جامعة عبد الرحمان ميرة _بجاية_
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم قانون الأعمال

# عقود الإستثمار بين فكرتي التوطين والتدويل

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون العام للأعمال

إعداد الطلبة:
-براش خليجة
-عزون منيرة

تحت إشراف الأستاذة:
-بلاش ليندة

لجنة المناقشة

- الأستاذ: بلول أعمر.....رئيسا
- الأستاذة: بلاش ليندة.....مشرفا ومقررا
- الأستاذ :مخالفة كريم.....ممتحنا

السنة الجامعية 2015/2014

# بسم الله الرحمن الرحيم

# شكر وتقدير

وقبل أن نرفع القلم الحمد والشكر لله سبحانه وتعالي الذي أعاننا علي انجاز هذا العمل المتواضع.

نتقدم بالشكر وخالص الأمتنان الى أستاذتنا المشرفة بلاش ليندة لاشرافها على هذا العمل المتواضع ، وعلى متابعتها اياه بالتصويب مع حثها المستمر لنا على مواصلة البحث وبذل الجهد من أجل انجاز هذه المذكرة .

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

خليجة ومنيرة

# إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا و لم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا أما بعد

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من لم يخلق لهما مثيلا أمي و أبي العزيزين حفضهما الله لي، سهرا و تعبا على تعليمي

إلى إخوتي و أخواتي الذين كانوا لي السند المعنوي

إلى رفيق دربي و شريك حياتي زوجي جعفر و عائلته المحترمة

إلى زميلتي منيرة

إلى كل الاصدقاء و الأحباب دون استثناء

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

على إتمام هذا العمل

و في الاخير أرجو من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفيدمنه جميع الطلبة

خليجة

# إهداء

إلى من قال فيهما الله سبحانه و تعالى " وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا" سورة الاسراء الآية23

فأهدي عملي هذا إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما و الى من كافحا و ناضلا معي ، وهما لا يشعران وإلى ينبوع الحنان و التضحية أمي الغالية وأبي العزيز ، أطال الله في عمرهم

وإلى الشمعة التى أنارت بيتنا أخي الصغير ماسيلاس حفضه الله و أنار دربه بالعلم و الايمان

و إلى الذي كان مصدر قوتي و دافعي زوجي" لونيس" الذي قدم لي كل المساعدة و إلى كل عائلته المحترمة

وإلى كل أخواتي نسيمة و زوجها أحمد وملاكهما الصغيرمياس حفضه الله لهما و إلى ليندة و جدتي الغالية و كل العائلة .

و إلى زميتتي خليجة

وإلى صديقاتي ليندة و عائلتها و خطيبها، زوليخة،صباح

و إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في اعداد هذه المذكرة

و شكرا.

منيرة

# مقدمة

يعتبر الإستثمار ضرورة إقتصادية ملحّة خاصة بالنسبة للدول النامية التي تعتبره الأداة الأساسية للحصول على التكنولوجية والمهارات والخبرات التنظيمية والإدارية، وكذا رؤوس الأموال الضخمة لتأمين مختلف المشاريع الإقتصادية.

فإذا كانت الدول المتطورة بصفتها المالكة رؤوس الأموال الضخمة وكذا مختلف التكنولوجيات الحديثة فهي بذلك لا تجد أي إشكال للإستمرار في التقدم دائمًا، فإنه بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو فهي تفتقر إلى رؤوس الأموال اللازمة لها، حتى و إن توفرت هذه الأموال فهي تفتقر إلى التكنولوجية الحديثة التي تبقى دائمًا حكرا على الدول المتقدمة وهذا يفرض عليها اللجوء إلى جذب الإستثمارات الأجنبية لمواجهة المشاكل والصعوبات التي تواجهها في المجال الاقتصادي[1].

لذلك يعتبر الإستثمار الأجنبي الوسيلة الوحيدة لتحقيق التنمية الإقتصادية و الإجتماعية في الدول النامية[2]، مما يجعل هذه الأخيرة تلجأ إلى إبرام إتفاقيات أو عقود الإستثمار مع المستثمرين الأجانب[3]، و هي عقود ترتبط إرتباطا وثيقا بخططها للتنمية الإقتصادية كما تحرص هذه الدول على مراقبة وفرض بعض الشروط المتعلقة بالمصلحة العامة للمجتمع هذا من جانب، ومن جانب آخر تمثل أداة استقرار وأمان للمستثمر الأجنبي سواء من حيث ما تمنح له من حقوق أو ما تحتويه من ضمانات وامتيازات[4].

---

[1]– عقون ناصر، أزرار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الإستثمار، مذكرة ماستر في الحقوق، فرع قانون الإقتصادي وقانون الأعمال، جامعة بجاية، 2013، ص 07.

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

[3]– معيفي العزيز، الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار كآلية جديدة لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006، ص 89.

[4]– اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار (التجربة الجزائرية نموذجًا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 278.

لقد عرف أحد رجال القانون الاستثمار بأنّه: "عمل أو تصرف لمدّة معينة من أجل تطوير نشاط اقتصادي سواء كان هذا العمل في شكل أموال مادية أو غير مادية أو في شكل قروض"[1]. وكما عرّفه الأستاذ قيتين "GUITTON" على أنّ : "الاستثمار هو تزايد مكونات الطاقات المتاحة أي هو تقبل تضحية الحاضر لتحسين المستقبل "[2].

وأمّا التعريف الإتفاقي للاستثمار فقد ورد في اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي بأنه "استخدام رأسمال في أحد المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي"[3].

وتعرف العملية الاستثمارية أيضا على أنها: "إنتقال رؤوس الأموال و الخبرات الفنية والإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة المستثمر تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن وتتمثل في إحداث إضافة إقتصادية تضاف للثروة القومية"[4].

أما عقود الاستثمار فهي الأداة الشائعة التي تنفذ بها عمليات الإستثمار بين الدول والمشروعات الأجنبية، لأنها تعبر عن الإرادة المشتركة لأطرافها من جهة، ويسمح لهم بإشباع حاجاتهم وفقا لم تقتضيه مصالحهم من جهة ثانية .

رغم تباين التعريفات إلا أنها تشترك في إعتبار الإستثمار الأجنبي تحرك رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى يقوم به شخص طبيعي أو معنوي في بلد غير بلده باستخدام جهوده وأمواله في إنشاء مشروع إقتصادي بمفرده أو بالإشتراك في مشروع محلي أو أجنبي قائم فعلا أو في صورة

---

[1]– نقلا عن:

- MILOUD Boubaker, investissement et stratégies de développements, 1998, p 3

[2]– نقلا عن :

–MILOUD Boubaker, Investissement et stratégies de développements, op –cit , p3.

[3]– نقلا عن مرازقة آسيا، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص ص 1 – 2.

[4]–د/ صفوات أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 15.

الإشتراك مع الدولة أو مواطنيها في إنشاء مشروع مشترك، و الشخص المعنوي عادة ما يكون في شكل شركة وليدة أو تابعة لشخص أجنبي [1].

و إذا كان الأصل طبقا لما هو متعارف عليه هو خضوع عقد الإستثمار الدولي لقانون الإرادة أي للقانون الذي يتفق عليه الأطراف، إلا أن تضارب مصالح هؤلاء قد تؤدي إلى إختلاف موقف كل طرف، إذ و بينما تسعى الدولة إلى إخضاع العقد لقانونها، طالما أن هدفها هو تحقيق التنمية الإقتصادية ، فإن المستثمر الأجنبي قد يرى في ذلك إضرارا بمصالحه، و أن تحقيق هذه الأخيرة لن يكون إلا في ظل الإبتعاد عن قانون الدولة و تدويل النظام القانوني لعقود الإستثمار، لا سيما في ظل معانات منهج التنازع الذي يحيل إلى القانون الوطني من أزمة حقيقية في ظل الأوضاع الإقتصادية العالمية الجديدة [2].

وعليه فإن الموضوع يواجه إشكالية أساسية تتمثل في التساؤل عن النظام القانوني لهذا النوع من العقود في ظل إختلال التوازن بين أطرافها ؟

و لبلوغ أهداف البحث وصولا إلى حل الإشكالية إعتمدنا مجموعة من المناهج اقتضتها طبيعة الموضوع ، فإعتمدنا المنهج التحليلي الذي يمكننا من الوقوف على مختلف النصوص القانونية الناظمة للموضوع، و المنهج الوصفي من خلال إدراج بعض التعاريف كلما إقتضت الحاجة .

وعلى ضوء أهمية الموضوع وما تقتضيه الإشكالية المثارة بشأنه، ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف جوانبه إعتمدنا خطة ثنائية وذلك بتقسيمنا البحث إلى فصلين (الفصل الأول) توطين عقود الإستثمار أما (الفصل الثاني) فقد خصصناه لتدويل عقود الإستثمار.

---

[1]– د/ أسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون واجب التطبيق (حل التنازع) في منازعة عقود الإستثمار الأجنبي– القانون السوداني والقانون الإماراتي، نموذجا– ص 1218، مقال متوفر على الموقع : **http://slconf.uaeu.ac.ae**

[2]– فوزي قدور نعيمي، مضفر جابر الراوي، " النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل التغيرات الاقتصادية العلمية الجديدة"، **مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية،** المجلد 3، عدد 10، د س، ص ص 1– 2.

# الفصل الأول

## توطين عقود الإستثمار

يعتبر خضوع عقود الإستثمار للقوانين الوطنية هو الأصل الذي إعتمد وتأكد في القانون الدولي وكذلك من خلال الهيئات الدولية[1].

فبالنظر إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، كل عقد يبرم بين دولة وشخص أجنبي يحكمه القانون الوطني لتلك الدولة[2]، وهذا ما أكده معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في 1929 بأثينا الذي أشار في توصيته إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، لأن عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد يعتبر بمثابة وجود قرينة على الإختيار الضمني لقانون الدولة المتعاقدة[3].

إتّجهت العديد من الدول وخاصة الدول النامية منها في تشريعاتها بعد الحركة التحررية التي عرفتها وحصولها على استقلالها إلى إبرام العديد من العقود، أشارت فيها صراحة إلى تطبيق قانونها الوطني، خاصة مع تغير الظروف السياسية للعديد من هذه الدول المبرمة لعقود الإستثمار وتحوّل مركزها القانوني من دولة مُستَعمَرَة إلى دول ذات سيادة، مما جعلها تتمسك بقانونها الوطني، لتأكيد سيادتها، لأن تطبيق قانونها الوطني يعتبر رمزا لسيادتها.

وتطبيق القانون الداخلي للدول المستقبلة للإستثمار يكون بناءًا على عدّة أسس قانونية منها وغير قانونية (مبحث أوّل) إلاّ أن المستثمر الأجنبي المالك للتكنولوجيا غالبًا ما يفرض شروطا في العقد تمنح له إمتيازات من الدولة المتعاقدة مما يحدّ من سيادتها وتطبيق قانونها الوطني، حيث قدر يفرض المستثمر الأجنبي تطبيق القوانين الوطنية للدولة المتعاقدة بحجة عدم ملائمتها (مبحث ثاني).

[1]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 12.

[2]-BEDJAOUI Mehamed, Droit international bilan et perspectives, Tom 2, A. pedone, paris, 1991, p 723.

[3]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص 12.

## المبحث الأوّل

## أسس توطين عقود الإستثمار

تم تكريس خضوع عقود الدولة في مجال الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة في مختلف التشريعات الوطنية للدول خاصة الدول النامية وذلك إستنادًا إلى عدّة أسس[1].

فقد يكون خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني إستنادًا إلى أسس قانونية، فتعتبر هذه العقود على أنّها عقود إدارية تخضع لمختلف سلطات الدولة الداخلية، أو استنادًا إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة، وكما يكون تطبيق القانون الوطني إستنادًا إلى أسس غير قانونية خاصة تلك المتعلقة بالسيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية إلى جانب السياسة التنموية المتبعة من طرف هذه الدول التي تسعى إلى تكييف عقود الاستثمار وفق قانونها الوطني لتحقيق تنميتها (مطلب أوّل) وقد يطبق القانون الوطني على عقود الاستثمار بناءًا على إرادة الأطراف (مطلب ثاني).

### المطلب الأوّل

### الأسس القانونية وغير القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة

يجد تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار أساسه القانوني في تكييفها على أنّها عقود إدارية لكون أحد أطرافها دولة ذات سلطة وسيادة، بالإضافة إلى إعمال المعاهدات الدولية (فرع أوّل).

تسعى الدول النامية لدعم تطبيق قوانينها الوطنية على الاستثمارات الأجنبية استنادًا إلى أسس إقتصادية متعلقة أساسًا بمبدأ سيادتها على ثرواتها وعلى أساس السياسة التي تنتهجها بهدف التنمية (فرع ثاني).

[1]– عقون ناصر، أزرار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص 39.

## الفرع الأوّل

## الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة

يطبق القانون الوطني على عقود الاستثمار بناءًا على أسس قانونية وهذا باعتبار أنها عقود إدارية هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يطبق القانون الوطني بناءًا على المعاهدات الدولية.

**أوّلاً: توطين عقود الاستثمار بناءًا على تكييفها عقود إدارية**

يكون القانون واجب التطبيق هو القانون الإداري للدولة المضيفة الذي يتم فيه تنفيذ المشروع الإستثماري، لتكيفها على أنّها عقود إدارية إسنادًا إلى فكرة السيادة التي تسعى الدول المستقلة حديثا إلى فرضها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها وتجسيدًا لمبدأ السيادة الوطنية التي تقتضي عدم خضوع هذه العقود لغير قانونها الوطني[1]، ولأن هذا العقد مبرم من طرف الدولة بصفتها سلطة عامة وشخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، ويكون موضوعه إستغلال الثروات الطبيعية لهذه الدولة لعدم إمتلاكها تقنية علمية كافية لفعل ذلك بنفسها[2].

لقد أكدّ المشرع الجزائري في المادة **4/10** من ق.م.ج على إخضاع عقود الإستثمار للقانون الداخلي للدولة المضيفة بصفتها سلطة عامة تتمتع بالسيادة وذلك بنصه على "... **غير أنه إذا مارست الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر فإنّها تخضع للقانون الجزائري**"[3].

وحسب هذه المادة فإنّه يطبق القانون الجزائري على كل الأشخاص الأجنبية الإعتبارية التي تمارس نشاطها في الجزائر.

على عكس عقود القانون الخاص التي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن عقد الإستثمار يطبق عليه القانون الوطني للدولة المتعاقدة ولها حرية تعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إنهائه دون أدنى مسؤولية تعاقدية ، وأكثر من ذلك فإن الدولة تتمتع بحق تعديل بل إنهاء عقد

---

[1]–صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص 14.

[2]–حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية ( تحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003، ص 37.

[3]– أمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 /09 /1975، يتضمن القانون المدني ، ج ر ج جع 78 ، صادرة في 1975/09/30، معدل و متمم.

التنمية الإقتصادية الذي ينفذ على أرضها بإرادتها المنفردة[1]، فالدولة تتمتع بحرية كاملة لتعديل[2] إلتزاماتها التعاقدية من جانبها.

إنّ تعديل العقد بالإرادة المنفردة لا يقتصر فقط على الدول النامية إنّما يمكن لكل الدول أن تقوم بالتغيير وتعديل العقد بالإرادة المنفردة بشرط تحقيق فكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الإقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد معها[3].

**ثانيا: توطين عقود الاستثمار بناءًا على المعاهدات الدولية**

لقد أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية المتنوعة من حيث المواضيع والأهداف والتي تناولت القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار[4]، ولقد كرّست هذه الإتفاقيات تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة[5] ويتضح ذلك من مختلف نصوصها التي تقر بتطبيق القانون الوطني لهذه الأخيرة[6]، ومن بين هذه المعاهدات في هذا المجال نجد معاهدة واشنطن[7] الموقعة سنة **1965**

---

[1]–اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص 340.

[2]–إن تعديل العقد بالإرادة المنفردة تفرضه المصلحة المتعاقدة عندما يتطلب تغيير شروط ليكون أكثر تحقيقا لها عندما تطرأ تغيرات لم تكن موجودة عند إبرام العقد.

والتعديل بالإرادة المنفردة للعقد ذات الطابع الإداري يجب أن يتوفر على أركان ومقومات، من حيث صدوره من شخص مختص، ويكون وفق الإجراءات المقررة لذلك، وأن يكون دافع هذا العقد تحقيق المصلحة العامة وإلا كان هذا التعديل باطل.

– أنظر : صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص 18.

[3]–حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ...، مرجع سابق، ص 463.

[4]–صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الاستثمار مرجع سابق، ص 21.

[5]–بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة،(ماهيتها– القانون الواجب التطبيق عليها– وسائل تسوية منازعاتها )، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2006، ص 274.

[6]–إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...،مرجع سابق، ص 345.

[7]–إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموقعة في 18 مارس 1965 بواشنطن، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95–346، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج ع 66، 1995.

والمنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخرى ومعاهدة روما الموقعة في 19 جوان 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية[1].

