ما يعيب عن هذا المعيار هو أنه سوف يؤدي بنا إلى تطبيق نطاق الضمان و الأمان للمتعاقد الآخر لاسيما في العقود الكبرى، و لهذا كان من الضروري البحث عن معيار آخر لتحديد مفهوم الطرف في العقود التي تبرمها المؤسسات و الهيئات العامة مع الأشخاص الأجنبية[16].

ثانيا: المعيار الاقتصادي

وفقا لهذا المعيار فإن كون الهيئات و المؤسسات العامة تتمتع بالشخصية القانونية لا يقع عائقا لاعتبارها تمثل الدولة على المستوى القانوني، بما أن هذه الهيئات و المؤسسات المبرمة للعقد تسهر على تطبيق و تنفيذ سياسات مرسومة سلفا من قبل الدولة التي تنتمي إليها، كما أنها تمثل مصالحها العامة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، بطريقة تبدو فيه هذه المؤسسة رغم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة على أنها في حالة تبعية ضيقة بالنسبة للدولة، أين تمارس بمقتضاها هذه الأخيرة عليها سلطة الرقابة و الإشراف و التوجيه سواء فيما يخص رأسمالها أو إدارته أو بالأعمال التي تقوم بها، حيث أنه في مثل هذه الحالات من الصعب فصلها عن الدولة و اعتبارها مستقلة في تصرفاتها[17].

الفرع الثاني

المستثمر الأجنبي كطرف في العقد

يشترط في الطرف المتعاقد مع الدولة أن يكون شخص تابع لدولة أخرى، و يستوي في هذا الشأن أن يكون هذا الشخص، شخص طبيعي أو اعتباري، و يكون الشخص المعنوي التابع لدولة أخرى شخص خاص[18].

---

[16] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص.ص96-97.

[17] المرجع نفسه، ص. ص97-98.

[18] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية(تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص37.

و لهذا سنحاول تحديد المقصود بالشخص الطبيعي الأجنبي (أولا)، ثم توضيح مفهوم الشخص الاعتباري الأجنبي(ثانيا).

أولا: الشخص الطبيعي الأجنبي

نادرا ما يكون الشخص الطبيعي الأجنبي طرفا متعاقدا في عقود الدولة، حيث أنه في أغلب الأحيان يكون هذا الطرف المتعاقد مع الدولة عبارة عن شخص معنوي ممثل في الشركات الأجنبية، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هذا النوع من العقود يتطلب خبرات فنية و موارد مالية عالية قد لا تتواجد لدى الشخص الطبيعي، وهذا ما يتضح في عقود البترول أين نجد أن هذه الخبرات تتوافر فحسب في شركات البترول الكبرى[19].

و من الثابت أنه في عقود نقل التكنولوجيا يكون الطرف الثاني في العقد عبارة عن شخص طبيعي أو شركة من شركات الأشخاص، الذي قد يقتصر فقط في مجال إبرام عقود استخدام الخبراء الفنيين[20].

إن كون الشخص الطبيعي طرفا في العقد فان لا يؤثر في طبيعة عقد الدولة، لأن محل العقد و مضمونه يتعلقان بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة و المساهمة في تطورها كما أن ضابط الجنسية هو من يحدد صفة الأجنبي التي يتمتع بها المتعاقد[21]، و يستمد هذا الضابط أساسه القانوني من نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام1965 حيث جاء في فقرتها الثانية على أنه: " **يقصد برعايا الدول الأخرى المتعاقدة كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في النزاع...**"[22].

---

[19] سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول(دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه و القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و أحكام محاكم التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشان المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات و موضوع النزاع)، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص30.

[20] صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1993، ص317.

[21] بشار محمد الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص33.

[22] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص112.

ولتحديد الصفة الأجنبية في دولة معينة يكفي أن نرجع إلى التشريعات المتعلقة بالجنسية لهذه الأخيرة للتمييز بين الوطني و الأجنبي، فالأجنبية و الوطنية صفتين متقابلتين إذ يكفي معرفة واحدة منها حتى يتسنى لنا معرفة الأخرى، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة و الأجنبي هو من لا يتمتع بها[23].

نخلص مما سبق أن الشخص الطبيعي الذي يمتلك كل من جنسية الدولة الطرف في النزاع و الدولة الأخرى المتعاقدة معها لا يعتبر بذلك مواطنا أجنبيا، وعليه فإنه لا يخضع لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[24].

ثانيا: الشخص الاعتباري الأجنبي

في غالب الأحيان تكون الشركة هي الشخص الاعتباري الأجنبي في عقود الاستثمار، و تتخذ هذه الشركة شكل شركة متعددة الجنسيات أو مشروع مشترك، كما يمكن أن تكون شركات خاصة أو شركات عامة[25]، و قد نصت المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 في تحديدها لاختصاص المركز على أنه:"

1 _ يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشا بين دولة متعاقدة و احد رعايا دولة أخرى، و التي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات...

2 _و يقصد بعبارة احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

ا _ كل شخص طبيعي يحمل جنسية ...

ب _كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم – و أيضا كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التواريخ ويتفق على

---

[23] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص101.

[24] مرسوم رئاسي رقم 96-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، السالف ذكره.

[25] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 102.

اعتباره احد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية..." [26].

لم تعرف الاتفاقية جنسية الأشخاص الاعتبارية، إلا أن الممارسة العملية للمركز تظهر قبوله للمعايير التقليدية في تحديد جنسية الشركات و على وجه الخصوص معيار مركز الإدارة الرئيسي و معيار مكان التأسيس، ولا يؤثر في انعقاد الاختصاص للمركز حدوث أي تغيير لاحق في جنسية هذا الشخص الاعتباري[27].

و هناك استثناء يقضي بعدم ولاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بنظر المنازعات التي تحدث بين الدول المتعاقدة و أحد رعاياها من الأشخاص الاعتباريين، و نجد هذا الاستثناء في الشركات التي تنشا محليا و المسيطر عليها الأجانب، وهذا من أجل أن لا تسيطر الاستثمارات الأجنبية على الدولة المضيفة خارج نطاق الاتفاقية، و على هذا الأساس نصت اتفاقية المركز على اعتبار كل شخص معنوي رعية لدولة أخرى، يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع في التاريخ الذي وافق عليه الخصوم بإخضاع النزاع للتحكيم أو التوفيق، ويعود هذا الاعتبار إلى وجود مصلحة أجنبية مسيطرة عليه[28].

المطلب الثاني

موضوع عقود الاستثمار

من الثابت أن الهدف من موضوع الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية وهذا يتحقق من خلال المعارف و المساعدات التي يقدمها الطرف الأجنبي الخاص, كما أن كل من الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي يسعيان إلى تحقيق أغراض أو أهداف تخدم مصالحهما على

---

[26] عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الأجنبية الخاصة، جامعة أسيوط، مصر، 1992، ص185.

[27] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 103.

[28] علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر،1998، ص331 .

حدى، ولهذا سنتناول في هذا المطلب تحديد موضوع عقود الاستثمار(الفرع الأول)، ثم الهدف من موضوع عقود الاستثمار(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحديد موضوع عقود الاستثمار

إن ما يميز السياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، خاصة الدول النامية منها، هو اهتمامها بشكل كبير بجذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، إذ تعتبر الاستثمارات التي تقوم بها الشركات الأجنبية في هذه الدول من أكبر مكونات الموارد المالية المتاحة للتنمية في البلدان النامية.

و ينقسم الاستثمار الأجنبي الخاص عامة إلى شكلين رئيسيين و هما الاستثمار المباشر و الاستثمار غير المباشر، حيث يتميز **الاستثمار المباشر** بأن المستثمر الأجنبي يملك حق الرقابة على نشاط المشروع و هو يتمثل عموما في إنجاز مشاريع استثمارية أو المشاركة فيها، وعليه فان الاستثمار الأجنبي المباشر عبارة عن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مشتملة بذلك على عنصري التنظيم و الإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث أنه ينجر عن إنجاز المشاريع التي يمتلكها العنصر الأجنبي سواء ملكية كاملة أو عبارة فقط عن حصص تمنح لهم فرصة السيطرة على إدارة تلك المشاريع أو حتى المشاركة فيها[29].

و حسب التعريف الذي قدمه صندوق النقد الدولي فإن الاستثمار الأجنبي المباشر عبارة عن ذلك الاستثمار الموجه لإنشاء أو لزيادة تشكل منفعة دائمة في مؤسسة تقوم بنشاطها في الإقليم الاقتصادي لبلد أخر عبر البلد المستثمر، و التي تؤدي بنوع من المراقبة الفعالة في تسيير المؤسسة، بعبارة أخرى فهو يجري قصد الحصول على فائدة دائمة في مؤسسة تمارس نشاطها

[29] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 106.

داخل حدود اقتصاد غير اقتصاد البلد المستثمر، هدف هذا الأخير هو القيام بسلطة فعلية في تسيير المؤسسة[30].

أما **الاستثمار الأجنبي غير المباشر** فيكون فيه دور المستثمر الأجنبي هو تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة، التي تقوم بهذا الاستثمار دون أن تكون له أية سيطرة فعلية أو رقابة على المشروع، و عادة ما يأخذ هذا النوع من الاستثمار شكل قروض تقدمها الهيئات الخاصة و الأفراد أو صورة شراء الأسهم و السندات الدولية طويلة الأجل، ولا يترتب على هذا الاستثمار نقل الخبرات أو المهارات التكنولوجية الحديثة إلى الدولة المضيفة[31].

بعبارة أخرى فإن الاستثمار الأجنبي غير المباشر هو كل استثمار في الأصول و الأوراق المالية و أسواق المال العالمية، وينحصر هذا النوع من الاستثمار في قيام الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقيمين في دولة ما بشراء أسهم الشركات القائمة في دولة أخرى، كما قد تقوم بعض المنظمات الدولية مثل المؤسسة الدولية للتمويل، بالاكتتاب في أسهم شركات القطاع الخاص المنتشرة في الدول النامية[32].

الفرع الثاني

أهداف موضوع عقود الاستثمار

من الطبيعي أن لكل من المستثمر و الدولة المضيفة عدد من الأهداف وراء موضوع الاستثمار، حيث تجعل كل منهما يسعى إلى العمل مع الطرف الأخر لتحقيق تلك الأهداف من أجل الحصول على مصلحة. و عادة ما يقوم البلد المضيف بالقيام بالعديد من الإجراءات، منها الإدارية و القانونية لترغيب المستثمرين في القيام بعملية الاستثمار.

إن أول الأهداف التي يسعى إليها المستثمر الأجنبي هي الحصول على المواد الخام من الدول التي يستثمر فيها لأجل استخدامها في صناعاته، و الاستفادة من القوانين المشجعة

---

[30] خير قدور، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح و الواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2003، ص13.

[31] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص106.

[32] خير قدور، المرجع السابق، ص07 .

للاستثمار و الإعفاءات الضريبية المقررة التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمرين من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، و إيجاد أسواق جديدة لبضائع و منتجات الشركات الأجنبية خاصة لتسويق فائض كبير من السلع الراكدة، و التي لا تستطيع هذه الشركات تسويقها في موطنها، إضافة إلى الاستفادة من الأجرة المنخفضة لليد العاملة، ومن أهداف المستثمر الأجنبي تحقيق الربح في الدول المضيفة تفوق بكثير أرباحها من عملياتها داخل موطنها، و عامل آخر هو سهولة قيام الشركات الأجنبية بمنافسة الشركات المحلية من حيث جودة الإنتاج و انخفاض الأسعار و أنواع الخدمة، وذلك بسبب تملكها للتكنولوجيا المتقدمة ووفرة رأس المال لديها، و من الأهداف أيضا استفادة الشركات الأجنبية في الدول المضيفة من قلة المخاطر، إذ أنه كلما توزعت و انتشرت على أكبر عدد من الدول كلما قلت بالتالي مخاطر هذه الاستثمارات[33].

أما بالنسبة للدولة المضيفة فإن الأهداف التي تسطرها من وراء قبولها و تشجيعها للاستثمارات الأجنبية فهي الاستفادة من التقدم التكنولوجي المتطور و فن الإدارة الحديث، الذي تمتاز به الدول المتقدمة مع توظيف الخبرات الإدارية النادرة في غالب الأحيان، جلب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار بالدول النامية محاولة منها القضاء أو التخفيف من نسبة البطالة بتشغيل عدد من العاملين، الرفع من نسبة الصادرات و تحسين ميزان المدفوعات للدول النامية خاصة عند القيام بالمشروعات المعنية بزيادة تصدير منتجاتها إلى الخارج، و التقليل من نسبة الواردات، و تدريب العاملين المحليين على الأعمال الفنية و الإدارية المتطورة و على استخدام وسائل الإنتاج المتطورة، و أخيرا محاولة الدول المستثمرة للدخول في أسواق تجارية جديدة[34].

و على العموم تتمثل أهداف المشروع الاستثماري و خاصة السياسية منها في:

---

[33] خليفة لخميسي، الاستثمار الأجنبي المباشر و دوره في التنمية الاقتصادية حالة المحروقات في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر،2002، ص47.

[34] حاتم فارس الطعان، "الاستثمار أهدافه و دوافعه"، مقال منشور على موقع: www.jias.net في تاريخ: 2009/04/15.

– تقوية علاقة الدولة مع الدول الأخرى و المنظمات في إطار تعزيز قدراتها التفاوضية.

– تعزيز الاستقلال الوطني للدولة في المجال الاقتصادي من خلال وضع قاعدة اقتصادية.

– تأكيد أمن الوطن بتحسين النظام العام و تفعيل المجتمع داخل الكيانات و المنظمات و المشروعات.

– تطوير القدرات الدفاعية و الحربية للدولة سواء في حالة السلم أو الحرب[35].

[35] منصوري الزين، آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود و مالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير،جامعة الجزائر، الجزائر، 2006 ، ص44.

