

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم: القانون الخاص
المرجع:

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص
تحت إشراف الأستاذ
* بن سالم كمال

الشعبة: الحقوق
من إعداد الطالب(ة):
* حمو فاطمة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	بلبنة محمد	الأستاذ(ة)
مشرفا مقرر	بن سالم كمال	الأستاذ(ة)
مناقشا	بن عيسى قدور	الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2020/2019

تاريخ المناقشة: 2020/09/23

الإهداء

يسعدني أن أهدي هذا العمل إلى:

والدي الكريمان نبع العطاء الذي لا ينضبحفظكما الله ورعاكما

أختي العزيزة (أمال)وفقكي الله وسدد خطاكي

أستاذي (بن سالم كمال)بارك الله فيك

وإلى كل عزيز لم يسعفن المقام لذكراه.

شكر و عرفان

أحمد لله عزّ وجلّ الذي أنعم علينا بنعمة العقل و العلم و على أن أمدني بالعزيمة و الإرادة لإتمام هذا العمل.

ثم أتوجه بخالص شكري و تقديري و عظيم امتناني إلى الأستاذ الدكتور "بن سالم كمال" على تكرمه بالإشراف على رسالتي هذه، و تقديمه لي النصيحة و المشورة و منحه لي من علمه و وقته الثمين ما يعجز القلم عن الوفاء به، فكانت توجيهاته و إرشاداته سندا و عوناً لي خلال إعدادي لهذا البحث، له مني عظيم الشكر و الامتنان.

كما أتوجه بالشكر ذاته إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لمناقشة هذه المذكرة، و على الرغم من انشغالاتهم العلمية و الإدارية، لهم مني عظيم شكري و امتناني.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل لجميع الموظفين في قسم ما بعد التدرج بكلية الحقوق بجامعة مستغانم، التي تشرفت صدقا بالانتساب إليها، و الذين لم يدخروا جهداً من أجل تيسير الإجراءات الإدارية خلال الأربع سنوات حتى إيداع هذه المذكرة.

جزا الله عنا الجميع أوفر الجزاء.

يعتبر موضوع الاستثمار الدولي من أبرز المواضيع الحديثة التي تحظى باهتمام القانون الدولي المعاصر، وذلك لعدة أسباب منها: مساهمة الاستثمار الدولي بالشكل الأساسي في تنمية الدول وتطورها، ذلك الهدف الذي يعتبره القانون الدولي حقا مشروعاً لكل الدول، تزايد المطالب الدولية بتنظيم هذا المجال، حيث طالبت الدول النامية بضرورة إيجاد نظام قانوني دولي يكفل لها الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية وفق إجراءات وشروط عادلة، حتى تتمكن هذه البلدان من تحقيق التنمية المرجوة من الروابط العقدية التي تبرمها مع المستثمر الأجنبي، بينما طالبت الدول المالكة لرؤوس الأموال بضرورة حماية مصالحها وحقوقها عند قيامها بالاستثمار خارج حدودها الإقليمية، وأخيراً تعدد وتنوع الأطراف الممارسين لعقود الاستثمار الدولية و تمخض مجموعة من آثار ذات الطابع الدولي عن هذه العقود.

مما لا شك فيه أن الاستثمار و القانون مجالان مختلفان لكنهما متكاملان يتأثر كل منهما بالآخر، فالسياسة الاستثمار لا بد من أن توازيها سياسة القانون فطالما كان القانون يعد من خلال شرعيته وخاصة نجاعته سبباً رئيسياً في التنمية.

إن من أهم الإشكاليات التي تمخّضت عن التجربة الاستثمارية التي شهدتها العالم أواخر القرن الماضي وبداية هذا القرن هو قصور النظم التشريعية والقضائية عن الوفاء بمتطلبات النظام العالمي الجديد، خاصة في العالم العربي تحديداً ذلك راجع لأسباب سياسية أو اقتصادية أو أمنية شغلت حركة التطور التشريعي عن الاستعداد لمواجهة العديد من التطورات العالمية والاقتصادية والاستثمارية.

إن القاعدة العامة هي أن القضاء الداخلي للدولة هو الذي يتولى تسوية المنازعات التي تثار بين الأطراف، فالقضاء يعتبر الطريق الطبيعي والوسيلة المعتادة لحسم تلك المنازعات.

لكن مع نمو الاستثمار والتجارة الدولية والتشابك المصالح الاقتصادية وثورة الاتصالات التي جعلت العالم عبارة عن قرية صغيرة وسهولة انتقال رؤوس الأموال في شكل استثمارات

ضخمة وتزايد عقود الاستثمار الدولية، نجد أن الدولة في كثير من العقود طرفاً يتعاقد مع شركات خاصة أو مع أفراد، ومع كثرة المنازعات الاستثمارية وتعدد الإجراءات القضائية وتوسع أنماط الحياة وحرص المستثمر على الوقت كان لا بد من البحث الجاد عن وسائل البديلة وكفيلة بتسوية المنازعات التي تتوافر فيها متطلبات الاستثمار وأهمها السرعة والاقتصاد في الوقت، فقد اثبت أسلوب التقاضي التقليدي على مرّ السنين أنه مكلف وبطيء فضلاً عن أن نتائجه غير متوقعة وعكسية باعتبار أنه سيسفر عن طرف رابح وآخر خاسر.

لقد ساهم في ذلك وبشكل كبير انحصار دور الدولة في قيادة النشاط الاقتصادي وتبني فلسفة اقتصاد السوق تحت مظلة النظام العالمي الجديد، فظهرت بعض الازهاقات لمواجهة هذه التطورات الاقتصادية والاستثمارية، وتم استحداث بعض النظم القانونية القضائية ووسائل أخرى اختيارية تتناسب مع النظام العالمي الجديد والتي يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم لتسوية المنازعات التي تنشئ بينهم بدلاً من لجوءهم إلى القضاء الوطني لحسمها.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه من أجل إيجاد مناخ ملائم فإنه يتعين على الدول أن تقدم كل التسهيلات والضمانات التي تدفع المستثمر الأجنبي لاستثمار رأس ماله في أراضيها، أو بمعنى آخر يجب توفير نوع خاص من المعاملات يعرف بمعاملات الاستثمار.

كما هو معلوم أن عقود الاستثمار هي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة، لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار وهذه العقود يبرمها المستثمرون سواء كانوا هيئات استثمارية دولية، أو تلك التي تبرمها الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي طبيعي أو معنوي وبمقتضاها يلتزم المستثمر الأجنبي بنقل موارد اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها.

غير أن أكبر العوائق التي تواجه الاستثمار هي تخوف المستثمر الأجنبي من المناخ التشريعي للدولة المضيفة، حيث تتمثل هذه المخاوف أساساً من عدم حياد القضاء الوطني

للدولة المستضيفة للاستثمار، إضافة إلى تخوفه من استعمال الدولة لسلطتها في تعديل تشريعاتها الوطنية، التي يخضع إليها عقد الاستثمار والذي من شأنه التأثير على العلاقة التعاقدية وينعكس ذلك وبصفة غير مباشرة على حقوق المستثمر، لذلك يسعى المستثمر الأجنبي من أجل انتزاع عقد الاستثمار من حكم القانون الوطني للدولة المضيفة بشتى الطرق وإحاقه بنظام قانون آخر أو إدراج شرط الثبات التشريعي إذا لم يتمكن من ذلك.

و الملاحظ في هذا السياق أن جل المستثمرين ينحازون إلى قضاء التحكيم بل إن غالبية الاستثمار تتضمن بنداً يحيل إلى التحكيم لما لهذا الأخير من مزايا و استقلالية بالإضافة إلى أن إدراج شرط التحكيم أصبح ضماناً من ضمانات الاستثمار ولا يخلو قانون أي دولة من هذا النظام.

لقد بات التحكيم يقدم على أنه نظام عالمي لفض المنازعات التي تنشأ عن عقود الدولة ذات الطابع الدولي، بما فيها عقود الاستثمار و الوسيلة الأكثر قبولاً بين الأطراف المتعاقدة.

و يطرح هذا البحث إشكالية هامة لها علاقة بالاتجاهات الحديثة في تحديد القانون الواجب التطبيق أمام التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار و هل يعد القانون وطنياً فقط، كما ينظر إليه القاضي الوطني أم أنه يجوز للمحكم تدويل النظام القانوني لتلك العقود على نحو يحقق الأمان القانوني و يخدم مصالح جميع الأطراف؟

إن التحكيم يعد إحدى وسائل حسم المنازعات و هو طريق استثنائي يقوم على إرادة الأطراف حيث يلجأ إليه الخصوم لحل النزاع دون المحكمة المختصة.

كما هو معلوم أن عقود الاستثمار لا ينتمي لنظام قانوني معين لذلك يمكن لطرفي العقد اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في حالة نشوب أي نزاع أثناء مرحلة التنفيذ، إذ أن للقانون الواجب التطبيق على العقد أهمية كبيرة تتمثل في أن تحديده على العقد يمكن من تحديد أي طرف في العقد لحقوقه و عدم تجاوزها كما يحدد الالتزامات و مشروعية العقد من عدمها

وهو بذلك يمثل القاعدة التي من خلالها يتم تقرير مدى صحة و تحديد التزامات أطرافه و بيان القوة الملزمة للعقد و كذلك كيفية انقضائه.

وإذا كان للقانون الواجب التطبيق هذه الأهمية، فإنه يكتسي أهمية أكبر في إطار عقود الاستثمار، نظراً لطبيعتها الخاصة، و نظراً لتعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة، إضافة إلى عدم التساوي في المراكز القانونية للأطراف، فالطرف الأول فيها دولة ذات سيادة و الطرف الثاني مستثمر أجنبي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة، هذا ما يجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة في غاية الأهمية في ظل الاختلافات الجوهرية بين أهداف ومصالح كل طرف.

إن هذه الأهمية البالغة التي يتمتع بها القانون الواجب التطبيق كانت من أهم الأسباب والدوافع وراء اختيار هذا الموضوع، إضافة إلى كون قطاع الاستثمار من أهم قطاعات التنمية الاقتصادية، خاصة بالدول النامية، كذلك من بين الأسباب التي قد تؤدي إلى دراسة هذا الموضوع هو وجود عدة آراء و اتجاهات فقهية مختلفة قد تصل حد التناقض و التي أوجبت دراستها و إيضاح الحجج التي استندت إليها و الانتقادات التي تعرضت لها، إضافة إلى الحساسية لمسألة القانون الواجب التطبيق، و ثقلها في العلاقة التعاقدية، فإنها تمس سيادة الدولة في حالة تطبيق قانون أجنبي، إذ تتعارض هذه الحالة مع مبدأ إقليمية القوانين المعترف بها دولياً من جهة و من جهة أخرى تمس بمصالح المستثمر الأجنبي في حالة ما إذا كان القانون الوطني المطبق للدولة المضيفة و قامت هذه الأخيرة باستخدام سلطتها في تعديل تشريعاتها الداخلية، أما الأسباب الشخصية وراء اختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فهو محاولة إزالة الغموض الذي يعتري مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار بصفة خاصة.

سوف نعتمد في دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على المنهج التحليلي و ذلك من خلال تحليل آراء الفقه و أحكام القضاء الدولي وأحكام التحكيم الدولية و كذلك نصوص

الاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، إضافة إلى ذلك اعتمدنا على المنهج المقارن و ذلك من خلال المقارنة بين مواقف التشريعات الوطنية المختلفة حول نقاط معينة من مسألة القانون الواجب التطبيق.

تجدر الإشارة هنا إلى أنه قد واجهتنا صعوبات خلال إعدادنا لهذه الدراسة تمثلت في عدم القدرة على الإلمام بتوجهات الباحثين في هذا المجال، و أيضا إلى تكرار الأفكار والأطناب فيها دون توسع، مما يمكن القول معه بندرة المراجع التي نتناول الموضوع بالتحليل والدقة، و ما يعاب أيضا على هذه المراجع هو أنها ركزت و حصرت دراستها على دول المشرق دون باقي الدول العربية،

ولقد ارتأينا أن نقسم دراستنا إلى فصلين، نتناول في الأول منهما، حالة اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، و في الثاني حالة عدم اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

حسبما هو متعارف عليه في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومضمون هذه القاعدة أن العقد يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة، إذ تعد عقود التجارة الدولية من أكثر العقود انتشاراً في الواقع الاقتصادي والتجاري، حيث كرس دستور 1996 الجزائري حرية التجارة والتشجيع الاستثمار في المادة 37 التي نصت على: « حرية التجارة والصناعة وتمارس في إطار القانون».

حيث من المسلم به أن تحديد القانون الذي سيطبق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى القانون الدولي الخاص هو مبدأ الحرية، أي الإرادة التي يخضع إليها العقد الذي هو المستقر في القانون الدولي الخاص، ومن هذه العقود الدولية نستهدف عقد الاستثمار ومدى حرية الأطراف بإعمال قانون الإرادة واختيارهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فلذا ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة إلى مبحثين :

المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقد الاستثمار الدولي.

المبحث الثاني: تصنيف عقود الاستثمار ومدى اعتبارها من عقود الدولة.

المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار الدولي

من المسلم به بخصوص قواعد التنازع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يستلزم اللجوء إلى مبدأ الإرادة في القانون الدولي الخاص، حيث تعتبر قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعاً، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضبط الإسناد الأصيل في التنازع الخاص بالعقود الدولي.

حيث جاء في معظم القوانين أن قانون الإرادة هو القانون الذي يخضع له العقد وهو ما أخذ به التشريع الجزائري الذي ينص في المادة 18 من القانون المدني على قاعدة إسناد تسمح للأطراف المتعاقدة الحق باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد وقد كرس أيضاً قانون الإرادة في المادة 17 من قانون الاستثمار 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، بحرية الأطراف بتنظيم عقد الاستثمار و تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وبما أن عقد الاستثمار من عقود التجارة الدولية لذا قد تكون لإرادة الأطراف دور كبير في هذا العقد، ولتوضيح ذلك سنعرض في هذا المبحث خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة والذي نتناول نتأوله في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني تحديد قانون الإرادة في عقد الاستثمار الدولي.

المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار الدولي للقانون الإرادة

العقد الدولي لا يترتب آثاره إلا بمقتضى القانون الذي يمنح الإرادة الفردية لإبرام العقد، ولقد ذهب في هذا الخصوص فقه تنازع القوانين على أن جوهر فكرة قانون الإرادة هو الاعتراف للأطراف بحق اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يتوقف دور الأطراف بخضوع العقد بعد ذلك خضوعاً كاملاً لذلك القانون الذي تم اختياره، وعلى هذا وجدنا أنه من الضروري تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين:

الفرع الأول: فكرة قانون الإرادة

الفرع الثاني: ملاءمة قانون الإرادة لعقد الاستثمار الدولي

الفرع الأول: فكره قانون الإرادة

إن إسناد عقود التجارة الدولية للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين هو حل لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص، وفي القرن التاسع عشر كان الفقه القديم لا يسند العقود الدولية لقانون الإرادة و إنما كان يخضعها لقانون محدد مسبقا وهو قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ وهو في الحاليتين لا تملك الإرادة تغييره¹ أي الاعتداد بتحليل الروابط القانونية وتركيزها في مكان معين الذي تنتج فيه الرابطة آثارها.

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف قانون الإرادة بأنه: السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود.