**1- إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965:**

أبرمت إتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 وهي إتفاقية دولية خاصة أنشأت المركز الدولي الخاص لتسوية المنازعات الدولية المتعلقة بالإستثمار في إطار البنك الدولي للإنشاء والتعمير[2]، ويتمثل هدف البنك في تشجيع الإستثمارات الأجنبية وبالتالي توجهت جهوده إلى إبرام هذه الإتفاقية[3]، لتسوية منازعات الإستثمار التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى .

ولقد تناولت الإتفاقية القانون واجب التطبيق على هذه العقود[4]، و ذلك باعتبار أن تحديد هذا القانون من المواضيع التي يجب أن يعطى لها الاهتمام الضروري[5]حيث منحت حرية واسعة للأطراف لتحديد القانون الذي يخضع له عقد الإستثمار، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فإنه حسب المادة 42 من الإتفاقية يطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة" ***يفصل المحكمين في النزاع طبقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة، فإن لم يتفق الطرفان تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد الخاصة بتعارض القوانين وكذلك مبادئ القانون الدولي الواجب تطبيقها في هذا الصدد ...*** "[6].

---

[1]-إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، الموقعة في 19 جوان1980.

[2]-صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص 22.

[3]-إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق

[4]-إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار...، مرجع سابق، ص 345.

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

[6]- اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

تطبيقا لهذه المادة فإن هيئة التحكيم ملزمة بقانون الدولة المضيفة للإستثمار بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وكذا مبادئ القانون الدولي.

فتأكد هذه المادة على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف[1]كما أشارت المادة 1/42 إلى حالة غياب الإختيار، فالمادة نفسها هي التي تحدد ذلك القانون ويكون بصفة رئيسية و مبدئية قانون الدولة المتعاقدة أي قانون دولة الاستثمار[2].

وبالتعمق في المادة 1/42 من إتفاقية واشنطن يلاحظ أنه حتى في حالت قيام الاطراف باختيار قانون الدولة المتعاقدة صراحة كقانون واجب التطبيق، فان هذا الاختيار سوف يتم تكملته أو إستبعاده بتطبيق القانون الدولي [3].

وهذا الإنتقال لتطبيق قواعد القانون الدولي بدلاً من القانون الوطني للدولة المتعاقدة رغم الإتفاق عليه مسبقًا بين الأطراف يمكن إعتباره إنّه يشكل خطرًا كبيرًا يؤدي إلى المساس برغبة الأطراف المتعاقدة كما يؤدي أيضا إلى إعطاء حرية كبيرة للمحكمين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[4].

**2) إتفاقية روما:**

أبرمت إتفاقية روما في 19 جوان 1980 ودخلت حيّز التنفيذ في أوّل أفريل 1991 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية[5]، حيث حددت هذه الإتفاقية العقود التي لا تدخل في نطاق سريانها. ولم تدرج عقود الدولة ضمنها أي أنها لم تذكر في هذا الحصر وبالتالي

---

[1]– يجب أن يكون إختيار القانون الواجب التطبيق إختيارًا صريحًا وواضحًا ومعبرًا عن هذا الإختيار، وذلك بغض النظر عن الوقت الذي يستوفيه هذا الإختيار سواء أثناء ابرام العقد أو أثناء الإتفاق على شرط التحكيم أو حتى أثناء التحكيم ذاته فالمهم أن يتم هذا الإختيار قبل قيام المحكم بالفصل في النزاع.

[2]–إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار ....، مرجع سابق، ص 346.

[3]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ....، مرجع سابق، ص225.

[4]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص ص24–25.

[5]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ....، مرجع سابق، ص ص 541 – 542.

فإنّ النتائج المترتبة عن ذلك خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق يمكن أن تطبق على عقود الدولة في مجال الإستثمار[1].

بالنظر إلى المادة 3 الفقرة 1 من إتفاقية روما فإنها تأكد على أنّ مهمة تحديد هذا القانون يتم من خلال الإختيار الإرادي والحرية المطلقة لأطرافه حيث نصت على "***العقد يخضع للقانون المختار من قبل الأطراف***"[2]، وبالتالي فإن القانون المختار من قبل الأطراف هو القانون الواجب التطبيق دون تحديد هذا القانون، فقد يكون قانون الدولة المضيفة، كما يمكن أن يكون قانون دولة المستثمر، وقد يكون أيضًا قانون دولة محايدة فالمجال مفتوح المهّم أن يتم اختيار قانون دولة صادقت على هذه الإتفاقية.

لقد تناولت إتفاقية روما حالة إنعدام إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد وذلك في المادة 4 منها[3]، حيث يتعين إخضاع العقد لقانون الدولة الأوثق صلة به، أي وجود رابطة موضوعية بين العقد والنظام القانوني الذي يحكمه[4]، أمّا الفقرة الثانية من هذه المادة فقد نصت على أنّ" ***العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد***"[5]، وعليه فإن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الإستثمار عادة ما يكون القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار، لأنه قانون الدولة التي يتم فيها الإلتزام أي العملية الإستثمارية أو المشروع الإستثماري.

ويتضح لنا مما تقدم أنّ إعمال القواعد التي أوردتها هذه الإتفاقية لتحديد القانون واجب التطبيق عند سكون إرادة الأطراف عن الإختيار يفترض تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار[6].

---

[1]– صراح ذهبية ، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق ، ص 25.

[2]–إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مرجع سابق.

[3]– صراح ذهبية،التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص 26.

[4]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص 542.

[5]–إقلولي محمد، النظام القانون لعقود الدولة في مجال الإستثمار ...، مرجع سابق، ص 348.

[6]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ...، مرجع سابق، ص 278.

## الفرع الثاني

## تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إستنادًا لاعتبارات غير قانونية

باعتبار أنّ معظم الدول كانت تخضع للإستعمار بكافة أشكاله وما ترتب عنه من نهب للخيرات، فهذا ما جعلها تسعى لتكييف منظومتها القانونية بما يتماشى والمحافظة على هذه الثروات، وذلك باتخاذ موقف حذر اتجاه الإستثمارات الأجنبية، رغم حاجتها لرؤوس الأموال والخبرة الفنية الأجنبية للمساهمة في تنميتها[1]، وبهذا فهي تسعى لحماية إقتصادها القومي من خلال التشريعات التي أصدرتها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة يقوم على معيار الغاية، أي القصد من إبرام العقد[2]، فالدولة عند إبرام عقد الإستثمار فإنها تسعى إلى تحقيق التنمية.ومن هنا فإن تطبيق القانون الوطني يقوم على أساسين وهما أساس مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها(أولا) وعلى أساس السياسة التي تنتهجها الدولة بهدف التنمية(ثانيا).

**أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على ثرواتها**

لقد كان من شأن تعارض المصالح وتباينها في عقود الإستثمار التي تبرمها الدول مع الطرف الأجنبي، أن أصدرت العديد من الدول النامية تشريعات هدفها الأساسي حماية إقتصادها الوطني، وبالتالي فلا يجب إغفال المصلحة العامة للدول النامية، سواء كانت هي الطرف في العقد المبرم أو أحد الأشخاص المعنوية التابعة لها، إذ من غير الممكن تصور تنفيذ واحد لهذه العقود دون المساس باقتصاد الدولة، هذا ما يؤدي إلى قيام قرينة لصالح إعمال قانون الدولة عند غياب الإختيار الصريح لقانون العقد، باعتبار أن مصلحة الدولة النامية هي المصلحة الأجدر بالحماية[3].

---

[1]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار،مرجع سابق، ص 27.

[2]– فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي، " النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل التغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة "، مرجع سابق، ص 5.

[3]– المرجع نفسه، ص 5.

فالإستقلال السياسي لهذه الدول لا يكفي لوحده، بل لابد من تحقيق إستقلالها الإقتصادي فهذا ما دفعها للتمسك أكثر بسيادتها، ولقد ساد هذا في فترة موجة الإستقلال التي عرفتها الدول المستقلة حديثًا والتي طالبت بمبدأ سيادتها على الموارد والثروات الطبيعية.

ولقد اعتبرت الدول النامية هذا المبدأ كفاح لقهر التخلف و تم تقنينه في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1974، والذي أكد أن لكل دولة الحق في ممارسة سيادتها الفعلية على كافة مواردها، وذلك باختيارها لنظامها الإيديولوجي والإقتصادي[1].

ويلعب مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها دورًا كبيرًا في تقليص نسبة تبعيتها ودعمها لاستقلالها الإقتصادي عن طريق ممارسة سيادتها على كل ما يوجد داخل إقليمها إلى جانب استعمال الدول للمبدأ بكل حرية وبما يتلاءم مع مصالحها، وكما قلنا فيستند تطبيق القانون الوطني على العقد على قرينة الحق السيادي لهذه الدول على إقليمها ومواردها وثرواتها الطبيعية.

**ثانيا:تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة تطبيقا لمبدأ السياسة التنموية التي تنتهجها الدولة**

إرتبط مفهوم التنمية بظاهرة التحرر التي أدت إلى استقلال العديد من الدول التي سعت إلى التحرر الإقتصادي واتباع سياسات تنموية على مواردها المحلية، فالتنمية تعتبر كوسيلة لتحقيق النمو الاقتصادي[2].

تحتل التنمية مكانة كبيرة وأهمية بالغة وأصبحت الشغل الشاغل لدول العالم الثالث خاصة بعد حصولها على استقلالها، فاتجهت إلى إبرام العقود سعيا لتحقيق تنميتها الإقتصادية مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية[3]، وتلبية حاجيات الأفراد وتحقيق رفاهيتهم وتحسين ظروف معيشتهم[4]، فيرتبط مفهوم التنمية بدول العالم الثالث كما قلنا لأنها بعد

[1]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص ص 29 – 30.

[2]– المرجع نفسه، ص 39.

[3]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 15.

[4]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مرجع سابق، ص 42.

حصولها على استقلالها السياسي دخلت في معركة إقتصادية لتحصل أيضًا على استقلالها الإقتصادي عن طريق تحقيق التنمية، حيث وضعتها القضية الأولى.

ونظرًا لهذا الهدف الذي وضعته هذه الدول، فهي في سبيل تحقيقه تبرم عقود الإستثمار مع الأجانب وتلجأ من خلاله إلى الزيادة من الناتج القومي، من خلال هذه العقود التي تبرمها وكي تحقق هذه العقود الهدف المرجو منها فيجب أن تطبق هذه الدول قانونها الوطني على هذه الأخيرة لأن هذا الأخير هو الأدرى بمصلحة الدولة، فمن هذا المنطلق أيضا يطبق القانون الوطني لتحقيق التنمية الشاملة للدول، فيمكن اعتبار القانون الوطني في هذه الحالة هو السبيل للوصول إلى التنمية المرجوة من إبرام عقود الإستثمار.

وعلى هذا الأساس فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار يرتبط بالتنمية التي تسعى كل الدول خاصة النامية منها إلى تحقيقها، وذلك عن طريق تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، لأنه القانون الوحيد الذي يتماشى واعتبارات التنمية التي تهدف اليها الدول فمن غير المعقول إخضاع العقد الذي تبرمه الدولة بقصد تحقيق مصلحتها التنموية، إلى قانون آخر أو قواعد أخرى[1]، فقانونها الوطني هو الذي يحقق لها الهدف أو الغاية التي تود الوصول إليها.

وباعتبار أيضًا أن تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على العقد على أساس أن الدولة هي أدرى بما يتلائم مع مصالحها التنموية وبالتالي فهي سوف تسعى بالتأكيد إلى تطبيق القانون الذي يحقق لها المصلحة المرجوة، خاصة إذا كان هذا العقد المبرم مع الطرف الأجنبي لا يتضمن بندا يبين ما هو القانون الواجب التطبيق[2].

[1]–فوزي قدور نعيمي، مظفر حاجر الراوي، " النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل المتغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة "، مرجع سابق، ص ص 5 – 6 .

[2]–إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار...، مرجع سابق، ص 329.

## المطلب الثاني

## توطين عقود الإستثمار على أساس مبدأ سلطان الإرادة

تتفق القوانين الوضعية على أصالة إرادة الأطراف في تحديد القانون الذي يطبق علي موضوع النزاع في عقود الاستثمار باعتبارها منتمية إلى طائفة العقود الدولية ، فيعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لو لا تدخله و منحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز من وجود، أو لوجدت و لكن في صورة مختلفة، وهذه الإرادة يمكن أن تكون بصفة صريحة (فرع أول) و كما يمكن أن تكون بصفة ضمنية(فرع ثاني)

### الفرع الأوّل

### الإختيار الصريح للقانون الوطني

وهو أن تتجه إرادة الطرفين صراحة إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة الذي ينظم علاقتهم التعاقدية، فيتفق الطرفان منذ نشوء العقد على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار في حالة وجود نزاع بينهم.

إن إختيار القانون الوطني بعبارات صريحة في العقد يعتبر مصدر الأمان لكلا الطرفين وأحد الشروط الأساسية لنجاح العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي، مما يؤدي إلى إرتياح المتعاقدين لأن هذا الإختيار ناتج عن إرادتهم[1].

يعد خضوع العقد لقانون الإرادة من المبادئ المستقرة في إطار القانون الدولي الخاص وما تقره التشريعات الوطنية للعديد من الدول وأحكام القضاء الوطني، لذا من حق الأطراف المتعاقدة، الإتفاق على اخضاع العقد المبرم بينهم للقانون الوطني الذي اتجهت إرادتهم الصريحة إلى اختياره، وبالتالي القاضي مقيد بهذا الإختيار الصريح الذي قامت به الأطراف.

[1]–بوكلال مبروك، لحظير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، مذكرة لنيل شهادة الماستر، القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012،ص 20.

لكن نشير إلى أن مبدأ سلطان الارادة رغم دوره المهم في الاتفاق على الشروط التعاقدية إلا أن هذا الدور ليس مطلق، حيث أن هناك مجالا محفوظا للاختيار، و ذلك إذا كان هناك إختيار سابقا من قبل المشرع، و هذا الاختيار لا يقبل التعديل لأنه محدد بقواعد تشريعية آمرة أما ما يخرج عن هذا المجال المحفوظ فتسري عليه قاعدة حرية الاطراف في الاختيار. أما في حالة تخلف الإرادة الصريحة، فإنه يتعين البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة.

## الفرع الثاني

## الإختيار الضمني للقانون الوطني

قد يعمد أطراف عقود الدولة في بعض الأحيان إلى إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق خوفا من فشل عملية إبرام العقد، حيث أن عدم ذكر القانون المختص يسهل تخطي عقبة إبرام العقد لا سيما لو تم الإتفاق الكلي على مسائله المالية والفنية التفصلية فيتركون مسألة تحديده إلى نشوء النزاع[1].

لكن بالنظر إلى ظروف العقد وملابساته فإنه يظهر أن الأطراف المتعاقدة تقبل الخضوع للقانون الوطني على الرغم من غياب التعبير الصريح عنه، ولقد أقره قضاء التحكيم صراحة ذلك في القضية رقم 1526 التي تم الفصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس 1968، ذهب المحكم إلى أن تحديد القانون واجب التطبيق على عقد الإمتياز المبرم بين الدولة وشركة بلجيكية في حالة عدم إختيار الأطراف صراحة لقانون يحكم العقد، هو قانون الدولة المتعاقدة فعلى الرغم أن العقد تم إبرامه في بروكسل مع شخص بلجيكي وعلى الرغم من طابعه الدولي، فإن الشروط الموضوعية له تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، إذ أن إرادة الأطراف انصرفت إلى الخضوع لهذا القانون زيادة على أن هذا العقد يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة[2].

---

[1]–عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 214.

[2]–حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص ص485 – 486.

وتوجد عدّة ضوابط يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم الكشف عن الإختيار الضمني ويتعين على القاضي أو المحكم دراسة كافة ظروف العقد وعدم الإقتصار على عنصر دون الآخر، مثل وجود اختيار المحكمة المختصة أو وجود شرط التحكيم يشير إلى دولة كمقر للتحكيم وكذا مكان تنفيذ العقد، إضافة الى إستخدام لغة معينة أو مكان إقامة الأطراف أو جنسيتهم المشتركة، لذلك يجب أن تتجه هذه المؤشرات إلى تطبيق القانون الوطني على العقد[1].

واللجوء إلى استخدام فكرة الإرادة الضمنية من أجل تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق على العقد في حالة غياب التعبير الصريح للأطراف يجب أن يستخدم بتحفظ شديد إذ أن إعمال هذه الفكرة على نحو مطلق قد يؤدي إلى إدخال عناصر ذات طبيعة شخصية من قبل المحكم.

[1]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 218.

## المبحث الثاني

## مدى ملائمة القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار

أمام حرص الدول المضيفة للإستثمار على تحقيق مصالحها ومحاولة السيطرة على ثرواتها ومواردها الطبيعية عن طريق فرض قوانينها على عقود الإستثمار فإن الدول الكبرى حاولت التصدي لقوانين الدول المضيفة، وذلك باعتبار أنها قوانين لا تتلاءم مع التطورات الحاصلة في مجتمعاتنا المعاصرة، فهي ذي طبيعة بدائية وأصول عقائدية مستمد من الشريعة الإسلامية، وهذا ما أكده قرار تحكيم قضية أبو ظبي وشركة بترو ليوم ديفلوبمنت، حيث اعتبر المحكم هذه المحاكم منحازة[1].