المبحث الثاني

تصنيف عقود الاستثمار و مدى اعتبارها من عقود الدولة

ظهرت تسمية عقود الدولة في عقود الاستثمار، وذلك بفعل التطورات المتلاحقة لعقود التجارة الدولية، و نجد مثل هذه العقود في المشاريع الضخمة كعقود الامتيازات البترولية، التي تستوجب رؤوس أموال كبيرة و يد عاملة تمتاز بالخبرة والمعرفة الفنية و نقل التكنولوجيا الحديثة، التي تفتقر إليها الدول المضيفة المتمثلة في أغلب الدول النامية[36]، إضافة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة.

لا يقصد بعقود الدولة تلك العقود المبرمة في إطار القانون الدولي العام، و عليه يمكن تعريف هذه العقود بالعقود التي تبرمها الدول مع أشخاص أجنبية، سواء كانت أشخاصا طبيعية أو معنوية.

يمكن تمييز عقود الاستثمار عن العقود الأخرى المبرمة في إطار عقود التجارة الدولية من حيث هدفها، حيث أن الباعث الأساسي للدولة يتمثل في تحقيق التنمية بكل أنواعها داخل مجتمعاتها، بينما يكون هدف المستثمر الأجنبي هو تحقيق الربح من خلال نجاح مشروعه، و نظرا لتنوع عقود الدولة و تكونها من عدة نماذج مختلفة، سنتطرق لهذه النماذج في (المطلب الأول)، و باعتبار أن ظهورها يعود لعقود الاستثمار، سنتطرق لمدى اعتبار عقود الاستثمار كنموذج من عقود الدولة(المطلب الثاني).

[36] حيدره صوفيان و جلواح سليم، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013 ، ص 2.

المطلب الأول

نماذج عقود الاستثمار

و قد تعددت وجهات نظر الفقهاء عند تقسيم هذه العقود من حيث الموضوع إلا أن الآراء تكاد تجمع على تصنيفها عقود البترول (الفرع الأول)، و عقود التعاون الصناعي (الفرع الثاني)، و عقود الإنشاءات الدولية(الفرع الثالث).

الفرع الأول

عقود البحث و استغلال البترول

يعتبر البترول مصدرا هاما للطاقة، و هو غني عن التعريف، و يطلق عليه بالذهب الأسود و قيمته ليست أبدا بحاجة إلى التأكيد، فهو ذو أهمية قصوى سواء بالنسبة للدول المنتجة له، و التي تنتمي غالبا إلى الدول النامية أما بالنسبة للدول المستهلكة له، فتنتمي غالبا إلى الدول المتقدمة، حيث يعتبر بالنسبة لغالبية الدول المنتجة و المصدرة له المصدر الرئيسي للدخل القومي، إن لم نقل أنه المصدر الوحيد لها، إذ تشكل العوائد البترولية نسبة جد مرتفعة لدخلها القومي، و هي تعتمد أساسا على هذه العوائد للنهوض بتنميتها الاقتصادية و الاجتماعية[37]، كما أن استخدام البترول لا يقتصر فقط على الإنارة و توليد الطاقة و الحرارة أو استخدامه كوقود في النقل و التدفئة و الصناعة، بل أن استغلاله في الوقت الحالي يكون أبعد من ذلك، مثلا كاستخدامه كمادة أولية في العديد من الصناعات الكيميائية و قد اشتقت منه أيضا الكثير من المنتجات التي تقدم للبشرية عن طريق استعمالاتها مزيدا من التنمية و الرفاهية الاقتصادية[38] .

و إذا كان استغلال طاقة البترول يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية، و بين طرف يقوم بالتنقيب و الإنتاج و التسويق من ناحية أخرى، أين يكون هذا الطرف الأخير عادة من الشركات الكبرى

---

[37] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص110.

[38] أحمد عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990، ص 3.

المتخصصة من الدول الصناعية المتقدمة المستهلكة للطاقة، و التي تملك الخبرة و رؤوس أموال و كذلك التكنولوجيا، ما يمكنها من الدخول في هذا الميدان[39].

و هذا ما جعل تضارب المصالح في هذه العقود يؤدي إلى تنوع أشكال عقود البترول، حيث كانت في شكل عقود الامتياز(أولا)، حتى نصف القرن الماضي، ثم ظهرت أشكال أخرى في التعاقد يمكن حصرها في عقود المشاركة(ثانيا)، و المقاولة(ثالثا)[40].

أولا: عقود الامتياز

ظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن الحالي، و انتشر بصفة خاصة في العشرينات و الثلاثينات في أهم البلدان المنتجة للنفط في منطقة الشرق الأوسط مثل إيران السعودية و العراق.

لقد ظل هذا النوع من العقود هو السائد في تنظيم العلاقات بين الدول المنتجة و الشركات الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالي، و لكن تغيرت و أدخلت عليها تعديلات نتيجة لما كانت تحتوي عليه هذه العقود من بنود مجحفة في حق الدول المنتجة، و كذلك نتيجة لتغير الظروف السياسية و الاقتصادية .

حسب ظروف نشأة عقود الامتياز في صورته الأولى، يمكن تعريف عقد الامتياز بأنه ذلك التصرف الذي تمنح بمقتضاه الدولة الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد النفطية الكامنة في إقليمها أو في جزء منها، و الحق في استغلال هذه الموارد و التصرف فيها، و ذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على مبالغ معينة[41].

و على وجه الخصوص ظهرت هذه العقود أول مرة في أندونيسيا و بعض الأقطار الأخرى في نهاية القرن 19، أما امتيازات الشرق الأوسط فإنها بدأت بالامتياز البريطاني الذي أبرم في إيران عام 1901 م، أما في بقية أنحاء العالم فإن نظام الامتياز قد ظهر بين الحربين العالميتين.

---

[39] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 111.

[40] سراج حسين، المرجع السابق، ص 46.

[41] محمد يونس الصائغ، "أنماط عقود الاستثمارات النفطية في ظل القانون الدولي المالي"، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 46، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص.ص 198-199.

و في سبيل قيام الشركة الأجنبية باستغلال الثروات النفطية للدولة مانحة الامتياز، فإن هذه الأخيرة تتضمن مجموعة من الحقوق لهذه الشركة و التي تتجسد في حق البحث و الاكتشاف و الإنتاج و حق ملكية النفط المنتج و إعداده للتجارة حق الضمان.....الخ.

جاءت عقود الإمتياز التقليدية متناسبة مع الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية، التي كانت سائدة آنذاك في الدول المنتجة، و لذلك لما تغيرت هذه الظروف كان من الطبيعي إدخال عليها تعديلات لتتماشى مع الظروف الجديدة، و لعل أبلغ وصف للامتيازات الحديثة أنها امتيازات تقليدية أدخلت عليها بعض التعديلات لصالح الدول المضيفة، و تتمثل هذه التعديلات في الأخذ بنظام مناصفة الأرباح و مسألة تنفيق الإتاوة و نظام التخلي عن المساحات المستغلة و الأخذ بنظام المشاركة في عقود الامتياز الحديثة[42].

ثانيا: عقود المشاركة

كانت الشركات الأجنبية الكبرى الناشطة في مجال النفط تعتبر هي المستحوذة و المهيمنة كلية على صناعة النفط في جميع مراحلها، وذلك بموجب عقود الامتياز التقليدية، التي أبرمتها مع الدول المنتجة، فقد كانت تمتلك بموجب هذه العقود الحق المطلق في البحث عن النفط و اكتشافه، كما كان لها الحق في إنتاجه و نقله و تكريره و تسويقه.

هذه العقود لم تقدم أية فرصة للدول المنتجة للمشاركة في عملية استغلال ثرواتها النفطية مع شركاتها الأجنبية المتعاقدة معها، ولقد كانت بعض عقود الامتياز قد نصت على إمكانية مشاركة الدول في رأس مال الشركة صاحبة الامتياز، وهذا يدل على أن هذه النصوص لم توضع في حيز التنفيذ أو لم تؤخذ بعين الاعتبار[43].

---

[42] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص39.

[43] غسان رباح، الوجيز في العقد التجاري الدولي (نموذج العقد النفطي)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص28.

وبقي الحال ساريا على هذا الوضع حتى بعد تطبيق قاعدة مناصفة الأرباح، و التي لم تستهدف سوى زيادة العوائد المالية للدول المنتجة، إلى أن جاء نظام عقود المشاركة في مجال الصناعة البترولية، أين شرعت الدول العربية الأخذ به[44].

ظهر هذا النوع من العقود بفضل بعض شركات النفط الأجنبية المستقلة عن الشركات الأجنبية الكبرى الأمريكية و البريطانية، التي كانت الوحيدة التي تحتكر صناعة النفط في العالم، و يعد قانون النفط الإيراني أول تشريع في الشرق الأوسط الذي ينص على نظام عقود الشراكة في مجال صناعة النفط، فقد نص هذا القانون على أنه يجب على الشركة الوطنية الإيرانية للبترول أن تمتلك على الأقل نسبة 30% من رأس مال الشركة الأجنبية المستثمرة، بل أكثر من ذلك فقد رخص لهذه الشركة المشاركة في أنشطة الشركة الأجنبية سواء من خلال إنشاء شركة مختلطة أو من خلال إنشاء مشروع مشترك[45].

ثالثا: عقود المقاولة البترولية

وهو من أحدث الأشكال التعاقدية التي سادت العلاقة بين الدول المنتجة للبترول و الشركات الأجنبية، وهو عقد يتم بمقتضاه استعانة الدولة ممثلة في إحدى المؤسسات المشرفة على النفط بمقاول ممثل في شركة يتولى مسؤولية الكشف عن النفط و إعداده للإنتاج، على أن يتحمل كافة المصاريف و مسؤولية المخاطرة التي تكتنف هذه العمليات منذ بداية المشروع[46]، و تقوم هذه الشركة بأعمال البحث و التنقيب عن البترول و استخراجه لحساب الشركة الوطنية، إما بمقابل مادي أو حصة في الإنتاج يبيعها لحسابه.

فإذا لم تسفر أعمال البحث و التنقيب عن اكتشاف النفط بكميات تجارية، فإن المبالغ التي أنفقتها تضيع عليها نهائيا، أما إذا اكتشف النفط بكميات تصلح للاستغلال التجاري، فإن هذه تعتبر قروضا بدون فائدة تسددها الشركة الوطنية خلال الفترة المتفق عليها، كما تلتزم الشركة

---

[44] فتح الله عوض بن خيال، التحكيم في عقود الدولة مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2002، ص 212.

[45] محمد يونس الصائغ، المرجع السابق، ص 219.

[46] غسان رباح، المرجع السابق، ص 35.

الأجنبية بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات تقييم و تطوير حقول النفط، على أن هذه الأموال تعد قرضا بفائدة تلتزم الشركة الوطنية بسداده كما تتولى الشركة الأجنبية مساعدة الشركة الوطنية في تسويق جزء من كميات النفط المنتج و في مقابل هذه الالتزامات للشركة الأجنبية الحق في شراء نسبة معينة من النفط المنتج بأسعار خاصة طوال مدة العقد[47].

الفرع الثاني

عقود التعاون الصناعي

جاءت نشأة عقود التعاون الصناعي بين مختلف الدول نتيجة للتطور التكنولوجي، خاصة بين الدول الصناعية و الدول النامية، و تتخذ هذه العقود عدة أشكال و هي عقود نقل التكنولوجيا (أولا)، عقود المساعدة الفنية (ثانيا)، عقود تسليم المفتاح (ثالثا)، عقود تسليم المنتج في اليد(رابعا).

أولا:عقود نقل التكنولوجيا

تعتبر عقود نقل التكنولوجيا من أهم عقود الدولة حديثا و هي التي تساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة للدول المضيفة، ويمكن تعريفها اقتصاديا بأنها الأساليب و الوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج، بما يحقق خفض نفقات الإنتاج لسلعة أو خدمة جديدة أو تحسين طريقة العمل باستخدام أساليب أفضل، وعلى ذلك تعد عنصرا أساسيا مع عناصر الإنتاج الأخرى[48].

أما قانونا فتعرف بأنها عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل مقابل تقديم معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة لتقديم خدمات، و عليه فإن التكنولوجيا تعتبر أمرا مستلزما و ضروريا لتحقيق التنمية الاقتصادية، و هذا من شأنه أن يؤدي إلى استتباع التطور بكافة ميادينه، فهي المحرك الرئيسي لتحقيق التغيير في الهيكل الاقتصادي[49].

يرتكز موضوع عقود نقل التكنولوجيا في التزام المستثمر الأجنبي بتزويد منشأة وطنية بالفنيين لتشغيل الأجهزة و الآلات المستعملة في الإنتاج، لتدريب العاملين الوطنيين على تشغيلها

---

[47] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 22.

[48] فتح الله عوض بن خيال، المرجع السابق، ص17.

[49] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 115.

و إدارة المنشأة بالأساليب الفنية الحديثة، وقد يكون للتشغيل و التدريب معا، و لكن قد يتولى الطرف الأجنبي بنفسه الإنتاج و الإدارة عوضا أن تتولى المنشأة الوطنية ذلك بنفسها، غير أن هذا الوضع قليل الوقوع في العمل في الوقت الحاضر[50].

ثانيا:عقود المساعدة الفنية

يمكن تعريف عقود المساعدة الفنية بأنه عقد يلتزم بموجبه مورد التكنولوجيا المتمثل في المستثمر الأجنبي بتقديم المساعدة الفنية و نقل المعرفة و الخدمات الضرورية لتحقيق الهدف المرج من نقل التكنولوجيا[51].

من الممكن أن يتم تضمين عقود المساعدة الفنية في العقد، كما قد تكون في عقد مستقل، و من بين عناصرها تدريب العمال المختصين في التدريب لعمال الطرف المتلقي، سواء في منشأة هذا الأخير أو في منشأة المورد، و كما جرت عليه العادة فإن استعمالها يكون في مختلف عقود التكنولوجيا، و هنا يلتزم صاحي المعرفة الفنية بتزويد الطرف الآخر بالفنيين لتدريب العمال الذين توكل لهم مهمة تشغيل الأجهزة و الآلات المستعملة في عملية الإنتاج و مختلف الأساليب الفنية لإدارة المشروع، و تضمن أغلب عقود التعاون الصناعي المبرمة بين الدول النامية و الشركات الأجنبية[52].