قد برر بعض الشراح تطبيق هذا القانون أو ذلك على أساس أن إرادة المتعاقدين الضمنية قد ارتضته ومع ذلك فإن الفقه لم يرتب أفكاره على هذه النتائج المنطقية وهي قدرة المتعاقدين على الاختيار الصريح لقانون آخر يحكم عقدهم.²

ومصطلح سلطان الإرادة يقصد به المجال القانوني بصفة عامة اعتبار أن الإرادة مصدر معيار للحقوق الشخصية الأداة الخالقة للقانون وهذه الفكرة سيطرت على فلسفة القانون

¹ - حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 406.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 22.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

في القرن التاسع عشر والتي أكدت للفرد إرادته الحرة بصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه، فالإرادة هي أساس القانون وغايته¹.

وتتفرع هذه الفكرة كذلك في القانون الداخلي وله عدة مبادئ هامة وتتمثل في حرية المتعاقد واحترام إرادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد، فالإرادة هي الأساس للقانون الخاص والقانون العام أيضا. فالدولة ذاتها قامت على فكرة العقد الاجتماعي، أما في مجال القانون الدولي الخاص فإن أهم النتائج المترتبة على التأهيل السابق لمبدأ سلطان الإرادة هي قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد في مجال المعاملات الدولية².

كما يثير الفقيه الفرنسي " ديمولان " بوصفه أول من نبه في القرن السادس عشر إلى إمكان خضوع العقد الدولي إلى قانون الإرادة³.

ومن هنا جاءت فكرة قانون الإرادة لهؤلاء الشراح، حيث سلم الفقه بقدرة الإرادة على الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد الدولي والذي ساعد على استقرار هذه القاعدة ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أكد مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة وترسيخه داخل الحدود الوطنية.

حيث كرست غالبية التشريعات الوطنية و كذلك الاتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة قاعدة قانون الإرادة والتي تقر حق الأطراف في العلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون المدني

¹- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص 106.

²- منصور يحي عبد الله، تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية، رسالة قدمت لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، 2002، ص 35.

³- إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2003، ص 304.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

الجزائري التي تنص على: « يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...»¹.

فنص المادة 18 من ق. م. ج يؤكد للأطراف الحق في اختيار القانون الأكثر صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم وجود الصلة الحقيقية، يطبق قانون الجنسية أو قانون محل الإبرام.

الفرع الثاني: ملاءمة قانون الإرادة لعقد الاستثمار الدولي

تعد عقود الاستثمار الأجنبية من العقود الدولية مما يترتب على خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود ومن أهمها منح للأطراف حرية اختيار القانون الحاكم لعقد، لذلك نرى وجوب إعمال قاعدة قانون الإرادة على عقود الاستثمار، أي للأطراف الحرية في إخضاع عقدهم للقانون الذي تتجه إراداتهم المشتركة إلى تطبيقه على موضوع عقدهم، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة أثر كبير في العقود الدولية.²

كما يرى الفقيه احمد عبد الكريم سلامة أن قاعدة قانون الإرادة ستظل هي الوسيلة المفضلة لتحديد النظام القانوني للعقود الدولية، ولا يجب أن نتناسى أنها كانت أساس نمو التجارة الدولية في أواخر القرن التاسع عشر وحتى الآن نجدها وخاصة في العقود الاستهلاكية الدولية.³

¹ - أنظر نص المادة 18 من الأمر 75-58 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 و المنضمين القانون المدني الجزائري.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقة الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006، ص 102.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة و أزمته، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2008، ص 150.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

حيث يسمح للمتعاقدین اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم من ناحية أن القانون اعترف للأطراف ابتداء بحق إنشاء وتكوين عقدهم، ومعروف في الفن القانوني أن العقد هو نظام قانوني له القدرة بخلق قواعد قانونية.¹

ومن ناحية أخرى لأن العقد هو أداة تداول الثروات والخدمات وأطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول ويستجيب لحركة التجارة الدولية، وازدهارها عبر الحدود هذا لاسيما و أن هناك قوانين متقدمة لبعض الدول في مجال تنظيم عمليات تلك التجارة بينما توجد قوانين لبعض الدول ما تزال بدائية لا تصلح إلى المبادلات الداخلية.

غير أنه أقرت اتفاقية واشنطن لسنة 1925 و الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 42 منها تجعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعيين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه، إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن: «تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون التي يتفق عليها».²

بالإضافة إلى ذلك فقد كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة الأخرى.³

بما أن عقود الاستثمار من عقود التجارة الدولية، فقد أشار المشرع الجزائري في أحكام التحكيم التجاري الدولي بأن للأطراف القدرة على اختيار النظام القانوني الحاكم عقدهم بوصفه

¹ - شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مقال من الدفاتر السياسية و القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011، ص 228.

² - أنظر اتفاقية واشنطن على الرابط:

<http://www.jus.vio//m/France.arbitration.cod.of.civilprocedure.198/doc>

³ - بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 103.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

قانون إرادتهم وهذا ما جاء في المادة 1041 و 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، على أنه يمكن في اتفاقية التحكيم التجاري الدولي للأطراف تحديد قانون الإجراءات على الخصومة.

و عليه مما سبق يتضح لنا أن عقود الاستثمار مثل بقية العقود الدولية تخضع لقانون الإرادة، بحيث يحق للأطراف في هذه العقود اختيار القانون الذي يرويه مناسباً على عقدهم.

المطلب الثاني: تحديد قانون الإرادة في عقد الاستثمار الدولي

إذا كانت النظم القانونية لمختلف الدول قد اعترفت بأن العقود الدولية تخضع إلى قانون إرادة المتعاقدين فإن هذا الاعتراف يبدو بسيطاً نظرياً غير أنه يثير العديد من التساؤلات في تحديد هذا القانون في عقد الاستثمار، فهل يلزم أن تكون إرادة الأطراف صريحة أم ضمنية؟ ومتى يمكن ممارسة حقهم في اختيار قانون هذا العقد؟.

لن يثير تحديد القانون المطبق على العقد صعوبة طالما أعلن المتعاقدان صراحة عن القانون الذي يخضع له العقد، إلا أنه تثار الصعوبة فيما لو سكت المتعاقدان عن الاختيار الصريح لهذا القانون وهذا ما سنراه في هذا المطلب الذي ينقسم إلى فرعين، يتضمن الأول: الاختيار الصريح لقانون الإرادة، أما الفرع الثاني: يوضح الاختيار الضمني لقانون الإرادة.

الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون الإرادة

إذا كان للمتعاقدين الحق في تعيين أو تحديد القانون الذي يحكم عقدهم فإن المقتضى الطبيعي أن يمارس هؤلاء ذلك الحق بإعلان إرادتهم الصريحة. إن قانون تلك الدولة أو القواعد الموضوعية التي استقرت في مجال معين هي الواجبة التطبيق عند المنازعة، فإن تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح أو الإرادة الصريحة لقانون العقد، والأصل في اختيار القانون الواجب

¹ - أنظر نص المادتين 1041- 1043 من الأمر 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

التطبيق هو تلاقي إرادة الطرفين برضاء تام¹، وذلك بأن يتضمن العقد نصاً صريحاً يشير إلى القانون الواجب التطبيق بحيث يلتزم القاضي إذا أحيل عليه النزاع أن يحترم تلك الإرادة.

وتكون تلك الإرادة ضابط إسناد، ويكون اختيار القانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وبعبارة تعبر عن نيتها الحقيقية، إما بالكتابة أو بالإشارة أو ما شابه ذلك².

ولقد كرس العديد من الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ، ومن أبرز هذه الاتفاقيات اتفاقية روما التي نصت في المادة الثالثة في الفقرة الأولى على أنه: « يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة، ويتعين أن يكون هذا الاختيار صريحاً ناتجاً على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف التعاقد »³.

ويتبين من هذا النص أن هذه الاتفاقية تركز الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، و اتفاقية روما من أبرز الاتفاقيات التي نصت على حرية الأطراف في اختيار قانون يحكم عقودهم الدولية، حيث تبرز أهمية التحديد الصريح ومدى فعاليته وقوته في مواجهه القانون.

حيث نرى من الأهمية إدراج المتعاقدين في عقدهم شرطاً أو بنداً يحدد الاختصاص التشريعي فإنهم على ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحيطاً للمستقبل وما يكتنفه في من أخطار، فالمتعاقدين يرغبون في التنفيذ السلمي لالتزاماتهم المتبادلة.

¹ - محمد وليد المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية و النظرة الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، العدد عشرون، 2004، ص 159.

² - محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 10.

³ - أنظر نص المادة 03 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة، سنة 1980.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

ومن هنا فان تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعبا طالما أعلن المتعاقدين صراحة على القانون الذي يخضع له العقد، لذا تؤكد على أهمية الاختيار الصريح أو التحديد الصريح لقانون العقد تقاديا لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من تعقيدات.

وقد اختلف البعض حول فعالية الاختيار الصريح وقوته، لقد اتجه فريق إلى أن حرية المتعاقدين كاملة في اختيار قانون العقد و يستندون إلى أنه إذا وضعنا قيود على هذه الحرية سنخرج بقاعدة التنازع في خصوص العقود عن مضمونها وهدفها مبدأ هذه القاعدة إلى تيسير الأطراف في المبادلات التجارية الدولية و أن القانون الذي سيتحدد مع وجود أي قيد سيعتبر قانون العقد وليس قانون الإرادة ويكفي أن يكون قد تم اختيار قانون العقد بنحو قانوني وبحسن النية وعلى نحو لا يتعارض مع فكرة النظام العام أو ينطوي على غش نحو القانون، و على العكس من ذلك اتجه فريق آخر إلى اعتبار اختيار الأطراف لقانون عقدهم يكون عديم القيمة وعديم الفعالية ما لم توجد صلة جوهرية أو روابط طبيعية بين العقد و الدولة التي أختير قانونها لحكم العقد الدولي¹، فإذا انعدمت تلك الصلة أو الرابطة حق للقاضي أن لا يعتد بالقانون المختار و يبحث القاضي عن القانون الذي له صلة حقيقية بالعقد.

ويرى اتجاه ثالث التخفيف من تشدد الرأي الثاني ويقرر انه يجب من حيث المبدأ استلزام رابطة أو صلة بين العقد والبلد الذي اختير قانونه لحكمه حيث لا يجب أن يكون العقد مقطوع الصلة بذلك البلد ولكن يكفي أن توجد صلة فنية معينة من ذلك أن يجري العقد في صورة عقد نمطي أو نموذج متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة وتقبله أوساط التجارة الدولية، ومثال ذلك أن يختار الأطراف في مجال النقل أو التأمين البحري القانون الانجليزي لحكم عقدهم، بحسبان تقدم القانون الانجليزي في ذلك المجال مقارنة بغيره هذا ولو لم يكن لإبرام العقد أو تنفيذه روابط واقعية في انجلترا.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1090 و 1091.

ولكن إذا أخذنا بهذا الرأي الأخير والذي يمكن تفسير بعض القوانين المقارنة في معناها¹، و يرى الأستاذ عبد الكريم سلامة في هذا الخصوص أن المسألة نظرية بحثة والغالب أن العقد يكون على صلة بالدولة التي ينتمي إليها القانون المختار والمتأمل في كل الأحكام القضائية يدرك أنها لم تغفل القانون الذي حدده المتعاقدان وفي غير حالة الدفع بالنظام العام إلا إذا كان هناك غش نحو القانون كان يجب تطبيقه على العقد أصلاً لوقوع معظم الآثار التعاقدية في نطاق سريان ذلك القانون أو لأن القانون المختار يتعذر إعماله كأن يختار المتعاقدين قانون دولة علم السفينة بالنسبة للعقد البحري مثلاً، في حين أن الشحنة ستقل على أكثر من سفينة لكل منها علمها المستقل، ونضيف أنه يكفي إلى جانب غياب الغش المشار إليه أن يخضع العقد إلى القواعد الآمرة أو الضرورية التطبيق في القوانين الأخرى التي لها مصلحه أن تطبق على العقد لتحقيق أهدافها.

الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون الإرادة

إذا كان الغالب هو إهمال أطراف العقد تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي أي انعدام التحديد الصريح لقانون العقد، فإن هذا لا يعني انتهاء كل دور لهم²، ولكن إلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف هناك إرادتهم الضمنية وهي إرادة ينبغي اعتبارها وعدم تجاهلها لأنها إرادة الحقيقية تنبئ عن ميل واضح إلى نظام قانوني معين، بحيث نكون أمام تحديد أو اختيار ضمني لقانون العقد، أو اعتقاد حقيقي وكاف بشأنه.

وإذا كانت النية الضمنية حول تحديد القانون تستخلص من ظروف الحال وملابسات العملية التعاقدية، ولكن التساؤل حول أهم الظروف والملابسات التي تستنتج منها الإرادة الضمنية، فإنه من الغير المتعذر أن الاجتهاد القضائي والفقه استقر على وجود عدة قرائن

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 02، مطابع البيئة المصرية للكتاب، الإسكندرية، مصر، ص 470.

² - عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

على الإرادة أو النية الضمنية بخصوص قانون العقد لا يكفي عادة بوحدة منها للدلالة على تلك الإرادة بل يتم الجمع بين أكثر من قرينة على حسب الأحوال ومنها: المحكمة التي اتفق على تفويضها الاختصاص بمنازعات العقد وهي قرينة ذات وزن وقيمة في استخلاص نية الأطراف، حيث صار مقبولاً القول بأن يختار القاضي قانونه ومنها كذلك العملة التي سيتم الوفاء بها أو مكان التنفيذ أو محل التنفيذ¹، و منها تضمين العقد أحكام وقواعد مستمدة من قانون الدولة المعنية لتنظيم أحكام العقد ونضيف أن استخلاص النية الضمنية للأطراف حول قانون العقد هي مسألة واقع يتمتع بشأنها القاضي بسلطة تقديرية ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا طالما جاء استنتاجه مبنيًا على أسباب سائغة وتلك السلطة التقديرية تتسع عندما يقع عبء تحديد قانون العقد على عاتق القاضي أساساً على ما سنفصله عند حديثنا عن التعيين القضائي.

أولاً: التعيين القضائي لقانون العقد

حقيقة أن دور القاضي عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار الأطراف لقانون العقد ويتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية، فهنا لا يسوغ للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطن أو يرفض الفصل في النزاع، وإنما الواجب هو أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد، و في اجتهاده يبحث القاضي عن القانون الذي يرتبط به العقد بنحو وثيق وجدي وكما جاء في اتفاقية روما لعام 1980 في نص المادة الرابعة الفقرة 01: « في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.... على العقد قانون البلد الذي له أكثر الروابط وثوقاً»².

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة و أزمته، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2008، ص 195.

² - أنظر المادة 04 فقرة 01 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية من الرابط: <http://www.jus.vio.no/m/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.htm>

وعلى أن فكرة التركيز والبحث عن القانون الذي يرتبط به العقد، تترك مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي و تقديره، و لذلك تلجأ القوانين الوضعية عادة إلى إيراد ضوابط إسناد يلتزم بها القاضي بتطبيقها ولا ما جال بشأنها للاجتهاد وهذا ما يسمى بالإسناد الجامد.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الاعتداد بالإرادة الضمنية مقارنة بالتشريعات

المقارنة

سنتطرق في هذا المقام إلى تحليل نص المادة 18 من التقنين المدني الجزائري من خلال التعرف على الشروط التي وضعها المشرع الجزائري لاختيار قانون العقد الدولي وكذلك إلى نطاق تطبيق نص المادة.