و بالنظر إلى الطبيعة غير المتجانسة لطرفي عقد الاستثمار فإن المستثمر الأجنبي يلجأ إلى تقييد سلطات الدولة و مطالبتها بإمتيازات و ضمانات من مختلف المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها (مطلب أول).

فمن خلال دراسة توطين عقود الاستثمار نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هذا التوطين (مطلب ثاني).

### المطلب الأوّل

### عدم ملائمة القانون الوطني بالنظر إلى الطبيعة غير المتجانسة لطرفي العقد

سوف نتناول مدى ملائمة القانون الوطني من خلال دراستنا لمختلف الامتيازات التي تمنحها الدولة للمستثمر الأجنبي وكذا الضمانات التي يطلبها المستثمر من هذه الأخيرة والتي تعتبر مصدر مواجهة بين الأطراف لاسيما عندما تمارس الدولة لسلطاتها، لذا سوف نتعرض إلى دراسة أطراف عقود الاستثمار (فرع أوّل)، والضمانات الممنوحة من طرف الدولة كقيود على توطين العقد (فرع ثاني).

[1] – صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، مرجع سابق، ص 48.

## الفرع الأوّل

## أطراف عقود الإستثمار

تبرم عقود الإستثمار بين طرفين ينتمي كل منهما إلى نظام قانوني مختلف عن الآخر، فهذا ما يجعل هذا العقد يختلف عن بقية العقود، فهناك الدولة كطرف تتمتع بسيادة، ولها مزايا إستثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي الخاص الذي يعتبر شخص من أشخاص القانون الخاص، وهذا ما يجعل العلاقة التعاقدية تتميز بالتفاوت وعدم المساواة في المراكز القانونية، فمن جهة هناك الدولة تتمتع بسلطات تستمدها من سيادتها وذلك باعتبارها سلطة عامة، يخوّل لها مركزها إمتيازات عديدة تجعلها تمارس نفوذها على الطرف الأجنبي مما يؤثر على حقوقه (فرع أول). ومن جهة أخرى هناك شخص خاص أجنبي لا يتمتع على الرغم من قوته الإقتصادية والمالية بأية سيادة أو ميزة[1] (فرع ثاني).

**أوّلاً: الدولة كطرف في العقد**

تبرم الدولة سعيًا منها لتحقيق التنمية الإقتصادية العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب لحاجتها لتنفيذ خططها الإقتصادية، سواء بطريقة مباشرة وهي قيام من يمثلها مثل رئيس الدولة رئيس الوزراء، أحد الوزراء أو بطريقة غير مباشرة عن طريق إحدى المؤسسات التابعة لها[2].

بذلك تعتبر الدولة طرفا في عقود الاستثمار، و في هذا الصدد نصت إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في المادة 1/25 على أنه: " **يمتد إختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستثمارات بين الدولة من الدول المتعاقدة (أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز)** ... "[3].

---

[1]–حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ...، مرجع سابق ،ص 35.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق ص 15.

[3]–إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

أي أن الإتفاقية لم تقصر إختصاص المركز على المنازعات التي تكون الدولة المتعاقدة ذاتها إحدى أطرافها ولكنها جعلت إختصاصه يشمل أيضا المنازعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة المتعاقدة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز.

وتحديد الدولة كطرف في عقود الإستثمار لا يثير أيّة صعوبة في حالة قيامها بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة،لكن الصعوبة تثار في حالة إذا كان الهدف الذي وقع على العقد مؤسسة أو هيئة عامة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن الدولة.

وبالرجوع إلى الفقه والقضاء فإنّه يوجد معيارين أساسيين لتحديد تبعية الأجهزة للدولة وهما المعيار القانوني والمعيار الإقتصادي.

**1/ المعيار القانوني:**

فحسب هذا المعيار فإنه باعتبار أن المؤسسة أو الجهاز أو الهيئة التي أبرمت العقد تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، بالتالي فيجب أن تتحمل المسؤولية الكاملة لتعاقدها دون أن تشاركها الدولة في هذه المسؤولية، فالدولة لا تعد طرفا في العقود التي تبرمها هذه المؤسسات المتمتعة بشخصية قانونية مستقلة[1]، فهذا المعيار يأخذ بالتوقيع المادي على العقد والإستقلالية الظاهرية للمؤسسة الموقعة على العقد، وهذا ما يؤدي إلى إستبعاد أطراف لها دور فعال في تكوين العقد دون أن يوقعوا ماديًا عليه، ومن أهم الإنتقادات الموجهة للمعيار القانوني[2] هو أنّه معيار

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 17.

[2]– لقد أخذ بهذا المعيار العديد من أحكام التحكيم، منها الحكم الذي أصدرته محكمة إستئناف باريس في قضية هضبة الأهرام، والتي تتلخص وقائعها في أن عقد أبرم في 23 سبتمبر 1974 بين وزير السياحة المصري ممثلا لحكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق EGOTH من جانب وشركة جنوب الباسفيك من جانب آخر من أجل إنشاء مركزين سياحيين، ولم يتضمن هذا الإتفاق شرط التحكيم، وبتاريخ 12 ديسمبر 1974 تم إبرام عقد تكميلي بين شركة EGOTH وشركة SPP أشار إلى الإتفاق الأصلي المبرم في 23 سبتمبر 1973 واشتمل هذا العقد على شرط التحكيم وفقا للائحة غرفة التجارة الدولية بباريس ولقد أرفق بهذا العقد ملحقان أهم ما ورد فيهما اعتبار الإلتزامات التي تقع على شركة EGOTH متوقفة على إقرارها من جانب السلطات الحكومية المختصة، وفي نهاية العقد ورد توقيع الطرفان مع توقيع وزير السياحة المصري مسبوقا بعبارة (ووفق عليه ومؤكد ومصدّق Approvedagreed and retified) وإزاء المعارضة التي واجهت المشروع داخليا وخارجيا، اضطرت الحكومة المصرية إلى إلغاء المشروع بالكامل في ماي 1978=

تحكمي، إذ أن إضفاء الشخصية القانونية على جهاز ما من عدمه، يعد مجرد قرار إداري ليس له دلالة سياسية، ولا يؤثر على تمتع مشروع ما بالحصانة القضائية، بحيث أن منح الشخصية المعنوية القانونية المستقلة ما هو إلا وسيلة فنية تلجأ إليها الدولة لإدارة مرافقها بأفضل وجه ممكن[1].

**2- المعيار الإقتصادي:**

حسب هذا المعيار فإن تمتع الهيئات والمؤسسات العمومية بالشخصية القانونية يجب أن لا يحول دون القول بأنها تمثل الدولة على الصعيد القانوني، طالما أن الهيئة أو المؤسسة العامة التي قامت بإبرام العقد ووقعت عليه تسهر على تنفيذ سياسات محددة سلفًا من قبل الدولة التي تنتمي إليها، مما يؤدي إلى القول أنه وعلى الرغم من الإستقلال الظاهر إلا أن التبعية الفعلية ظاهرة وتتجلى في خضوع تلك المؤسسات للإشراف والتوجيه والرقابة من قبل الدولة[2].

فهذا المعيار يأخذ بالآثار الإقتصادية ومدى إرتباطها بالأشخاص المساهمين في الأعمال المتعلقة بتنفيذ العقد أو بتكوينه، وإن لم يوجد توقيعهم المادي على العقد مما يضفي عليهم صفة

---

= فلجأت شركة إلى التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، وقد إنتهت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 16 فيفري 1983 إلى إدانة مصر وإلزامها بدفع 12.5 مليون دولار لشركة جنوب SPP وكذلك فوائد 5% تحسب من 1 ديسمبر 1978 بالإضافة إلى المصروفات القضائية وإعتبرت مصر طرفا في العقد. فلجأت مصر إلى الطعن في الحكم التحكيمي أمام محكمة إستئناف باريس التي أصدرت حكمها في 12 جويلية 1984 بإلغاء الحكم السابق والصادر عن هيئة تحكيم في غرفة التجارة الدولية. ومما ورد في حكم محكمة إستئناف باريس: " إن الهيئة العامة للسياحة والفنادق EGOTH لها شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية وتوقيعها على العقد المشتمل على شرط التحكيم لا يعني إلزام الحكومة المصرية بهذا الشرط، فهذه الشركة تحمل الشخصية المعنوية الخاصة بها، ولها ميزانية مستقلة، كما أنها تخضع لقواعد المحاسبات المالية التي تخضع لها شركات المساهمة المصرية، وبالتالي تكون هذه الشركة هي الطرف في العقد وليس الحكومة المصرية ". وهكذا فإنه وفقا لهذا المعيار لا تعتبر الدولة طرفا في العقود المبرمة بواسطة المؤسسات والهيئات العامة طالما أن هذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة عن الدولة.

- أنظر : بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص ص 19 - 20.

[1]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 83.

[2]- بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 20.

الطرف في التعاقد رغم دورهم الخفي في مرحلة التكوين أو في مرحلة التنفيذ وبالإستعانة بالأطراف الموقعة والمتمتعة بالشخصية القانونية[1].

والأخذ بهذا المعيار [2] يعبر عن حقيقة الواقع الإقتصادي الذي ينشأه العقد فالعائد الاقتصادي والإجتماعي لعقود الإستثمار التي تبرمها هذه المؤسسات والهيئات تمس بشكل مباشر وأساسي المصالح الاقتصادية والإجتماعية للدول، فالدولة لم تسعى إلى إنشاء مثل هذه المؤسسات ومنحها الشخصية المعنوية إلاّ بهدف الإستفادة من هذا العائد.

**ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد**

إن الطرف الأجنبي في عقود الدولة يمكن أن يكون شخصا إعتباريًاعامًا أو شخصًا خاصًا، سواء كان شركة أو شخص طبيعي، ولا يترتب عن ذلك إختلاف في طبيعة عقود الدولة نتيجة

---

[1]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 86.

[2]– لقد أخذ بهذا المعيار في الحكم الصادر عن إحدى هيئات التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في قضية رقم 93/01، وذلك بشأن النزاع بين إحدى شركات المقاولات الإفريقية ووزير إسكان وجهاز حكومي إفريقي خاص بالصرف الصحي، إذ قامت شركة المقاولات بتنفيذ مشروع بالصرف الصحي لحساب الجهة الحكومية الإفريقية حيث نصت المادة 12 من الإتفاقية على أنه : "لا حق للمقاول المطالبة بالتعويض في حالة حدوث عقبات لم يكن من الممكن توقعها عند حدوث العطاء "، وكان قد اعترض تنفيذ الأعمال المتعلقة بالمشروع عدّة عقبات خارجة عن إرادة الشركة فلقد لجأت الشركة إلى التحكيم للمطالبة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها وجاء دفاع المحتكم ضدّها متمثلا في ثلاث دفوع، والمهم هنا تهو الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صفة حيث ورد به: "إن العبرة هي بالعقد الذي هو أساس مطالبة الشركة في التحكيم المماثل فلا توجه الدعوى إلا من أحد أطراف العقد، ولا توجه إلا للطرف الآخر في العقد، فلا يجوز تبعًا لذلك أن توجه المطالبة إلى من لم يكن طرفا في التعاقد ومن لا يتحمل الإلتزامات الناشئة عنه طالما أن المطالبة هنا أساسها هو العقد الذي يكون حجة قاصرة على طرفيه، دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفا فيه، وحيث أنه من الثابت أن العقد الذي أقامت الشركة المحتكمة دعواها الراهنة وأسس طلباتها على ما تضمنه من إلتزامات تعاقدية تحكم طرفيه لو يوقع بين الجهاز التنفيذي للصرف الصحي والشركة، وإن ذلك الجهاز لم يكن طرفا فيه، فلا يجوز توجيه هذه الطلبات إليه وهو ما يؤدي إلى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من هو ليس بصاحب صفة".

– أنظر : بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 21.

كون الطرف الأجنبي شركة أجنبية عامة أو خاصة أو شخصًا طبيعيًا، فعقود الدولة لا تستمد طبيعتها من صفة الطرف الأجنبي.

لقد نصت المادة 2/25 من اتفاقية واشنطن على أنه: " ***يقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى مايلي:***

- ***كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع ...***

- ***كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع ...*** "[1].

**1- المستثمر الأجنبي شخص طبيعي:**

إن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة في عقود الإستثمار نادرًا ما يكون شخص طبيعي إذ في العادة يكون إحدى الشركات الأجنبية، أي شخص من الأشخاص المعنوية، وهذا يرجع إلى أن هذا النوع من العقود يتطلب خبرات فنية وموارد مالية عملاقة التي قد لا تتوفر إلا عند الأشخاص المعنوية و هذا ما نلمسه في عقود البترول بانتمائها إلي عقود الدولة حيث لا تتوفر هذه الخبرات إلا لدى الشركات البترولية الكبرى.[2]، فمثلاً في عقود نقل التكنولوجيا باعتبارها من عقود الإستثمار فقد يكون الطرف الثاني أحد الأشخاص الطبيعيين أو شركة من شركات الأشخاص وهو أمر نادر قد يقتصر على إبرام عقود استخدم الخبراء الفنيين في بعض الصناعات.

ومن أبرز الأمثلة على كون المستثمر الأجنبي شخص طبيعي نجد العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية 20 جانفي 1954 مع المليونير اليوناني "أوناسيس" والذي منح بمقتضاه لهذا الأخير الحق في أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية والتي يطلق عليها[3].

---

[1]-إتفاقية واشنطن، المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

[2]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 93.

[3]- بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ...، مرجع سابق، ص 24.

إلا أنه ليس كل عقد تبرمه الدولة مع شخص طبيعي يعدّ عقدًا من عقود الدولة فقد تبرم الدولة عقدًا مع شخص طبيعي ومع ذلك فإن العقد على الرغم من كون الدولة طرفًا فيه لا يعدّ عقدًا من عقود الدولة[1].

ولاعتبار العقد المبرم بين الدولة والشخص الطبيعي الأجنبي على أنّه عقد دولي يجب كذلك تحديد جنسية الشخص الطبيعي، فحسب المادة 25 من إتفاقية واشنطن فيشترط لاختصاص المركز ولأعمال أحكام الاتفاقية أن يكون الشخص الطبيعي تابع لدولة أخرى متعاقدة أي يتمتع بجنسيتها ويشترط أن يتمتع بجنسية هذه الدولة المتعاقدة في فترتين زمنيتين حددتهما المعاهدة وهما لحظة إتفاق الاطراف علي العهدة للمركز بالفصل في المنازعات الناشئة بينهما، و لحظة تسجيل طلب التحكيم وفقا لقواعد المركز.[2].

**2- المستثمر الأجنبي شخص معنوي:**

قد تبرم الدولة عقود الإستثمار مع الأشخاص الأجنبية العامة، وكما يمكن أن تبرمها مع شركات الأجنبية الخاصة، فالمهم أن تلقى معاملة قانونية واحدة، ويمكن أن نجد في بعض الأحيان أن الشركة الأجنبية المتعاقدة مع الدولة بالرغم من صفتها كشخص من أشخاص القانون الخاص ومع ذلك تخضع للإشراف والرقابة من قبل الدولة التي تنتمي إليها[3].

إن الصفة الأجنبية للشركة هي التي تميزها عن الشركات الوطنية، ورابط الجنسية هو الضابط الذي يمكن الإعتماد عليه للتفرقة بين الأشخاص الإعتبارية الوطنية والأجنبية، وبالتالي

---

[1]-العقد الذي أبرمته الحكومة الفرنسية بواسطة سفارتها في إسرائيل مع محامي إسرائيلي للدفاع عن مصالحها أمام المحاكم الإسرائيلية.

-أنظر : حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص 164.

[2]- المرجع نفسه، ص ص 165 - 166.

[3]- ومن بين الشركات الأجنبية التي تتصرف كجهاز وطني تخضع لرقابة وتوجيه الدولة التي تحمل جنسيتها نجد شركة بريتيش بتروليوم "B.P" البريطانية، حيث تحوز الحكومة البريطانية على 51% من رأسمالها، وللحكومة عدد من الممثلين في مجلس إدارتها.

-أنظر :عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 97.

يمكن القول أن الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة ينطبق على كل من يتمتع بجنسية دولة أخرى غير الدولة الطرف في العقد[1].

## الفرع الثاني

## الضمانات المقدمة من طرف الدولة كقيود على توطين العقد

تسعى معظم الدول إلى تطبيق قوانينها الوطنية على عقد الإستثمار، ولكن في نفس الوقت تنص على إدراج شرط الإستقرار التشريعي، إلى جانب منح المستثمر الأجنبي إمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي بالإضافة إلى حماية ملكيته من المخاطر غير التجارية.