ثالثا: عقود تسليم المفتاح

يعرف عقد تسليم المفتاح بأنه عقد يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات و توريد كافة المواد الخام و المعدات و كافة الأجهزة اللازمة لعملية التشييد، كما يقوم أيضا الطرف المستثمر ببناء المنشأة الصناعية و تسليمها جاهزة للتشغيل إلى لدولة المتعاقدة.

و لعقود تسليم المفتاح عدة صور، نذكر مثلا عقد تسليم المفتاح الجزئي أو البسيط، أين يلتزم الطرف الأجنبي بتسليم مصنع متكامل من آلات و براءات اختراع و علامات تجارية، كما نجد كذلك ما يسمى بعقد تسليم المفتاح الثقيل أو الشامل الذي يلتزم بموجبه الطرف الأجنبي ليس

---

[50] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 41.

[51] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 116.

[52] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 60.

فقط بتسليم المصنع و المساعد الفنية، بل يلتزم إضافة إلى ذلك بتدريب العمالة المحلية فنيا و تشغيل المصنع [53].

أما ظهور عقود تسليم المفتاح في اليد فقد كان في الولايات المتحدة الأمريكية، أين كانت ترتبط بمجال المباني المعدة للسكن، حيث يلتزم المقاول ببناء عمارة ما ابتداء من مرحلة التصميمات الخاصة بالبناء إلى مرحلة انتهائه وتقديم المفتاح لصاحبه[54].

و يعتبر عقد تسليم المفتاح عنصرا محسنا للأدوات القانونية، حيث أصبح الطرف المستقبل في العقد، بينما يتحمل الطرف الأجنبي كل الالتزامات المتعلقة بتقديم المعدات و البناء و تقديم المعارف الفنية، ليكون بذلك مسئولا عن إنجاز المجمع الصناعي، مسؤولية لا ترتفع إلا بإثبات قيام أسباب الإعفاء القانونية أو الاتفاقية[55].

انتشر في أوروبا ليصبح الوسيلة الأكثر شيوعا بين الدول الصناعية و دول أوروبا الشرقية، و كان يتم بين أطراف متعددة متقاربة تقدما و تكنولوجيا، مما يعني بأنه لا يطرح أية صعوبة بالنسبة لها عند مباشرة استثماراتها نتيجة خبرتها في الاستغلال و الهندسة، و تحكمها في المشروع ثم انتقل إلى الدول النامية التي بادرت ببناء و إقامة مصانع، استيراد الآلات و المعدات، مستعينة بالشركات الأجنبية، معتقدة بأنها ستستفيد من التمكن التكنولوجي.

و يعرف كذلك عقد المفتاح في اليد، بالعقد الذي يقوم بموجبه أحد الطرفين بإقامة مصنع و تسليمه جاهزا للتشغيل و للإنتاج، كما يتعهد المورد من خلاله بتحقيق تصور المشروع الصناعي، و إنجازه و وضعه موضع التشغيل، وعملت العديد من الدول النامية في العالم، منها الجزائر بهذا النوع من العقود مباشرة بعد الاستقلال[56].

---

[53] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 116.

[54] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 61.

[55] صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 23.

[56] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 61.

و نجد مثالا لهذه العقود في العقد المبرم بين مصر و الشركات البريطانية لإقامة مصنع لإنتاج طائرات الهليكوبتر والمحركات في منطقة حلوان[57].

رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد

من العوامل الرئيسية التي أدت إلى ظهور هذا النوع من العقود هو نتيجة لتلك المصانع المعطلة، و كذلك تلك المنشآت الصناعية غير المكملة، ولذلك السبب أدى تغييره إلى أسلوب آخر قصد الوصول ليس إلى استلام المصنع جاهزا للتشغيل فقط، بل إلى إدخال المورد و مساهمته في عملية الإنتاج .

و عقد تسليم المنتج في اليد يعرف على أنه اتفاق مركب يضع على عاتق الطرف المورد أو المؤسسة الأجنبية ثلاث التزامات رئيسية، يتمثل أولها في تسليم أشياء مادية، و الالتزام الثاني هو نقل التكنولوجيا، أما الالتزام الثالث يتعلق بضمان المورد بإنتاج معين، فالعقد يتضمن تسليم المنشأة حسب الأهمية التي توليها الدولة المتعاقدة على إنجاز الوحدة الصناعية، بشرط الاتسام بالقدرة على تحقيق الأهداف المتفق عليها في الإنتاج، واستيعاب التكنولوجيا المتصلة بالإنتاج و السيطرة عليها مما يمكن من بلوغ التنمية المرجوة و مواكبة التطور التكنولوجي، و يعد هذا بالنسبة للمورد اعترافا منه بأن الهدف من العقد ليس تنمية العناصر في المجال المحدد بالعقد، بل تنمية العناصر الاقتصادية للدولة و هو الهدف الأساسي و الرئيسي لعقود الدولة، لذلك سمي عقد المنتوج في اليد عند البعض بـ "عقد بيع التنمية" لأنه يضيف لعملية شراء المصنع و الآلات و المعدات، و إنجاز مصنع في حالة التشغيل يكون متبوعا بالمعرفة الفنية لإدارته و تشغيله و بالتالي تكوين العمال فيه، و هذا يعني أن هدف العقد هو تحقيق التنمية بالدرجة الأولى[58].

من المؤكد أن الشروط العقدية المتعلقة بمدة التنفيذ لا تتسم بالجمود، على عكس عقود تسليم المفتاح، إذ على الرغم من وجود جداول زمنية متفق عليها، إلا أنه لا يتم عملا تسليم المراحل المختلفة بمجرد انجازها.

---

[57] عبد الخالق، المرجع السابق، ص 116.

[58] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 63.

إن ما يميز عقد تسليم المنتج في اليد عن عقد تسليم المفتاح هو أن هذا الأخير من الممكن أن تتبعه عقود لتدريب العاملين و تقديم المساعدة الفنية، عكس عقد تسليم الإنتاج الذي يبدو كعقد واحد متعدد الالتزامات، ويضمن تنوع التزامات مورد التكنولوجيا استمرارية تدفق المعلومات الفنية بين كل من مرحلة إبرام العقد و كذلك مرحلة تسليم الإنتاج، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تجنب عدم مواكبة التطور التكنولوجي[59].

إن هذا العقد لم يسلم من الانتقادات حيث أن أول ما يثار في هذا الصدد تلك التكلفة الباهظة لنقل التكنولوجيا من خلال إبرام و تنفيذ عقود تسليم الإنتاج، و هذا يدل على ارتفاع نسبة المخاطر التي يتعرض لها مورد التكنولوجيا، إذ يعمل المنشئ على احتساب هامش مناسب يضاف إلى التكلفة الحقيقية أو الثمن، تحت بند التأمين ضد المخاطر الخارجة عن إرادته كالحوادث الفجائية و الأخطاء التي قد يرتكبها المقاول من الباطن، و الجزاءات المادية التي قد توقع عليهما للتأخير في التنفيذ، كما أن المنشئ قد يضطر تحت ضغط من مستورد التكنولوجيا و خشية أن توقع عليه غرامات تهديدية، إلى القيام بعمله بصورة غير جيدة أو غير متقنة، مما يؤدي إلى وقوع الأخطاء الفنية التي تؤثر على الوحدة الصناعية كلها، وكما أن هذه العقود يمكن أن تؤدي إلى التبعية التكنولوجية لمستوردها و يعود ذلك لسبب الحاجة الدائمة إلى تلك الخبرات الفنية الأجنبية طوال حياة المشروع.

و لهذا فإن الشركات الأجنبية التي تحوز التكنولوجيا تعمل جاهدة لأجل التحكم والسيطرة على كافة مراحل إنشاء المشروع، أين تزعم أنها لن تتمكن من ضمان المنتج النهائي و التحكم فيه، إلا بشرط تحقيق السيطرة الكاملة لها على كل عناصر الإنتاج، و التحكم في اختيار أسلوبه، و اختيار الآلات و المدخلات اللازمة للحصول على المنتج[60].

[59] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 192.

[60] صلاح الدين جمال الدين, المرجع السابق, ص 81 و82.

الفرع الثالث

عقود الأشغال العامة الدولية

لقد تطلبت الثورة الصناعية و ما رافقها من تطور و تقدم إنشاء بنية تحتية لخدمة هذا التطور، و ذلك من خلال إنشاء محطات للكهرباء و شبكات الاتصال و إقامة المستشفيات و الجسور و الطرق، و لما تحتاجه هذه المشروعات إلى التعاقد مع شركات أجنبية عملاقة ذات رؤوس أموال كبيرة و خبرة و تخصص في هذا المجال[61].

يمكن تعريف عقود الأشغال العامة الدولية بأنها توافق الإرادة بالنسبة لكل من طرف الإدارة و الطرف الآخر المتمثل في الشخص الأجنبي الخاص، من أجل تنفيذ أعمال عقارية معينة لحساب شخص معنوي عام، و تحقيقا لمصلحة عامة على نحو معين، و لقاء ثمن معين[62].

فعقود الأشغال العامة الدولية، عقود تبرم بين الدولة أو شخص عام تابع لها و شخص أجنبي يلتزم بتنفيذ عمل عام مقابل إتاوة تدفعها له الدولة، و تهدف إلى تنفيذ بعض الأشغال العامة قصد إشباع الاحتياجات العامة، و تدخل ضمن تحقيق المنفعة العامة، و تسمح هذه العقود بتطوير البنية التحتية للدولة، و تعدد مرافقها العامة.

تأخذ هذه العقود صورا متعددة، منها عقود البناء و التشغيل و التحويل أو BOT و يتطلب هذا النوع من العقود مجموعة من الشروط، و هي أن يرد العقد على عقار، و أن يكون بغرض تحقيق المنفعة العامة، كما يكون لحساب شخص معنوي عام، و خلافا لبعض العقود الأخرى، فهذا العقد يتطلب شروط استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، بحيث تسمح للدولة بفسخ العقد و تعديله بإرادتها المنفردة، أضف إلى ذلك الصفة الدولية التي تميزه عن عقد الأشغال العامة الداخلي[63].

---

[61] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص61.

[62] محمد اقلولي، المرجع السابق، ص. ص 64-65.

[63] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 119.

المطلب الثاني

عقود الاستثمار كنموذج لعقود الدولة

يعتبر الانفتاح و التعاون الاقتصادي من بين العوامل التي ساعدت في تطور العلاقات الدولية الخاصة، و يظهر هذا الانفتاح من خلال العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الطبيعية منها أو المعنوية، و من بين هذه العقود تلك العقود السالفة الذكر، إلا أن هناك نموذجا من العقود يتميز بنوع من الخصوصية مقارنة بالنماذج الأخرى، و يتمثل في عقد الاستثمار، و لهذا يتعين علينا توضيح مدى اعتبار عقود الاستثمار كنموذج لعقود الدولة(الفرع الأول)، و من ثم نتطرق لمعايير دولية هذه العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدى اعتبار كل عقد استثمار عقد دولة

تعتبر عقود الاستثمار من أحد الركائز الأساسية التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للدول المضيفة، و ذلك بتحقيق التطور في المجال الصناعي بنقل التكنولوجيا الحديثة، أو المجال السياحي بنقل المعرفة الفنية، و المجال الزراعي من خلال استيراد الآلات الحديثة، كما يساهم في توفير اليد العاملة و العديد من المزايا التي تعود بالنفع على الدول النامية، و تلجأ هذه الأخيرة إلى عقود الاستثمار لافتقارها للتنمية و الحداثة التي تتوفر لدى المستثمر الأجنبي، أين يحقق هذا الأخير من خلال هذه العقود الاستثمارية التي يبرمها مع الدول النامية أموال ضخمة تكون أضعاف رؤوس الأموال التي استخدمها، و لعل هذا ما جعل عقود الاستثمار من نماذج عقود الدولة[64].

برزت عقود الاستثمار في العالم خصوصا في فترات الحرب العالمية الثانية، و هي الفترة التي عرفت فيها تطور في العلاقات التجارية الدولية بنشاط التبادل التجاري و إلغاء الحواجز

[64] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص89.

الجمركية بين الدول، و من العوامل التي ساهمت في هذا التطور ظهور حركات أو كيانات مستقلة تنادي بالتطور السياسي و الاقتصادي[65].

أصبحت النظرة اتجاه الاستثمار مع تطور الحياة المعاصرة، و تغير السياسة الاقتصادية الدولية، تجعل للاستثمار مكانة بارزة، إذ يعتبر من أهم الوسائل التمويلية للدول المتقدمة منها و النامية، و ذلك لاستغلال الطاقات الكامنة و الثروات الطبيعية، و امتصاص البطالة، بإدماج اليد العاملة في المشاريع الاستثمارية، و تحسين المستوى المعيشي[66].

تعد أغلب الدول المضيفة التي تشكل تقريبا كل الدول النامية من بين الكيانات التي طالبت بتلك التغييرات على المستويين الاقتصادي و السياسي[67]، و من أهم الأسباب التي دفعها للمطالبة بها هي المزايا التي تعود بها عقود الاستثمار عليها،فكما سبق أن ذكرنا فعقود الاستثمار تساهم في تحقيق التنمية بمختلف أشكالها وفقا للسياسة أو الخطط التي تتبعها الدول المضيفة، و تقليص الفجوة بينها و بين الدول المتقدمة مقارنة بفترات الحركات الاستعمارية التي عرفتها معظم الدول النامية.

بالرغم من الثروات الطبيعية التي تتمتع بها هذه الدول إلا أن افتقارها للخبرة و المعرفة الفنية و التكنولوجية الحديثة هو الذي يدفعها لإبرام عقود الدولة مما يثبت الأهمية الكبيرة لهذه العقود، إضافة إلى أن التطور الهائل في العالم في مجال الخدمات و وسائل الإنتاج، يلزم الدول المتخلفة بإيجاد الحل الذي يمكنها من مواكبة التطور الحاصل، و السير على درب الدول المتقدمة، و تحقيق ذلك يستوجب على هذه الدول الحصول على رؤوس أموال ضخمة و التكنولوجيات الحديثة لتحقيق و ضمان الفعاليات الاقتصادية، و تمويل النشاطات الاقتصادية[68].