1- شروط اختيار قانون العقد الدولي:

تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد...»¹.

واضح من خلال النص أن المشرع الجزائري يشترط مجموعة من الشروط لكي يسمح للمتعاقدین باختيار قانون يحكم علاقاتهم التعاقدية سنوضح هذه الشروط كالاتي:

أ- أن يكون العقد دولياً: يجب أن يتضمن العقد العنصر الأجنبي سواء موضوع أو سبب العقد أجنبياً، مع الملاحظ أن بعض التشريعات تشترط أن يكون العنصر الأجنبي مؤثراً لكي نقول أن العقد دولياً.²

ب- الشكل الذي يرد فيه الاتفاق على القانون الواجب وتطبيق على العقد:

¹ - أنظر نص المادة 18 من الأمر 75-58 المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 و المتضمن القانون المدني الجزائري.

² - حفيفة سيد الحداد، المرجع السابق، ص 370.

إن الأصل في القانون المدني الجزائري أن التعبير على الإرادة يكون بالشكل الرضائي لكن قد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة بالشكل الكتابي، وبما أن المشرع الجزائري لم ينص في نص المادة 18 على شكل خاص للاتفاق المنصب على اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي ومعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون رضائي ومكتوب،¹ وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فالمشرع الجزائري يعتبر التعبير عن الإرادة إما أن يكون صريحاً أو أن يكون ضمناً.²

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من ق. م. ج قبل التعديل نجد أن المشرع جزائري قد أسقط عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانون آخر هو الذي يراد التطبيق). ولقد فسرها البعض من الباحثين على أن المشرع الجزائري يعتد الإرادة الضمنية³، ولكن ما نلاحظه أن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً ولكن بعد تعديل نص المادة 18 من ق. م. ج الجديد لم يشترط المشرع التعبير الصريح وبذلك علينا الأخذ بالتعبير الضمني طبقاً للقواعد العامة⁴، وكذلك نجد في هذا الصدد اتفاقية روما المتعلقة بقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نص المادة 03 فقرة 01 نصت على أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ناتج بصفة أكيدة من ظروف وملابسات التعاقد وكذلك نجد الاتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب تطبيق على العقد الدولي للبضائع تنص على أن:

التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون صراحة أو ضمناً، ولكن عدم التطرق إلى ذكر القانون الواجب التطبيق بشكل صريح يعني ذلك أن طرفي التعاقد لم يوفقا في اختيار قانون

¹ - عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 01، دار هومة، الجزائر، 2007، ص

² - أنظر نص المادة 60 الفقرة 02 من الأمر 58-75 المعدل و المتمم بالقانون 10-05 المتضمن القانون المدني الجزائري

المؤرخ في 20 جوان 2005

³ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 309.

⁴ - موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،

كلية الحقوق جامعة بجاية، العدد 02، 2010، ص 197.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

للعقد وذلك ما يفتح مجال واسع للقاضي للبحث عن القانون من خلال البحث عن الإرادة الضمنية، أو أن لا تكون مشكلة تنازع القوانين ظاهرة أصلاً عند التعاقد¹.

ج- أن تكون هناك صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد:

ذكر هذا الشرط في نص المادة 18 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري والحقيقة أن هذا الشرط فيه مغالاة في تقييد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وأن المشرع جزائري تأثر بما ذهب إليه الفقيه باتيفول في تأسيس حق الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية²، وأن المعنى الصحيح للصلة الحقيقية بإمكان تطبيق قانون الإرادة على حسب المشرع الجزائري أن يكون قانون موطنهما أو قانون جنسيتها أو أن يمثل صلة بالعقد أو أن يكون قانون مكان إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذ العقد، فمن هذه الزاوية نجد تقييد لإرادة الأطراف في اختيار أي قانون ليحكم عقدهم فلم يعد لهم إلا أن يختاروا قانوناً آخر مثلاً اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة كما هو الحال في القانون الانجليزي عند تنظيمه لعقد النقل البحري.

و يرى الأستاذ زروتي الطيب أن المشرع عند وضعه لهذه الصلة الحقيقية قد أضعف في حق الطرفين و قيد من إرادتهم التعاقدية و أنه تخول للقاضي مراقبة عملية الاختيار لاستبعاد الاختيار غير النزيه المشوب بالتحايل و لكن نظرية الغش كافية للتصدي لاحتمال التحايل عند اختيار القانون الواجب التطبيق.³

2- حدود قانون الإرادة المنصوص عليه في نص المادة 18 من القانون المدني

الجزائري:

¹ - للمزيد أنظر: بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2009، ص 101.

² - منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 128.

³ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، ج 01، تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 244.

اعترف نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري بحرية الأطراف في اختيار قانون ينظم علاقاتهم التعاقدية ولكن هذه الحرية مقتضية إلى أبعد الحدود لأن الأطراف لما يختارون القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بكل حرية عليهم أن يبحثوا عن القانون الذي يمثل الصلة الحقيقية بالمتعاقدين أو العقد المبرم و إلا سيستبعد القاضي هذا القانون المختار ولقد منح المشرع الجزائري سلطات واسعة للقاضي في الأخذ بقانون إرادة الأطراف أو استبعاده فالمشرع يعترف للقاضي بدور أساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وذلك بالبحث في مسألة تركيز العقد الذي أبرمه الأطراف فإن توصل الأطراف إلى تركيز العقد وفقاً للقانون المختار صحيحاً يطبقه، أما إن رأى أن القانون الذي اختاره الأطراف لا يشكل صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد فسيستبعده، فالقاضي لا يطبق القانون المختار إلا إذا تأكد من صلته الحقيقية بالمتعاقدين¹، وبالتالي إرادة الأطراف لا يُعمل بها إلا في حالة تحقق القاضي أنّ القانون المختار هو القانون الذي تم تركيزه، فإن ركزوا العقد فإننا نقول أن الأطراف قد ساعدوا القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق.²

ومن خلال ذلك يفهم أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 18 من التقنين المدني على قاعدة إسناد أصلية، ليست بتطبيق قانون الإرادة بل هي تطبيق القانون الذي له صلة وثيقة و حقيقية بالمتعاقدين كما أشرنا سابقاً و بما أن القاضي ما عليه إلا البحث و التأكد من أنّ القانون المختار من قبل المتعاقدين له صلة حقيقية وهو ما سيتنافى مع مبدأ خضوع العقد الدولي للقانون الإرادة فالأجدر من المشرع أن ينص على تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية³.

¹ - موحد اسعاد، القانون الدولي الخاص، ج 01، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص 359.

² - الطيب زروي، مرجع سابق، ص 242.

³ - الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص

المبحث الثاني: تصنيف عقود الاستثمار ومدى اعتبارها من عقود الدولة

تتنوع عقود الدولة وتتعدد صورها بحسب حاجة تلك الدول لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية فيها.

ولعل من أهم نماذج هذه العقود وأكثرها شيوعاً: عقود البترول، وعقود التعاون الصناعي، وكذلك عقود الأشغال العامة الدولية.

أحاول في هذا البحث التعرض لهذه النماذج المختلفة من عقود الدولة للاستثمار على نحو يلاءم موضوع الدراسة ويعيننا على تحديد هذه العقود.

المطلب الأول: نماذج عقود الاستثمار الدولية

تعرف عقود الاستثمار أصناف مختلفة، وتتنوع بتنوع الخطط التنموية التي تعتمد عليها الدول المضيفة للاستثمار، إذ أن الخطط التنموية للدولة المضيفة هي التي تلعب الدور الكبير في تحديد المستثمرين أصحاب رؤوس الأموال.

ومن أبرز هذه النماذج المختلفة لعقود الاستثمار والتي تعتبر الأكثر شيوعاً هي: عقود البترول، وعقود التعاون الصناعي، وعقود الأشغال العامة الدولية.

الفرع الأول: عقود البحث واستغلال البترول

يعد البترول من المعادن الإستراتيجية المهمة، وتترتب على هذه الأهمية في حالات كثيرة سياسة الدول ومجال حياتها، بل في أحيان كثيرة استقلاليتها وكيونيتها، وقوتها أو ضعفها وتزداد أهمية النفط في العالم يوماً بعد يوم تبعاً لتعدد استعمالاته و تزايدها في شتى المجالات.

وأهمية النفط ليست في حاجه إلى تأكيد، فالنفط ذو أهمية اقتصادية و سياسية و يهم كل الدول المنتجة له، و التي تنتمي غالباً إلى طائفة الدول النامية أو دول العالم الثالث والدول

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

المستهلكة له، والتي تنتمي غالبا إلى طائفة الدول الصناعية المتقدمة، فالنفط بالنسبة لغالبية الدول المنتجة له يعد إن لم يكن المصدر الوحيد المصدر الرئيسي للدخل القومي.

حيث تشكل العوائد النفطية بالنسبة للدول المنتجة قرابة 96 % من الدخل القومي لهذه الدول، تلك العوائد التي تعتمد عليها الدول المنتجة في النهوض بتميمتها الاقتصادية والاجتماعية.

ويعرف عقد الاستثمار النفطي بكونه: اتفاق يبرم بين الدول المنتجة للنفط أو إحدى الشركات أو المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها من ناحية وبين شركة نفط أجنبية لغرض البحث عن النفط واستكشافه والتقيب عنه ومن ثم إنتاجه في منطقة معينة من إقليم الدولة المتعاقدة ولمده زمنية معينة لقاء مقابل تدفعه الدولة المنتجة للنفط¹.

وتعد عقود الاستثمار حديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنت بالعقود الأخرى المتعارف عليها في المواد المدنية و التجارية سواء في مجال المعاملات الداخلية أو في مجال المعاملات الدولية الخاصة إذ تمثل هذه العقود الأداة القانونية لاستغلال الثروات النفطية التي لم تظهر إلى حيز الوجود إلا بعد اكتشاف النفط وتطور صناعته، أي منذ أواخر القرن التاسع عشر و بداية القرن العشرين حيث يرجع تاريخ صناعة النفط الحديثة إلى عام 1859 م، إذ قام الكولونيل الأمريكي أدوين دريك بحفر أول بئر للنفط في العالم بواسطة الآلات البخارية ولعمق (69) قدماً لإنتاج النفط الخام وذلك بولاية بنسلفانيا في مدينة تيتوسفيل الواقعه في الولايات المتحدة الأمريكية وكان هذا الحدث فاتحة عهد الصناعة النفطية الحديثة التي أخذت بالتوسع حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم من التقدم والانتشار.²

¹ - وسن مقداد عبد الله الشاهين، التزامات الإدارة في عقود الاستثمارات النفطية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2006، ص 18.

² - هارفي اوكونورد، ترجمة د. عمر مكاي و مراجعة د. راشد البراوي، الأزمة العالمية في البترول، دار الكاتب العربي للطباعة و النشر في القاهرة، 1967، ص 38.

وقد شهدت العلاقة بين الدولة المنتجة للنفط والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال عدّة تطورات متلاحقة، فقد اتخذت في البداية شكل عقود الامتياز *Contrat de concession* ولقد ضل عقد الامتياز والشكل القانوني السائد لتنظيم العلاقة بين الدول المنتجة وشركات البترول الأجنبية طوال النصف الأول من القرن الحالي، ثم ظهرت إلى الوجود منذ النصف الثاني من القرن الحالي أشكال تعاقدية جديدة يمكن أن نحصرها في ثلاث هي: عقود المشاركة، عقود المقاوله و أخيراً عقود اقتسام الإنتاج.

وعلى ضوء ذلك، سنتناول أولاً: عقود الامتياز باعتبارها النمط التعاقدى الأول الذي كان سائداً في العلاقة بين الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية، ثانياً: الأنماط التعاقدية الجديدة.

أولاً: عقود الامتياز

ظهر هذا النوع من العقود منذ مطلع القرن الحالي وانتشر بصفه خاصة في العشرينيات والثلاثينيات في أهم البلدان المنتجة للنفط في منطقه الشرق الأوسط مثل: إيران والعراق والسعودية.

ولقد ظل عقد الامتياز الشكل القانوني السائد في تنظيم العلاقة بين الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية العاملة في هذا المجال طوال النصف الأول من القرن الحالي تقريباً.

ولكن لما كانت هذه العقود قد أبرمت في ظل ظروف سياسية و اقتصادية و اجتماعية مكنت الشركات الأجنبية من الاستفادة القصوى من هذه العقود، فانه مع تغير هذه الظروف لم تعد هذه العقود بالحالة التي كانت عليها وقت إبرامها صالحة لتنظيم العلاقة بين كل من الدول المنتجة للنفط والشركات الأجنبية المتعاقدة معها.¹

¹ - مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 46، السنة 2010، ص 238.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

وعليه تعتبر عقود الامتياز الصورة التقليدية لعقود البترول وفي مقتضاها تمنح الدولة الشركات الأجنبية حقا خالصاً وقاصراً عليها في البحث والتنقيب عن المواد البترولية في إقليمها واستخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة زمنية محددة.¹

بالإطلاع على العديد من عقود امتياز النفط التي أبرمت في النصف الأول من القرن الحالي خصوصاً في منطقة الشرق الأوسط، يمكن تعريف عقد الامتياز: بأنه ذلك التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث والتنقيب عن المواد النفطية الكامنة في إقليمها أو في جزء منها، والحق في استغلال هذه الموارد والتصرف فيها، وذلك خلال فترة زمنية معينة مقابل حصول هذه الدولة على فوائض مالية معينة.

ولقد طغت على ظروف هذه العقود عوامل متضاربة من أهمها:

- 1- عدم تقدير حكومات الدول المنتجة للبترول قيمة تلك المادة ولا أهميتها الاقتصادية إلى جانب فقدان تلك الدول لرؤوس الأموال وكذلك الخبرة الفنية.
- 2- غلبة الطابع السياسي على العقد البترولي، فقد تم إبرامها في ظل ظروف سياسية لم تعط فيها الدول مانحة الامتياز القدرة على مناقشة شروط الامتياز، حيث أن معظم الدول المنتجة للبترول، كانت واقعة تحت الاحتلال من جانب الدول الاستعمارية الكبرى والتي تنتمي إليها الشركات الأجنبية العاملة في مجال البترول، وذلك في الفترة التي أبرمت فيها هذه العقود، وقد كانت حكومات الدول المستعمرة دائمة التدخل لمسانده الشركات عن طريق الضغط على حكومات الدول المنتجة للبترول، من اجل منح عقود امتياز البترول بالشروط التي تتفق مع مصالح هذه الشركات.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 56.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

ولقد اتسمت عقود الامتياز في صورتها التقليدية في فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية، باختلال التوازن لصالح شركات التنقيب والاستغلال، حيث تضمنت في تفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقبة بوجه عام.

ومن الأمثلة على ذلك ضخامة مساحات مناطق الامتياز، وعدم جدية نظام التخلي عن مناطق الامتياز غير المستعملة، ومثال ذلك عقد امتياز بترول العراق عام 1931، الذي أطلق يد الشركة ولم يلزمها بأي نظام للتخلي عن المناطق التي لم تستثمرها.¹

وهكذا يمكن القول بأنه في ظل عقود الامتياز الأولى، كانت الشركات الأجنبية هي المهيمنة كلياً على جميع مراحل صناعة البترول في منطقة الشرق الأوسط، وذلك في مقابل عوائد مالية معينة تحصل عليها الدول المنتجة المتعاقدة.²

لكن مع نهاية الحرب العالمية الثانية وتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول، ما كان لهذه الأوضاع أن تستمر بين كل من الدول والشركات الأجنبية المتعاقدة معها، فبدأت حكومات الدول المنتجة للنفط تعي قيمة ثروتها النفطية وما للنفط من تأثير فعال في مصادر اقتصاديات التنمية العامة، فالتجتهت إلى مراجعة عقودها مع الشركات الأجنبية على نحو يحقق مصالح جميع الأطراف المتعاقدة.