**أوّلاً: ضمان الثبات التشريعي**

يقوم الثبات التشريعي على فكرة ثبات النظام القانوني بمعنى أن الدولة لا يمكن لها تغيير إطارها التشريعي الذي أنجز في إطاره الإستثمار، وهذا الشرط يهدف بالدرجة الأولى إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت[2]، فكون الدولة صاحبة سلطة وسيادة هذا ما يدفع إلى ضرورة إيجاد حاجز أو قيد يمنع الدولة من تعديل المحيط القانوني لصالحها وهذا طبعًا يؤثر سلبًا على المستثمر الأجنبي.

إن عدم تغيير النظام القانوني يمكن أن يكون بصورتين فقد يكون مطلق عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد على عقود الإستثمار السابقة، وكما قد يكون نسبيًا عندما يتعلق الأمر بعدم إعادة النظر في المسائل التي يمكن أن تؤدي إلى الزيادة في الأعباء المالية للمستثمر دون المساس بباقي بنود العقد[3].

في أغلب الأحيان يرجع إدراج شرط الإستقرار وعدم التغيير إلى غياب الإستقرار السياسي الذي تعاني منه معظم الدول النامية، كعدم إستقرار تشريعاتها الجبائية والمالية والجمركية، وهذا ما

---

[1]– بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 29.

[2]–حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص 328.

[3]– كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002، ص 100.

يؤدي بالمستثمر الأجنبي إلى حماية سلامة العقد المبرم وضمان سريان الإطار القانوني الذي أنجز فيه الإستثمار[1].

أمّا في التشريع الجزائري فيعرف هذا الشرط بتجميد التشريع وهذا يظهر من خلال المادة 15 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار بنصها على " ***لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة*** "[2]، فهذه المادة تحمي المستثمر من التعديلات التي قد تطرأ في المستقبل على التشريع الجزائري المتعلق بالإستثمار، وهذا ما يؤدي إلى تجميده وتكون الدولة مقيدة من مجال تدخلها التشريعي، وغالبًا ما تلجأ الدولة إلى إدارج شرط الإستقرار التشريعي[3] تحت تأثير عوامل إقتصادية، ويضفي أيضا هذا الشرط نوع من الثقة للمستثمرين، كما يؤخذ على أساس أنه نوع من الإلتزامات الواجبة على الدولة إحترامها.

ومن أمثلة شرط الإستقرار التشريعي أو الثبات التشريعي ما يمس النصوص التشريعية التي ترفع من قيمة الضرائب أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ولاسيما وإن كان العقد من عقود طويلة المدّة، فيأتي هنا شرط الثبات التشريعي ليعفي الطرف المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة، ويبقى العقد خاضع للتشريعات التي كانت عند إبرام العقد أي تبقى ثابتة وتطبق على عقد الإستثمار رغم تعديل القوانين، فالدولة تتعهد بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها[4].

---

[1]- كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية مرجع سابق، ص 101.

[2]- أمر رقم 01-03مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج ع 47 صادرة بتاريخ 22 أوت سنة 2001 ، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001 ج ر ج ج ع 62 صادرة بتاريخ 24 أكتوبر سنة2001.

[3]- لقد تم النص على شرط الإستقرار التشريعي في المادة 6 من إتفاقية الإستثمار المؤرخة في 5 عشت 2001 بين الجزائر وشركة أراسكوم تيليكوم، المصادق عليها بموجب مرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20-12-2001، ج ر ج ج ع 80، 2001.

[4]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 144 - 145.

**ثانيا: ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي**

إن المستثمر الأجنبي عادة ما يتخوف من أن يقدم على إستثمار أمواله في دولة معينة إلا بعد معرفته بوجود القواعد القانونية التي تحكم تسوية المنازعات المحتمل نشؤها بينه وبين الدولة المستثمرة من أجل أن يطمئن من إمكانية إخضاعها للتحكيم.

ويرجع تفضيل المستثمر الأجنبي للتحكيم على القضاء الداخلي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار إلى كون التحكيم يتميز بالحياد في تسويته للنزاع، فالمستثمر يتخوف من إنحياز القاضي الداخلي باعتباره ملزم دائما بالرجوع إلى قواعد التنازع المنصوص عليها في قانونه وبالإضافة إلى أن المحكم يتميز بالكفاءة نظرا للخبرة التي يتمتع بها لتسوية منازعات تتميز بمعطيات إقتصادية معقدة، وكذا تميزه بالسرعة مقارنة بإجراءات التقاضي الإعتيادية التي عادة ما تطول وقد تسبب تعطل مصالح المستثمر، فكل هذا يجعل من التحكيم ضمانة لقبول المستثمر الإستثمار في بلد معين[1].

ويلجأ المستثمر الأجنبي إلى إدراج شرط الحماية من المخاطر حماية وضمانًا لحقوقه وذلك باعتبار أنّ الطرف الذي أبرم العقد معه هو غالبًا ما يكون من الدول النامية.

**ثالثا: ضمان ملكية المستثمر من المخاطر غير التجارية**

يطلق عليها المخاطر السياسية نظرًا لارتباطها بإرادة الدولة المضيفة فهي عبارة عن إجراءات تصدرها هذه الأخيرة وتمس بحقوق المستثمر الأجنبي كالتأميم ونزع الملكية إلى جانب المصادرة، و قد أورد المشرع تعريف للخطر السياسي من خلال الأمر 96-06 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير[2].

[1]-حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل درجة الماجيستير فرع قانون الاعمال جامعة بن يوسف بن خدة ،2008 ، ص ص 50 - 51.

[2]-أنظر الأمر 96-06 المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن تأمين القرض عند التصدير، ج ر ج ج، ع 3، صادرة بتاريخ 14 يناير 1996 .

**1- التأميم: Nationalisation**

لقد تعدّدت وتنوعت تعريفات التأميم في كتب القانون فلا يتسع المجال لذكرها جميعا[1]فالدول النامية ترى في التأميم أنّه وسيلة من وسائل التحرّر الإقتصادي من الهيئة الإحتكارية و التبعية الرأسمالية[2]، كما عرّفه البعض على أنّه "نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة إمّا بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج تلافيا للإستغلال أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الإقتصاد الوطني"[3].

يتم التأميم بقانون يصدر عن السلطة التشريعية، لذلك يعتبر عمل سيادي، ويرتبط بسيادة الدولة، وهو يخرج عن السلطة القضائية، ويمكن أن ينصب على المشروعات الإقتصادية كالبنوك وشركات التأمين، كما يمكنه أن ينصب على الأموال عقارية أو منقولة، وهدفها إحداث تغيير في الكيان الإقتصادي للدولة ونظامها الاقتصادي[4].

وهناك من التأميم نوع يسمى بالتأميم الزاحف وهو مصادرة المشروع الإستثماري بطريقة غير مباشرة تدريجية مثل زيادة الضرائب بين فترة وأخرى أو إجبار المستثمر الأجنبي على زيادة العمالة الوطنية في المشروع[5].

إن التأميم ظاهرة شائعة في كل الدول وذلك باختلاف نظمها الإقتصادية والسياسية والإجتماعية، وهذا راجع إلى حرية الدولة في إختيار نظامها السياسي والإقتصادي والإجتماعي فحريتها في السماح بوجود أو عدم وجود أموال مملوكة للأجانب فوق إقليمها هذا ما يبين مبدأ السيادة الدائمة لكل دولة على مواردها الطبيعية وحريتها في التصرف فيها[6].

---

[1]-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، مرجع سابق، ص 58.

[2]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، ب ب ن، 2008 ، ص 40.

[3]-المرجع نفسه، ص 39.

[4]-بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للإستثمار الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري ، مرجع سابق، ص 84.

[5]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 129.

[6]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 41.

**2- نزع الملكية: Expropriation**

يعتبر نزع الملكية إجراء يتم بموجب قرار إداري، ويكون بالإرادة المنفردة للإدارة، ويرد على العقارات دون المنقولات، يهدف إلى تمليك الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة للعقار المنزوع ملكيته تحقيقًا للمصلحة العامة، وذلك دون التمييز بين الأشخاص الوطنيين والأجانب ويكون مقابل تعويض لمن نزعت ملكيته بما حدد في التشريع[1].

إنّ تدخل السلطة العامة في الدولة لنزع الملكية الخاصة وتقييدها ليس حديثًا، فقد عرف حتى في الأنظمة الرأسمالية القائمة على تقديس الملكية الفردية باعتبارها حقا طبيعيًا للإنسان إلاّ أنها اعترفت بالقدرة على نزع الملكية الخاصة بصفة نهائية لدواعي الصالح العام[2].

إنّ نزع الملكية[3] يعتبر مبدأ قانوني إستقّرت عليه التشريعات الوطنية كما إستقّر عليه العمل الدولي ففي التشريعات الوطنية نجد مثلاً المشرع الجزائري نص في المادة 677 من القانون المدني الجزائري على أنّه: " ***لا يجوز حرمان أيّ أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها ... مقابل تعويض منصف وعادل*** "[4]، ومن خلال نص هذه المادة فإنه يتضح أنّ نزع الملكية يخضع لمقتضيات الصالح العام للمجتمع، والنزع لا يرد إلاّ على العقارات، وبالتالي تستبعد الأموال المنقولة ويكون دائمًا مصحوبًا بالتعويض[5]، وإلاّ اعتبر إجراء تعسفي، ولقد وضع المشرع الجزائري

---

[1]–بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانونين الدولي و الجزائري ، مرجع سابق، ص 85.

[2]– عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار في القانون الدولي ، مرجع سابق، ص 33.

[3]– إنّ قرار نزع الملكية للمنفعة العامة لا تمتد آثاره إلى خارج الدولة التي إتخذت فيها الإجراء، وعليه فإن أي نزاع حول هذا الإجراء تختص محاكم الدولة الأخيرة في النظر فيه والفصل فيه، وذلك وفقا لقاعدة إقليمية القوانين العامة ومبدأ السيادة الإقليمية الذي لا يسمح بنزع الملكية للمنفعة العامة للأموال الكائنة في إقليم دولة أجنبية حتى ولو كانت ملكية هذه الأموال للوطنيين.

– أنظر: المرجع نفسه، ص 35.

[4]– الأمر 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975يتضمن القانون المدني ، مرجع سابق .

[5]– التعويض يجب أن يكون ملائما عادلا ومنصفا يغطي الضرر الناشئ عن هذا الإجراء بحسب قواعد القانون الدولي المتعارف عليها.

مجموعة من الشروط خاصة بالنزع الملكية، وقد اعتبر أن عدم إحترامها يعتبر تعسف في إستعمال هذه الوسيلة.

إن فكرة المصلحة العامة التي تستعملها الدولة كسبب لنزع الملكية يصعب مراقبتها، فيصعب التأكد من معيار المصلحة لذلك فإن جانب من الفقه يرى ضرورة الربط بين نزع الملكية للمصلحة العامة بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأموال المنزوعة، واعتبار ذلك بمثابة توافر المصلحة العامة، فنزع الملكية تكون مشروعة متى صدرت بحسن نية ودون تمييز بين المستثمرين[1].

**3- المصادرة: Confiscation**

المصادرة هو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة بغرض الإستيلاء على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص سواء كان أجنبي أو وطني وذلك بدون أي تعويض[2]، فحسب هذا التعريف فإنّ المصادرة لا تقترن بالتعويض أي أنّ الدولة لا تدفع مقابل الممتلكات التي إستولت عليها.

رغم أنّ الأصل هو إنعدام التعويض في المصادرة إلاّ أن المشرع الجزائري أقرّ بهذا المبدأ[3] في مختلف الدساتير، سواء دستور 1976 أو 1989 وكذا دستور 96[4]، فالمشرع أقرّ بمبدأ التعويض عن المصادرة الإدارية، فهنا يعني أن هناك نوعان من المصادرة:

---

[1]-كعباش عبد الله ، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص ص 57 - 58.

[2]- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، مرجع سابق، ص 36.

[3]-حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر دراسة قانونية، مرجع سابق ، ص 40.

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

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

- أنظر المادة 20 من مرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، عدد 76، صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج ع 25، صادرة في 14 أفريل 2002.

**مصادرة قضائية:** وهي تصدر عن القضاء كعقوبة ينص عليها القانون.

**ومصادرة إدارية:** وهي القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة لمعاقبة الأشخاص المتورطين أو المعارضين لنظام الحكم فيها[1].

إن المصادرة لا تكون إلا بنص قانوني، تخضع لمبدأ الرقابة لأن فكرة العقاب مشتقة من تمتع الدولة بالسيادة، فهنا سبب سلطتها في المصادرة على أساس العقوبة وليس على ما تتمتع به من سلطة وسيادة، وبالتالي فإن إجراء المصادرة قابل للرقابة لأنه ليس من أعمال السيادة فالدولة مقيدة في إتخاذها لهذا الإجراء بما يقترفه الشخص من مخالفة للنصوص التشريعية والتنظيمية– وإلاّ اعتبر الإجراء غير مشروع يحمّل الدولة مسؤولية التعويض عنه[2].

كون أن المصادرة لا تقترن بالتعويض هذا ما يجعل هذا الأخير مظهر من مظاهر التمييز والتفرقة بين المصادرة ونزع الملكية، فالمصادرة إجراء عقابي بدون تعويض أمّا نزع الملكية فإنه يكون بمقابل تعويض لمن نزعت ملكيته.

**4- المخاطر الناتجة عن عدم تحويل العملة:**

يكمن خطر عدم تحويل العملة في القيود التي تفرضها الدولة المضيفة على التحويل الخارجي لعملتها إلى عملة قابلة للتحويل الحرّ، ولقد جاء ذلك في الإتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الإستثمار وذلك من خلال نص المادة 11/أ/1 على أن من بين المخاطر الصالحة للضمان تحويل العملة[3].

كما يعتبر خطر[4] العجز عن التحويل قائمًا في حالة التأخير غير المعقول عن الموافقة على تحويل العملة المستحقة للمستثمر المضمون خارج حدود الدولة المضيفة بهذا الشرط فإن

---

[1]–حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر دراسة قانونية، مرجع سابق، ص 40.

[2]–كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص 55.

[3]– كمال سمية، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، ص 155.

[4]– إن الخطر هو الناتج عن تغيّر سعر العملة الصعبة بالنظر إلى عملة مرجعية تكون عمومًا هي العملة الوطنية.

– أنظر: المرجع نفسه، ص 156.

الوكالة ترغب في التوفيق بين مصلحة المستثمر في إتمام التحويل في الوقت المناسب وبين إعتبارات التأخر في البت في طلب التحويل قد يكون مبرر في حالات معينة بالنسبة للدولة[1].

لقد استبعدت الإتفاقية من نطاق خطر العجز عن التحويل الإجراءات المتعلقة بتخفيض سعر العملة أو إنخفاض قيمتها، ويعود ذلك أن هذه الأمور تتعرض لها جميع الدول، كما أنها تعد من المخاطر التجارية التي كان على المستثمر توقعها[2].

إن ما يدفع بالدولة المضيفة التي تكون غالبًا دولة نامية إلى اتخاذ الإجراءات الحكومية الهادفة إلى مراقبة الصرف الأجنبي وتقييد التحويلات النقدية داخل أقاليمها هي الإختلالات في موازين مدفعاتها بسبب الضغوط الهائلة التي تفرضها متطلبات تنفيذ خططها التنموية الطموحة بالإضافة إلى ندرة النقد الأجنبي الموجود لديها[3].

**5- المخاطر الناتجة عن الحرب والإضطرابات المدنية:**

تستفيد الإستثمارات الأجنبية من ضمان الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، حيث نصت المادة 4/11 من الاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أنّ من بين المخاطر الصالحة للضمان، خطر الحرب والإضطرابات المدنية وهي تعني أي عمل عسكري أو إضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة[4].

فالمشروع الإستثماري يمكن أن يتعرض لخسائر داخل الدولة المضيفة جراء أعمال الحرب أو العنف أو الإضطرابات الداخلية، فيمكن أن يكون نتيجة إجراءات قامت بها سلطات الدولة المضيفة وذلك لمواجهة هذه الأعمال أو ردعها، وكما يمكن كذلك أن تصاب الأصول غير المادية كالأوراق المالية والحسابات أو المستندات.

---

[1]-كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية، مرجع سابق، ص 253.

[2]-المرجع نفسه، ص 254.

[3]- بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، مرجع سابق، ص 82.

[4]- نقلا عن : كمال سمية، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مرجع سابق، ص158.

ومن بين المخاطر الناتجة عن الحرب والإضطرابات المدنية نجد الثورات وهي حالة من الصراع تمتد إلى نطاق واسع وتنتهي إمّا بإنقلاب أو عصيان عام أو حرب أهلية كما تشمل أعمال القتال بين الثوار والقوات الحكومية[1].

ولقد نص المشرع الجزائري على ضمان خطر الحرب والإضطرابات المدنية وذلك من خلال المصادقة على الإتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الإستثمارات بموجب المرسوم الرئاسي 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 في المادة 11 أمّا المادة الرابعة منها نصت على أنه تضمن الخسائر المترتبة على أي عمل عسكري أو إضطرابات مدنية في إقليم الدولة المضيفة.