---

[65] بر الله أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع و الطموح (دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2001، ص 3.

[66] شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 2.

[67] بر الله أمال، المرجع السابق، ص 4.

[68] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 1.

و هذا ما يبرر السياسات الاقتصادية الجديدة للدول المضيفة، من بينها الجزائر، و التي ظهرت من خلال مجموعة من التطورات و الميكانيزمات، كظهور التكنولوجيا، و الأموال و الخدمات الناتجة من خلال هذه التكنولوجيا، عن طريق الوسائل الحديثة المدرجة في إطار عمليات الإنتاج[69].

الفرع الثاني

معايير دولية عقود الاستثمار

تعد مسألة عقود الاستثمار من المسائل الصعبة نظرا لاختلاف وجهات النظر بين الفقه و القضاء حولها، لذلك وضعت معايير على أساسها يتم تحديد صفة دولية العقد من عدمه و المتمثلة في المعيار القانوني(أولا) والمعيار الاقتصادي(ثانيا) و أخيرا المعيار المختلط(ثالثا).

أولا: المعيار القانوني

وفقا للمعيار القانوني يكون العقد دوليا إذا كان احد أطرافه أجنبيا على الأقل، حيث تتنوع عناصر الاتصال في عدة دول، التي قد تكون شخصية كاختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف محل إقامتهم، و قد تكون موضوعية متصلة بموضوع العقد كمحل إبرام العقد أو محل تنفيذه[70].

و لقد عرفه الفقيه باتيفول وفقا للمعيار القانوني على انه العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي أما الفقيه رابل اعتبر أن العقد الدولي يستخلص مفهومه من مفهوم المخالفة للعقد الداخلي، لأن عناصره مترابطة بسيادة واحدة فيكون بذلك خاليا من أي عنصر أجنبي[71].

نجد أن العقد يكتسب الصفة الدولية عند توفر الصفة الأجنبية فيه، لاسيما بالنسبة لأي عنصر من عناصر العلاقة القانونية وباتصال تلك العناصر بأكثر من نظام قانوني واحد[72].

---

[69] YAHIAOUI Ammar, Le capital investissement en Algérie (Etats des lieux et des contraintes), mémoire en vue de l'obtention de diplôme du magister en Sciences Economiques, option Management des entreprises, université de Mouloud MAAMMERI, TIZI OUZOU, 2011, p 1.

[70] CHATILLON Stéphane: le contrat international, 3éme édition, Vuibert, Paris, France, 2007, p10.

[71] شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص15 .

[72] هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص59.

ثانيا: المعيار الاقتصادي

وفقا لهذا المعيار يعتبر العقد دوليا بتوفر المد و الجزر[73] بين الدول، و ليس عن طريق عناصره كمقر إقامة المتعاقدين أو جنسية الأطراف أو مكان إبرام العقد، يعد العقد دوليا إذا تضمن انتقال للسلع والخدمات من دولة لأخرى[74].

أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما يثبت بمقتضاه وجود المعيار الاقتصادي قضائيا و كان ذلك في عام 1927 و التي أقرت أن "**العقد يكون دوليا بتوفر المد و الجزر بين الحدود، إذ يترتب عليه دخول العملية و خروجها من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى بحيث يكون هناك تبادل للقيم بين الحدود**"[75].

ثالثا: المعيار المختلط

برز المعيار المزدوج في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 4 جويلية 1972 الذي أكد دولية العقد، و من ثم شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين شركة هولندية و شخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاها وكيلا للشركة الهولندية يقوم بتسويق منتجاتها في فرنسا، وهذا ما يشرح اتصال الرابطة العقدية بالنظامين القانونيين الفرنسي و الهولندي، أين تعتبر المحكمة أن وجود المعيار القانوني ليس كافي لتحقيق دولية العقد، بل تعتمد كذلك على الهدف من تحقيقه و ذلك من خلال انتقال الأموال عبر الحدود، الناتجة عن صادرات الشركة الهولندية إلى فرنسا و الذي له علاقة بمصالح و مقتضيات التجارة الدولية، مما يعني المعيار الاقتصادي، و بالتالي فإن الصفة الدولية للعقد لا تتحقق إلا بتوافر المعيارين القانوني و الاقتصادي[76].

---

[73] يقصد به انتقال رؤوس الأموال من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى أو عملية انتقال البضائع بالاستيراد و التصدير أو تبادل السلع و الخدمات عبر الحدود. إرجع في ذلك: اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 83.

[74] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 19.

[75] عرف هذا الحكم بنظرية MATTER Paul و هو المحامي الذي أخذت محكمة النقض الفرنسية بتحليله لقضية Besset du Pellissier التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي 1927 و للتطلع على وقائع القضية إرجع إلى إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 83.

[76] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص85.

خاتمة الفصل:

في الأخير نخلص إلى القول بأن دراسة موضوع عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص تكتسي أهمية بالغة ترجع إلى كون هذه العقود من المفاهيم المتجددة و باعتبارها من أهم الركائز التي تنمي الاقتصاد الوطني للدول المضيفة للاستثمار و عليه تلجأ إليه العديد من الدول خاصة منها الدول النامية.

فتعتبر عقود الاستثمار من العقود الدولية التي تخضع لأحكام القانون الدولي الخاص، أين يسعى فيها المستثمر الأجنبي إلى جلب الاستثمار في الدولة التي تحقق له الحماية القانونية و المناخ الملائم.

لابد من التأكيد على أن مصطلح عقود الاستثمار تنصرف إلى تلك العقود التي تبرمها الدولة مع شخص خاص أجنبي في مجال الاستثمار، بمعنى أنه يمثل أحد عقود الدولة بمعناها الواسع و يشكل مرادفا لما يطلق عليه عقود التنمية الاقتصادية.

يخلط البعض بين عقود الاستثمار و مصطلح عقود الدولة، فبالرغم من أن عقود الاستثمار تمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة، إلا أن هذه الأخيرة تتضمن نماذج أخرى، إضافة إلى عقود الاستثمار التي تمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة بمعناها الواسع نظرا لما تعود عليه هذه العقود من مزايا على الدولة، في تحقيق مختلف أنواع التنمية بتحسين المستوى المعيشي و مواكبة التطور لتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

الفصل الثاني

عقود الاستثمار بين تحديد القانون الواجب التطبيق و الشروط المميزة

تتميز عقود الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة و المستثمرين الأجانب بخصوصية[74]، و يظهر ذلك من خلال القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لكل من الدول المضيفة و المستثمرين الأجانب، و هذا يعتبر من المسائل الصعبة و الشائكة في القانون الدولي الخاص[75]، خاصة ما يتعلق بالمنازعات التي قد تظهر في كل مراحل العقد.

كما تظهر الخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار المبرمة في إطار عقود الدولة في الشروط المميزة التي تميزها عن العقود الأخرى المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية، أين ترتكز تلك الشروط على توفير الحماية اللازمة و المناخ الاستثماري الملائم لهم، مما يساهم في تفعيل و تشجيع الاستثمار الأجنبي.

إن المستثمر الأجنبي يشترط دائما الأوضاع القانونية التي ستحقق له حماية مشاريعه الاستثمارية، و تبعث فيه الطمأنينة التي تبعد عنه الخوف من المخاطر غير التجارية، و التي لا يستطيع التحكم فيها كالمخاطر الناجمة عن الحروب و الاضطرابات السياسية الداخلية، التي قد تلحق بالدول المضيفة، إضافة إلى مخاطر أخرى كالتعديلات التشريعية،التي تقوم بها الدول المضيفة و التي قد تمس بالعقد، و بالتالي بمصلحة المستثمرين الأجانب، فقد ينجم عنه خطر التأميم أو نزع الملكية، و غيرها من المخاطر التي لا يمكن التحكم فيها التي قد تنعكس سلبا على نجاح المشاريع الاستثمارية[76].

و نظرا للأهمية البالغة التي تحضى بها عقود الاستثمار[77]، يقتضي الأمر تحديد القانون الواجب التطبيق عليها (المبحث الأول)، و من ثم ننتقل للشروط المميزة لها (المبحث الثاني).

---

[74] قبايلي الطيب، 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.

[75] الكردي جمال محمود، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديد للنشر، 2005، مصر، ص 9.

[76] حيدره صوفيان و جلواح سليم، المرجع السابق، ص 42.

[77] عبد الخالق الدحماني، المرجع السابق، ص 61.

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

تعد الالتزامات التعاقدية في عقود الاستثمار محل اختيار من طرف المتعاقدين، و نظرا لاختلاف المصالح التي يسعى كل طرف إلى تحقيقها، و حرصا على حدوث أي خلاف بينهما وجب تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود[78].

و سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين أولا تحديد دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار(المطلب الأول)، ثم مدى سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

استقرت معظم بلدان العالم فقها وقضاء على إخضاع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، و قد أخذت بها العديد من التشريعات في الدول بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية الأولى.

و في العلاقات الدولية يؤخذ بمبدأ حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و قد ينصب هذا الاختيار على أحد القوانين الوطنية أو قانون التجارة الدولية أو المعاهدات الدولية أو المبادئ العامة[79].

و بما أن مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار لا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة بل يجد أساسه في قاعدة الإسناد في قانون القاضي، بالاستناد إلى ذلك سوف نتناول اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار(الفرع الأول)، ثم القيود الواردة على اختصاص مبدأ الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار(الفرع الثاني).

---

[78] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 278.

[79] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص787.

الفرع الأول

اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

أصبح قانون الإرادة أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، و الذي أخضعت له عقود الاستثمار، و اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد إما أن يكون اختيارا صريحا(أولا)، و إما اختيارا يتم كشفه من الظروف المحيطة بالعقد، وهو ما يعرف بالاختيار الضمني(ثانيا).

أولا: تعريف مبدأ الإرادة

يعرف مبدأ الإرادة بأنه تلك الحرية الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، و ذلك احتراما لحقهم الذي منحتهم إياه قاعدة الإسناد، فنجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي عرفت هذا المبدأ منها اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في المادة 7 منها نصت على أن:" **الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع**"[80].

كما نصت المادة 3/ف1 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات على أنه:"**يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف...**"[81]، و أساس منح هذه الحرية للأطراف يعود إلى أنه بحرية الاختيار تكتمل شخصية الفرد، و ليس من المعقول أن يلتزم الفرد و هو مكره على ذلك[82].

إن للقانون دورا مهما في حماية حرية المتعاقدين والحقوق التي يتمتعون بها، وتوفير الاحترام المطلوب لحرية الأفراد المتعاقدين، و حسب المادة42 من اتفاقية المركز CIRDI التي تنص على أنه:"**تفصل اتفاقية التحكيم...، وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف**"، و حسب هذه

---

[80] عقون ناصر، أزرار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص19.

[81] اتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

[82] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 29.

المادة فإن هي ثبت تكريس مبدأ سلطانا لإرادة في إطار الالتزامات التعاقدية في القانون الدولي الخاص[83].

كما يؤكد مبدأ الإرادة أن العقد شريعة المتعاقدين، فالإرادة أساس الالتزام بين المتعاقدين فهي تعتبر قاعدة قانونية تستجيب لفكرة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، و منها يستمدون قدرتهم على تنظيم العقد[84].

ثانيا: صور الإرادة

يتم اختيار قانون الإرادة إما باختيار صريح أو اختيار ضمني، و التي تستخلص من الظروف القانونية للعقد، و الإشكال لا يثور بالنسبة للإرادة الصريحة و إنما يثور الإشكال بالنسبة للإرادة الضمنية أين يلتزم القاضي بالبحث عنها عن طريق الأدلة[85].

ا:الإرادة الصريحة

يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة للقانون الواجب التطبيق على العقد بموجب إدراج نص صريح يشير للقانون الواجب التطبيق[86]،و لهذا فمن حق الأطراف المتعاقدة أن تتفق على إخضاع العقد للقانون الذي اختاروه وفقا لإرادتهم الصريحة بعيدا عن كل إكراه أو ضغط[87].

فالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد يتم بواسطة تعيين الأطراف للقانون الذي سوف يطبق على العقد في حالة وجود نزاع، و يرد الاتفاق في العقد على شكل بند في العقد أو وثيقة مستقلة عنه[88].

---

[83] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص44.

[84] صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2006 ، ص 129.

[85] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانها-إثباتها-حمايتها-التوقيع الالكتروني- القانون الواجب التطبيق)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص 137.

[86] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 484.

[87] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 40.

[88] عقون ناصر و أزرار سعيدة، المرجع السابق، ص22.

و بالعودة إلى المادة 8 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية و شركة اوراسكوم تيليكوم، فقد تضمنت بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق، فتنص على أنه:"**يعترف الطرفان بأن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الديمقراطية الشعبية و تنظيماتها**"[89].

ب: الإرادة الضمنية

في حالة تخلف الإرادة الصريحة يجب البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وذلك بالبحث عما يدل على وجود الإرادة، و من الثابت أنه ينبغي استخدام فكرة الإرادة الضمنية في حالة غياب الإرادة الصريحة للقانون الواجب التطبيق بالتحفظ الشديد، لأن إعمالها بصفة مطلقة سيؤدي إلى ظهور و إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من طرف المحكم، و لذلك يسعى دائما هذا الأخير إلى استخدام قرائن و أدلة إضافية لاستنباط الإرادة الضمنية.

و هذا الشأن في عقود الدولة يؤدي إلى إعمال أو إخضاع العقود إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة، و من أمثلة ذلك نذكر القضية رقم 1526 التي جاء فيها قرار غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1928 بتحديد المحكم للقانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم بين الدولة و الشركة البلجيكية في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف حول القانون الذي يحكم العقد[90].

يلتزم القاضي أو المحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق في غياب الإرادة الصريحة وذلك من خلال الاستدلال عن طريق كافة الظروف و الملابسات المحيطة بالعقد، و هذا ما يؤكد عليه الفقه الفرنسي،إذ أنه بغياب التعبير الصريح للأطراف حول القانون الواجب التطبيق يكون للقاضي البحث عن الظروف لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق[91].