ثانياً: الأنماط التعاقدية الجديدة

أعقب عقود الامتياز التقليدية ظهور اتجاهات جديدة في عقود البترول أهمها اتجاها المشاركة و المقاوله، والليان يعتبران من أهم الأدوات القانونية المستحدثة في التعامل بين الحكومات المنتجة والشركات المستثمرة وكبديل لنظام الامتيازات التقليدية.

¹ - الدكتور غسان رايح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، ط 01، دار الفكر العربي، 1988، ص 33.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 52.

1 - عقد المشاركة:

يقصد بعقود المشاركة قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأسمال الشركة التي تقود باستثمار البترول، فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة ويكون لها ممارسة أعباء ومسؤوليات الإدارة، وتملك جزء من المؤسسة يكون له أثره الداخلي في إدارة وتوجيه المؤسسة.

وكان مما ساعد على بروز مبدأ المشاركة في عقود البترول إقدام الدول المنتجة على إنشاء مؤسسات نفطية عامة.¹

و بمقتضى عقود المشاركة تتحمل الشركة الأجنبية مسؤولية الكشف عن البترول، والتمويل هذه العمليات إلى أن يكتشف البترول بكميات تصلح للاستغلال التجاري، فإذا لم يكتشف البترول فإن الخسارة تقوى على الشركة الأجنبية، دون أي التزام على الدولة أما إذا تم اكتشاف البترول فإن الدولة تشترك مع الشركة الأجنبية في إعداد الحقل المكتشف للإنتاج، فيساهم الطرفان في تمويل المشروع، وعندما يبدأ الإنتاج يحصل كل من الطرفين الوطني والأجنبي على نصيبه من الإنتاج تبعاً لمساهمته.²

وتتخذ عقود المشاركة إحدى الصور التالية:

- إما أن يبرم العقد بين الدولة المنتجة ذاتها والشركات الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة تساهم فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها بحصة في رأسمالها، وذلك بعد اكتشاف البترول بكميات تجارية.
- و إما أن يبرم العقد بين الدولة من ناحية، وبين إحدى مؤسساتها الوطنية والشركة الأجنبية من ناحية أخرى.³

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 59.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع نفسه، ص 59.

³ - بشار محمد الأسعد، مرجع نفسه، ص 60.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

وتحقق عقود المشاركة العديد من المزايا للطرفين، فهي تسمح للدولة المضيفة بالسيطرة على مصادر ثروتها الوطنية، عن طريق ما تمارسه من رقابة داخلية على المشروع وكذلك اكتساب الخبرات الفنية في مجال البترول¹.

تعتمد عقود المشاركة على وجود شركات وطنية للنفط والشركات الأجنبية عملاقة لديها من الخبرات الفنية والإمكانيات المالية ما يؤهلها لمزاولة النشاط في صناعة النفط بمراحله المختلفة.

وبموجب هذا النوع من العقود يتم الاتفاق بين الشركات الأجنبية والشركات الوطنية على الاقتسام النفقات و الإيرادات (الأرباح الصافية) بينهما حسب نسب مئوية يتفق عليها بالتراضي لكل من الطرفين، بالإضافة إلى اقتسام الأعمال والمهام المطلوبة لأداء النشاط النفطي بينهما حسب ما يتفق عليه.

نظراً لمحدودية الإمكانيات المادية و البشرية للشركات الوطنية، فإن صيغ تعاقدات المشاركة دوماً ما تنص على تحمل الشركة الأجنبية للعبء المالي المرتبط بكافة أعمال مرحلة البحث والاستكشاف، وفي حاله أسفرت الجهود العثور على النفط يتم اقتسام كافة النفقات السابقة بين الشركة الوطنية و الشركة الأجنبية، بالإضافة إلى اقتسام ما ينتج عن بيعه من أرباح وذلك وفقاً للنسب المئوية المنصوص عليها في العقد، أما في حالة لم تُسفر الجهود في العثور على النفط فتتحمل الشركة الأجنبية كافة النفقات الأولية المتكبدة.

والجدير بالذكر أنّ استخدام هذا النوع من العقود ساد بالبداية في مصر خلال عام 1963 وفي السعودية في عام 1967 وفي ليبيا في عام 1969، ثم توالى ظهوره لاحقاً في كل من الكويت و الإمارات وقطر.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 60.

وتختلف اتفاقيات شركات المشاركة فيما بينها بحسب الاستثناءات والحالات الخاصة التي تميز بعض الاتفاقيات عن غيرها. وقد أنشأت بعض الدول شركات وطنية بموجب قانون يمنحها الحق في عقد اتفاقيات مع شركات أجنبية على أساس نظام الشركات المشاركة، وهو ما حدث في السعودية ممثلاً في المؤسسة العامة للبترول والمعادن وكذلك في إيران والجزائر والعراق لاحقاً¹.

2- عقد المقاول:

حسب التعريف القانوني لعقد المقولة، فهو اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص تنفيذ عمل معين خلال فترة محددة و لقاء أجر محدد، و بانتهاء العمل وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل تنتهي صله المقاول بالمشروع.²

وتتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة بالمدد الذي كانت عليها عقود الامتياز، وبأن دور الشركة المستثمرة لا يتعدى دور المقاول بمواصفات محددة بينما تبقى ملكية الامتياز والنفط الناتج عن الدولة وحدها، وتتحمل الشركة وحدها إلى حين اكتشاف الكميات التجارية تكاليف المقولة بالإضافة إلى تحملها مخاطر المشروع، بحيث يقع على عاتقها تلك التكاليف كاملة بدون أي مسؤولية على الدولة المنتجة إذا خابت آثار البحث، و يكون للشركة في حال الاكتشاف التجاري الحق في شراء نسبة معينة من الإنتاج بأسعار خاصة، وفي تسويق النفط المملوك لشركة النفط مقابل عمولة خاصة³.

يعتبر عقد الخدمة أو المقولة تطويراً لعقود اقتسام الإنتاج (عقد المشاركة) من حيث أحكام سيطرة و رقابة الدولة المضيفة على مورد النفط، نظراً لاحتفاظ الدولة المنتجة بسيادتها كاملة دون أن تخضع لأي تنازل في هذا النوع من العقود.

¹ - د. فياض حمزة رملي، الرقابة الحكومية على شركات إنتاج النفط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 213.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 61.

³ - بشار محمد الأسعد، مرجع نفسه، ص 62.

كما تعمل الشركة الأجنبية كمقاول و تتحمل المخاطر وحدها و تتلقى أجراً نظير ذلك، لكنها لا تحصل عليه إلا في حاله تسويق الإنتاج.

و أول عقد مقاوله ثم إبرامه على مستوى العالم كان في إيران بين شركة النفط الإيرانية (نيوك) و شركة (ايراب) الفرنسية في 12/12/1966.¹

تتمثل السمات الأساسية لعقود المقاوله في ما يلي:

أ- تعمل الشركة الأجنبية مع الشركة الوطنية كمقاول تنفيذ خدمات معينة مقابل أجر معين يتمثل في بيع كمية من النفط المنتج لها بسعر خاص، وبالتالي فإن أرباح الشركة الأجنبية أو أجرها هو مقابل ما تقدمه من خدمات فقط على سبيل تنفيذ المقاوله الموكلة إليها.

ب- تظل ملكية النفط للدولة المضيفة ولا تحصل الشركة الأجنبية على حصة مباشرة في احتياطي النفط.²

تتمثل الخدمات التي تقدمها الشركة الأجنبية في ما يلي:

أ- **خدمات تقنية:**

حيث تتولى الشركة الأجنبية إدارة وتنفيذ عمليات التنقيب و التنمية واستغلال النفط في مساحه الاستكشاف التي يحددها العقد بصفتها مقاول موكل إليه تنفيذ هذه الأعمال.

ب- **خدمات مالية:**

يجب على الشركة الأجنبية باعتبارها مقاولاً وبموجب عقد المقاولات التمويلية أن تلتزم بتوفير الأموال اللازمة لتمويل عمليات البحث والحفر وتطوير للآبار، وتعتبر الأموال المقدمة

¹- د. فياض حمزة رملي، مرجع سابق، ص 221.

²- فياض حمزة رملي، مرجع نفسه، ص 221.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

لأنشطة البحث والدراسات المبدئية والتعاقد قروضاً بدون فوائد لا يكون على الشركة الوطنية سدادها إلا في حالة العثور على النفط.

أما الأموال المخصصة لعمليات التنمية وتطوير الآبار واستغلالها تعتبر قروضاً واجبة السداد من قبل الشركة الوطنية مضافاً إليها معدلات فائدتها وفقاً لشروط العقد المحددة لذلك.

ج - خدمات تجارية:

قد تتعهد الشركة الأجنبية بموجب عقد الخدمة بتسويق وبيع جزء من الإنتاج لصالح الشركة الوطنية في مقابل حصولها على عمولة ببيع بمعدل يتم الاتفاق عليه في عقد المقولة.

كما قد يتم الاتفاق أيضاً في عقد المقولة على التزام الشركة الوطنية ببيع جزء من الإنتاج للشركة الأجنبية بأسعار مخفضة، وتتصرف الشركة الوطنية بمتبقي الإنتاج بالطريقة والأسعار التي ترى أنها في صالحها.

ويمثل الجزء من الإنتاج التي تحصل عليه الشركة الأجنبية من الشركة الوطنية بأسعار مخفضة مبيعات ذات ضمان عالي.

بالإضافة إلى ذلك قد يتم الاتفاق في عقد المقولة على تخصيص جزء من الاحتياطي النفطي المتواجد في الحقل كاحتياطي وطني يخص الشركة الوطنية، أما الاحتياطي المتبقي فيتم التصرف فيه طبقاً لما ينص عليه عقد المقولة¹.

الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي

تعتبر العقود التعاون الصناعي من العقود الحديثة نسبياً، حيث ترجع نشأتها إلى أوائل الستينات من القرن العشرين وذلك إبان التطور والتحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم، والحاجة إلى نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، بهدف تضيق الفجوة

¹ - فياض حمزة رملي، مرجع سابق، ص 223.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

العميقة في التقدم الصناعي والاقتصادي والفني بين الدول المتقدمة من جانب و الدول الأقل نمواً في جانب آخر.

و لا شك أن الرغبة في تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد، يعتمد بصفة أساسية على التعاون بوسائل المساعدات الفنية التي تمتلكها الدول والتي تسيطر على تصديرها بواسطة شركاتها العملاقة ذات الجنسيات المتعددة، وهو أمل تسعى إليه الدول النامية.

ويعرف البعض التعاون الصناعي بأنه: « صورة خاصة للتعاون الاقتصادي، يتم في التعاون في مشروعات مستقلة من دول مختلفة، بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في استخدام الظروف التكنولوجية، بزيادة التخصص والتعاون في الإنتاج والبحث والتطور من أجل تحقيق الآثار الاقتصادية المستهدفة»¹.

تتضمن عقود التعاون الصناعي صوراً متعددة من العقود، تهدف إلى تحقيق التقدم التكنولوجي و الصناعي من أهمها:

أولاً: عقود نقل التكنولوجيا

إن التطور التقني الناتج عن نقل التكنولوجيا يساعد على تحقيق السرعة في التنمية الاقتصادية والاستثمارات الأجنبية يمكن أن تساهم في سد النقائص الموجودة في هذا المجال نظراً للتكنولوجيا المتطورة التي تستعملها في التنظيم والتسيير والإنتاج، لأن الاستثمار تصاحبه عادة تقنيات في الإنتاج و خبرة في التنظيم و التسيير التي تعتبر معايير للتطور التقني.²

يتم نقل التكنولوجيا بطرق مختلفة منها:

1. شراء المعرفة الفنية عن طريق التراخيص.

2. المعرفة الفنية بين البلدان النامية والبلدان المتقدمة (ثنائية ومتعددة الأطراف).

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 63.

² - عيبوط محند و علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، للطباعة و النشر و التوزيع، ص 163.

3. الاستثمارات الخاصة التي تستخدم تكنولوجيا عالية و متطورة.

عرفت بعض التشريعات عقد نقل التكنولوجيا بأنه: « اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بان ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به»¹.

وإذا كنا خارج نطاق فان "نقل التكنولوجيا" يعرف على أنه: « تلك العملية الفكرية التي تقوم ما بين مورد التكنولوجيا ومستوردها أو متلقيها»، إذ على المورد أن يُتيح فرصة للمستورد للوصول إلى معلوماته وخبرته كما أن عليه أن يُقربها ويوفرها للمستورد، و هذا يقتضي قيام تعاون و تبادل فيما بينهما تمهيداً لإتمام هذا النقل، ولذلك تعد المفاوضات السابقة لهذا النقل من أصعب المهام وتقتضي خبره خاصة.

لقد أضحت هذا النقل سمة بارزة من سمات التجارة الدولية في السنوات الأخيرة وأصبحت التكنولوجيا سلعة تباع و تشتري و قابلة للتصدير استقلالاً عن السلع المادية التقليدية.²

تكتسب عقود نقل التكنولوجيا أهمية بالغة في قانون التجارة الدولية، من ناحية القانونية والنظرية و العملية.

ويمكن ملاحظه الأهمية العلمية و العملية و القانونية لهذه العقود من كونها غالبا ما تبرم بين طرفين مستقل كل منهما عن الآخر.

¹ - د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرة المعاصرة، دار هومة، الطبعة الأولى، 2007، 197.

² - د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي و القانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 102.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

وهذه الصفة تتحقق عندما تنتقل التكنولوجيا خارج حدود الدولة الناقلة لها وفضلا عن ذلك، فإن هذه العقود تتيح الفرصة باستخدام العمالة المحلية واستغلال الموارد المتوافرة لديه وتحقيق السيطرة الفنية، ونكون أمام هذا النمط من العقود إذا انتقلت التكنولوجيا من مُورد مقيم في ألمانيا ألمانياً كان أم غير ألماني إلى مستورد يقيم في الجزائر جزائري كان أم غير جزائري و بالتالي فإن الصفة الدولية لهذا العقد تتم إذا كان موضوع اتفاق نقل التكنولوجيا عبر حدود دولة ما سواء أكان طرفا الاتفاق يقيمان أو يمارسان نشاطا تجاريا أو صناعيا في نفس الدولة أو في دولتين مختلفتين، فلا عبرة لجنسية الطرفين، قد يكونان من نفس الجنسية أو من جنسيتين مختلفتين.

وضعت بعض الدول تشريعات خاصة بنقل التكنولوجيا وحمايتها، غير أن البعض الآخر لا يزال يتردد في إقرار هذه الحماية التشريعية.