ونجد أيضا الإتفاق المبرم بين الجزائر والكويت المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي 03-370 الذي يحمي المستثمرين التابعين لأحد الطرفين المتعاقدين الذين تتعرض إستثماراتهم في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى أضرار وخسائر بسبب الحرب أو نزاع مسلح أو في حالة الطوارئ[2].

إضافة إلى المرسوم الرئاسي 01-211 المتعلق بالمصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر واليمن لحماية وتشجيع الإستثمار بين البلدين الذي جاء فيه أنّه في حالة وقوع خسائر نتيجة الحرب أو حالة طوارئ فإن المستثمر يمنح إمتيازات لا تقل عن تلك الممنوحة للرعايا الوطنية وهذا بالتعويض عن الضرر[3].

## المطلب الثاني

## موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الإستثمار

بعد أن تطرقنا إلى توطين عقود الإستثمار فإننا نجد أنفسنا أمام تساؤل عن موقف المشرع الجزائري من هذا التوطين، لذا سوف نتناول في هذا المطلب موقف المشرع من التوطين على

---

[1]- بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، مرجع سابق، ص 95.

[2]- الإتفاقية المبرمة بين الجزائر والكويت المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 03-370 المؤرخ في 23-10-2003 .

[3]- الإتفاقية المبرمة بين الجزائر واليمن لحماية وتشجيع الإستثمار بين البلدين، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 01-211 المؤرخ في 23-07-2001.

المستوى الداخلي أي مدى تكريس التوطين في التشريعات الداخلية (فرع أول) إضافة إلى موقفه على المستوى الدولي (فرع ثاني).

## الفرع الأوّل

## موقف المشرع الجزائري على المستوى الداخلي

باعتبار أن الجزائر دولة حديثة الإستقلال ومن بين الدول النامية فقد إعتبرت أن توطين عقود الإستثمار عمل من أعمالها السيادية تمارسه على إقليمها وذلك بغية التخلص من السيطرة الأجنبية، إذ بعد تأميمات 1971 تؤكد كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الإقتصادية الدولية والنشاطات المنجمية على تطبيق القانون الجزائري، وبالتالي رفض مسألة تدويلها وإخضاعها للقانون الدولي، حيث تضمنت القواعد العامة المنظمة لشركة سونطراك (SONATRACH) النصوص التالية: " ***يطبق قانون الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحده على كل أمر لم يتضمن العقد تحديدًا للقانون الواجب التطبيق*** " .

كما أن العقود التي تبرمها هذه الشركة مع الشركات الأجنبية تنص على تطبيق القانون الجزائري، وكما تتضمن مختلف العقود البترولية عبارات صريحة تؤكد أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري مثل: " أنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري " أو " القانون الواجب التطبيق في تفسير العقد هو القانون الساري المفعول في الجزائر "[1].

كما نصت المادة 16 من إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) على أنّه "***يقرّ الطرفان بأن الإتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية***" [2].

---

[1]– حيدره صوفيان، جلواح سليم، حماية الإستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2013، ص 29.

[2]– إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت، موقعة بتاريخ 30 أكتوبر 2003، ج ر ج ج ع 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

## الفرع الثاني

## موقف المشرع الجزائري على المستوى الدولي

بالإضافة إلى إعمال الجزائر لمبدأ توطين عقود الإستثمار على المستوى الداخلي أي في التشريعات الداخلية ، فقد جسدت أيضا توطينها على المستوى الدولي من خلال الإتفاقيات الدولية التي أبرمتها، والتي تنص على توطين عقود الإستثمار.

لقد نصت إتفاقيات الإستثمار التي أبرمتها الجزائر في السنوات القليلة الماضية على خضوعها للقانون الجزائري حيث نصت المادة 08 من إتفاقية الإستثمار بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم على مايلي: "***يعترف الطرفان أنّ هذه الإتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها***" [1].

وكرست أيضا الجزائر توطين عقود الإستثمار في المجال الدولي من خلال مصادقتها على إتفاقية واشنطن عن طريق مرسوم رئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، باعتبار أن إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار تقر بتطبيق القانون الوطني في حالة سكوت الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق.

[1]-نقلا :عن إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار ...، مرجع سابق، ص 337.

# الفصل الثاني

## تدويل عقود الإستثمار

إن خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة هو ما توصلت إليه معظم الدول النامية، والتي سعت جاهدة إلى تطبيق قانونها الوطني، إلا أن المستثمر الأجنبي لم يضع ثقته في قوانينها الشيء الذي دفعه إلى محاولة تدويل هذه العلاقة التعاقدية، لوضع حد للتصرفات الإنفرادية التي تقوم بها الدولة المضيفة سواء عند القيام بتعديل قوانينها، أو عندما تحاول التهرب من التزاماتها التعاقدية بحجة المصلحة العامة و النظام العام الداخلي للدولة.

وفي ظل تباين المصالح بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، فإن هذا الأخير يسعى إلى إيجاد نظم قانونية تؤدي إلى فصل هذه العلاقة عن خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، لأن قوانين هذه الأخيرة وضعت لتحكم العلاقات الداخلية، ولم توضع لتحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، من أجل أن تضع حد لتصرفات الدولة من تعديل[1] أوإنهاء العقد من جانب واحد، وذلك بتدويل العقد أي بتطبيق قواعد القانون الدولي عليها،وذالك إما على أساس إرادة الأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية، أو عن طريق اللجوء إلى التحكم التجاري الدولي (مبحث أول)، أو بإخضاع العقد للقانوني الدّولي، وذلك على أساس المعاهدات الدولية، أو بإخضاعه للقانون عبر الدولي المستمدة أحكامه من مبادئ القانون الدولي أو أعراف التجارة الدولية (مبحث ثاني).

[1] – د/محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدّولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية ومقارنة، في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشات المعارف الإسكندرية، 2000، ص313.

## المبحث الأول

## أسس تدويل عقود الاستثمار

يحاول كل طرف في عقد الاستثمار تطبيق القانون الذي يحقق له مصالحه لينظم العلاقة التعاقدية، فالمستثمر الأجنبي الذي يكون عادة الطرف القوي و المالك للتكنولوجيا، يحاول دائما تجاوز سيادة الدولة المتعاقدة، وذلك يؤدي إلى تدويل العقد إما بإخضاعه للقانون الدولي على أساس إرادة الأطراف (مطلب أول)، أو على أساس اللجوء للتحكيم التجاري الدولي (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

### دور الارادة في تدويل عقود الاستثمار

إن من مهام أطراف عقود الاستثمار اختيار القانون واجب التطبيق بمعنى أن هذا التحديد يتم عبر آلية الإختيار الإرادي المطلق للقانون الذي يطبق على علاقتهم التعاقدية، و لقد عرف قانون الارادة لدى فقه القانون الدولي الخاص بأنه الحرية المتروكة للأطراف المتعاقدة لتعيين القانون الذي يخضعون له العقد خصوصا وأنه يرتبط بأكثر من نظام قانوني، وكل هذا وفق قاعدة حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق[1]، و تدويل عقد الاستثمار على أساس الإرادة يكون باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد، فبعد أن كان إخضاع العقد لقانون محل الإبرام هي الفكرة المستقرة في بادئ الأمر ثم أصبح بعد ذلك إخضاع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، ولقد تطورت فكرة قانون الإرادة لدى العديد من الفقهاء .

حيث يرى الفقيه الفرنسي Dumoulin أن قانون محل الإبرام قد فرض اختصاصه استنادا للإرادة الضمنية، فإنه بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة إختيار قانون آخر ليحكم عقدهما[2]وهنا سوف نتطرق إلى التدويل وفقا لقانون الإرادة فيمكن أن يكون بطريقة صريحة كما

---

[1]–عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص63.

[2]– لقد قرر Dumoulinخضوع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة، وذلك بخصوص النظام المالي للزوجين Gini، فقد أراد هذين الزوجين الخضوع للنظام المالي السائد في باريس من أجل تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما، ولقد أقر Dumoulin بأنه وان كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد إلا أن النظام المالي يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجين على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك=

يمكن أن يكون بطريقة ضمنية ( الفرع الأول)، ومدى ملائمة قانون الإرادة والمعوقات التي تواجه تطبيق[1] الفرع (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## أنواع التدويل وفقا لقانون الإرادة

إن القاضي أو المحكم المعروض عليه النزاع متعلق بعقد دولي يبحث أولا عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين في تطبيق قانون معين على العقد، فإن لم يجد مثل هذه الإرادة الصريحة فإنه يبحث عن إرادتهم الضمينة، وذلك من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد و للتدويل إذن صورتين إما أن يكون تدويل صريح أو تدويل ضمني[2].

**أولا: التدويل الصريح**

وهو أن يتضمن العقد نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق، أين يلزم كل من القاضي الوطني والمحكم الدولي، إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم بالأخذ باحترام تلك الإرادة، وهنا نشير إلى أن المحكم يمتاز عن القاضي الوطني بعدم تقيده بالرجوع إلى قانون وطني معين، وبالضبط لقواعد التنازع للتأكد من صحة ذلك الاختيار، لأن الأخذ بإرادة الأطراف قد صار في القضاء التحكمي قاعدة مادية نشأت وثبتت بتكرارها.[3]

فالقاضي مقيد بالاختبار الصريح الذي قامت به الأطراف، فاختبار الأطراف لقانوي معين ليحكم العقد بناءا على مبدأ سلطان الإرادة، يجعل هذا القانون غير خاضع لأي قيود تفرض من

---

= القانون وهو العرف السائد في باريس . وبذلك سعىDumoulin إلى إخراج العقد من نظام السيادة الإقليمية للقانون تأسيسا على دور الإرادة في العقد، فهي أي إرادة من يوجد العقد وليس القانون، وهي تحدد القانون الذي يخضع إليه العقد، – انظر: د/ محمود محمد ياقوت،حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، مرجع سابق، ص27 وما يليها.

[1]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص209.

[2]– د /صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص147.

[3]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص213.

قبل القاضي أو المحكم، بل إن الأطراف المتعاقدة تتمتع بحرية مطلقة في الاختيار على نحو لا يتطلب حتى وجود أي رابطة موضوعية بين القانون المختار والعقد، وكذا المحكم والذي لا يتصل بأي نظام قانوني وضعي، لا يمكن أن ينكر الاختيار الذي تم بإرادة الأطراف صراحة.[1]

وتظهر أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد في أن تحديد هذا القانون سيكون غاية في السهولة طالما أعلن الطرفان صراحة عن المنظومة القانونية التي سيخضع لها العقد، وذلك تفاديا لما يمكن أن يثار لو غاب مثل هذا الاختيار الصريح[2].

و يقوم المتعاقدين بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد عند حدوث أي نزع بينهم وبالتالي فإنهم يحددون القانون الواجب التطبيق على العقد لحماية أنفسهم من خطر نشوب النزاع في غياب اختيار صريح للقانون الواجب التطبيق على هذا الأخير.

**ثانيا: التدويل الضمني**

عند تخلف الإرادة الصريحة لتدويل العقد يتجه للإرادة الضمنية التي تستخلص من ظروف التعاقد و يعبر عنها بطريقة غير مباشرة.[3]

وفيما يخص التشريع الجزائري جاء في المادة 60 من قمج على أنه" ... ***يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا***".[4]، وإن كانت المادة 18 من ق م ج قد أشارت فقط إلى الإرادة الصريحة دون الارادة الضمنية فإن تعديل المشرع لهذه المادة يوحي بأنه قد جاء بتدابير أحتياطية تطبيقها المحكمة عند تخلق الإرادة الصريحة أو الضمنية[5] وتجلي ذلك في المادة 1،2/18 على أنه :" ***...في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون***

---

[1]– حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ...، مرجع سابق، ص ص487– 488.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ...، مرجع سابق، ص ص107–108.

[3]– طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو1980، الاسكندرية، ص ص 50– 51.

[4]– الأمر رقم 58 /75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني معدل و متمم، مرجع سابق.

[5]– إقلولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار... ، مرجع سابق، ص297.

***الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد***"[1]

وعلى مستوى اتفاقيات الدولية، نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة 01/03 منها على أنه: " ***يسري على عقد القانون يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو من ظروف القضية"، وأما إتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية النزعات المتعلقة بالاستثمار فقد نصت المادة 01/42 على: " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع..."***.

فيتضح من خلال هذا النص أنّ لإرادة الأطراف دورا أساسيا في تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه سواء كان الإرادة صريحة لإعمال هذا المبدأ أو ضمنية، ليتم الكشف عنها من خلال ظروف العقد[2].

إلا أن هناك من يرى أن الإرادة الضمنية غير موجودة أصلا لذلك لا يجب البحث عنها وما يبين غياب هذه الإرادة يكمن في عدم انتباه المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق[3]، وكذا حالة التي يتطرق فيها العنصر الأجنبي للرابطة التعاقدية في تاريخ لاحق عن إبرام العقد إضافة إلى سكوت المتعاقدين عن الاتفاق الصريح في اختيار قانون العقد يرجع إلى خشيتهم من حدوث خلاف حول القانون الواجب التطبيق[4].

---

[1]– الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975،يتضمن القانون المدني معدل و متمم، مرجع سابق.

[2]–اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص299.

[3]-JEAN -Christophe pommier, principe d'autonomie et loi du contrat en droit inter nation privé conventionnel, édition Economica , paris, 1992,p104.

[4]– بوكلال مبروك لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص2.

## الفرع الثاني

## مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل العقد و المعوقات التي تواجه تطبيقه

إذا كانت قدرة الأطراف في اختيار قانون العقد الدولي من المبادئ المسلمة بها في كل من التشريع و الفقه على حد سواء، فإن الأمر الذي لا يزال محل خلاف في حدود هذه الإرادة فيما إذا كانت ملائمة أم لا، وكذا إذا كان هناك معوقا يواجه تطبيقه.[1]

**أولا :مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل عقود الاستثمار**

إن الالتزامات التعاقدية في عقود الدولة في مجال الاستثمار لها ارتباط وثيق بالقواعد الواجب التطبيق عليها، حيث تعتبر هذه القواعد محل اختيار من طرف المتعاقدين، فالقانون الواجب التطبيق في عقود الدولة يجد أساسه إما في القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو في القانون الدولي لذلك تلعب إرادة الأطراف دورا هاما، حيث تمنح لهم عدة خيرات، فإلى أي مدى ساهمت الإرادة في تدويل عقود الاستثمار؟[2].

ولتحديد دور الإرادة في تدويل عقود الاستثمار نتطرق الى نظرتين مختلفتين، فهناك النظرية الشخصية التي يرتكز أطرافها على تقديس إرادة الأطراف التي يعتبرونها مطلقة، فيحق للمتعاقدين إبرام العقد ومختلف شروطه ، بل أيضا في اختيار القانون الذي يجدونه أكثر تعبيرا عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم،[3]ليصبح حرا من شروطهم التعاقدية، ولو لم تكن هناك صلة بين العقد و القانون المختار وبذلك تصبح أحكام القانون المختار مجرد شروط تعاقدية، لا تقوى على إبطال العقد عند مخالفة الأطراف لها.

---

[1]– بوكلال مبروك لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص15.

[2]– إقلولي محمد، النظام القانوني في العقود الدولية في مجال الاستثمار، مرجع سابق، ص278.

[3]– د/محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص67.

ومن ثم فإن اختيار الأطراف لقانون العقد طبقا لفقه النظرية الشخصية التقليدي يرجع إلى مطلق إرادة المتعاقدين التي تعلو فوق القانون[1].

في حين تتبنى النظرية الموضوعية فكرة التركيز الموضوعي للعقد الذي تكون فيه إرادة الأطراف المتعاقدة مقيدة، وتعتبر بذلك مجرد عنصر يساعد القاضي على القيام بعملية التركيز.[2]

كما جعلت النظرية الموضوعية من إرادة المتعاقدين في الاختيار إلى قوة القانون الذي منح الإرادة، هذا الحق بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دول القاضي، الأمر الذي يؤدي الى خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون المختار.

**ثانيا: المعوقات التي تواجه تطبيق قانون الإرادة**

إن إعمال قانون الإرادة يصطدم بمعوقات تؤدي إلى استبعاد تطبيقه وتتمثل هذه المعوقات في التجميد الزمني لقانون الإرادة، اندماج قانون الإرادة في العقد وكذا تهميش دور القانون في العقد عند اختياره.

**1- التحميد الزمني لقانون الإرادة:**

إن إعمال شرط الثبات التشريعي لقانون العقد يترتب عليه تطبيق أحكام هذا القانون وقت إبرام العقد و استبعاد سريان التعديلات اللاحقة عليه مما يؤدي إلى جعل ذلك العقد غير خاضع لأي قانون، حيث يشترط بقاء العقد خاضع للقانون الذي تم تحديده رغم إلغاءه[3]، مما يؤدي إلى أن يصبح العقد طليقا بدون قانون يحكمه الشيء الذي يخالف المنطق[4].