---

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

[90] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ص.ص 485-486.

[91] CHATILLION Stéphane, op.cit. , p 271.

الفرع الثاني

قيود اختصاص مبدأ الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار

إن نقص ثقة المستثمر الأجنبي في قوانين الدولة المضيفة هو ما يجعله يحاول فرض شروطه قصد إخراج عقود الدولة من سيطرة القوانين الداخلية للدول المضيفة، فالمستثمر الأجنبي يسعى إلى فصل العقد عن القانون الوطني على أساس أنه موجود ليحكم العلاقات الداخلية فقط، رغم أنه لمبدأ سلطان الإرادة دور هام في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، و ذلك بمنحه حرية في اختيار القانون الملائم للعقد، إلا أن البعض يرى بأن ذلك المبدأ يعترف للأطراف كذلك ببعض السلطات، وأن العمل بها يؤدي إلى إخراج القانون عن مضمونه، و يجعل قانون الإرادة بدون قيمة، والعقد الدولي عقدا طليقا[92].

لذلك و للحد من تطبيق القانون الذي اختارته إرادة الأطراف يحاول المستثمر الأجنبي إدخال القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني(أولا)، أو إدماج أحكام القانون في العقد (ثانيا)، كما يمكن وضع قيد لهذا المبدأ بإعطائه دور احتياطي(ثالثا).

أولا: تدخل القواعد الآمرة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني كقيد على قانون الإرادة

يمكن أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف ليطبق على العقد قانون أجنبي، ففي هذه الحالة يصبح إلزامي التطبيق من قبل القاضي أو المحكم على النزاع المطروح و في حالة تطبيقه إذا ما تبين للقاضي أن القانون المختص يتعارض مع المبادئ الأساسية السائدة في دولته، فهنا يستوجب عدم تطبيق القانون المختار لمساسه بالمصلحة العامة، فتتدخل القواعد الآمرة لإعطاء الاختصاص للقانون الوطني[93].

يستبعد القاضي القانون الأجنبي المختار عند مخالفته للنظام العام، فمثلا حسب القانون المدني الجزائري نجد المادة 24 من القانون المدني الجزائري تستوجب توفر 3 شروط لاستبعاد القانون الأجنبي و هي:

1-أن يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لقواعد التنازع في دولة القاضي.

---

[92] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص303.

[93] عقون ناصر، أزرار سعيدة، المرجع السابق، ص 29.

2-أن تكون مخالفة النظام العام حالية.

3-أن تكون المخالفة حقيقية لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي[94].

ثانيا:اندماج قانون الإرادة في العقد

نعني بذلك أنه يمكن للأطراف إدماج القانون المختار ليطبق على العقد، أي إضفاء الطابع التعاقدي عليه، بحيث لا يكون لها إلا قيمة و شروط العقد، و هو الهدف الذي يسعى إليه المستثمر الأجنبي من أجل الحد من اختصاص قانون العقد و استبعاد القواعد الآمرة، فإدماج قانون الإرادة في العقد يجعل منه كشرط تعاقدي فقط مثله مثل الشروط التعاقدية الأخرى[95].

تعتبر فكرة الاندماج في عقود الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي كوسيلة حماية، مقابل ما تتمتع به الدولة من سلطة في التعديل و التغيير، لذلك يدمج قانون الدولة المتعاقدة بشكل يجعل القانون لحظة إبرام العقد يندمج مع الشروط التعاقدية، و بالتالي يجمد في تلك اللحظة و نجد هذا في حالة الإرادة الضمنية[96].

ثالثا: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة

إذا كان العقد الدولي مفصلا في صياغته القانونية و محررا بشكل دقيق فإنه ينشأ حقوق وواجبات تلزم الأطراف بلا حاجة إلى قاعدة قانونية، إذ يعد العقد بمثابة قانون، و الشروط العقدية تمثل في مجملها قانونا خاصا يتكون من قواعد قانونية فردية يحقق الكفاية الذاتية للتعريف بأثر العقد دون اللجوء إلى نظام قانوني أخر. و نظرا للكفاية الذاتية للعقد فإن القاضي أو المحكم لن يخرج من نطاق العقد في حل النزاع دون الحاجة إلى أي قانون إلا على سبيل الاحتياط[97].

وفقا لفكرة الكفاية الذاتية فإن القانون المختار و الذي يكون غالبا القانون الوطني للدولة المتعاقدة لا يطبق و إن طبق فلا يكون إلا بصورة احتياطية، و ذلك من أجل معالجة ما سكت الأطراف عن

---

[94] قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26-09-1975، معدل و متمم إلى غاية القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13-05-2007، ج ر عدد 31، صادرة في 13-05-2007.

[95] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 183.

[96] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص339.

[97] عقون ناصر، أزرار سعيدة، المرجع السابق، ص33.

تنظيمه، و في حالة غير السكوت يكون العقد طليقا خارج عن سلطان القانون. و من الشروط التي تجعل من العقد بعيدا عن القانون نجد التنظيم الذاتي للعقد الذي يستمد من إرادة الأطراف و الذي يعد بمثابة قانون الأطراف، إذ يمكن أن يكون لقانون العقد صفة احتياطية في التطبيق كما يرى الفكر القانوني الحديث و ذلك إما لسبب عدم ملائمة ذلك القانون مما يدفع وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية بحيث انتشارها و التعامل بها على مستوى العلاقات التجارية الدولية، أدى إلى استبعاد اللجوء إلى القوانين الوطنية، و لا يتم العمل بها إلا نادرا و بصفة احتياطية[98].

المطلب الثاني

سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة

يعمد أحيانا أطراف العقد على إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم خوفا من عدم إبرام العقد، أي الحالة العكسية لتبيان القواعد التي يختارها الخصوم لتطبق على موضوع النزاع، مما يولد للمحكم دورا سواء في البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد، أو في القيود التي يفرضها[99]. و لذلك سوف ندرس دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد(الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق(الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد

حين نكون أمام حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق بموجب الإرادة الصريحة للأطراف و إغفالهم عن ذلك، يأتي دور المحكم في تحديده لذلك القانون لتفادي المخاطر و المشاكل التي قد تنجم عن ذلك الإغفال، و الإشكال الذي يتبادر في أذهاننا هو ما مدى تمتع المحكمين بالحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق؟ و بعبارة أخرى هل من الواجب أن يستعين المحكمين بقواعد تنازع

[98] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص.321-322.

[99] شويرب خالد، المرجع السابق، ص 186.

معينة في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق أم أن لهم الحرية المطلقة في التحديد المباشر له؟ للإجابة على هذا الإشكال، سنتطرق إلى موقفين:

الاتجاه الأول ينادي بضرورة التزام المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد تنازع القوانين(أولا)،والاتجاه الثاني يتمسك بفكرة حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على العقد دون التقيد بأية قواعد تنازع(ثانيا)، و هذا المراد توضيحه من خلال دور المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد[100].

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

يمكن للمحكم عند عدم وجود الإرادة الصريحة للمتعاقدين أن يطبق القواعد القانونية لدولة معينة، من خلال قواعد التنازع أو بالرجوع لقواعد دولية، و يثبت الدور المستقل للمحكم من خلال المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، مثل معاهدة نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، و قد تبدو حرية المحكم واضحة كذلك من خلال معاهدة جنيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، التي تنص على أنه في حالة عدم وجود الإرادة الصريحة للأطراف فإنه يمكن للمحكم أن يقوم بإعمال قواعد القانون التي تعينها قواعد الإسناد التي يرى فيها المحكم أنها الملائمة، و هو ما يجري عليه قضاء محاكم التحكيم العاملة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس CCI[101].

و قد اختلف الفقه بشأن قواعد التنازع التي يمكن الاستناد عليها من طرف المحكم بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق، فهناك جانب من الفقه يتمسك بفكرة أنه على المحكم الالتزام بقواعد القانون الدولي الخاص للدولة المفروض أن تختص محاكمها القضائية بالفصل في النزاع و هناك جانب آخر يقول بأنه يلتزم المحكم باللجوء لنظام تنازع القوانين للدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يتواجد بها محل إقامته فهو النظام المختار ضمنيا من الأطراف المتعاقدة[102].

---

[100] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 256.

[101] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 496-497.

[102] سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 578.

ثانيا: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق

تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه، إذ جاء في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أنه: "**تفصل محكمة التحكيم في النزاع...، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة**"[103]، كما أن معظم القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية بالإضافة إلى الفقه و القضاء الدوليين كرسوا سلطة المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون الالتزام بقواعد تنازع القوانين، ومن الأمثلة التي يمكن ذكرها في هذا الصدد، الحكم الصادر في القضية رقم 1717 في عام 1972 أين قام المحكم بتطبيق القانون الإيراني وفقا لارتباطه ارتباطا وثيقا بالعقد، و العقد قد ابرم في العاصمة الإيرانية طهران و كان المكان الذي يتم فيه تسليم موضوع العقد، وعليه فإن المحكم لم يتقيد و لم يلتزم بقواعد التنازع في تحديد القانون الذي يحكم العقد، و كذلك القضية رقم 3880 عام 1983 أين قررت فيها محكمة التحكيم بتطبيق القانون البلجيكي، و ذكرت أنه يكفي إثبات أن كل عناصر العقد تقع في بلجيكا و تتمثل هذه العناصر في مقر كل من البائع و المشتري مكان إبرام العقد و تنفيذه[104].

الفرع الثاني

دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق

تعتبر أحكام التحكيم هي التي اعترفت في المقام الأول بدور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، علما أن هذا الاعتراف أثار الكثير من الجدل و يعد أيضا من المسائل الخلافية[105]، و نصت المادة 4 الفقرة الأولى من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:" **في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقا**"[106].

---

[103] أنظر المادة 1050 من القانون رقم08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 25 فبراير لسنة 2008.

[104] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 260.

[105] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 774.

[106] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 254.

إن الصلة التي تربط بين كل من تنازع القوانين و قواعد الإسناد تبلغ إلى درجة اعتبارهما كمصطلحين مترادفين، ولعل ذلك يعود لاشتراكهما في البحث عن القانون الواجب التطبيق على محل النزاع، و قواعد الإسناد تتميز بأن إعمالها سيؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية لا تتماشى مع المراكز القانونية للأطراف.

أولا:منهج الإسناد الجامد

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

أخذ المشرع الجزائري بهذا المنهج من خلال المادة 18 من ق م ج كما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى الجزائري:" **من المقرر قانونا أنه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله مما يستوجب رفضه**"[107]، و تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة جزائرية أبرمت عقدا مع شركة أجنبية بلجيكية في بلجيكا، ثار خلاف بين الطرفين فأصدرت المحاكم البلجيكية قرارا لصالح الشركة البلجيكية و التي رفعت دعوى أمر بالتنفيذ أمام المحاكم الجزائرية، وهنا ادعت الشركة الجزائرية عدم تطبيق المحاكم البلجيكية للقانون الصحيح[108].

ثانيا: منهج الإسناد المرن

حسب هذا المنهج فإن القاضي يبحث في كل حالة عن القوانين الأكثر صلة بالعقد، و يتلخص هذا المنهج في نظرية التركيز الموضوعي أو ما يسمى بـ " نظرية باتيفول" الذي كان هذا الأخير متأثرا بالقضاء الانجليزي، فقد كان هدفه التوصل إلى إسناد العقد إلى القوانين الأكثر صلة بالعقد في ضوء ظروف التعاقد حسب كل حالة[109].

---

[107] حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2003، ص19.

[108] عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الجزء الأول، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2007،ص 328.

[109] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 257.

قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1959/07/26 أنه:"**إذا لم يقم المتعاقدون باختيار قانون العقد صراحة، فعلى قضاة الموضوع أن يتصدوا لتحديد القانون الواجب التطبيق في ضوء ظروف التعاقد و ملابساته**"، و عليه فإن العمل بهذا المنهج قد يؤدي إلى تحقيق العدالة إلى حد معتبر، لكنه يؤخذ عليه أنه يمتاز بالافتقار لليقين و المعرفة المسبقة للقانون الواجب التطبيق[110].

ثالثا: منهج الأداء المميز

يعتبر منهج الأداء المميز من أحدث الاتجاهات لتحديد القانون الواجب التطبيق، و يرى أنصار هذه النظرية أنه يمكن وضع قاعدة إسناد مسبقة خاصة بكل عقد على حدى، وتقوم فكرة الأداء المميز على قاعدة تفريد العقود و تحديد القانون الواجب التطبيق بحسب الالتزام الأساسي في العقد و مكان الوفاء به أو تقديمه، لأن كل عقد له مميزاته و خصائصه مما يترتب عليه اختلاف القانون الواجب التطبيق.

يجب على القاضي في حالة غياب الإرادة الصريحة للعقد القيام بالتركيز الموضوعي على العقد و ذلك من خلال طبيعة الرابطة التعاقدية أين يمكن تحديد الالتزام الجوهري أو الأداء المميز في العقد و ذلك بإسناد العقد في مجموعه إلى محل التنفيذ[111].

أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية حكما في تاريخ 1966/05/11 و الذي جاء كالآتي: "**وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص، و عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية تخضع هذه الرابطة للقانون الذي يرتبط ارتباطا إقليميا وثيقا بالعقد، و هو بصفة عامة قانون إقامة الطرف الذي يعد أداؤه مميزا في العقد محل النزاع**"، و السبب في ترجيح قانون محل الإقامة هو وضوح معيار هذا الإسناد و كذا سهولة العلم المسبق به، لأن ترجيح محل التنفيذ قد يكون مجهولا وقت التعاقد،و نص المادة 4 من اتفاقية روما على:" **و يفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد**

[110] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 266.

[111] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 565.

محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا"[112].

[112] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 254.