هذا و أنّ الدول النامية وانطلاقا من أهمية التقنية في عملية النمو والتطور الاقتصادي والاجتماعي، لجأت إلى إنشاء مراكز متخصصة للبحث العلمي ونقل هذه التقنية كي يمكن الوصول إلى أفضل الصيغ التي من شأنها أن تسهل استيعاب أبعاد أية تقنية يمكن نقلها.¹

ثانيا: عقد الترخيص

يقصد بعقد الترخيص، إذا كان صناعيا، اتفاق يتيح المرخص للمرخص له استغلال المعرفة الفنية وما يشمله من حقوق الملكية الفكرية خلال مدة معينة وفقاً لشروط وقيود معينة، مقابل مبلغ دوري، ويظل المرخص في خلال مده العقد محتفظاً بملكية البراءة أو العلامة أو غيرها من حقوق الملكية الفكرية.

¹ - د. عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 198.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

أما إذا كان عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية، فيقصد به اتفاق بمقتضاه يخول صاحب العلامة لغيره استعمالها خلال مدة معينة فيضع العلامة على السلع من صنعه وذلك في مقابل أجر معلوم مع بقاء المرخص محتفظاً بملكه العلامة.

و إذا كان متعلقاً باختراع فهو اتفاق يسمح لأحد الأطراف باستغلال الاختراعات المنقولة عليها فقط، وليس هناك دعم فني أو نقل معارف، أو ترخيص باستخدام علامة تجارية أو بيع مكينات أو تقنيات أخرى.¹

قد يكون عقد الترخيص محلياً (وطنياً) وقد يكون دولياً حيث يأخذ الصفة المحلية إذا أبرم المرخص عقود ترخيص مع أشخاص آخرين لتغطية السوق المحلي في مختلف مناطق الوطن.

ويكتسب الصفة الدولية عندما يقع العقد على اسم تجاري مسجل ابتداءً في دولة ما، لاستخدامه من قبل المستعمل في دولة أخرى، أي في حال تجاوز استعمال الاسم حدود الدولة المسجل، بها ليستعمل في دولة أخرى.²

وبالتالي تبرز أهمية التفرقة بين عقد الترخيص الدولي وعقد الترخيص المحلي إذ أن الترخيص الدولي يتضمن دائماً عنصراً أجنبياً واحداً على الأقل بالنسبة لدولة المستعمل ألا وهو الاسم التجاري، من حيث أنه مسجل (ابتداءً) دولة و يراد استخدامه في دولة أخرى غالباً ما تكون دولة المستعمل.

ومن المفهوم أن عقد الترخيص الدولي، يمكن تصوره من الناحية العملية عندما نفترض أن شركة (أمثلاً) مسجلة ابتداءً في دولة ما (ألمانيا مثلاً)، و أصبحت تمتلك حصراً اسماً تجارياً في تلك الدولة (أو دولة أخرى) و شركة ثانية (ب) مسجلة في دولة ثانية (الجزائر

¹- د. عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 200.

²- د. عمر سعد الله، نفس مرجع، ص 201.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

مثلاً)، فتبرم الشركة (أ) عقد ترخيص مع الشركة (ب) تسمح الأولى فيه للثانية استخدام الاسم التجاري في الجزائر.

ومن الواضح أن عقد الترخيص هذا يشكل الأداة الأساسية للنقل الدولي للتكنولوجيا لكونه يتضمن أساساً نقل المعرفة الفنية من المرخص إلى المرخص له.

غير أن الترخيص قد يشمل بالإضافة إلى المعرفة الفنية نقل الحق في استغلال براءة اختراع أو تصميم صناعي، أو علامة تجارية إلى المرخص له.

فإذا كانت التكنولوجيا محل العقد تشتمل في أحد عناصرها على حق من حقوق الملكية الفكرية، وجب أن يتضمن العقد أحكاماً خاصة تنظم استغلالها ومن ثم فإن عقد الترخيص الذي يتضمن نقل تكنولوجيا محمية عن طريق حقوق الملكية الفكرية يعتبر عقداً مركباً، إذ تسري عليه قواعد و أحكام عقود نقل التكنولوجيا من جانب، كما يخضع للقواعد و الأحكام المتعلقة باستغلال حقوق الملكية الفكرية من جانب آخر.

ومن ثم فهو يركز بصفة أساسية على استغلال المعرفة الفنية بالإضافة إلى حقوق الملكية الفكرية، ومن خلاله يُتاح لمشروعات الدول النامية استغلال حقوق الملكية الصناعية والمعرفة الفنية التي تسيطر عليها وتمتلكها الدول المتقدمة والشركات متعددة القوميات، فتستفيد من التكنولوجيا المتقدمة في عملية التنمية¹.

ويختلف عقد الترخيص عن غيره من العقود التي ترد على حقوق الملكية الصناعية فهو عقد غير ناقل للملكية، إذ تبقى ملكية البراءة أو العلامة أو غير ذلك من الحقوق الملكية الصناعية في ذمه المرخص، ويقتصر اثر الترخيص على أن يُمنح للمرخص له حقاً شخصياً في الاستعمال ولذلك يذهب الفقه إلى اعتباره صورة خاصة من الإيجار ترد على حق من حقوق الملكية الصناعية وهذه الخصيصة هي التي تميز عقد الترخيص عن غيره من العقود

¹ - د. عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 201، 202.

التي ترد على الملكية مثل التنازل عن البراءة أو العلامة، إذ يقع التنازل على الملكية ويعتبر بيعاً إذا كان بعوض.

ويتميز عقد الترخيص أيضاً بأنه من عقود الاعتبار الشخصي إذ تكون شخصية مرخص له محل اعتبار، وينبغي على ذلك أن يتمتع على المرخص له التنازل عن العقد إلى غيره، أو أن يمنح ترخيص من الباطن ولو كان المرخص له قد حصل على ترخيص استثنائي، وذلك ما لم يوجد نص في العقد يخول المرخص له التنازل عن العقد أو الترخيص من الباطن.

ويحدد عقد الترخيص عادة حدود الاستعمال، وعلى المرخص له بطبيعة الحال أن يلتزم بهذه الحدود ولا يتجاوزها، وليست عقود الترخيص كلها على نوع واحد، بل تختلف باختلاف المحل الذي يرد عليه العقد، فالترخيص باستغلال براءة اختراع هو عقد يلتزم بمقتضاه مالك البراءة وهو المرخص بإعطاء الحق في استغلال البراءة إلى شخص آخر وهو المرخص له خلال هذه المدة التي يتفق عليها في مقابل حصوله على مبلغ دوري وذلك دون المساس بملكية البراءة.¹

ثالثاً: عقد التسليم المفتاح

يعد هذا العقد أحد أهم العقود التي ساعدت في التنمية والرفع من حركة التصنيع والتي ساهمت بشكل كبير في التقدم والتطور التكنولوجي بصورة كبيرة، ولهذا أصبح هذا العقد عنصر أساسي تستخدمه الدول الفقيرة لتطبيق خطط التنمية والتطوير و لحدوث الترابط التكنولوجي بينها وبين الدول المتطورة والتي تتقدم باستمرار.

يعرف عقد تسليم المفتاح على أنه: عقد إنشاءات تبرمه الدولة لتنفيذ المشروعات الكبرى التي تهتم الاقتصاد القومي، كإنشاء مصانع حربية، مفاعلات ذرية، مطارات دولية، وفي مثل

¹ - الدكتور صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص 87.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

هذه المشروعات الكبرى فالغالب أن يستعين المقاول بمقاولين من الباطن لتنفيذ العمليات التي تدخل في اختصاصهم.¹

يتميز عقد التسليم المفتاح بأنه:

1. نموذج من العقود التنموية، ويكون محله عادة إقامة منشأة صناعية وليس إقامة مبنى عادي، ويكون العقد بثمن إجمالي.

2. غالبا ما يكون العقد بتكلفة مالية عالية ومخاطرة كبيرة (أكبر من 50 مليون دولار)، وإذا كان العميل لا يملك المال اللازم لتنفيذ المشروع (خاصة عند ارتفاع تكلفته) فإنه عادة ما يلجأ إلى أحد الطريقتين :

أ- الاقتراض من البنوك الوطنية أو الأجنبية.

ب- الحصول على تيسيرات من المقاول، و أهمها تأجيل الوفاء بجزء من الثمن إلى ما بعد الانتهاء من المشروع وتشغيله لمدة معينة يتمكن خلالها الوفاء من حصة استثمار المشروع.

3. يتولى المقاول التصميم والتنفيذ معاً، والذي غالبا ما يقوم كذلك بنقل التكنولوجيا.

4. يمكن أن يكون عقداً شبه كامل إذا اختفت بعض عناصره مثل شراء الأرض أو تمهيدها أو إدخال المياه والكهرباء أو شراء التكنولوجيا.²

5. في الصورة التقليدية لعقد تسليم المفتاح تنتهي التزامات المقاول بإتمام عملية إقامة الأبنية وتوريد الآلات و الأجهزة وتركيبها وتجريبها و تشغيل المصنع.

6. قد يمتد عقد التسليم المفتاح إلى عقد تسليم الإنتاج إذا كان من التزامات المقاول التشغيل وتدريب العاملين المحليين حتى تكتمل قدراتهم على إنتاج السلع بالموصفات المطلوبة.¹

¹ - محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، دار النهضة العربية، 1975.

² - نبيل عبد البديع، موضوعات في القانون للمهندسين، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، 2007-2008، ص 116.

يضم عقد التسليم المفتاح أربعة أطراف وهي:

- العميل: وغالبا ما تكون الدولة.
- حائز التكنولوجيا: وغالبا ما يكون عن طريق المقاول.
- المقاول المنفذ: وغالبا ما يكون على هيئة كونسرتيوم consortium أو المشروع المشترك.
- الاستشاري: وهو ليس تابعا للعميل أو نائبا عنه ولكنه يرتبط معه بعقد خبرة هندسية يكون التزامه فيها هو التزام ببذل عناية.²

تقع على عتق كل من المقاول والعميل مجموعة من الالتزامات، حيث يلتزم المقاول في هذا النوع من العقود بتحقيق نتيجة، وهو معلق بالغرض الذي من أجله تم العقد، وتتعدد التزامات المقاول في عقد التسليم المفتاح كما يلي:

- 1- التزام بنقل التكنولوجيا: عن طريق إعطاء تراخيص للعميل باستعمال التكنولوجيا ويشمل ذلك التصميم، والتدريب ونقل ملكات الإدارة العليا والتسويق.
- 2- الالتزام بإقامة المنشأة و تجهيزها: وتشمل إقامة الأبنية وتجهيزها بالمعدات اللازمة للتشغيل وتركيب الآلات، قطع الغيار والتأمين على العقد وتنفيذه ومعداته.³
- 3- الالتزام بتقديم المساعدة الفنية في حالة التسليم الإنتاج، وهو حالة خاصة من عقد تسليم المفتاح.
- 4- الالتزام بالتسليم: لنقل ملكية المصنع والتبعية عن الهلاك للعميل، و يكون التسليم بعد انتهاء التدريب وتسليم وثائق نقل التكنولوجيا وبيانات تشغيل و صيانة الآلات.

¹ - نبيل عبد البديع، المرجع السابق، ص 116.

² - نبيل عبد البديع، نفس المرجع، ص 117.

³ - نبيل عبد البديع، نفس المرجع، ص 118.

5- الالتزام بالضمان: ضمان العيوب بعد الانجاز الكلي للمشروع وتجربته، ضمان مكونات المشروع، ضمانات بخصوص المرونة و التعديلات المستقبلية وعادة ما يبين العقد العيوب التي يغطيها الضمان والعيوب التي يستبعدتها الضمان ويكون العميل هو المكلف بإثبات هذا العيب.

ويمكن تلخيص التزامات العميل في عقد التسليم المفتاح كما يلي:

1. دفع الثمن.

2. الالتزامات الدائنة في عقود المقاوله مثل: تسليم الموقع، استخراج التراخيص، التعامل مع السلطات، توريد العمالة المحلية والتعاقد معها، شراء قطع الغيار.

3. التزامات يراد بها أن يكون العميل السلطة على المشروع مثل: عمل فحص أو عمل اختبارات في أي وقت خلال تنفيذ المشروع.

4. التزام بتسليم العمل، والذي ينتج عنه استحقاق المقاول لكامل مستحقته قبل العميل.¹

لأن تنفيذ عقد تسليم المفتاح يتطلب نفقات باهظة وتجهيزات وجهود بشرية ضخمة، فإن عقد التسليم المفتاح يعالج الفسخ على انه إجراء استثنائي مدمر ينبغي عدم اللجوء إليه إلا بسبب إخلال بالتزام عقدي جوهري ولا يوجد تعريف جامع مانع للمخالفة الجوهرية، فهي تختلف باختلاف التطبيقات الخاصة ومنها:

1- التأخير في إنهاء المشروع في الأجل المحدد مع سابق إعطائه أجلا آخر أو آجال أخرى للوفاء بالتزاماته.

2- التخلي نهائيا عن المشروع.

3- وقف التنفيذ لفترة طويلة دون سبب مقبول.

¹ - نبيل عبد البديع، المرجع السابق، ص 118.

- 4- عدم المطابقة ولا بد أن تكون في شيء جوهري في العقد.
- 5- استخدام المقاول لمقاول من الباطل دون إذن مسبق من العميل مع وجود الشرط كتابي بذلك في العقد.
- 6- تخلف العميل عن أداء التزاماته الجوهرية مثل الثمن.¹
- هذا عن الفسخ أما فيما يخص آثاره فيقتصر أثر الفسخ على المستقبل فقط دون أثر رجعي له لما للأثر الرجعي من آثار اقتصادية غير مقبولة، بمعنى أن الفسخ هنا يعتبر انتهاء للعقد.
- كما أن الفسخ المترتب على التخلف عن تنفيذ جزء من العقد لا يؤدي إلى إنهاء العقد برمته، وإنما يقتصر أثره على ذلك الجزء وحده فيما تظل أجزاء العقد الأخرى باقية.²

المطلب الثاني: معايير دولية عقد الاستثمار

لم يستقر الفقه القانوني على وضع معيار محدد لإضفاء صفة الدولية وعلى عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فيها ويكون العنصر الأجنبي حاضراً في هذا العقد.

فاتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بالمعيار القانوني مدعماً رأيه بجملة من الحجج والأسانيد التي لم تسلم من النقد من الجانب الآخر الذي اعتنق معياراً اقتصادياً صرفاً لإضفاء صفة الدولية على هذا النوع من العقود والذي بدوره لم يسلم من النقد، لذلك ظهر اتجاه الثالث يجمع ما بين المعيارين آخذاً مزايا كل منهما ومتجاهلاً الانتقادات الموجهة إليهما لتبرير فكرة دولية عقود الاستثمار لذلك سنتناول هذه الاتجاهات و الانتقادات الموجهة إليها وفقاً للتفصيل الآتي:

¹ - نبيل عبد البديع، المرجع السابق، ص 118.

² - نبيل عبد البديع، نفس المرجع، ص 119.