---

[1]- د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 167.

[2]- بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص ص15- 16.

[3]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني لعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 249.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص183.

**2- اندماج قانون الإرادة في العقد**

تعني فكرة الاندماج جعل أحكام القانون المختار لحكم العقد في نفس مرتبة الشروط التعاقدية، بحيث لا يكون لها إلا قيمة وقوة شروط العقد، مما يسمح للطرفين باستعباد ما يريدون استبعاده من القواعد آمرة في هذا القانون[1].

ولاندماج القانون المختار في العقد يجب أن تكون إرادة المتعاقدين في اختيار قانون دولة معينة لحكم العقد صريحة أو ضمنية، لأنه في حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فلا يمكن تصور الاندماج هنا، لأنه في هذه الحالة نكون أمام قانون عينه المشرع، أو حدده القاضي[2].

ويؤدي اندماج قانون الارادة في العقد الى تفادي بطلانه، فاذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد يقضي بالبطلان، فان اندماج هذا القانون في العقد من شانه ان يحول دون ذلك بالإضافة الى ان الاندماج يؤدي الى التجميد الزمني لقانون العقد بحيث يؤدي الاندماج الى تجميد القانون على حالته التي كانت عليها وقت ابرام العقد[3]، علاوة على ذلك فإنه يؤدي أيضا إلى تجريد قانون العقد من سلطانه.

**3- تهميش قانون الإرادة**

إن تهميش دور القانون في العقد عند اختياره تجعله لا يطبق إلا بصفة إحتياطية وذلك على أساسين هما عدم ملائمة القانون بالنظر إلى وجود قواعد مادية أو موضوعية خاصة بالعقود الدولية و مبدأ الكفاية الذاتية، بمعنى أن دور القانون في العقد أصبح إحتياطيا لا يتم اللجوء إليه إلا إذا عجزت شروط العقد عن تقديم الحل المرغوب فيه.[4]

---

[1]-د/هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، طبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر،2001، ص342.

[2]- د /محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، مرجع سابق، ص81.

[3]- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،ص 251.

[4]- المرجع نفسه،ص ص 153- 154.

## المطلب الثاني

## دور التحكيم في تدويل عقود الاستثمار

عندما تتعاقد الدولة مع طرف أجنبي بشأن عقد من عقود الاستثمار، فإن هذا الأخير لا يقبل الخضوع لإختصاص المحاكم الوطنية لهذه الدولة بشأن المنازعات الناشئة بينهما، وفي المقابل فإن الدولة المتعاقدة لا تقبل اختصاص المحاكم الوطنية لدولة أخرى باعتبار أن هذا يمس بسيادتها ومن هنا برز التحكيم على أنه القضاء المقبول لكلا الطرفين[1].

وبذلك فإن التحكيم يمنح للمستثمر الأجنبي حق مقاضاة الدولة أمام هيئات تحكيمية دولية لتتولى حل النزاع القائم بينهما، بعد أن كان لا يسمح للأفراد بمقاضاة الدولة على المستوى الدولي فكان له فقط التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

فقد أصبح التحكيم مبدأ حتمي وواقعي تدول على أساسه عقود الاستثمار (فرع أول)، وذلك استنادا الى عدة مبررات (فرعثاني)، إضافة إلى انه يمنح المحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، عند غياب قانون الإرادة .

### الفرع الأول

### مفهوم التحكم و مدى تكريسه في عقود الاستثمار

باعتبار أن التحكيم هو القاعدة العامة لحل المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب هذا ما جعله أكثر من ضرورة في مجال علاقات ذات عنصر أجنبي.

**أولا–مفهوم التحكيم:**

لقد عرف التحكم منذ القدم كوسيلة لتسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد، ولا يعني انتشاره الواسع في النصف الثاني من القرن العشرين، و اعتراف أغلبية الدول به وبأهميته سواء في حل المنازعات الاقتصادية والمالية أو في مجال الاستثمارات أنه اجراء حديث النشأة بل عرف منذ القدم[2].

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص620 –621.

[2]– مرازقة آسيا، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، مرجع سابق، ص32.

فقد فرض التحكيم على الساحة الدولية لأهميته وفعاليته، كطريقة لحل المنازعات و كان من الطبيعي أن تعتني الدول بوضع القوانين المنظمة لعملية التحكم، وانشاء مراكز وهيئات متخصصة بشأنه ، وذلك سواء كان على المستوى الإقليمي أو الدولي.

لم تعرف معظم التشريعات التحكيم بل اكتفت بتحديد المعايير التي يعتبر فيها التحكيم دوليا، فالمشرع الجزائري على سبيل المثال لم يعط تعريفا للتحكيم بل بين معايير دوليته في نص المادة 1039 من القانون رقم 08-09 [1]، حيث نص على أنه:" ***يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل***" [2].

رغم أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتحكيم، إلا أنه عرف اتفاق التحكيم في نص المادة 1011 على أنه: " ***الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم***" .

يلجأ المستثمر الأجنبي الطرف القوي و المسيطر على حركة التجارة الدولية، إلى التحكيم الدولي لفض منازعات عقود الاستثمار، وذلك من أجل تجاوز القوانين الوطنية التي يعتبرها غير مؤهلة لتقديم الحلول الملائمة لطبيعة المنازعات التي تثيرها هذه العقود، لذا يلجأ الطرفين إلى التحكيم

---

[1]- قانون رقم 08/ 09 مؤرخ في 25فيفري 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج ر ج ج ع 21 صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

[2]- شرط التحكيم: هو اتفاق يتم بعد نشوء النزاع وبتطبيق إلتزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم .

- مشارطة التحكيم : إتفاق مستقل عن العقد الأصلي ...قبل نشوء النزاع يلتزم فيه الطرفان بعرض أي نزاع محتمل بينهما على التحكيم .

إن المشرع الجزائري فرق من خلال المادتين 1011و1007 من ق إ م إ بين "مشارطة التحكيم" الذي سماه " إتفاقية التحكيم".

- أنظر : عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر ( على ضوء الاتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2015، ص20 .

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

بإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية وتضمينها حلولا لبعض مشاكل المعاملات الاقتصادية الدولية منها اتفاقية واشنطن التي أنشأة المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI.

**ثانيا: مدى تكريس التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار**

كان موقف الدول النامية المستقلة حديثا هو رفض التحكيم لأنها ترى أنه يمس بسيادتها من حيث أن الهيئات التحكيمية تسوي بين المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار أي يجعل الدولة في نفس المرتبة مع الطرف الأجنبي، إلا أن المستثمر الأجنبي يسعى إلى التحكيم لإخراج العقد من سيادة الدولة، فهو يخدم مصالحه أكثر من مصالح الدولة.

مع ذلك فإن موقف الدول إتجاه التحكيم قد تغير في ظل النظام الاقتصادي الجديد، بحكم حاجتها إلى ابرام عقود مع الأطراف الأجنبية.

ومن عقود الاستثمار التي كرست اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، نجد العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية مع الشركة الأمريكية Properties southern Pacific ، من أجل إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يقع على مقربة من الأهرامات، وهذا العقد أبرم في 23 سبتمبر 1974.

ولقد تضمن هذا الاتفاق نصا يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعة ناشئة عن العقد من اختصاص محكمة التحكيم يتم تشكيلها وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس[1]

إضافة إلى العقد الذي أبرم بين الدولة الجزائرية مع الشركة الايطالية LESI-DIPENTA وبعد ظهور عراقيل تتعلق بالمشروع لجأت الدولة الجزائرية إلى فسخ العقد بسبب قوة قاهرة الشيء الذي دفع بالشركة الايطالية تقديم عريضة طلب التحكم أمام المركز الدولي (CIRDI) ضد الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

[1]- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص ص 306-307 .

## الفرع الثاني

## مبررات اللجوء إلى التحكيم

إذا كانت الدولة قد إعتادت على حسم منازعاتها الداخلية أمام القضاء الوطني، فإن وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة، قد حتم عليها تغيير هذا الأسلوب، حيث يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم لحسم منازعاتهم، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب من بينها عجز الوسائل القضائية لفض هذا النزاع، إضافة إلى انعدام الثقة بين الطرفين[1].

**أولا: المبررات المتعلقة بعجز الوسائل القضائية الداخلية**

تلعب الوسائل القضائية المتمثلة في قضاء محاكم الدولة دورا أساسيا وهاما في حسم منازعات عقود الدولة[2]، إلا أن هذه الوسائل القضائية يشوبها نقص أو عجز، وذلك نظرا إلى أن إجراءاتها تتسم بالبطيء وعدم السرعة في الفصل في النزاع.[3]

فهذا النظام القضائي التقليدي مقيد ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع، حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء ومن ثمة تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في المنازعات بشأنها، وهو الشيء الذي يدفع بأطراف عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم مما يقدمه من عدالة سريعة.[4]

إن القضاء الداخلي للدولة المتعاقدة غير محايد عند الفصل في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها. مع مستثمر أجنبي، و خاصة لم تكون هذه المنازعات ناشئة عن عقد

---

[1]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية (دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009، ص18.

[2]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،ص 185.

[3]– آيت شعلال وردية، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية و الاسلامية، مذكرة لنيل درجة الماستر، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006، ص129.

[4]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية...، مرجع سابق، ص19.

متصل بالمصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية وبسيادة الدولة، فالقضاء الوطني يختار بالحياز وهو العجز الذي يسبب بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر محايد وهو قضاء التحكيم.[1]

**ثانيا: المبررات المتعلقة بتناسب مزايا التحكيم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار**

إن عقود الاستثمار تتسم بميزة خاصة كونها تتعلق بمشروع ضخم يستغرق عدة سنوات لتنفيذه، ويكلف مبالغ ضخمة، بالإضافة الى تتعقد العلاقات الناشئة عنه بحيث يتطلب خبرات فنية عالية، وهذه الخصوصية تجعل من التحكيم الطريق الطبيعي لفض منازعات هذه العقود لما يتمتع به التحكيم من مزايا تتمثل في السرعة في الاجراءات حيث أن هذه السرعة عادة مالا تتوفر في النظم القضائية التقليدية، وهو ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار. حيث تكون هناك استثمارات و مبالغ مالية كبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، وهذا ما يوفره التحكيم إضافة إلى أن هذا الأخير يتميز بالسرية فجلساته غير علنية.

وإضافة إلى عدم نشر أحكامه التي تعتبر من المميزات الكبرى للتحكيم، وإلى جانب ذلك فإن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المتناسب لهم زيادة على الخبرة القانونية المتخصصة و الفنية التي يتمتع بها المحكمون.[2]

## الفرع الثالث

## سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عند غياب قانون الإرادة

يتراوح موقف الفقه و التحكيم بشأن حرية المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق بين من يرى بأن المحكمين ملزمون بقواعد التنازع عند تحديدهم للقانون الواجب التطبيق، ومن يتجه إلى إطلاق حرية المحكمين.

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة...، مرجع سابق، ص ص 6– 7.

[2]– بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية...، مرجع سابق، ص ص18 الى 20.

**أولا : تقييد دور المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار**

حسب هذا الاتجاه فإن المحكم يلجأ إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل جنسيتها أو التي يوجد بها محل إقامته، وذلك كون أن هذا النظام يكون المحكم أكثر معرفة به من غيره وكما أنه يعد النظام المختار ضمنيا من قبل الأطراف ، حيث ان اختيار الاطراف لمحكم معين يدل بطريقة غير مباشرة على رغبة هؤلاء في تطبيق نظام تنازع القوانين في دولة المحكم المختار.

**ثانيا: حرية المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود الاستثمار.**

لقد كرست جل القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية بتدعيم من الفقه و القضاء الدوليين سلطة المحكمين في التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون ان تلزمهم باللجوء الى قواعد تنازع القوانين.[1]

ولقد تبني المشرع الجزائري نفس الاتجاه من خلال قانون إم إ ج فقد نص المادة 1050 منه على أنه " ***تفصل محكمه التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراه ملائمة".***

باستقراء المادة نستنتج ان المشرع الجزائري أعطى الحرية للمحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق دون أن يلزمهم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين.

[1]– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول ولأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ص 257–258 .

## المبحث الثاني

## خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي

رغم أن الدولة تسعى لتطبيق قانونها الداخلي على عقود الاستثمار إلا أن عدم ثقة المستثمر الأجنبي بالقانون الداخلي للدول النامية المضيفة للاستثمار أدى الى تدويله، وذلك عن طريق تطبيق القانون الدولي العام، كإخضاع العقد للاتفاقيات الدولية سواء كانت اتفاقيات دولية ثنائية أو اتفاقيات دولية جماعية (مطلب أول) أو بتطبيق القانون عبر الدولي، وذلك بإخضاعه لمبادئ القانون الدولي، بالإضافة الى خضوعه لقانون التجارة الدولي، وللمشرع الجزائري رأي وموقف من تدويل هذا العقد(مطلب ثاني).

### المطلب الأول

### خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام

إن الدول المصدرة لرؤوس الأموال تسعى جاهدة لحماية رعاياها المستثمرين بالدول المضيفة، وذلك عن طريق وضع العلاقة التي تربط رعاياها المستثمرين بالدول المضيفة للاستثمار في اطار اتفاقي يتضمن قواعد وضعت لتحكم هذه الرابطة المكونة للعنصر الأجنبي[1]، وذلك بهدف تنظيم عملية الاستثمار و التصدي للمخاطر التي تواجههم خلال فترة الاستثمار، وذلك إما في اطار اتفاقي ثنائي( فرع أول ) أو في اطار اتفاقي جماعي (فرع ثاني).

#### الفرع الأول

#### خضوع عقود الإستثمار للقانون الدولي العام بناءا على الاتفاقيات الثنائية

يقوم أطراف عقود الاستثمار بتدويل العقد على أساس الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين دولة الطرف الأجنبي، والتي تهدف إلى حماية وتطوير الاستثمارات بين دولتين، ويكون موضوع هذه الاتفاقيات الثنائية هو عرض أي نزاع ينشأ بينهم على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدول و رعايا الدول الاخرى .

[1]– اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار....، مرجع سابق، ص351.

وللأهمية التي تكتسيها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات و النزاعات الناجمة عن هذه الأخيرة التي يفصل فيها (CIRDI) ، الشيء الذي يؤدي إلى ظهور القانون الدولي للاستثمارات على أساس أن تطور أي قانون يجد جذوره في هيئة قضائية ملزمة ، وفي بعض المبادئ العامة الكبرى وهذا ما بين دور الاتفاقيات الثنائية.[1]

ويعد ما اتفق عليه الأطراف في الاتفاقية الثنائية بمثابة مصدر للقانون الواجب التطبيق اخضاعه لقواعد دولية اتفاقية ملزمة، والتي تهدف إلى تدويل الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول المتعاقدة، وهذه الاتفاقيات تعطي الصفة الدولية الملزمة للكثير من القواعد العرفية التي رفضتها الدول النامية[2] التي تجد أنها تتعارض مع مقتضيات سيادتها الداخلية .

لقد تأكدت الأهمية الكبيرة للاتفاقيات الثنائية للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار من خلال تزايد عددها يوما بعد يوم، حيث تشير الدراسات إلى أن% 90 من القضايا المرفوعة أمام (CIRDI) قائمة على أساس اتفاقية ثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الأجنبي و10 % على أساس عقد الاستثمار.[3]

و الجزائر ليست بمعزل عن باقي الدول الأخرى، حيث أبرمت اتفاقيات ثنائية تحدد فيها القانون الواجب التطبيق بصريح العبارات، و التي نصت في مجملها على تطبيق المبادئ العامة للقانون أو أحكام الاتفاق أي القانون المتفق عليه بين الأطراف في اطار هذه الاتفاقيات الثنائية هو الواجب التطبيق، مثل الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر ورومانيا[4]وبين الجزائر واسبانيا.[5]

---

[1]-LEBEN Charles,"La théorie du contrat d'état et l'évolution de droit international des investissements", RCADI ,T . 302،,2003،,359p310.

[2]– بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري،مرجع سابق،ص 126.

[3]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...،مرجع سابق ،ص371.

[4]– الاتفاقية الجزائرية الرومانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ06/28/ 1994 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94–328 مؤرخ في 1994/10/22، ج رج ج ع 69، لصادرة في 1994/10/28.

[5]– الاتفاقية الجزائرية الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994/12/23، 50 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم95–88 مؤرخ في 1995/03/25،ج رع23 الصادرة بتاريخ 1995/04/26.

## الفرع الثاني

## خضوع عقود الإستثمار للقانون الدولي العام بناءا على الاتفاقيات المتعددة الأطراف

إذا كانت للاتفاقيات الثنائية دور فعال في تدويل عقود الاستثمار فإن للاتفاقيات متعددة الأطراف دورا أكبر حيث جاءت هذه الأخيرة استجابة لتطورات العلاقات الاقتصادية الدولية في عقود الاستثمار ، حيث توجهت جهود الأطراف إلى توحيد القواعد التي وضعت لتحكم هذه الروابط في اطار اتفاقيات متعددة الأطراف[1]، التي تسعى للتوفيق بين مصالح أطراف عقود الاستثمار .