المبحث الثاني

الشروط المميزة لعقود الاستثمار

من الثابت في أحكام القانون الدولي الخاص أن العلاقة التعاقدية بين الأطراف تتميز بتوازن حقوق و التزامات كل طرف على حدى، و هذا يعتبر من بين الشروط الموضوعية التي تحقق التراضي بين تلك الأطراف، هذا بالنسبة للعقود التي تبرم بين الأطراف الخاصة، إذ أن الأمر يختلف عندما تكون الدولة طرفا متعاقد، فالدولة تتمتع بامتيازات السلطة العامة التي من بينها إصدار نصوص تشريعية و تنظيمية تمس بالعقد، التعديل الأحادي للعقد، و هذا سيشكل عبئا للمستثمر الأجنبي و كذلك خطرا يهدد نجاح مشروعه الاستثماري، و بهدف القضاء على هذه المخاوف يتم إدراج شروط خاصة في العقد[113]، وهي شرط الثبات التشريعي (المطلب الأول)، و شرط اللجوء إلى التحكيم الدولي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

إن التطرق لشروط الثبات التشريعي ينبغي معرفة مفهومها، و ذلك بتحديد تكييفها القانوني (الفرع الأول)، و بعد ذلك ننتقل للأمر الواقع من خلال شروط الثبات التشريعي و واقع عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التكييف القانوني لشروط الثبات التشريعي

لابد من الوقوف أساسا إلى تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي (أولا)، و من ثم طبيعة شروط الثبات التشريعي (ثانيا)، بالإضافة إلى آثار شروط الثبات التشريعي على عقود الاستثمار (ثالثا).

[113] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 78.

أولا: تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي

أ- تعريف شروط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات ذلك الشرط الذي تتعهد بموجبه الدولة بالتزامها بتعهدها بعدم تطبيقها لأي تشريع جديد على العقد يخدم مصلحتها على حساب المستثمر الأجنبي[114]، فالهدف من وراء شرط الثبات هو تجميد القواعد القانونية للدولة المضيفة في علاقاتها مع الطرف الأجنبي على الحالة التي كانت عليها وقت إبرام العقد سعيا لحماية المتعاقد معها من الخطر التشريعي[115].

و عليه فإن الهدف من شروط الثبات التشريعي هو حماية المستثمر الأجنبي، و هذا من شأنه أن يساعد في إزالة المخاوف التي قد تربك المستثمر الأجنبي و تساعده على الشعور بإحاطته بظروف و مناخ ملائمين للاستثمار، و بالتالي السعي من خلال هذه الحصانة بتحقيق مشروعه الاستثماري مما يعود بالنفع على الطرفين.

ب-صور شروط الثبات التشريعي

إن الهدف من تحديد صور الثبات التشريعي يكمن في إمكانية تقسيمها من حيث المصدر، و المضمون، و من حيث الفئات المستفيدة منها.

1-من حيث المصدر

في هذه الحالة تقسم شروط الثبات التشريعي إلى شروط تعاقدية التي يتحدد فيها بصفة صريحة القانون الذي يحكم العقد، بالإضافة إلى كل المشتملات و الأحكام التي تسري عليه، كما تنقسم كذلك إلى شروط تشريعية التي تتعهد من خلالها الدولة بعدم اللجوء إلى تطبيق نصوص تشريعية جديدة هادفة إلى تعديل أو إلغاء القانون الواجب التطبيق على العقد، بالإضافة إلى شرط الثبات الدولي، الذي تتعهد فيه الدول الأطراف بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف بأن تلتزم بحماية المستثمر الأجنبي من خلال امتناعها عن القيام بإجراء تعديلات تشريعية، أو القيام بأي إجراء من شأنه أن يلحق الضرر بالطرف الأجنبي، فالقانون الدولي العام يولي أهمية كبيرة

---

[114] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 78.

[115] قبايلي الطيب، 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، ص227.

لحماية الاستثمار و المستثمر الأجنبي، و للإستناد على شرط الثبات الدولي يجب على المستثمر الأجنبي التمسك بتلك النصوص و تثبيتها في العقد[116].

2-من حيث المضمون

تقسم شروط الثبات التشريعي من حيث المضمون إلى شروط عامة مطلقة، أين تلتزم الدولة بعدم إلحاق تعديل في التشريعات الجديدة المرتبطة بالعقد، زيادة إلى شروط خاصة نسبية التي تلزم الدولة بعدم المساس بمجموعة من الشروط المتعلقة بالشركة، التي تؤدي إلى إثقال كاهل المستثمر الأجنبي كالأعباء الضريبية[117]، و لهذا يجب على المستثمر الأجنبي الإطلاع على القانون الداخلي المنشئ للشركة لتفادي عدم مبالاة الدولة[118].

3-من حيث النطاق الفعلي

يقصد بذلك إمكانية تطبيق القانون الجديد في حالة ما إذا كان أصلح للمتعاقد، إذ يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطلب صراحة ذلك، حيث تنص الم 15 من الأمر 03/01 على أنه: " **فإن تطبق المراجعات أو الإلغاءات التشريعية أو التنظيمية التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، لن يكون لها اثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية.**

كما أنه يمكن لشركة المشروع، و بطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب عن مراجعة الإطار التشريعي و التنظيمي للاستثمار و الذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه

---

[116] محمود فياض، "دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق"، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين حول "الطاقة بين القانون و الاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20 و 21 ماي 2013، ص 622، منشور على موقع:
http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf21/arabic_research.asp

[117] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 146.

[118] شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 89.

الاتفاقية حيز التنفيذ"[119]،و هذا ما نصت عليه الم 6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين ANDI و ACC[120].

وردت نفس الأحكام ضمن المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب ج ج د ش و شركة Kahrama[121]، إضافة إلى اتفاقية الاستثمار بين ANDI و ADS التي تضمنت كذلك نفس الأحكام في المادة 6 منها[122].

ثانيا: طبيعة شروط الثبات التشريعي

تختلف أراء الفقهاء حول شروط الثبات التشريعي، و يظهر ذلك من خلال عدم تحديد الطبيعة الخاصة لتلك الشروط، حيث يميل جانب فقهي إلى اعتبار شروط الثبات التشريعي مجموعة من الشروط التحويلية لطبيعة القانون، بمعنى أن التعديلات الجديدة لا يمكن أن تسري على العقد و إنما تعتبر فقط بأنها كغيرها من الشروط التعاقدية الأخرى التي ترد في أحد بنود العقد، لكن يمكن أن تكتسب قوة فقط بإرادة الأطراف[123]، أما الجانب الأخر من الفقهاء فيرون أن شروط الثبات التشريعي عبارة عن استثناء للتطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد بأثرها الواقف للتشريعات اللاحقة، بمعنى إذا اتفقت كل من الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي إلى تطبيق القانون المعمول به وقت إبرام العقد، أي القانون الساري المفعول، دون القواعد القانونية اللاحقة، فإن هذا لن يغير من طبيعتها القانونية[124].

---

[119] أنظر الأمر رقم 03/01، مؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 24، سنة 2001 معدل و متمم بموجب الأمر رقم 08/06، مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47 الصادرة في 19 جويلية 2006.

[120] أنظر نص المادة 6 من اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، مؤرخة في 30 أكتوبر 2003، ج ر عدد 72 الصادرة في 13 نوفمبر، 2003.

[121] أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و كهرما، ج ر عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[122] أنظر اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار و أقواس سكيكدة، ج ر عدد 07، صادر في 28 جانفي 2007.

[123] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 78.

[124] عدلي محمد عبد الكريم المرجع السابق، ص 149.

ثالثا: أثار شروط الثبات التشريعي على عقود الاستثمار

تلعب شروط الثبات التشريعي دورا مهما في حماية و تنظيم الاستثمار، وبالتالي حماية المستثمر الأجنبي من المخاطر أو التغييرات التي يمكن أن تلحق بالعقد، الذي يربطه بالدولة المضيفة [125].

وتحوم حول شروط الثبات التشريعي أراء مختلفة حول الآثار التي تنتج عنها، و نظرا لاحتواء هذه الشروط على مبدأين مختلفين و هما مبدأ سيادة الدولة من جهة، و مبدأ حرية التعاقد و المساواة بين الأطراف في الحقوق و الالتزامات في عقود الدولة في مجال الاستثمار من جهة أخرى، مما أدى إلى بروز ثلاث اتجاهات، إذ يميل الجانب الأول إلى اعتبار أن شروط الثبات التشريعي تتوافق مع إرادة الأطراف، مما ينتج عن ذلك سلب حق الدولة في تعديل تشريعاتها، كما تؤثر سلبا على مبدأ سيادة الدولة في حرية التعاقد، وحسب هذا الرأي الفقهي فإن حق الدولة في التأميم لم يعد أمرا شائكا، بدليل أنه باطل أمام شروط الثبات التشريعي[126].

و الاتجاه الثاني من الفقه الذي يرى عدم توافق شروط الثبات و عدم المساس بالعقد مع سيادة الدولة، فينادي بعدم صحة تلك الشروط، لأن حق الدولة في التعديل الأحادي للعقد غير مهدد إطلاقا أمام شروط الثبات التشريعي، لأنه يمكن للدولة تعويض الطرف الأجنبي إذا أخلت الدولة بالتزاماتها، من الأمثلة حق الدولة في التأميم، أو نزع الملكية لتحقيق المنفعة العامة، أين لا يمكن لشروط الثبات التشريعي أن تشكل قوة ملزمة، بل تكون مثلها مثل بقية شروط العقد[127].

أما بالنسبة للجانب الثالث من الفقهاء فإنهم حاولوا خلق نوع من التوازن بين الحرية التعاقدية و سيادة الدولة، و أساس ذلك التوازن هو مدى صحة شروط الثبات التشريعي، و دائرة تمركز العقد، فإذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون

---

[125] رجراج وهيبة، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 29.

[126] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 176.

[127] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،المرجع نفسه، ص 172.

الوطني فهنا تسري على العقد التعديلات التشريعية التي تسطرها الدولة، و ذلك بأثر مباشر، لاعتبار القانون الوطني يشكل قوة ملزمة، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الدولي، فلا يمكن للدولة إجراء التعديلات التشريعية، فإذا خالفت الدولة تلك الشروط فإنها ستتعرض للمسؤولية[128].

الفرع الثاني

شروط الثبات التشريعي وواقع عقود الاستثمار

سنتطرق هنا إلى تحديد الجدل الفقهي الذي أثارته شروط الثبات التشريعي (أولا)، ومن ثم سنتعرض لتقييم دور تلك الشروط في عقود الاستثمار (ثانيا).

أولا: الجدل الفقهي في إعمال شروط الثبات التشريعي

يدور هذا الجدل الفقهي حول شروط الثبات التشريعي بين اتجاه رافض لتلك الشروط و اتجاه أخر مناصر لها، حيث اعتمد كل جانب بحججه على حدى.

أ-الاتجاه المعارض

يرى أن شروط الثبات التشريعي يمكن أن تولد انعكاسات سلبية على سلطة الدولة في استقطاب رؤوس الأموال الخارجية بسبب ضعف التفاوض[129]، كما أنها تسلب حق الدولة المستمد من القانون الوطني و كذا القانون الدولي اللذان يرجحان المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومن أمثلة الإدانة القضائية لشروط الثبات التشريعي ما قضت به محكمة استئناف باريس في 1936/02/04أن: " **الخضوع لقانون معين يستتبع مبدئيا الخضوع ليس فقط للتشريع القائم بل أيضا لكل تعديل له** "[130]، إضافة إلى تنافي هذه الشروط مع المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص، فبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي فانه يصبح بمثابة عقد

---

[128] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 119.

[129] خباش دليلة و لعرابي سهيلة، شروط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 36.

[130] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 91.

داخلي تسري عليه أحكام القانون الوطني بتطبيق نصوصه والتعديلات التي تطرأ عليه، إضافة إلى انتهاك تلك الشروط لمبدأ سيادة الدولة[131].

ب-الاتجاه المناصر

يدعم هذا الاتجاه صحة شروط الثبات التشريعي، بأن هذه الشروط لا تمس إطلاقا بمبدأ سيادة الدولة، بل تملك الدولة القدرة على تغيير تشريعاتها، إضافة إلى ضمان هذه الشروط لحسن الرابطة التعاقدية بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، كما أن قواعد تنازع القوانين تمنح للأطراف الحرية في اختيار الوقت الملائم للعمل بنصوص القانون أو بالجزء الذي يريدونه، و بهذا تعتبر صحيحة و لا يلزم الأمر البحث عن مدى صحتها في أي نظام قانوني[132].

ثانيا: التقييم العملي لدور شروط الثبات التشريعي

إن الهدف الأساسي من شروط الثبات التشريعي هو الحفاظ على التوازن و حسن الرابطة التعاقدية، و حفظ توقعات الأطراف بإزالة المخاوف من المخاطر التي قد تلحق بمشروعهم الاستثماري نتيجة تدخل الدولة بإدخال تعديلات تشريعية التي قد تطرأ في المستقبل، لكون الدولة تتمتع بمزايا لا يتمتع بها الطرف الخاص[133].

عبّر الدكتور عيبوط محند وعلي عن رأيه حول شروط الثبات التشريعي، إذ قال أنها تمتاز بعدم الفعالية، ذلك لأنه لا يمكن تصور عدم إجراء تعديلات تشريعية في العقود الطويلة المدة، مما قد يلحق الدولة المضيفة بأضرار و خسائر ضخمة، فالظروف الاقتصادية لا تتميز بالاستقرار، و إنما تتغير بتغير سياستها الاقتصادية، فالعقود الدولية بما فيها عقود الاستثمار تعرف تطورا دائما، و يقترح الدكتور أنه بدل الاعتماد على هذه الشروط يمكن الاعتماد على

---

[131] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 394.

[132] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 156.

[133] قصوري رفيقة، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 194.

شروط أخرى تعتبر أنها جديرة بحماية الرابطة التعاقدية و تحقيق التوازن في الحقوق و الالتزامات التعاقدية، مثل شرط الدولة الأولى بالرعاية[134].