الفرع الأول: المعيار القانوني

أخذ هذا الاتجاه فكرة أساسية مؤداها أن عقود الاستثمار تعد دولية فيما لو اتصلت عناصرها بأكثر من نظام قانوني واحد.¹

من خلال هذه الفكرة يقوم المعيار القانوني على توافر الصفة الأجنبية في الرابطة العقدية، حيث يميل الفقه التقليدي إلى أن وجود عنصر أجنبي في العقد يضي عليه الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه لقواعد القانون الدولي، وتوسع بعض الفقهاء التقليديين إلى حد القول بأن العقد يعتبر دولياً إذا كان أحد أطرافه أجنبياً أو كان محله أو الواقعة المنشئة له ذات صبغة أجنبية، وعليه فإن إبرام العقد في دولة أجنبية أو بين أطراف أحدهما أجنبياً أو مقيماً في دولة غير دولته أو كان محل العقد في دولة أجنبية أو كان تنفيذ هذا العقد في دولة أجنبية يضي عليه الصفة الدولية.²

ولقد تعرض أصحاب هذا المعيار للنقد، حيث اتهموا بالجمود وعدم المرونة لأنهم نادوا بالتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يترتب على مجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي منها اكتساب العقد لطابعه الدولي بصرف النظر عن أهمية وفاعلية هذا العنصر في إضفاء الصفة الدولية على العقد.³

لذلك ذهب جانب من الفقه الحديث مدعماً بالمعيار القانوني في اكتساب عقد الاستثمار للصفة الدولية إلى وجوب التفرقة بين العناصر الفاعلة و المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو المحايدة التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية في العقد.

¹ - JACQUET JEAN MECHILE, le contrat international, Dalloz, p 143.

² - د. أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965م، ص 75.

³ - د. أحمد القشيري، نفس المرجع، ص 75 و ما بعدها.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

ويتوسع هذا الاتجاه إلى ضرورة النظر في طبيعة العقد لتحديد دوليته بعد تحديد عناصر الصفة الأجنبية في العلاقات التعاقدية، الأمر الذي يتطلب تحليلاً خاصاً للعقد توصلنا للعنصر الذي يميز طبيعته.

ويترك الأمر في تحديد ذلك للسلطة التقديرية للقاضي بتغليب العناصر الإيجابية والفاعلة في العقد، إذا كانت هذه العناصر تشمل أحد طرفي العقد أجنبي الجنسية وتوقف العنصر الفاعل على واقعة الإبرام أو كان تنفيذه في دولة أجنبية و أن فاعلية التنفيذ هي محور هذا العقد يكتسب من ثم هذا العقد الصفة الدولية.¹

وبالرغم من وجهة ما انتهى إليه أصحاب هذا الرأي والمتمثل في العناصر الغالبة في العقد، وماذا فاعليتها، وترك الأمر في تحديد الصفة الدولية للعقد إذا كانت الغلبة والفاعلية في العقد للعنصر الأجنبي أو جهة إبرام العقد أو تنفيذه في دولة أجنبية، وعلى القاضي أن يرجع مدى هذه الفاعلية لإضفاء الصفة الدولية على العقد واعتباره عقداً دولياً يخضع لأحكام القانون الدولي.

إلا أن ترك تحديد ماذا فاعلية عناصر العقد وفاعليتها من عدمه لسلطة القاضي التقديرية أمر يؤدي إلى اختلاف وجهات النظر القضائية من دولة إلى أخرى، ومن حالة إلى حالة، بل يمكن أن تختلف وجهة نظر القاضي نفسه من عقد إلى عقد، وبالتالي لا تصلح وجهات النظر المتضاربة و المتعارضة لوضع معيار القانون جامع ومانع يؤخذ به لتحديد الصفة الدولية للعقد.

وبالرغم من الانتقادات التي وجهت للمعيار القانوني لتحديد دولية عقود الاستثمار، إلا أن التحكيم الدولي للمنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود أخذ بالمعيار القانوني لتحديد الصفة

¹ - د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 43.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

الدولية لها، بل اعتبر أن مجرد وجود طرف أجنبي في العلاقة التعاقدية كافٍ في حد ذاته لإثبات هذه الصفة.

نخلص مما سبق إلى أن دولية عقود الاستثمار وفق المعيار القانوني الحديث لا تقوم فحسب على عناصره الفاعلة والمؤثرة، وإنما تترك لسلطة القاضي التقديرية التقرير بهذا الشأن فيطرح السؤال نفسه هل يستطيع المعيار القانوني لدولية العقد على النحو السابق أن يستجيب للفرقة بين متطلبات الحياة الاقتصادية الدولية و الحياة الاقتصادية الداخلية؟.

حيث أن التفرقة بينهما أضحت من الأمور الدقيقة نظراً لصعوبة عزل تلك الحياة عن الأخرى في الوقت الراهن، حيث تتشابك وتتداخل الظواهر الاقتصادية الداخلية و الدولية بالرغم من أن الفصل بين الأمرين يعد شرطاً جوهرياً لما يترتب عليه من نتائج قانونية هامة، ولعل هذه الملاحظة الأخيرة هي التي جعلت جانباً من الفقه يتحدث عن المعيار الاقتصادي لتحديد الطابع الدولي للرابطة العقدية في هذا النوع من العقود، بوصفه معياراً أكثر استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.¹

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

ذهب أنصار هذا المعيار إلى تصور يرتكز على موضوع التعاقد نفسه، أي محل العقد و تحليل محتواه المادي والاقتصادي، مثل حرك رؤوس الأموال عبر الحدود و أثرها على الاقتصاد العام لكل الدول المعنية، فالعقد يعتبر دولياً وفقاً لأصحاب هذا المعيار إذا نتج عنه انتقال لرؤوس الأموال من بلد إلى آخر، بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه وقد أضاف الفقيه الألماني MATTER إلى هذا المعيار حركة المد والجزر لرؤوس الأموال عبر الحدود وقرّر أن مجرد تطرق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد - المعيار قانوني - غير كافية لإضفاء الصفة الدولية على العقد و إنما يجب وفقاً لرأيه أن يسفر

¹ - د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 51.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

العقد عن انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود. وهو ما أطلق عليه بعض الفقهاء وكذلك القضاء الفرنسي في بعض أحكامه أنه إذا تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية يعد عقداً دولياً¹.

لذلك وفق ما ذهب إليه القضاء الفرنسي وبعض الفقهاء أن كل عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية يعتبر عقداً دولياً، وبناء على ذلك فإن المعيار الاقتصادي يستجيب لمتطلبات اقتصادية صرفة، حيث يجد أساسه في فكرة توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف. فإذا ما استجاب العقد لمقتضيات هذا المعيار تمتع بالصفة الدولية حتى ولو لم يكن متضمناً عنصراً أجنبياً، حيث أنه بذلك يُلبى مصالح التجارة الدولية والتي تأخذ صورة تصدير أو استيراد للسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود الدولية.²

إضافة إلى أن هذا المعيار جعل القضاء الفرنسي يقر بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الخاصة الأجنبية، و أيضاً حكم بصحة الشروط النقدية التي تستهدف توكي مخاطر تغير سعر العملة لما في ذلك من تحقيق لمصالح التجارة الخارجية والمعاملات الدولية، رغم بطلان مثل هذه الشروط إذا وجدت في عقد داخلي.³

وبالرغم من منطقية حجج أصحاب المعيار الاقتصادي وربطه فكرة دولية العقد بفكرة مصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا المعيار يعتبر من زاوية أخرى تحصيل حاصل المعيار القانوني إذ أن انتقال رؤوس الأموال الأجنبية، وكذلك السلع والخدمات عبر الحدود، لا يمكن تصوره إلا في حالة عقد تتوفر فيه الصفة الأجنبية، ومن جانب الآخر يعتبر المعيار القانوني أكثر اتساعاً و وضوحاً في إضفاء الصفة الدولية على عقود الاستثمار الدولية بما تمليه من حماية خاصة للمتعاقد الأجنبي وعدم خضوعه للقانون والقضاء الداخلي الذي قد يعصف بالكثير من حقوقه و ضماناته في العقد.

¹ - د. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون / جامعة الزاوية، ص 307.

² - د. محمود محمد ياقوت، مرجع سابق، ص 54.

³ - د. أحمد القشيري، مرجع سابق، ص 54.

الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)

يجمع المعيار المختلط بين المعيارين السابقين، إذ أنه لا يكتفي من تحقيق وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية ليقر دولية العقد المعني، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يتعلق العقد بمصالح التجارة الدولية.

حيث أن محكمه النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 04 أبريل 1976 إلى تطبيق المعيار المختلط، وذلك بالاعتماد على المعيار القانوني والمعياري الاقتصادي معاً.

حيث أنها لم تكثف بتوفير المعيار القانوني لتقرير دولية العقد بل ذهبت في تأكيدها لدولية العقد، أي ما يهدف إليه العقد من انتقال الأموال عبر الحدود يمس بمصالح التجارة الدولية إن المعيار القانوني الحديث هو بمثابة المعيار العام في تحديد دولية العقد، و أن يكون العقد دولياً إذا تطرق لعنصر من العناصر الأجنبية المؤثرة، أما المعيار الاقتصادي لدولية العقود هو بمثابة الجواب عن السؤال الذي مفاده: متى يكون العنصر الأجنبي مؤثر في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.

كما أنه من المفضل في مجال التحكيم الاقتصادي الدولي، تبني التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم المعيار الاقتصادي الحديث، أي معيار التجارة الدولية، كما أخذ بذلك المشرع الفرنسي، إلا أن بعض الدول أخذت المعيار المختلط كالقانون النموذجي¹.

و بخصوص موقف مشرع جزائري من تحديد الصفة الدولية للعقد، فإنه لا يوجد نص صريح يدل على أي المعيارين قد أخذ به، إلا أن ما جاء به المرسوم التشريعي 09/93 والذي تعرض إلى دولية التحكيم عندما تكون المنازعة متعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج هذا حسب نص المادة 458 من المرسوم رقم 93-09 الملاحظ من خلالها أن المشرع أخذ بالمعيارين معاً.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 86.

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

لكن وبعد صدور القانون رقم 08 - 09 فإنه يلاحظ تغليب المشرع الجزائري للمعيار الاقتصادي وذلك يتضح من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن التحكيم يعد دولياً إذا كان يخص الالتزامات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل¹.

¹ - المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري 08-09 مؤرخ في 10 مارس 2009 التي تنص على أنه: " يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية

ما يمكن استخلاصه من خلال هذا الفصل، أن عقود الاستثمار هي عقود أبرمتها الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها أو المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمرين، يستوي في ذلك أن يكونوا أشخاص طبيعياً أو معنوية، يمكن التفرقة بين المواطنين منهم والأجانب بمعيار الجنسية في حالة إذا كانوا أشخاص طبيعية أو بإحدى المعايير المتبعة، كمعيار الرقابة أو التأسيس أو جنسية الشركاء، في حالة إذا كانوا أشخاص اعتبارية، إضافة إلى ذلك فإن عقود الاستثمار تختلف على أساس ثلاثة أصناف، تمثل نماذج هذه الأخيرة في عقود في عقود البترول وعقود التعاون الصناعي، حيث يلعب مبدأ السلطان الإرادة دوراً بارزاً في الاتفاق على شروط التعاقدية في عقود الاستثمار الدولية، حيث تعترف كافة التشريعات في الدول المتحضرة بهذا المبدأ، أي ترك الحرية للمتعاقدین في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وهو المبدأ السائد دولياً لأن المتعاقدين اعلم بظروف العقد من غيرهم.

إذا سكت الأطراف في العقد عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقدهم و تعذر على القاضي أو المحكم أن يكشف على نحو مؤكد إرادتهم الضمنية، فإنه يتعين عليه أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، حيث يقضي الأصل بأنه في حالة سكوت إرادة الأطراف في العقد الدولي عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن تحديد هذا القانون يتم من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، فقد أعلنت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية و البرازيلية عام 1929، أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، و يختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون.

و على الرغم من بساطة هذا المعيار و سلامته من الناحية القانونية في اعتقادنا بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية فإن محاولات المحكمين لتحديد هذا القانون على عقود الاستثمار قد تتأثر بعدة عوامل، و من ثم تحديات كثيرة للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

فالتبيعة الخاصة لهذه العقود و الناجمة عن ارتباطها بخطط التنمية الدولية في الدولة المضيفة للاستثمار، و كذلك نسبة السلطة في هذه العقود، تجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها مسألة شديدة الحساسية فإذا لم تكن مسألة إيديولوجية أو سياسية تتطوي على اعتبارات كثيرة.

و في ضوء هذه الاعتبارات فقد ظهر اتجاهان بشأن تحديد النظام القانوني للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عند غياب إرادة الأطراف في تحديد هذا القانون.

المبحث الأول: اختلاف الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار، والناجمة عن ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية للأطراف قد تجعل من مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة شديدة الحساسية ومرتبطة بصراع المصالح بين الأطراف، وعلى نحو أفرز منه العديد من النظريات بشأن تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العقود.

تلك النظريات التي تقوم على اعتبارات أقرب ما تكون إلى كونها إيديولوجية أكثر منها اعتبارات قانونية، حيث يمكن التمييز في هذا الخصوص بين اتجاهين:

أحدهما ينادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة وإقصاء أية قواعد قانونية أخرى وطنية أو دولية، وذلك استناداً إلى العديد من الحجج التي تبرز ذلك الخضوع، أهمها تتمثل في أن سمات وموضوع هذه العقود تجعلها تندرج في إطار العقود الإدارية.

في حين ذهب اتجاه آخر بغية تجنب إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة وإخضاع المستثمر الأجنبي لتحكمها، إلى تحرير هذه العقود من سلطات القانون الوطني وعلى نحو تصبح معه غير خاضعة لأي قانون محلي، وإنما تكون خاضعة لمجموعة من القوانين المستقلة.

المطلب الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

بالرغم من تطبيق قواعد تنازع القوانين في حين غياب إرادة الأطراف في عقود الاستثمار لاختيارهم للقانون الواجب التطبيق، سوف يقودنا إلى اختيار القانون الوطني للدولة المضيفة باعتباره القانون الأساسي والحاكم للعقد فقد ذهب جانب من الفقه إلى تطبيق هذا القانون.

فهنالك من يؤكد على حق الدولة المتعاقدة بتنظيم عقود الاستثمار استنادا إلى أنها عقود إدارية وهذا ما يبرر خضوعها للقانون الدولي المضيئة، وهناك من يعطي للدولة المتعاقدة الحق بتنظيم عقود الاستثمار استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، بشأن السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

ولكل من الرأيين حجج وأسس استندوا إليها في مدى فاعليتها في الوصول إلى تطبيق قانون الدولة المضيئة على عقود الاستثمار، ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول نتناول فيه خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيئة استنادا إلى تكييفها كعقود إدارية.

أما الفرع الثاني، خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيئة للاستثمار استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

الفرع الأول: الإسناد إلى تكييف الاستثمار كعقود إدارية

سنعرض في هذا الفرع، الاتجاه المناهض بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيئة على عقود الاستثمار على أساس أنها عقود إدارية وهذا يتوجب خضوعها لنظامها القانوني استنادا لفكرة سيادة الدولة التي تقتضي بعدم خضوعها للقانون آخر غير قانونها.

فعقود الاستثمار وفقا لهذا الرأي يجب أن تخضع للقانون الوطني للدولة المتعاقدة لا للقانون الدولي، كونها عقود إدارية، حتى تسري عليها كافة التعديلات والتغيرات الجارية في القانون الوطني، ويكون للدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة.¹

كما توجد شروط للتكييف عقود الاستثمار كونها عقود إدارية منها:

¹ - عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 116.

أولاً: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد حيث تعتبر الإدارة دائماً أحد أطرافها.

ثانياً: أن يكون العقد متصلاً بالمرفق العام.