من بين الاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، إذ تشير المادة 42 من الاتفاقية إلى إعمال قواعد القانون الدولي العام على عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والاشخاص التابعة لدولة أخرى[(2)]، حيث نصت على انه " ***يطبق القانون الوطني للدول المتعاقدة ...وكذلك قواعد القانون الدولي...***"

فحسب المادة 42 من اتفاقية واشنطن لا تشير إلى اعمال قواعد القانون الدولي صراحة الا في حالة عدم وجود إرادة صريحة من الأطراف بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق[(3)]إرادة.

ومن الاتفاقيات المتعددة الأطراف نجد اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث تنص في المادة 1/3 على أنه" ***يحكم عقد بالقانون المختار من جانب الأطراف، يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد..***"

إن الغرض الأساسي من ابرام هذه الاتفاقية هو صياغة قواعد قانونية تلتزم بها الدول المنظمة إليها ، فتلجأ الدول إلى سن تلك القواعد بإرادتها المستقلة، وبالتالي يقع عليها احترامها

---

[1]–د/ محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي... ، مرجع سابق، ص304.

[2]– حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الأجنبية ...، مرجع سابق،ص700.

[3]– المرجع نفسه، ص701.

وتجسيدها على أرض الواقع، من أجل انهاء بعض المنازعات الواقعة في أي مجال من مجلات الاقتصادية وغير الاقتصادية.[1]

وهكذا يتجلى دور الاتفاقيات المتعددة الأطراف في التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الدولية التي أصبحت مصدرا أساسيا للنظام القانوني الدولي.[2]

## المطلب الثاني

## خضوع عقود الاستثمار للقانون عبر الدولي

أمام تمسك الدول المضيفة للاستثمار برغبتها بتطبيق قانونها الوطني على عقد الاستثمار كقانون واجب التطبيق، ورفضها تطبيق قواعد القانون الدولي بحجة أنها وجدت لتحكم العلاقات بين الدول من جهة، ومن جهة أخرى رفض الطرف الاجنبي إخضاع هذا العقد للقوانين الوطنية للدول المضيفة بحجة أنها قوانين متخلفة[3].

وللتوفيق بين مسعى طرفي العقد فقد أوجدوا حل وسط ، وتصور جديد يؤكد خضوع عقود الاستثمار لنظام قانوني مستقل عن كلا القوانين الداخلية لكلا الطرفين ، أي أنه ليس من قوانين الدولة المتعاقدة ولا من القوانين الداخلية للطرف الأجنبي، كما أنه مستقل عن نظام قواعد القانون الدولي، ومما لا شك فيه أن هذا القانون يتوسط كلا من القانونين الوطني والدولي وهو القانون عبر الدولي الذي يحكم مثل هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي، واخضاع عقد الاستثمار للقانون عبر الدولي يكون إما بإخضاعه لمبادئ القانون الدولي (فرع أول) أو بإخضاعه لقواعد وأعراف التجارة الدولية(فرع ثاني) .

---

[1]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و الأجنبي في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص 100.

[2]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار،مرجع سابق،ص 732.

[3]– صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين ، دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2004، ص47.

## الفرع الأول

## خضوع عقود الاستثمار للمبادئ العامة للقانون الدولي

إن كل نظام قانوني مهما كان يعرف مجموعة من المبادئ الأساسية ملزمة ويوقع الجزاء بمجرد المساس بها، حتى وان صدر التصرف من الأطراف المعنية صحيحا من ناحية الشكل[1] والقانون الدولي له مجموعة من المبادئ العامة التي تشترك فيها جميع الأنظمة القانونية في مختلف الدول، فهي تشكل قواعد دولية وعنصر في القانون العام الذي يحكم العقود المبرمة في النطاق الدولي[2].

ولقد أصبحت المبادئ العامة تستمد من مختلف الدول الأعضاء في الجماعة الدولية وبغض النظر عن درجة تقدمها الفعلية ، وذلك استنادا الى مبدأ المساواة السياسية فيما بينها جميعا[3].

و تعد هذه المبادئ أحد المصادر الرئيسة للقانون الدولي، وقد نصت عليها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، و توضح الاعمال التحضيرية لهذه المادة أن إضافة هذا المصدر لم يهدف إلى إعتباره بديلا للمصادر الاتفاقية أو العرفية للقانون الدولي و إنما قصد منها تزويد المصادر الأخرى بضمان إحتياطي ضد ما قد يعتريها من ثغرات كما هو الحال في القانوني الداخلي حيث تخول المحاكم سلطة تطبيق المبادئ العامة للقانون لملئ ما قد يوجد فيه من ثغرات[4].

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص778.

[2]– المرجع نفسه، ص779.

[3]– يقول في هذا السياق الدكتور هشام علي صادق : "يعمل المحكمون في المنازعات العقدية على تطبيق المبادئ القانونية المشتركة رغم سكوت المتعاقدين أنفسهم عن النص على القانون واجب التطبيق، وهم يمثلهم على هذا النحو يهدفون بدورهم إلى تدويل العقد واخراجه من دائرة اختصاص القوانين الوطنية ، خاصة فيما لو سكتت الأعراف و العادات الدولية عن تقديم حل نزاع المطروح على قضاء التحكيم ، وهذا يعني أن العقد لا يخضع لمبادئ قانون داخلي لإحدى الدول أو أكثر من قانون داخلي، و انما يخضع لنظام قانوني أشمل يستخلص من الدراسة المقارنة لما هو مستقر في مضمون مختلف النظم القانونية الأخرى ".

– أنظر : عدلى محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص357.

[4]– المرجع نفسه ، ص 355.

ان مصدر قواعد القانون عبر الدولي المتمثلة في المبادئ المعترف بها من طرف الأمم المتمدنة يجعلها غير متكاملة الملامح وغير واضحة الرؤية، كما أنها غير قادرة لحكم عقود الدولة لعدم تمتعها باستقلالية وذاتية.[1]

**أولا: تطبيق القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقوق المكتسبة**

لقد احتل مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الصدارة فكان من أهم المبادئ الأساسية التي لا تتردد المحكمة الدولية على التأكيد عليه[2]ولم يستقر الفقه على تعريف موحد لفكرة الحقوق المكتسبة ولو أن مضمون هذه التعاريف جاء إلا أن ذلك لم يحل دون اعطاء تعريف يتضمن معنى هذه الحقوق المكتسبة، حيث عرفها بأنها" ***الحقوق العينية و الشخصية التي استقرت وأصبحت ثابتة بطريقة صحيحة طبقا لقانون وطني لدولة و التي لها قيمة نقدية يمكن حسابها***" فهذا المبدأ يهدف الى الحماية الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب على وجه مشروع قانونا، حيث هو مبدأ مستقر في القانون الدولي الخاص طالما لا يوجد نظام قانون داخلي يقرر المساس بالحقوق الخاصة ولا سيما حق الملكية المعترف بها في جل التشريعات الدول.[3]

وفيما يتعلق بالأساس القانوني لفكرة الحقوق المكتسبة فهناك موقفان، موقف يرى أن الحقوق المكتسبة لا تعني تقييد حق الدولة المضيفة في اجراء التعديلات التشريعية التي تقتضيها الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية[4]، وانها لا يمكن أن تكون من مبادئ القانون الدولي لأن حق الملكية في ذاته ليس موضوع اعتراف من جميع الدول المكونة للجماعة الدولية وعلى الأقل للغالبية العظمى منها.[5]

---

[1]– إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار...، مرجع سابق، ص387.

[2]– حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية...، مرجع سابق، ص808.

[3]– كعباش عبد الله، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير تجارية في الدول النامية، مرجع سابق ص106.

[4]– المرجع نفسه ص106.

[5]– حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية...، مرجع سابق، ص 808.

أما الاتجاه الثاني اعتبر فكرة الحقوق المكتسبة من المبادئ القانون الدولي وبالتالي يقرون بمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار عن عدم احترامها للحقوق المكتسبة وعسن اخلالها المترتب عن تعديل والغاء تشريعها.[1]

**ثانيا: تطبيق القانون الدولي استنادا لمبدأ حسن النية**

ومن مبادئ القانون الدولي نجد أيضا مبدأ حسن النية حيث يعتبر مبدأ قانوني عرفته كافة الأنظمة القانونية، ولقد أكدت الممارسة الدولية لهذا المبدأ في الجمعية العامة للأمم المتحدة لما صدر عنها في 14 ديسمبر 1962، قرار وبإجماع، خاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية الذي جاء فيه على أنه " ***الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية المبرمة بحرية من طرف الدول السيادية أو بين هذه الدول تنفذ بحسن النية***"[2].

ومن خلال هذا القرار فإن اعضاء المجتمع الدولي اتفقوا على أن كل الالتزامات التي تقع على عاتقهم في اطار اتفاقيات الدولية إما الثنائية أو المتعددة الأطراف أو تلك التي تكون في اطار التعاقدي في مجال الاستثمار المبرمة بكل حرية، فإنها يجب ان تنفذ بحسن النية .

ويعتبر هذا المبدأ مبدأ متعارف عليه دوليا وكما يعتبر قاعدة عامة تشتمل عليها جميع العقود وهو التزام يعد من المبادئ المسلمة بها في الكثير من التشريعات الوطنية للدول حيث يستلزم تنفيذ العقد بما يحقق به مصلحة الطرفين [3].

إن إعمال مبدأ حسن النية يقتضي أن يكون التصرف الذي قامت به الدولة مستهدف الى ترتيب إتزام دولي، وليس مجرد تصرف داخلي لكن هذا لا يمنع الدولة من تنفيذ التزاماتها بحسن

---

[1]– كعباش عبد الله، الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير تجارية في الدول النامية، مرجع سابق ص107.

[2]– إقولي محمد ، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار..، مرجع سابق، ص354.

[3]– صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني و الأجنبي في عقود الاستثمار، مرجع سابق، ص106.

النية اتجاه جميع من ينصرف إليهم أثر تصرفها الضار، فلا يجوز لها أن تقوم بتصرفات مناقضة لما التزمت به من قبل [1].

## الفرع الثاني

## خضوع عقود الاستثمار لقواعد وأعراف التجارة الدولية

تعرف قواعد وأعراف التجارة الدولية على أنها مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية و عن النظام القانون الدولي العام[2] وتعتبر المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية les mércatoriaكقانون عرفي لأنها نتائج الممارسة العملية للنشاط الاقتصادي في مختلف القطاعات و الأعمال الدولية، فهي محض الممارسات التي تعارف عليها المتعاملين في مجال مهنة أو تجارة معينة فلها من الثبات و الاستقرار و العمومية ما يجعلها مكملة لبنود العقد و مفسرة لها[3].

فهذه العادات و الأعراف الدولية لا تعد قانونا داخليا فقد نشأة تلقائيا داخل المجتمع الدولي بسبب قصور الأنظمة القانونية الداخلية في ايجاد حلول لهذه العلاقات الدولية ذات الطرف الأجنبي.[4]

ولقد أكدت اتفاقية فينا1980 بشأن البيع الدولي للبضائع على ضرورة تطبيق هذه العادات والأعراف، فقد نص في المادة 09 منها التي تقرر أن عادات و أعراف التجارة الدولية يجب

---

[1]– إن الدولة عندما تصدر تشريع يتضمن امتيازات ومزايا مالية وقانونية أو يتضمن شرط الاستقرار او الثبات لفائدة المستثمرين فلا يجوز لها استعمال سلطتها التشريعية للتخلص من تعهداتها وذلك يثير مسؤولياتها بعد اثبات سوء نيتها مع افراض حسن النية في ممارسة حقها الطبيعي لسلطة التشريع و لتحقيق ذلك لابد من توفر شرطين وهما:

– الالتزام بإصلاح و تعويض الطرف المتضرر عن الاخلال بالتوازن المالي.

– أن يكون الاجراء التشريعي المتخذ مبنيا على المصلحة العامة ولا يستهدف المساس بشخص معين.

– أنظر : كعباش عبد الله، الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي...، مرجع سابق، ص ص 109–108.

[2]– بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة...، مرجع سابق، ص 245.

[3]– طرح البحور على حسن فرج، تدويل العقد...، مرجع سابق، ص106.

[4]– د / محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، مرجع سابق، ص ص 114–115.

تفضيلها واعطائها الأولوية في التطبيق على القواعد الأخرى سواء كانت تلك القواعد تم تقريرها من خلال اتفاقية دولية أو عن طريق اللجوء إلى أحد قواعد التنازع.

ولهذه القواعد العرفية قوة ملزمة تستمدها من الجزاءات المتنوعة التي تتلاءم وطبيعة أشخاص المجتمع الذي تسود فيه، فهناك جزاءات مالية كأداء أطراف النزاع لضمان مالي مسبق يتحمله الطرف الذي يرفض تنفيذ الحكم التحكيمي مثلا، وكما هناك جزاءات أدبية كثيرة كنشر أسماء الشركات التي ترفض مثلا تنفيذ الأحكام التحكيمية الأمر الذي يؤثر على سمعتهم بين المتعاملين الاقتصادين كما هناك جزاءات أخرى تتمثل في حرمان المقصر في بعض هذه الحقوق منها تعليق عضويته في هذه الاتحادات.[1]

ويتم اللجوء إلى عادات و أعراف التجارة الدولية لسد النقص أو لتفسير الغموض الموجود في القوانين الوطنية التي تختارها الأطراف لحكم موضوع النزاع، أو لعدم مواكبة القوانين الوطنية للتطورات التي قد تحدث في الساحة الاقتصادية الدولية، وهذا ما يجعل المحكم يجد نفسه في فراغ تشريعي وبالتالي يلجأ إلى عادات و أعراف التجارة الدولية لتملكه [2].

و بالتالي يكون تدخل هذه العادات و الاعراف ضروريا لتفسير ما قد يكون غامضا في القوانين الوطنية خاصة في بعض أنواع البيع التجاري الدولي مثل مبيعات التجارة البحرية .

---

[1]– د / محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 323.

[2]– قد عرضت على التحكيم قضية نزاع يتعليق بتنفيذ عقد بيع بشروط (فوب) بين بائع يوغسلافي و مشتري فرنسي، وكان على المحكم أن يفسر إذا ما كان البائع أو المشتري هو الذي يجب ان يتحمل دفع المصاريف الاضافية عن السفينة التي تأخرت عن الوصول في الميعاد المحدد في مناء التصدير وكانت الدعوى خاضعة للقانون السوسيري، و في هذه المنازعة لجأ المحكم إلى تطبيق قواعد العرف و العادات التجارية الخاصة بتفسير شروط البيع (فوب) وبناءا عليها أصدر المحكم وطني و الأجنبي .

– أنظر: المرجع نفسه ص110.

## الفرع الثالث

## موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الاستثمار

يظهر موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الاستثمار من خلال قبوله للتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، فنعتبر أن مصادقة الجزائر على العديد من الاتفاقيات المتعددة الأطراف مثل اتفاقية نيويورك الصادرة في جوان 1985 حول الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سنة 1988[1].

وكذا على جملة من الاتفاقيات الثنائية للتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار، و التي في مجملها تترك الخيار للمستثمر الأجنبي لعرض النزاع أمام التحكيم إلا أن التكريس الرسمي لنظام التحكيم كأجراء لفض النزاعات الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية تم بصفة رسمية بتاريخ 1993/04/25 وذلك بصدور المرسوم التشريعي 09/39 المعدل لق إ م ج والذي تم بموجبه إلغاء المادة 442 وادخال فصل خاص بالتحكيم تحت عنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي".

وبذلك فإن المشرع الجزائري اتخذ كل الاجراءات الكفيلة بتطوير آليات التحكيم لتواكب تطور المجتمع وحاجاته خاصة في ضل سياسة الانفتاح ، بما أن التحكيم وسيلة هامة لحل المنازعات كما يشكل ضمان الاستقطاب الأجانب ، لذا فالجزائر أدرجت في كل الاتفاقيات التي أبرمتها مع الدول في إطار تشجيع و حماية الاستثمار شرط التحكيم التجاري الدولي في بنودها[2] .

وكما يظهر أيضا موقف المشرع الجزائري من خلال نصه على تطبيق المبادئ العامة للقانون في المادة 1050من ق إ م إ التي نصت على أنه " ***تفصل محكمه التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون***

---

[1]– إتفاقية نيويرك الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، مصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، ج ر رقم 48 مؤرخة في 1988/11/23.

[2]– والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية و المتعددة الأطراف، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006 ، ص 16.

***والأعراف التي نراها ملائمة*** " فمن خلال هذه المادة فإن قواعد القانون تطبق في حالة إختيارها أو عدم اختيارها من قبل الأطراف.

بينما نصت المادة 23 مكرر 2[1]على أنه " ***تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين*** " إذن تطبق المبادئ العامة للقانون للإقصاء عقود الاستثمار من سلطان النظم القانونية الداخلية.