المطلب الثاني

شرط اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

إن طبيعة أطراف عقود الاستثمار تضفي على منازعاتها طابعا خاصا، و هذا ما يعيق الموازنة بين مصالح الطرفين، فالدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام تسعى إلى تحقيق خططها التنموية الاقتصادية، و من جهة أخرى نجد الطرف الأجنبي الذي يسعى إلى تحقيق المصالح التي يطمح إليها، و هذا ما يجعل تسوية منازعات عقود الاستثمار لا تتحقق إلا بتوفر وسائل محايدة و فعالة، و هذا ما سنحاول معالجته بواسطة التحكيم التجاري الدولي من خلال تحديد المقصود به(الفرع الأول)، و مبررات اللجوء إليه(الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

من أجل التطرق إلى شرط التحكيم التجاري الدولي لابد من تحديد المقصود منه، وعلى ذلك سوف بتعريفه(أولا)، ثم نبين أنواعه(ثانيا).

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي

يعتبر التحكيم كآلية ووسيلة فعالة لتسوية الخلافات المترتبة عن العقد بناءا على ما اتجهت إليه إرادة الأطراف، حيث انتشر بشكل واسع في مختلف الدول بسبب توسع و ازدهار المعاملات الاقتصادية الدولية[135]، كما يعتبر التحكيم نظام ذو طبيعة مزدوجة قضائية و يرجع ذلك إلى قدرته على معالجة النزاعات بين الأشخاص مع إمكانية التوصل إلى منح الحقوق لذويها في إطار

[134] 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.ص 136-137.

[135] صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012، ص 82.

القانون الواجب التطبيق، و ذو طبيعة تعاقدية لأنه يرتكز على إرادة الأطراف الذين يختارون المحكمين و القانون الواجب التطبيق.

ومهما يكن فالتحكيم هو وسيلة من الوسائل التي تساعد في حل النزاعات بين الأشخاص سواء كانت طبيعية أم اعتبارية بالطرق القانونية و السلمية، فهو نظام حضاري يلجأ إليه الأطراف المتخاصمة لحل مشاكلهم بكيفية سهلة و سريعة، و أقل تكلفة و في سرية تامة[136].

و بما أن التحكيم يتم من خلال إدراج شرط التحكيم، فما يميزه هو أنه يعد من التصرفات الرضائية التي تعتمد على إرادة الأطراف، و بعد أن يتم الاتفاق بين الأطراف على اللجوء للتحكيم فإنه يمكن لأي طرف اللجوء للهيئة التي تم الاتفاق عليها لحل النزاع، و يشترط فقط حصول الخلاف بين الأطراف[137].

ثانيا: أنواع التحكيم التجاري الدولي

تتشابه العقود المبرمة بين الدولة و الطرف المتعاقد معها عن العقود الأخرى المبرمة في إطار التجارة الدولية من حيث النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناجمة عن العقد، و ذلك فيما يخص تفسيره أو تنفيذه، و لكن تختلف الأشكال الخاصة بالتحكيم[138]، فقد يكون تحكيم وطني أو تحكيم أجنبي، كما يمكن أن يكون تحكيم خاص أو تحكيم مؤسساتي.

أ: التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي

يكون التحكيم وطنيا إذا كانت عناصره منتمية إلى دولة واحدة، أما إذا كانت أحد عناصره أجنبيا فيكون التحكيم أجنبيا، ونقصد بهذه العناصر موضوع النزاع و جنسية و محل إقامة الأطراف و جنسية المحكمين و مكان التحكيم و القانون المطبق لحل النزاع و غيرها من العناصر الأخرى، و تتلخص أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي في ثلاث

---

[136] بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003، ص 10.

[137] شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 111.

[138] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 261.

معايير، جغرافي يتعلق بمكان التحكيم ، قانوني يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، و اقتصادي يتعلق بارتباط العقد بموضوع النزاع[139].

و هناك عدة أسباب للتمييز بين التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي، أولها رغبة المتحاكمين بعدم تدخل المحكمة الوطنية بإجراءات التحكيم، و السبب الآخر هو رفض التحكيم في حالة وجود الدولة أو أحد أشخاص القطاع العام طرفا فيه إلا إذا كان تحكيما دوليا و في مجالات معينة، و من أهم هذه الأسباب أن التحكيم الدولي يجمع غالبا في طياته جنسيات و نظما قانونية و مبادئ مختلفة و يجب على أعضاء المحكمة التحكيمية أخذها بعين الاعتبار، و أخرها يتعلق بالطرق المختلفة لتنفيذ أحكام المحكمين، حيث أن قرارات التحكيم الداخلية تكتسب صيغة التنفيذ بطرق وعلى أسس قانونية مختلفة عن تلك القرارات الدولية[140].

ب: التحكيم الخاص و التحكيم المؤسساتي

يقصد بالتحكيم الحر ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم، كما يتولون في نفس الوقت تحديد الإجراءات و القواعد التي تطبق بشأنه، بتحديدها مباشرة أو بالإحالة إلى المصادر التي تستسقى منها، و ما يميز التحكيم الخاص هو أنه يحقق أكبر قدر من السرية، كما يتميز بأقل تكلفة و أكثر سرعة في فض النزاع القائم، بالإضافة إلى أن المحتكمين يعرفون المحكم معرفة كافية توفر لهم الثقة في حياده، فيقول الأغلبية في هذا الشأن بأن المحكم في هذا النوع من التحكيم يكون مستقلا في عمله أي أنه لا يخضع لضغوط الدول الكبرى، على عكس التحكيم المؤسساتي[141].

و يرمي التحكيم المؤسساتي إلى اتفاق الأطراف صراحة على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، و يكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينهما أو في مشارطة التحكيم التي تستقل عن العقد، و بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل فعالية لحسم منازعات

---

[139] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 176.

[140] موسى خليل متري،" التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول(المثال السوري)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد الأول، دمشق، 2010، ص22.

[141] بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2011، ص28.

التجارة الدولية و الاستثمار، فبالتالي ازدادت عدد مؤسسات التحكيم، و التي نجد منها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن IDRIC، و محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريسICC، و المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA ، و غيرها من مؤسسات التحكيم الدائمة[142].

الفرع الثاني

مبررات اللجوء إلى التحكيم

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، حيث يفضل أطراف هذه الأخيرة اللجوء إليه ويرجع ذلك إلى عدة أسباب نجد منها أسباب عامة (أولا)، كما نجد أيضا أسباب أو دوافع خاصة(ثانيا).

أولا: الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار

هناك عدة أسباب فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تثور في عقود الاستثمار نذكر منها:

أ: عجز الوسائل غير القضائية ما عدا التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار

تتميز الوساطة والتوفيق و الخبرة الفنية و غيرها من الوسائل غير القضائية عن الوسائل القضائية بعدم الزاميتها للأطراف عكس هذه الأخيرة، ولكن ما يعيب عن الوسائل غير القضائية أو الودية هو عجزها من إصدار قرار ملزم للأطراف، وبالتالي تفشل في تحقيق غرضها المنشود و يجد الطرف نفسه في خسارة للوقت و المال، فعجز هذه الوسائل عن إضفاء الطابع الإلزامي، و تجردها من الفعالية دون رضى الأطراف، الذين يعتبرون أحرار في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات التي يصدرها الموفق أو الوسيط، فهذا ما يجعلها لا تضاهي أحكام القضاء التحكيمي، ولهذا وضعت كبدائل يمكن إدماجها مع القضاء و التحكيم[143].

---

[142] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص.ص 33-34.

[143] عدلي عبد الكريم، المرجع السابق، ص185.

ب: مزايا التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يتميز التحكيم بعدة مزايا تجعل من الأشخاص يفضلون اللجوء إليه من أجل حل نزاعاتها، من بين أهم هذه المزايا نجد السرعة و السرية و الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص، و فيما يخص اختيار المحكمين فيجب أن تتوفر فيهم مؤهلات تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لأطراف عقود الاستثمار من أجل حل المشاكل التي تثيرها هذه الأخيرة، والتي يمكن أن تتعلق بأحكام القانون الدولي العام أو بأحكام القانون الدولي الخاص، لذلك يجب أن تضم هيئة التحكيم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانونين، كما يتطلب الأمر في بعض الأحيان تدخل خبير من أجل حل المشاكل الفنية البالغة التعقيد[144].

ثانيا: الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الاستثمار

على غرار الأسباب العامة للجوء إلى التحكيم، هناك أيضا دوافع خاصة يشترط فيها المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم، و المتمثلة فيما يلي:

أ: انعدام ثقة المتعاقد مع الدولة بحياد قضائها

بما أن الدولة طرف في العقد فسوف يخلق هذا خلل في التوازن الاقتصادي للعقد، فالدولة تتمتع بخاصية السيادة التي يمكن بها أيضا الإخلال بحياد السلطة القضائية الوطنية، فكيفما كان حياد القضاء الوطني للدولة المضيفة، لكنه غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها، فهنا يتعلق الأمر بعقد يتصل بالمصالح الاقتصادية و الاجتماعية للدولة، و هذا سيؤدي إلى سلب الاختصاص من القضاء الوطني و إعطائه لقضاء أكثر نزاهة وحياد هو التحكيم[145].

[144] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، 39-40.

[145] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 192.

ب: خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

تفضل الدولة استبعاد اللجوء إلى التحكيم وذلك لما تتمتع به من حصانة قضائية فتقوم بعرقلة عملية التحكيم، فالسيادة التي تتمتع بها تمنحها تلك الحصانة في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، و ذلك بإخضاع منازعاتها لغير قضاء تلك الدول أو لأي قضاء تحكيمي[146].

وحتى مع تقييد الاتجاه الحديث للحصانة القضائية فالدولة تبقى تتمتع بها، ففي حالة رفع دعوى من طرف مشروع أجنبي أمام القضاء الوطني لدولة أخرى فإنه سيبقى يواجه ما يخشاه، و هذا ما يؤدي في النهاية إلى إهدار حقوقه احتراما لحصانة الدولة، وعليه تحرص الأشخاص الأجنبية مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تفاديا للأخطار الناجمة عند تعاقدها مع الدولة التي تتمتع بسيادة و حصانة قضائية تهدر حياد القضاء الوطني، وهذا ما جعل المتعاقد مع الدولة لا يبرم العقد إلا بوجود شرط التحكيم[147].

ج: الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار

تتمتع عقود الاستثمار بطبيعة خاصة تظهر في طبيعة أطرافها، من جهة الدولة ومن جهة المستثمر الأجنبي، و العملية محل العقد، بمشروع ضخم حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق وقتا طويلا لتنفيذه و يتكلف الكثير من الأموال، كما تتشابك العلاقات الناشئة عنه و هذا ما يستلزم خبرات فنية عالية، ومع هذه الخصوصية التي تتمتع بها نجد الضرورة إلى تطبيق التحكيم على منازعات الاستثمار[148].

---

[146] بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار، المرجع السابق، ص 63-64.

[147] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 194-195.

[148] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 18.

خاتمة الفصل:

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار المبرمة في إطار القانون الدولي ذو أهمية كبيرة، نظرا لما قد ينتج عن تضارب المصالح بين الاطراف المتعاقدة العديد من النزاعات التي لا يمكن حلها إلا بموجب القانون الذي انصرفت إليه إرادة الأطراف ليحكم العقد.

إن عدم الاستقرار التشريعي للدولة المضيفة قد ينجم عنه تضرر مصالح المستثمر الأجنبي و تهديد نجاح مشاريعي الاستثمارية، لهذا تطمئن المستثمر الأجنبي بموجب شروط الثبات التشريعي، بأن تلتزم بعدم الحاق اي تعديلات تشريعية أو اصدار تشريعات جديدة، التي من شأنها ان تضر به، لكن في حالة ما إذا كانت تلك التعديلات أو النصوص القانونية الجديدة في صالح المستثمر الاجنبي، يمكنه الاستفادة منها، لكن عليه أن يطلب ذلك.

نظرا للطبيعة الخاصة التي تمتاز بها عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص،يعتبر التحكيم التجاري الدولي وسيلة فعالة لحسم المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة، ذلك لأنه يمتاز بالسرعة و السرية في الفصل في النزاع، على خلاف الوسائل غير القضائية الأخرى كالصلح و التوفيق و الوساطة التي تعتبر مضيعة للوقت و إسراف للمال، كما أن المستثمر الأجنبي لا يطمئن لقضاء الدولة المضيفة، فهي تتمتع بامتيازات السلطة العامة و الحصانة القضائية المعترف بها في اطار القانون الدولي العام.

خاتمة

يتضح مما سبق أن عقود الاستثمار تحتل أهمية كبيرة بالنسبة للدولة و الأفراد، كما أنها تشكل موضوع اهتمام رجال القانون و الاقتصاد و السياسة، ذلك لأنها تمتد إلى النواحي القانونية و الاقتصادية و السياسية، فيؤثر فيها و يتأثر بها، و بما أنه يعد تحسين القوانين الداخلية و توفير الفرص الاقتصادية و الانفتاح السياسي للدولة على العالم عوامل جاذبة للاستثمارات من داخل الدولة و خارجها، و لما كان تدفق رؤوس الأموال الأجنبية على محيط الدولة يؤدي إلى تغذية الاقتصاد الوطني، فإن الاستثمار الأجنبي يتفوق من هذه الناحية على الاستثمار الداخلي، مما يقتضي توفير الضمانات اللازمة و مناخ استثماري ملائم لإقامة المشاريع الاستثمارية بتشجيع الاستثمار الأجنبي.

باعتبار عقود الاستثمار تتطلب استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية يستوجب ذلك تدويل علاقات الاستثمار و منازعاتها، عن طريق تحريرها من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار و محاكمها و العبرة بدولية الاستثمار تكون بالنظر لأجنبية رأس المال لا بالنظر لجنسية مالكه، و قد أكدت على ذلك القواعد التي تحكم الاستثمار.

يعد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من أهم الآليات التعاقدية المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، و ذلك 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 على العقد، الذي يهدف إلى حماية مصالح الأطراف المتعاقدة تجنبا 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، يلجا إلى الحد من تطبيقه بإدماجه في العقد و جعله يلعب دورا احتياطيا، و هو الأمر الذي يبين تضارب مصالح الأطراف في تحديده، و هذا ما أدى إلى ظهور اتجاهات مختلفة لتجديده، تقضي إما بتطبيق القانون الوطني لعقود الدولة في مجال الاستثمار في النظام القانوني للدول المضيفة، أو تحريرها منها بتطبيق القانون الدولي في النظام القانوني الدولي.