ثالثاً: احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا توجد مثلاً لها في عقود القانون الخاص.¹

1- بالنسبة للشرط الأول، هو كون الإدارة طرفاً في العقد فلا شك لدينا في تحققه في عقود الاستثمار، حيث تعتبر الإدارة دائماً أحد أطرافها، فالدولة كما سبق القول عن أطراف العقد قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة وذلك بقيام من يمثلها من الحكومة بإبرام العقد، وقد تدخل بطريقة غير مباشرة بقيام أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد.²

2- وبالنسبة للشرط الثاني، وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإن أنصار تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية يرون فيها نموذجاً لتعلق العقد بالمرفق العام فيقول أحد الأساتذة في هذا الخصوص:

« إن عقود الاستثمار وكافة عقود التنمية الاقتصادية وإن كانت في ظاهرها تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي فإنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق عام...».

فلا يستطيع أحد إنكار مشروع الأنفاق في مصر ليس مرفقاً عاماً حيويًا، وقيام شركة ولو كانت خاصة بإقامة قرى سياحية على صحاري مصر، ليس مرفقاً عاملاً حيويًا.

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 212.

² - عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 116.

كذلك فإن ظاهرة الدولة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جلية في عقود الاستثمار كالرقابة على تنفيذ العقد، والحق في مراجعته وأيضا الحق في التأمين ولاسيما عقود استغلال المصادر الطبيعية، حيث يتميز استكشاف مثل هذه الموارد بأن الدولة تمنح لنفسها عدد من السلطات التنظيمية تتناول تنظيم التنقيب والإنتاج وإصدار اللوائح الخاصة بهما.¹

3- أما بالنسبة للشرط الثالث، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الاستثمار تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية التي لا يوجد لها مثيل في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها للمستثمر الأجنبي الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحة الأرض اللازمة لإقامة المشروع، يضاف إلى ذلك ما تحويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل مفهوم السلطة التنظيمية وإعادة التوازن المالي للعقد.²

وعلى هذا النحو فإن عقود الاستثمار وفقا لهذا الجانب من الفقه، لا تعدو أن تكون عقوداً إدارية مما يستلزم خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

فالتبيعة الخاصة لهذه العقود كما نعتقد، لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام، أو عقود القانون الخاص وإنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطوط التنمية في الدولة المضيفة.

فقد ذهبت المحكمة إلى أنه لما كان ذلك، وكان من غير المتنازع فيه بين الطرفين أن القانون المصري هو المتفق بينهما على تطبيقه بشأن النزاع القائم وكذلك من غير المتنازع فيه أن العقد محل التداعي مبرم بين هيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية وهي من المرافق العامة، والشركة المدعى عليها وهي شركة أمريكية خاصة.

1- عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص 116.

2- عصمت عبد الله الشيخ، نفس المرجع، ص 116.

خلاصة ما تقدم فإنني أرى عدم جدوى الاستناد إلى تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المضيفة، إلا أن ذلك لا يعني أننا ضد تكييفها كعقود إدارية، متى توافرت لها الشروط والمعايير المميزة للعقد الإداري، حيث أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، وما إذا كان العقد إدارياً أم عادياً، تثور بلا شك بعد الانتهاء من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وفقاً لقواعد التنازع والقوانين في القانون الدولي الخاص.¹

الفرع الثاني: الاستناد إلى قرارات الأمم المتحدة

يذهب البعض في تأسيس الرأي المناهض بإخضاع العقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة، لحق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الاستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية، وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

فهذه القرارات بوصفها تؤكد القانون الدولي العرفي، وتعكس المبادئ المهمة السائدة في المجتمع الدولي، فإنه بالإمكان تقديمها كبرهان عند عدم وجود البرهان أمام هيئات التحكيم.²

ومن ثم فإننا نعتقد بعدم جدوى الاستناد إلى تكييف هذه العقود كعقود إدارية من أجل إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة وذلك للأسباب الآتية:

أ- عدم استقرار كافة الأنظمة القانونية على تبني نظرية العقود الإدارية، حيث يوجد عدد كبير من النظم القانونية تعرف العقد الإداري كعقد مستقل عن العقد المدني مثل دول الشريعة الانجلوساكسونية.

¹ - عناب حسام، مرجع سابق، ص 36.

² - بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 270.

ب- إن الربط بين الطبيعة العامة لعقود الاستثمار والتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، سيجعل تحديد هذا القانون مرتبط بعنصر غير موضوعي ألا وهو السياسة الإدارية للشخص العام، الطرف في العقد، فعلى الرغم من وجود عقود إدارية بطبيعتها مثل العقود الأشغال العامة، إلا أن هناك عقوداً تدور بين الطبيعة الإدارية والخاصة بقدر اختيار الدولة لأن تبرمها مستخدمة وسائل القانون العام، فيعد عقداً إدارياً، أو تستخدم وسائل القانون الخاص، فيعد العقد من العقود العادية.¹

ولقد أثرت مسألة الطبيعة في العديد من القضايا التحكيمية المتعلقة بمنازعات هذه العقود، حيث انتهت هيئات تطبيق قانون الدولة التحكيمي في هذه القضايا إلى رفض تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية.

ففي قضية Taxaco ضد الحكومة الليبية انتهى الأستاذ Dupuy إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية والشركة الأجنبية، بأنه عقد إداري استناداً إلى المبادئ القانونية المشتركة بين القانون الليبي والقانون الدولي، بصفتها القانون الواجب التطبيق، لا تفر تطبيق نظرية العقد الإداري، فنظرية العقد الإداري نظرية فرنسية عالمية، كرسها القانون الفرنسي و بعض الأنظمة القانونية الأخرى التي استلهمت روح هذا القانون ومبادئه ولكن النظرية غير معروفة في الأنظمة القانونية الأخرى.

ومن جانبنا فإننا لا نريد الاستناد إلى الطبيعة العامة لعقود الاستثمار من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها فلا يعني ذلك أننا ضد تكييفها كعقود إدارية متى توفرت لها الشروط المعايير المميزة للعقد الإداري.

¹ - عناب حسام، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، القانون الدولي الخاص، جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي، كلية الحقوق، 2017-2018، ص 35.

غير أن مسألة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود وما إذا كان العقد إدارياً أم عادياً، تثار بلا شك بعد الانتهاء من تحديد القانون الواجب تطبيق على العقد، وفقاً لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، وذلك إذا كان هذا القانون من الأنظمة القانونية التي تأخذ بالترقية بين العقد الإداري والعقد المدني، من أجل تحديد ما إذا كان هذا العقد يخضع للقانون الإداري أم للقواعد العادية التي تطبق على عقود التجارة العادية، المنتمية إلى طائفة القانون الخاص.

ففي قضية **Chromalloy** و التي تتلخص وقائعها بأن عقداً قد تم إبرامه بين شركة **Chromalloy** وهيئة تسليح القوات الجوية التابعة لوزارة الدفاع المصرية، تعهدت بمقتضاه الشركة المذكورة بتقديم معدات وخدمات ومعونة فنية متعلقة بطائرات الهليكوبتر، ونظراً لعدم وفاء الشركة الأمريكية بالتزاماتها الواردة في العقد المبرم بين الطرفين، فقد قام الطرف المصري بإنهاء العقد، فلجأت الشركة الأمريكية إلى أعمال شرط التحكيم الوارد في العقد، وقد تم عقد التحكيم في القاهرة حيث انتهت هيئة التحكيم إلى انتهاء الطرف المصري للعقد غير قانوني وألزمته بدفع مبلغ 18 مليون دولار للشركة الأمريكية كتعويض عن إنهاء العقد.

ولقد لجأ الطرف المصري إلى محكمة استئناف القاهرة، مطالباً ببطان حكم التحكيم وقد قضت محكمة الاستئناف ببطان حكم التحكيم، مستندة في ذلك إلى المشرع فقد أجاز لأطراف التحكيم الطعن على حكم التحكيم في حالات حددتها على سبيل الحصر المادة 53 من القانون رقم 28 لسنة 1994، حيث تنص على أنه: « لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: إذا استبعد حكم التحكيم يطبق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع».¹

¹ - عناب حسام، مرجع سابق، ص 36.

وكان مبدأ السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية قد ظهر لأول مرة في أوائل الخمسينيات من القرن العشرين، من خلال قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

غير أن بداية القرارات التي يمكن الاستناد إليها في تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار كان مع القرار 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962، حيث أكد هذا القرار على أنه من المفروض أن يكون الرأسمال المستورد وعائداته محكوما بالتشريع الوطني النافذ وبالقانون الدولي.¹

وعلى الرغم من أن القرار المذكور قد أشار بالإضافة إلى القانون الوطني إلى القانون الدولي، إلا أن ما لا يمكن إنكاره أنه قد أفسح الطريق لصدور العديد من القرارات الأخرى، والتي أشارت إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب، مع قطع أية روابط محتملة بين هذه العقود والقانون الدولي.²

فقد أقرت الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة رقم 3171 الصادر في 17 ديسمبر 1973، على حق الدولة في التأميم على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها، من أجل المحافظة على ثرواتها الطبيعية، و كذلك حقها في تحديد قيمة التعويض والوسائل الوفاء به على أنه يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المسألة وفق لقانونها الوطني.³

كما أصدرت الجمعية العامة في 01 ماي 1974 القرار رقم 3201 بعنوان بيان بشأن نظام اقتصادي دولي جديد، والذي نصت المادة 5/04 منه على:

¹ - بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 271-272.

² - بشار الأسعد، نفس المرجع، ص 271-272.

³ - بشار الأسعد، نفس المرجع، ص 271-272.

« السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية، وعلى نشاطاتها الاقتصادية كافة، ولغرض حماية هذه فإن لكل دولة الحق في ممارسة سيطرة فعالة عليها وعلى استغلالها بوسائل ثلاثم الوضع القائم، بما في ذلك التأميم ونقل الملكية إلى رعاياها، إذ أن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة الدائمة والتامة، ولا يجوز إخضاع أية دولة لإكراه سياسي أو اقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت.¹»

ثم أصدرت الجمعية العامة في 12 ديسمبر 1974 قرارها رقم 3281 والذي أقرت فيه ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، و الذي تضمن في مادته الثانية النص على أن:

« لكل دولة الحق بتنظيم السلطة وممارستها على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني بموجب قوانينها وأنظمتها ووفق أهدافها و أولوياتها الوطنية ولا يجوز أن تجبر الدولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمار الأجنبي».

نحن من جانبنا نعتقد بعدم جدوى الاستناد إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة من أجل تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة على عقود الدولة التي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة، نظراً لأن المفعول أو الأثر الملزم لهذه القرارات لم يستقر بعد.²

حيث اختلفت الآراء والمواقف بشأن تقدير القيمة القانونية لهذه القرارات، فقد أدت الحقيقة التي مفادها أن هذه القرارات غير ملزمة، وقد قيل أحياناً أن قرارات الجمعية العامة ليس لها اثر تشريعي.

فقد رفضت الدول المتقدمة أي استدلال أو كشف عن قاعدة دولية تتعلق بإخضاع عقود الاستثمار لقانون الدولة المتعاقدة يمكن أن تستمد من قرارات الأمم المتحدة، لأن هذه القرارات

¹ - بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 271-272.

² - بشار الأسعد، نفس المرجع، ص 271-272.

لا تخرج من حيث طبيعتها القانونية عن كونها مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء، ولا تمثل قواعد قانونية لها صفة الإلزام، حيث لا يوجد صراحة في ميثاق الأمم المتحدة ما يفيد بالزامية التوصيات التي تصدرها الجمعية العامة.¹

وعلى خلاف ذلك فقد ذهب البعض إلى أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة يمكنها أن توجد قاعدة عرفية دولية، أو تساهم في بلورتها وتقنينها، أو توضح وتكشف عن قاعدة موجودة سابقاً، ذلك أن الجمعية العامة للأمم المتحدة تتكون من ممثلين عن كل الدول الأعضاء فيها، أي أنها تمثل منتدى دولي تجتمع فيه كل الدول للتشاور والتداول، وحينما تتفق الدول المكونة للمجتمع الدولي على قاعدة معينة وتطبقها على علاقاتها المتبادلة فلا شك أن هذه القاعدة سوف تصبح جزءاً من القانون الدولي.²

نخلص مما تقدم أنه من الصعب للغاية أن نحدد على نحو مؤكد القيمة القانونية للقرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة و أن من المستحيل وضع قاعدة عامة في هذا الشأن فالقيمة القانونية لهذه القرارات كما رأينا تتضمن سلسلة واسعة جداً من التدرج في المعاني لذلك نعتقد بعدم جدوى الاستناد إلى هذه القرارات من أجل إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.

المطلب الثاني: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام

إن تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الاستثمار عند خلو اتفاق الاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق، عند نشوب نزاع يؤدي إلى الوقوع في عدة إشكالات خصوصاً في حالة عدم وجود قواعد تفصل في هذا النزاع في القانون الوطني في الدولة

¹ - بشار الأسعد، مرجع سابق، ص 271-272.

² - بشار الأسعد، المرجع نفسه، ص 271-272.

المضيفة، ومن المتصور عمليا أن معظم القوانين الوطنية يشوبها قصور في تنظيم عقود الاستثمار، إضافة إلى حالة تعارض قانون الدولة مع أحكام القانون الدولي.

إن محدودية هذه النظم القانونية الوطنية وما فيها من ثغرات شجعت بعض الفقه إلى الدعوة إلى اتجاه آخر يدافع عن مصالح الدول الغربية و الشركات متعددة الجنسيات المتمركزة فيها، يتمثل هذا الاتجاه في الدعوة إلى أن القانون الدولي العام، هو القانون الواجب التطبيق لتنظيم العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب، والفصل في المنازعات الناشئة عنها لاسيما إذا ما تخلف الاختيار الصريح للأطراف المتعاقدة.

إذ أن القانون الدولي العام غني بالقواعد الكفيلة بالتصدي لكافة المنازعات القانونية التي تثيرها عقود الاستثمار، كما أن تطبيق القانون الدولي العام يحلر العلاقة التعاقدية من القوانين الوطنية، فيحول بين الدول المضيفة وإسناد عقد الاستثمار إلى نظامها القانوني للتبرير تقصيرها في تنفيذ الالتزامات اتجاه المستثمر الأجنبي، كما أن تطبيق القانون الدولي العام يجنبنا المشكلات التي تتجم عن إصرار الدولة على إخضاع العقد لقانونها الوطني، ورفض تطبيق قانون أية دولة أخرى.

الفرع الأول: الاستناد إلى طبيعة عقد الاستثمار الذاتية

يرى أصحاب هذا الرأي أن مشروع الاستثمار يدخل في إطار السياسة الاقتصادية التنموية للبلاد أي أن عقود الاستثمار تندرج في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة التعاقدية لنظام القانون الدولي.¹

¹ - صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط 01، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 227.