وكما أخذ المشرع بمبدأ الحقوق المكتسبة التي تعتبر من المبادئ القانون الدولي من خلال قانون الاستثمار في الأمر 03/01 وذلك في الباب السادس في الأحكام المختلفة حيث تنص المادة 29[2] على أنه " **يحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير تشجيع الاستثمارات، وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة وبالشروط التي منحت على أساسها**" .

وأكده أيضا في باب الضمانات الممنوحة للمستثمرين في الأمر 03/01 المعدل و المتمم حيث نصت المادة 15 منه على أنه "**.... لا تطبق المراجعات او الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة...**" من خلال النص فإن المشرع كرس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة عند تطبيق القانون على هذه الاستثمارات و التي شرع في انجازها.

وقد كرس أيضا مبدأ حسن النية من خلال نص المادة 1/107 ق.م التي تنص " **يجب تنفيذ العقد ...و بحسن النية ...**"[3].

ومن خلال قبول المشرع الجزائري للتحكيم التجاري الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار وكذا نصه على مبادئ القانون الدولي فإنه يظهر لنا جليا توجه المشرع الجزائري إلى تدويل عقود الاستثمار، أي تطبيق القانون الدولي كقانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن هذه العقود.

---

[1]– أمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني معدل و متمم، مرجع سابق.

[2]– أمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، معدل و متمم، مرجع سابق.

[3]– أمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، معدل و متمم، مرجع سابق .

# خاتمة

يتضح مما سبق أن عقود الاستثمار لها طبيعة خاصة سواء من ناحية الأطراف و ذلك باعتبارها تبرم بين طرفين، الدولة أو أحد هيئاتها و طرف خاص هو المستثمر الأجنبي، وكما تظهر الطبيعة الخاصة لهذه العقود من ناحية موضوعها، فالدولة المضيفة للاستثمار تسعى من خلال العملية الاستثمارية إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية، و بالتالي تحاول اخضاعها لقوانينها الوطنية ومن جهة أخرى فإن المستثمر الأجنبي يسعى لتحقيق الربح لذلك يحاول تطبيق القانون الدولي على هذه العلاقة التعاقدية .

وخضوع عقود الاستثمار للقوانين الوطنية هو الاتجاه الغالب على الساحة الدولية، وذلك لارتباطها بالسيادة الداخلية للدولة، فمن غير المعقول أن تبرم الدول عقود للاستثمار لتحقيق تنميتها الاقتصادية و استغلال مواردها وثرواتها الطبيعية و تخضعها لقانون غير قانونها الوطني.

و الواقع يثبت خضوع الدول للشروط التي يفرضها المستثمر الاجنبي الذي يسعى من ورائها الى جعل هذه الدول تتنازل عن امتيازاتها وسلطاتها لتصبح في نفس المرتبة معه، مما يؤهله تحقيق أهدافه بإخضاع هذه العقود لأحكام القانون الدولي رغم أنه طرف خاص في العقد لكونه يملك من المال و التكنولوجيا ما يضمن له فرض شروط وبنود في العقد، الشيء الذي يحدّ من السلطات التي تتمتع بها هذه الدول، مما يصعب على هذه الأخيرة التمسك بقانونها و تحقيق أهدافها .

و المستثمر الأجنبي يحتج بعدم قبوله للقوانين الوطنية على أنها متخلفة و لا تتماشى مع التطورات التجارية و كما أنها وضعت لتحكم علاقات داخلية و ليست علاقات خاصة ذات طابع دولي.

لكن حسب اعتقادنا يجب على الدول النامية خاصة الجزائر منها أن لا تجعل حاجتها الماسة للاستثمارات الأجنبية نقطة ضعف، مما يضر بمصالحها وبأهدافها خاصة عند اصدار القوانين المتعلقة بالاستثمار، وحتى لا تجد نفسها في وضعيات يصعب التعامل معها بوصفها صاحبة سيادة، خاصة في طريقة إبرامها مما قد يعطي للمستثمر مواجهة الدولة لخرقها التزاماتها التعاقدية كشخص قانوني دولي.

و كما يجب على الدول النامية أيضا تجنب تضمين عقود الاستثمار بشروط الاستقرار التشريعي، فهذا الشرط يحد من سلطان الدولة السيادية ، وكما يجب الحذر عند التفاوض بشأن إبرام هذه العقود بتحديد القانون الوطني كقانون واجب التطبيق على العقد .

وبهذا الشكل تستفيد الدول النامية منها الجزائر من الاستثمارات الأجنبية كعامل لتحقيق التنمية دون أن تتخلى عن سيادتها أمام المستثمرين الأجانب.

# المراجع

**أولا- باللغة العربية:**

**1- الكتب:**

1. بشار محمد الأسعد، الفاعلية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية (دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية)منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

2. _____ ، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.

3. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ( تحديد ماهيتها والنظام القانوني)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2001.

4. صفوات أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، د ط، الإسكندرية، 2006.

5. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين دراسة في احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2004.

6. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد (دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما 19 يونيو1980) كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية، دون سنة النشر.

7. عبد الكريم سلامة أحمد، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، 2001.

8. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمار في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، بدون بلد النشر، 2008.

9. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001
10. ياقوت محمد محمود، حرية المتقاعدين في اختيار قانون العقد الدّولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية و مقارنة، في ضوء الاتجاهات الحديثة، منشاة المعارف الإسكندرية، 2000.

**2- الرسائل والمذكرات الجامعية:**

**أ- الرسائل الجامعية:**

1. اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار (التجربة الجزائرية نموذجًا) رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2006.
2. بوسهوة نور الدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري رسالة لنيل درجة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد حلب البليدة، 2005.
3. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
4. عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الإستثمار الأجنبي في الجزائر ( على ضوء الإتفاقيات الدولية للجزائر)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015.
5. قبايلي الطيب ، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة الدكتورة في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق ،جامعة ملود معمري ، تيزي وزو، 2012.

**ب- مذكرات الماجستير:**

1. حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة لنيل درجة الماجيستير فرع قانون الاعمال جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون الجزائر، 2008 .
2. صراح ذهبية، التوفيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي في عقود الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
3. كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر الغير تجارية في الدول النامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر، 2002.
4. كمال سمية، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2003.
5. مرازقة آسيا، تسوية منازعات الإستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007.
6. معيفي العزيز، الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار كآلية جديدة لتفعيل الإستثمارات في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، تخصص قانون الإصلاحات الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2006.
7. والي نادية، التحكيم كضمان للاستثمار في إطار الاتفاقيات العربية الثنائية و المتعددة الأطراف، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2006.

**ج- مذكرات الماستر:**

1. آيت شعلال وردية، ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية و الاسلامية، مذكرة لنيل درجة الماستر، فرع قانون الأعمال، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2006.

2. بوكلال مبروك، لحظير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012.
3. حيدره صوفيان، جلواح سليم، حماية الإستثمار الأجنبي في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع القانون العام للأعمال، جامعة بجاية، 2013.
4. عقون ناصر، أزرار سعيدة، القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة في مجال الإستثمار، مذكرة ماستر في الحقوق، فرع القانون الإقتصادي وقانون الأعمال، جامعة بجاية، 2013 .

**3- المقالات:**

1. فوزي قدور نعيمي، مظفر جابر الراوي، "النظام القانوني للعقد الدولي للإستثمار في ظل التغيرات الإقتصادية العالمية الجديدة"، **مجلة تكريت للعلوم القانونية والسياسية**، المجلد 3، عدد 10، د س.
2. د/ أوسامة محمد عثمان خليل، تحديد القانون واجب التطبيق ( حل التنازع) في منازعات عقود الإستثمار الأجنبي- القانون السوداني والقانون الإماراتي، نموذجا- مقال متوفر على الموقع : http://slconf.uaeu.ac.ae

**4- النصوص القانونية:**

**أ- النصوص التأسيسية :**

1. دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب، مرسوم رئاسي رقم 96- 438، مؤرخ في 07 /1996/12، متضمن نص تعديل دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 ج ر ج ج ع 76 صادرة في 1996/12/08،معدل و متمم.
2. مرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر ج ج ع 76 صادر بتاريخ 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10

أفريل 2002، المتضمن تعديل الدستور، ج ر ج ج ع 25، الصادر في 14 أفريل 2002.

**ب- الاتفاقيات الدولية:**

**1.** الاتفاقية الجزائرية الرومانية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في الجزائر بتاريخ 28، 06، 1994 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 94-328 مؤرخ في 1994/10/22، ج ر ج ج ع 69، الصادرة في 1994/10/28.

**2.** الاتفاقية الجزائرية الاسبانية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994/12/23، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم95-88 مؤرخ في 1995/03/25،ج ر ج ج ع 23 الصادرة بتاريخ 1995/04/26.

**3.** إتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965 بواشنطن، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج ع 66، 1995.

**4.** الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، الموافق عليها بمقتضى الأمر 05/95 المؤرخ في 21 جانفي سنة 1995، ج ر ج ج ع 07 صادرة بتاريخ 15 فيفري سنة 1995، المصادق عليها بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، ج ر ج ج ع 66 صادرة بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

**5.** الإتفاقية الجزائرية اليمنية الموقع عليها في 1999/11/25، ج ر ج ج ع 42 لسنة 2001 المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 01-211 المؤرخ في 2001/07/23.

**6.** الاتفاقية الجزائرية الكويتية المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 03-370 المؤرخ في 2003/10/23، الجريدة الرسمية رقم 66 لسنة 2003.

7. إتفاقية الإستثمار بين الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت، موقعة بتاريخ 30 أكتوبر 2003، ج ر ج ج ع 72، صادر في 13 نوفمبر 2004.

**ج- النصوص التشريعية:**

1. قانون رقم 08/09، مؤرخ في 23فيفري سنة200 التعلق بتطبيق قانون الاجراءات المدنية، ج ر ج ج ع 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.
2. أمر 06/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن تأمين القرض عند التصدير، ج ر ج ج ع 3.
3. أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج ر ج ج ع 47، السنة 2003، المعدل والمتمم بموجب أمر 08/06، ج ر ج ج ع 47، الصادر في 15 جويلية 2006.
4. أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر ج ج عدد 47 السنة 2003، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08/06 ج ر ج ج ع 47، الصادر في 15 جويلية 2006.
5. أمر رقم 79/76 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار الدستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج ع 94، لسنة 1976.
6. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج ع 78، الصادرة في سبتمبر 1975 معدل ومتمم.

**د- النصوص التنظيمية:**

- مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على إتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمار ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيليكوم الجزائر، ج.ر.ج.ج، عدد 80، صادر في 26 ديسمبر 2001.

**ثانيا- باللغة الفرنسية:**

1. BEDJAOUI Mohamed, Droit international bilan et perspectives, Tom 2, A. pedone, paris, 1991.
2. JEAN-Christophe pommier, principe d'antinomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, édition economica, paris, 1992.
3. LEBEN Charles, 'la théorie du contrat d'état et l'évolution de droit international des investissements, RCADI, tom, 302 2003.
4. Miloud Boubaker, Investissement et stratégies de développements, 1998.

# فهرس الموضوعات

**مقدمة:** ..... **01**

## الفصل الأول

## توطين عقود الإستثمار

المبحث الأوّل: أسس توطين عقود الإستثمار..... **05**

المطلب الأوّل: الأسس القانونية والغير قانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة..... **05**

الفرع الأوّل: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة..... **06**

أوّلاً: توطين عقود الاستثمار بناءًا على تكييفها عقود إدارية..... **06**

ثانيا: بناءًا على المعاهدات الدولية..... **07**

1- إتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965..... **08**

2- إتفاقية روما..... **09**

الفرع الثاني: تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة إستنادًا لاعتبارات غير قانونية..... **11**

أولا: على أساس مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها..... **11**

ثانيا: على أساس السياسة التي تنتهجها الدولة بهدف التنمية..... **12**

المطلب الثاني: توطين عقود الإستثمار على أساس مبدأ سلطان الإرادة..... **14**

الفرع الأوّل: الإختيار الصريح للقانون الوطني..... **14**

الفرع الثاني: الإختيار الضمني للقانون الوطني..... **15**

المبحث الثاني: مدى ملائمة القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار..... **17**

المطلب الأوّل: عدم ملائمة القانون الوطني بالنظر إلى الطبيعة الغير المتجانسة لطرفي العقد **17**

الفرع الأوّل: أطراف عقود الإستثمار..... **18**

أوّلاً: الدولة كطرف في العقد..... **18**

1/ المعيار القانوني..... **19**

2- المعيار الإقتصادي..... **20**

ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في العقد..... **21**

1- المستثمر الأجنبي شخص طبيعي..... **22**

2- المستثمر الأجنبي شخص معنوي ..... **23**

الفرع الثاني: الضمانات المقدمة من طرف الدولة كقيود على توطين العقد..... **24**

أوّلاً: ضمان الثبات التشريعي..... **24**

ثانيا: ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي..... 26
ثالثا: ضمان ملكية المستثمر من المخاطر غير التجارية..... 26
1- التأميم: Nationalisation..... 27
2- نزع الملكية: Expropriation..... 28
3- المصادرة: Confiscation..... 29
4- المخاطر الناتجة عن عدم تحويل العملة ..... 30
5- المخاطر الناتجة عن الحرب والإضطرابات المدنية..... 31
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من توطين عقود الإستثمار..... 32
الفرع الأوّل: موقف المشرع الجزائري على المستوى الداخلي..... 33
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري على المستوى الدولي..... 34

## الفصل الثاني

## تدويل عقود الإستثمار

المبحث الأول: أسس تدويل عقود الاستثمار..... 36
المطلب الأول: دور الإرادة في تدويل عقود الاستثمار..... 36
الفرع الأول: أنواع التدويل وفقا لقانون الإرادة..... 37
أولا: التدويل الصريح..... 37
ثانيا: التدويل الضمني ..... 38
الفرع الثاني: مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل العقد والمعوقات التي تواجه تطبيقه..... 40
أولا : مدى ملائمة قانون الإرادة لتدويل عقود الاستثمار..... 40
ثانيا: المعوقات التي تواجه تطبيق قانون الإرادة..... 41
1- التحميد الزمني لقانون الإرادة: ..... 41
2- اندماج قانون الإرادة في العقد ..... 42
3- تهميش قانون الإرادة ..... 42
المطلب الثاني: دور التحكيم في تدويل عقود الاستثمار..... 43
الفرع الأول: مفهوم التحكم و مدى تكريسه في عقود الاستثمار..... 43
أولا- مفهوم التحكيم..... 43
ثانيا: مدى تكريس التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار ..... 45

الفرع الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم..... 46
أولا: المبررات المتعلقة بعجز الوسائل القضائية..... 46
ثانيا: المبررات المتعلقة بتناسب مزايا التحكيم مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار.. 47
الفرع الثالث: سلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عند غياب قانون الإرادة..... 47
أولا : تقييد دور المحكم في تحديد القانون واجب التطبيق..... 48
ثانيا: حرية المحكم في تحديد هذا القانون واجب التطبيق..... 48
المبحث الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي..... 49
المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام..... 49
الفرع الأول: : خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام بناءا على الاتفاقيات الثنائية.. 49
الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام بناءا على الاتفاقيات المتعددة الأطراف..... 51
المطلب الثاني: خضوع عقود الاستثمار للقانون عبر الدولي..... 52
الفرع الأول: خضوع عقود الاستثمار للمبادئ العامة للقانون الدولي..... 53
أولا: تطبيق القانون الدولي استنادا لمبدأ الحقوق المكتسبة ..... 54
ثانيا: تطبيق القانون الدولي استنادا لمبدأ حسن النية..... 55
الفرع الثاني: خضوع عقود الاستثمار لقواعد وأعراف التجارة الدولية..... 56
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من تدويل عقود الاستثمار..... 58
خاتمة..... 60
قائمة المراجع..... 62

## ملخص باللغة العربية

***تثير عقود الاستثمار التي تبرم بين دولة و هي شخص من أشخاص القانون العام و بين الفرد أو الشركة الأجنبية العديد من الإشكاليات القانونية من بينها القانون الواجب التطبيق ، فهناك من يأخذ بتوطين العقد و إسكانه في القانون الوطني للدولة المتعاقدة على اختلاف المسوغات والمبررات لذلك، ومن يأخذ بتدويلها إما تدويلا مباشرا في محاولة إخضاعها للقانون الدولي، أو تدويل غير مباشر يجعل قانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون النظام الواجب الإعمال على هذه العقود.***

## Résumé

Les contrats d'investissement conclus entre l'Etat, en tant que Personne morale, sujet du droit public, et les sociétés ou autres personnes morales étrangères privées posent de nombreux problèmes juridiques, notamment celui de la loi applicable pour traiter les litiges pouvant survenir entre ces deux parties contractantes.

A cet égard, on distingue entre les tentatives de la nationalisation de ces contrats en les soumettant à la législation nationale de l'état contractant, tandis que d'autres tentatives cherchent l'internationalisation de ces contrats, dans le but de les soumettre aux droit international ou à la lex Mercatoria ou les principes généraux de droit.