وباعتبار شرط الثبات التشريعي من الأمور التي ينبغي على الدولة المضيفة احترامها، و ذلك بالتزامها بعدم تعديل قوانينها ذات الصلة بالاستثمار خلال الفترة المعنية بالنشاط الاستثماري، التي تهدف إلى تثبيت قانون الدولة سواء كله أو جزء معين منه، و لفترة زمنية محدودة لتفادي تعديل العقد و إنهائه بالإرادة المنفردة للدولة المتعاقدة، الأمر الذي يضر بحقوق و مصالح المستثمر الأجنبي، طالما كان التزام الدولة هو من بين الدوافع للاستثمار فهذا الشرط يعزز احد مبادئ القانون الدولي الخاص و هو احترام توقعات الأفراد في مجال العقود و الأمن القانوني، و لكن إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار لا يعد عائقا أمام الدولة المتعاقدة في تعديل العقد و إلغائه، و تحقيقا للمصلحة العامة، فالدولة تتمتع بسلطان السيادة و هذا ما يلق الضرر بالمستثمر الأجنبي.

كما تتضمن معظم عقود الاستثمار على شرط التحكيم، فنجد في بنودها ما يحيل سلطة الفصل في منازعاتها إلى قضاء التحكيم، و يعود ذلك إلى المزايا التي يتوفر عليها من سرعة و سرية و التخصص المهني و الفني بالإضافة إلى توفر الحياد في قضاء التحكيم، الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي يميل إلى تطبيقه لأنه يحقق له التوازن العقدي بين مستوى طرفي هذه العقود وتشجيعا له للتعاقد مع هذه الدولة، و ما يتضح لنا هو أن التحكيم يعتبر من الوسائل المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار و يرجع ذلك إلى التغيرات الحاصلة في هذا العصر.

و من أجل خلق نوع من التوازن القانوني و الاقتصادي بين التباين الحاصل في التشريعات المختلفة، و بين صراع المصالح الاقتصادية، الذي يولد العديد من الاتجاهات الفقهية المتعارضة و الغير مبررة أحيانا، يجب البحث في معالم نظام عقود الاستثمار التي تتأسس بنظام خاص يحتوي على بعد دولي.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية.

1-الكتب:

1- أحمد عبد الحميد عشوش و عمر أبو بكر باخشب، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في دول مجلس التعاون الخليجي، (دراسة مقارنة مع الاهتمام بالاتفاقيات و نظم البترول بالمملكة العربية السعودية)، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 1990.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

3- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

5- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية(تحديد ماهيتها و النظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

6- حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومه، الجزائر، 2003.

7- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول(دراسة متعمقة تتضمن عرضا تفصيليا لموقف الفقه و القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية و أحكام محاكم التحكيم و خاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات و موضوع النزاع)، دار النهضة العربية، مصر، 2004.

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

9- صلاح الدين جمال الدين، التحكيم و تنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

10- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، الجزء الأول، ط 2، دار هومه، الجزائر، 2007.

11- عوض الله شيبه الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشات الصناعية بين الدول و الشركات الأجنبية الخاصة،جامعة أسيوط، مصر، 1992.

12- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانها-إثباتها-حمايتها-التوقيع الالكتروني- القانون الواجب التطبيق)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

13-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 2000.

14- هوشيار معروف كاكا مولا، الاستثمارات و الأسواق المالية، دار الصفاء للطباعة و النشر و التوزيع، عمان، 2003.

15- وهيب خالد الراوي، الاستثمار(مفاهيم- تحليل- إستراتجية)، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، 1999.

2- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أ- الرسائل الجامعية:

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

2- شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2009 .

3- صلاح الدين جمال الدين محمد عبد الرحمن، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا دراسة في إطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، 1993.

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

5-علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، مصر،1998.

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

7- قبايلي الطيب، 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.

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

9- منصوري الزين، آليات تشجيع وترقية الاستثمار كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية، أطروحة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، تخصص نقود و مالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير،جامعة الجزائر، الجزائر، 2006.

ب- المذكرات الجامعية:

1- بر الله أمال، الاستثمار الأجنبي المباشر بين الواقع و الطموح (دراسة خاصة بالدول العربية خلال التسعينات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر،2001.

2- بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003.

3- بقة حسان، الأمن القانوني للاستثمار في الجزائر عن طريق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2010.

4- بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري و إدارة عامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 .

5- خليفة لخميسي، الاستثمار الأجنبي المباشر و دوره في التنمية الاقتصادية حالة المحروقات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002.

6- خير قدور، الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر بين الإصلاح و الواقع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع التحليل الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2003.

7- رجراج وهيبة، الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

8- 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.

9- شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكر ماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.

10- صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و القانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.

11- فتح الله عوض بن خيال، التحكيم في عقود الدولة مذكرة لنيل شهادة الماجستير، معهد البحوث و الدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، مصر، 2002.

12- مصباح بلقاسم، أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر و دوره في التنمية المستدامة (حالة الجزائر)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، تخصص نقود و مالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006.

ج- مذكرات ماستر:

1- حيدره صوفيان و جلواح سليم، حماية الاستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

2- خباش دليلة و لعرابي سهيلة، شروط الاستقرار التشريعي كآلية لضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

3- عقون ناصر، أزرار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

3-المقالات:

1-حاتم فارس الطعان، "الاستثمار أهدافه و دوافعه"، مقال منشور على موقع: www.jias.net في تاريخ: 2009/04/15.

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

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

4-محمود فياض، "دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات و إشكالات التطبيق"، المؤتمر السنوي الحادي و العشرين حول "الطاقة بين القانون و الاقتصاد"، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 20 و 21 ماي 2013، ص 622، منشور على موقع:

http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf21/arabic_research.asp

5- موسى خليل متري،" التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول(المثال السوري)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد الأول، دمشق، 2010.

4-النصوص القانونية:

أ-الاتفاقيات:

1- اتفاقيات مصادق عليها:

مرسوم رئاسي رقم 96-346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 5 نوفمبر 1995.

2-اتفاقية غير مصادق عليها:

اتفاقية روما الصادرة في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

3-اتفاقيات الاستثمار:

1-اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار القائمة لحساب الدولة الجزائرية و الشركة الجزائرية للإسمنت، مؤرخة في 30 أكتوبر 2003، ج ر عدد 72 صادر في 13 نوفمبر، 2003.

2- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية للاستثمار و أقواس سكيكدة، ج ر عدد 07 صادر في 28 جانفي 2007.

3- اتفاقية الاستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار و كهرما، ج ر عدد 07 صادر في 28 جانفي 2007.

ب- النصوص التشريعية:

1- قانون رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 لسنة 1975، الصادر في 26-09-1975، معدل و متمم إلى غاية القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13-05-2007، ج ر عدد 31، صادر في 13-05-2007.

2- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر1429 ، الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد 21 ، صادرة في 23 أفريل 2008.

3- الأمر رقم 03/01، مؤرخ في 20 غشت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 24، سنة 2001 معدل و متمم بموجب الأمر رقم 08/06، مؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47 الصادرة في 19 جويلية 2006.

ج- النصوص التنظيمية:

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

ثانيا: باللغة الفرنسية:

A-Ouvrages :

1-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3éme édition, Vuibert, Paris, France, 2007 .

2-JEAN-MICHEL Jacquet, Le contrat international, 2eme édition, Dalloz, Paris, 1999.

B-Mémoire :

1-HAFHOUF Mourad, la protection des investissements en Algérie, mémoire en vue d'obtention de master en droit privé et sciences criminelles, faculté international de droit comparé des Etats francophones, université de perpignan, 2007.

2-YAHIAOUI Ammar, Le capital investissement en Algérie (Etats des lieux et des contraintes), mémoire en vue de l'obtention de diplôme du magister en Sciences Economiques, option Management des entreprises, université de Mouloud MAAMMERI, TIZI OUZOU, 2011.

الفهرس

فهرس المحتويات

مقدمة 2

الفصل الأول: ضوابط تحديد عقود الاستثمار 8

المبحث الأول: أطراف عقود الاستثمار و موضوعها 13

المطلب الأول: أطراف عقود الاستثمار 13

الفرع الأول : الدولة كطرف في عقود الاستثمار 14

أولا :المعيار القانوني.....15

ثانيا :المعيار الاقتصادي 16

الفرع الثاني : المستثمر الأجنبي كطرف في عقود الاستثمار: 16

أولا:الشخص الطبيعي الأجنبي.....17

ثانيا: الشخص الاعتباري الأجنبي.....18

المطلب الثاني: موضوع عقود الاستثمار 19

الفرع الأول : تحديد موضوع عقود الاستثمار 20

الفرع الثاني: أهداف موضوع عقود الاستثمار 21

المبحث الثاني: تصنيف عقود الاستثمار و مدى اعتبارها من عقود الدولة 24

المطلب الأول: نماذج عقود الاستثمار 25

الفرع الأول : عقود البحث و استغلال البترول..... 25

أولا : عقود الامتياز 26

ثانيا: عقود المشاركة 27

ثالثا: عقود المقاولة.....28

الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي.....29

أولا عقود نقل التكنولوجيا 29

ثانيا: عقود المساعدة الفنية 30

ثالثا: عقود تسليم المفتاح 30

رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد.....32

الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية.....34

المطلب الثاني: عقود الاستثمار كنموذج لعقود الدولة 35

الفرع الأول: مدى اعتبار كل عقد استثمار عقد دولة.....35

الفرع الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار.....37

أولا: المعيار القانوني.....37

ثانيا: المعيار الاقتصادي 38

ثالثا: المعيار المختلط 38

الفصل الثاني:عقود الاستثمار بين تحديد القانون الواجب التطبيق و الشروط المميزة..... 39

المبحث الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار 41

المطلب الأول: دور المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق 41

الفرع الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار 42

أولا: تعريف مبدأ الإرادة 42

ثانيا: صور مبدأ الإرادة 43

أ- اختيار صريح 43

ب- اختيار ضمني 44

الفرع الثاني: قيود اختصاص مبدأ الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار 45

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

ثانيا: اندماج قانون الإرادة في العقد 46

ثالثا: الدور الاحتياطي لقانون الإرادة..... 46

المطلب الثاني: سلطة المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة.....47

الفرع الأول: دور المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين الحرية و التقييد.....47

أولا: التزام المحكمين بتحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد التنازع 48

ثانيا: حرية المحكمين في التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق 49

الفرع الثاني: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد 49

أولا: منهج الإسناد الجامد 50

ثانيا: منهج الإسناد المرن 50

ثالثا: منهج الأداء المميز 51

المبحث الثاني: الشروط المميزة لعقود الاستثمار 53

المطلب الأول: تكريس شرط الثبات التشريعي في مجال عقود الاستثمار 53

الفرع الأول: التكييف القانوني لشروط الثبات التشريعي.....53
أولا: تحديد المقصود بشروط الثبات التشريعي 54
أ- تعريف شروط الثبات.....54
ب- الصور المختلفة لشروط الثبات.....54
ثانيا: طبيعة شروط الثبات التشريعي 56
ثالثا: أثار شروط الثبات التشريعي على عقود الاستثمار.....57
الفرع الثاني: شروط الثبات التشريعي وواقع عقود الاستثمار 58
أولا: الجدل الفقهي في إعمال شروط الثبات التشريعي.....58
أ- الاتجاه المناصر 58
ب- الاتجاه المعارض..... 59
ثانيا: التقييم العملي لدور شروط الثبات في عقود الاستثمار 59
المطلب الثاني: شرط اللجوء إلى التحكيم 60
الفرع الأول: المقصود بالتحكيم التجاري الدولي 60
أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي.....60
ثانيا: أنواع التحكيم التجاري الدولي 61
أ-التحكيم الوطني و التحكيم الأجنبي 61
ب-التحكيم الخاص و التحكيم المؤسساتي.....62
الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم 63

أولا: الأسباب العامة للجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار 63

أ- عجز الوسائل غير القضائية في حسم منازعات عقود الاستثمار.....63

ب- آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار 64

ثانيا: الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الاستثمار 64

أ-انعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائه.....64

ب-خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية 65

ج- الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار.....65

خاتمة 67

قائمة المراجع 70

فهرس المحتويات 78

الملخص بالغة العربية:

تعتبر عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة لتنمية اقتصاد الدول التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدول المضيفة للاستثمار و المستثمر الأجنبي، و تنتمي هذه العقود إلى طائفة عقود الدولة المبرمة في هذا المجال لكنها تختلف عنها، و يتضح ذلك في تحديد الضوابط المحددة لهذه العقود.

كما أن الطبيعة الغير متجانسة لأطراف هذه العقود تلزم عليهم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم تجنبا لأي خلاف، و الذي يحدد غالبا من طرف المتعاقدين أو المحكمين.

بالإضافة إلى الشروط المتوفرة لدى جميع العقود نجد الشروط المميزة لعقود الاستثمار و المتمثلة في الشرط المحدد للاختصاص التشريعي و هو شرط الثبات التشريعي، وكذا الشرط المستبعد للاختصاص القضائي للفصل في منازعات هذه العقود و هو شرط التحكيم.

Résumé en français:

Les contrats d'investissement sont l'un des ressources les plus efficaces pour le développement de l'économie des États qui visent à encourager l'investissement étranger conclus entre l'Etat hôte de l'investissement et l'investisseur étranger. Ce type de contrat rejoint les contrats d'Etat conclus dans ce domaine, qui se différent de cette dernière quand on revient aux normes déterminatives de ces contrats.

Par ailleurs, la nature non homogène des parties aux contrats d'investissement les obligent a déterminer la loi applicable sur le contrat pour éviter tout conflit et qui est souvent définit par les parties contractants ou les arbitres.

Outre, ces conditions qui se trouvent dans tout les actes, il y'a des conditions spécifiques aux contrats d'investissement, et qui sont les conditions de nature à restreindre la compétence législative dite clause de stabilisation législative et la clause d'arbitrage qui exclus la compétence judiciaire qui a la compétence de trancher dans ses litiges.