كما أنهم يرون أن من حق المستثمر الأجنبي المتعاقد و بمساهمته في تحقيق خطط التنمية في المجالات الحيوية للدولة المضيفة، أن يضمن استقرار مركزه القانوني، و حمايته ضد المخاطر غير التجارية، ما لا يتحقق إلا باستناد عقده إلى نظام من النظم القانونية الدولية لسد النقص وتعويض الثغرات في القوانين الوطنية.¹

يذهب الأستاذ Mann وهو من أبرز أنصار هذا الفقه، إلا أنه سلم بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني، إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء إلى تطبيق القانون الدولي العام، باعتباره القانون المناسب للعقد في خضم رفض كل المتعاقدين تطبيق قانون آخر على العقد المبرم بينهما، لذلك فإن اللجوء إلى تطبيق القانون العام من شأنه أن يحقق مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم.²

وقد ذهب الأستاذ Bourquih أن عقود الاستثمار تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام، وأن أي إخلال بالتزام تعاقدي من جانب الدولة يشكل إخلالا بالتزام الدولة على نحو يسبب انعقاد المسؤولية الدولية للدولة، لمخالفاتها لمبدأ الاحترام المطلق للعقد، وكذا مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وقد توصل الأستاذ Weil إلى أن النظام الأساسي لعقود الاستثمار، ومنه فإن الاستثمارات التي تبرمها الدولة المضيفة، أو إحدى هيئاتها أو المؤسسات العامة التابعة لها مع المستثمر الخاص الأجنبي، بطبيعتها تتصل بالنظام القانوني الأساسي لها بغض النظر عن

¹ - عيبوط محند و علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 229.

² - علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين و المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 361.

القانون الواجب التطبيق، على هذه العقود سواء المحدد عن طريق اتفاق الأطراف أو بناء على قاعدة الإسناد¹.

الفرع الثاني: الاستناد على اعتبار عقود الاستثمار معاهدات دولية

يرى الفقه أن عقود الاستثمار من ضمن الاتفاقيات الدولية، وذلك بغية تحويل الالتزامات الناشئة من هذا العقد إلى التزامات دولية لصالح المستثمر الأجنبي، ومن ثم انعقاد المسؤولية الدولية على الدولة في حاله إخلالها بالتزاماتها كما هو الحال في المعاهدات الدولية وهي اتفاقيات تبرم بين الدول المختلفة باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، ويحكمها القانون الدولي العام، وتنقسم إلى معاهدات ثنائية أو جماعية، وقد تكون إقليمية أو دولية.²

وقد اعتبر البعض عقود الاستثمار من قبيل المعاهدات، إذا ما توفرت الشروط الشكلية لإبرام المعاهدات، وشرط التشبث بإسنادها لنظام قانوني آخر.

وقد ذهب بعض الفقه أن عقود الاستثمار تأخذ عادة شكل معاهدات دولية، يتم إبرامها من طرف السلطات المختصة في الدولة المضيفة، والتي لها صلاحيات إبرام المعاهدات وتتضمن الشروط تمنع من خلالها الدولة المضيفة من اتخاذ إجراءات سياسية أو تشريعية، من تعديل القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار وهذه العقود تعبر عن رغبة الأطراف وبصورة واضحة عن تحديد القانون الواجب التطبيق، بعيداً عن القانون الوطني للدولة المتعاقدة أو القانون الداخلي بصفة عامة.³

¹ - عناب حسام، مرجع سابق، ص 40-41.

² - عناب حسام، نفس المرجع، ص 41.

³ - عناب حسام، نفس المرجع، ص 41.

المطلب الثالث: إخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد قانون التجارة الدولية

لابد من الإشارة في بادئ الأمر إلى أن المقصود بقواعد قانون التجارة الدولية هو: «مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، و تقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية».

يعد قانون التجارة الدولية قانوناً غير وطني، تشكل تلقائياً نتيجة الجهد الإنشائي لقضاء التحكيم، بعيداً عن تدخل الأجهزة التشريعية للدول المختلفة، ويعتبر قضاء التحكيم هو المنشئ لهذه القواعد وهو وحده بإمكانه تغييرها.

وقد أطلق الفقهاء تسميات مختلفة لهذه القواعد القانونية، فيطلق عليها بعض الفقهاء على سبيل المثال: القانون الغير دولي، أو القانون الغير وطني.

كذلك يطلق عليها: القواعد السائلة في المجتمع الدولي للتجارة وقواعد قانون التجارة الدولي، وتجدر الإشارة إلى أن أغلب الفقهاء والباحثين، يفضلون مصطلح القواعد الغير دولية، وهي الصفة المميزة لظاهرة محل الدولة ولأنه يتمتع بسابقة استخدام ويبتعد عن الغموض ويتمتع بالحيادية.

الفرع الأول: الحجج المعتمدة لتبرير تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

يذهب جانب من الفقه وبصفة خاصة الغربي منه إلى أنه عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق، فعلى المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، حيث أن هناك اتجاهاً حثيثاً نحو تحرير عقود الاستثمار من القانون الداخلي وإخضاعها لقواعد القانون الدولي، وبما أن القانون الدولي العام لا يصلح في رأي أنصار هذا الاتجاه في حد ذاته للإعمال على عقود الدولة، فإن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يتحقق بالبحث عن نظام قانوني

آخر لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي العام وهو النظام الذي يطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية.¹

حيث تعتبر قواعد قانون التجارة الدولية في رأي البعض من أنصار هذا الاتجاه هي الأكثر ملاءمة للتطبيق، بل أن البعض منهم ذهب إلى أن تطور هذه القواعد سيكفل مزيداً من الحماية لمصالح الأطراف المتعاقدة، فيذهب في تأكيده لصلاحيه قانون التجارة الدولية لحكم عقود الدولة إلى أن هذا القانون لا يتضمن فقط القواعد المادية التي تتجاوز الحدود الوطنية ولكنه يهدف أيضاً إلى تنظيم من ضمن أمور أخرى، العلاقات التعاقدية القائمة بين طرفين غير متساويين في مركزهما القانوني، وذلك طالما ظهر من إرادة الأطراف أو من الظروف المحيطة أنهم استهدفوا استبعاد وطرح كل أعمال لقانون وطني محدد.²

إضافة إلى ذلك يرى أنصار هذا الرأي أن القانون الغير دولي يعتبر النظام القانوني الطبيعي لحكم العلاقة التعاقدية المختلفة والتي تتم بين الدول والأشخاص الأجنبية، كعقود الاستثمار، وقد أوضح الفقيه *Lalive* أن القانون الغير دولي، هو نظام قانوني مختص لكي يحكم بعض المراكز الاقتصادية التي لا يمكن بصدها تطبيق القانون الداخلي ولا القانون الدولي.³

وقد اقترح *Lalive* إلغاء التقسيم الثنائي للأنظمة القانونية، ما بين قانون الداخلي وقانون الدولي، واستحداث تقسيم ثلاثي، وبذلك فإنه في حالة عدم إمكان اللجوء إلى القانون الوطني أو قانون الدولي، فإنه يمكن اللجوء إلى نظام قانوني ثالث يقع في منطقة وسط، وهو القانون الغير دولي.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 297 - 298.

² - بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 298.

³ - بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 298.

وفقا لأصحاب هذه النظرية، عندما لا يتضمن عقد الاستثمار أية إشارة إلى القانون الواجب التطبيق، يتم إعمال أعراف التجارة الدولية، وذلك لعدة اعتبارات أهمها:

ارتباط العقد بعدة أنظمة قانونية واختلاف النظام القانوني للعقد كما هو ساري العمل به في القانون الداخلي، مثل عقود البترول، ونقل التكنولوجيا، هذه العقود يعتبرها بعض الفقهاء مثل M.Kahn دولية بطبيعتها.

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى قرار مجمع القانون الدولي الصادر في 1979 الذي يتبنى عدة مبادئ غير دولية بشكل مباشر، بحيث تضمنت المادة الأولى، استغلال التحكيم الاقتصادي الدولي، مبدأ التزام المحكم بنظام الغير الدولي وقد تضمنته المادة الثانية¹.

يتضح من خلال قرار مجمع القانون الدولي سنة 1989، قد أجاز إخضاع عقود الاستثمار للقواعد الغير دولية، وبالرغم من أنه لم يستعمل مصطلح القانون الغير دولي أو القواعد الغير دولية، إلا أن القرار استعمل مصطلحات تشير إلى مضمون القانون الغير الدولي كما هو الحال في استخدام مبادئ النظام الدولي في المادة الثانية².

الفرع الثاني: تقدير الحجج المعتمدة في تطبيق قانون التجارة الدولية

بعد أن عرضنا الاتجاه المناصر للتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق، سنتعرف على أهم الانتقادات التي تعرض لها هذا الفقه:

- افتقار القانون الغير دولي للتكامل، فهو من جهة غير قادر على علاج الكثير من المسائل القانونية، مثل عيوب الإرادة وأهلية الأطراف وتكوين الشركات وطرق النقل

¹ - عناب حسام، مرجع سابق، ص 43-44.

² - عناب حسام، نفس المرجع، ص 44.

الملكية، ومن جهة أخرى، هو غير صادر من سلطة تشريعية تكفل الجزاء مخالفتها.

- كما يرى أصحاب الفقه المعارض لتطبيق القانون الغير دولي أنه من الصعب عمليا قبول أنظمة قانونية متنوعة، وما يتسبب عن ذلك من خلط وغموض في مجال التنمية للدول المعنية.
- إن محتوى القانون الغير دولي، يعتبر غير محدد وبالتالي فإن مهمة القضاء والتحكيم ستزداد تعقيداً، كذلك أن العلاقات الاقتصادية الدولية تخضع بصفة ضمنية للقوانين الداخلية، وتنفذ في منطقة جغرافية خاضعة لسيادة الدولة كما لا يمكن للقانون الغير الدولي تنظيم العلاقات التجارية من كل جوانبها.
- ومن بين الانتقادات أن القانون الغير الدولي من ناحية ليس له مصادر قانونية خاصة به بل له مصادر مشتركة مع الأنظمة القانونية الأخرى، فهي مستمدة من القانون الداخلي أو من القانون الدولي من ناحية أخرى¹.
- كذلك من أهم الانتقادات التي وجهت للقانون الغير دولي، أن قواعده تحمل مضامين متناقضة، على سبيل المثال يعتبر رفض نظرية الظروف الطارئة من قبل التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية، استناداً لمبدأي قدسية العقد وقريينة الاعتراف، أمر متعارض مع مبدأ المحافظة على توازن الأداءات ذات التنفيذ المستمر وهو أحد المبادئ الغير دولية، وهو متعارض أيضاً مع مبدأ العدالة بوصفه أيضاً من المبادئ الغير دولية، بالإضافة إلى عددها المحدود بنظر الفقهاء، فإنه توجد صعوبة في الوصول إليها، من قبل أطراف عملية التحكيم، وهو ما يجعل القواعد الغير دولية تعاني من عيب عدم تلبية التوقعات المشروعة للأطراف.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 301.

- إضافة إلى ذلك أن تطبيق قانون التجارة الدولية على موضوع النزاع دون اتجاه إرادة الأطراف إلى الاتفاق على تطبيقه اتجاه غير سليم، وكذلك تطبيق القانون غير الدولي على عقود الاستثمار أمر منتقد، ذلك أن هذا القانون يطبق على العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الخاصة ويخرج من نطاق تطبيقه العقود التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة، خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بعمليات إنتاجية طويلة الأمد، تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للدول النامية، فإنه من الصعب معها التسليم بتطبيق قانون غير دولي على هذه العلاقات.
- كما يرى أنصار هذا الفكر المعارض لتطبيق قانون التجارة الدولية، أن هذا القانون لا يحقق الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة، إذ أن أنصار القانون غير دولي، لم يوضحوا على سبيل المثال قواعد هذا القانون ولا ضوابط عملها، إذ أن القانون غير دولي في نظر الفقهاء المعارضين، مجرد محاولات ومقترحات فقهية مستندين إلى أن المجمع الدولي في دورته المنعقدة سنة 1977 بمدينة أوسلو رفض إدراج القانون الغير دولي ضمن الأنظمة القانونية التي يجوز للأطراف اختيارها.
- كما يستند الفقه المعارض لعدم قبوله للقانون الغير دولي، لحجة مفادها أن هذا القانون إنما يعبر عن مصالح الدول القوية اقتصادياً، فهي التي تتمسك به بالنظر إلى سيطرتها على أغلب التجارة الدولية، فهو يجسد بذلك قانون الأقوياء. كما أن الفقه الغربي مدعوماً من قبل أوساط رجال الأعمال، يعمل على استبعاد قانون الدولة المتعاقدة كطرف في النزاع، والعمل على استبداله بنظام قانوني مشكوك في وضعيته، يتكون من المبادئ العامة للقانون تارة، ومن القانون المهني تارة أخرى¹.

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 302 - 303.

المبحث الثاني: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

من الثابت أن منازعات عقود الاستثمار الدولية تتمتع بخصوصية ناجمة عن طبيعة أطراف هذه العلاقة التعاقدية غير متجانسة الطبيعة، فنجد الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام بما تمتلكه من سيادة، أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لهذه الدولة من جهة، ونجد من جهة أخرى طرفاً أجنبياً خاصاً في غالب الأحوال وهذا ما يطرح المشكلة الأساسية المتمثلة في كيفية الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة، حيث تسعى الدولة لتحقيق إحدى خطتها التنموية الاقتصادية عندما تكون بسبب إبرام هذه العقود، ويسعى من جهته الطرف الأجنبي إلى تحقيق المصالح والأهداف التي يسعى إليها، وهذا ما يجعل تسوية منازعات عقود الاستثمار لا تتحقق إلا بضرورة البحث عن توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود، وذلك حسبما تقتضيه الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وهذا ما نحاول معالجته من خلال تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي وتكريسه في عقود الدولة في المطلب أول، ومن ثمة الكلام عن مبررات اللجوء إلى التحكيم في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم و مدى تكريسه في عقود الاستثمار

للقوف عند شرطي التحكيم في عقود الدولة وبالتحديد عقود الاستثمار، وكتوطئة لهذا الموضوع لابد من تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي، ومن تم تجسيد مراحل تكريسه في عقود الدولة تكريساً راسخاً من خلال تبديد المخاوف بشأن تكريس التحكيم في التشريعات الداخلية.

الفرع الأول: تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي

إذا كان الأصل هو أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك وهي السلطة القضائية، حيث لا يمكنني لغير الدولة أن يمارس

هذه السلطة، إلا أن الدولة بما لديها من سلطه بإمكانها أن تعترف لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض الخصومات التي تدخل في الولاية المقررة للقضاء في نطاق معين، ومتى تحققت شروط معينة، ويسمى هؤلاء بالمحكّمين حيث يعهد إليهم بالفصل في المنازعات التي أجاز القانون للأفراد إخراجها من ولاية واختصاص القضاء في الدولة.¹

أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي

في معرض تعريف التحكيم التجاري الدولي، يمكننا أن نقول أن التحكيم طريقة ابتدائية حيث تعود بدايته عندما كان يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلع المسلمة فيلجأ إلى شخص آخر ليفصل بينهما، خاصة وأنه يعهد فيه عرض النزاعات على أشخاص خواص يستمدون ميزتهم الوحيدة من كونهم تم اختيارهم من قبل طرفي النزاع.

كما نلاحظ أن نظام التحكيم التجاري يعمل بمعية تشكيلة معقدة من القوانين، هي الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية لمختلف الدول، فنجد القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ اتفاق التحكيم والقانون الذي يحكم وينظم إجراءات التحكيم ذاتها والقانون أو مجمل القواعد التي تطبق على موضوع النزاع وكذا القانون الذي يحكم الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم.²

إذ أن القوانين الداخلية التي تركز نية استمرارية قبول الدولة للتحكيم والذي يؤكد انضمامها إلى الاتفاقيات المتعلقة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها، حيث تلعب هذه القواعد دوراً هاماً على هذا الصعيد، ومن ناحية أخرى فإن الدولة تهيأ للتحكيم مناخاً ملائماً من خلال الرقابة على قرارات التحكيم، ونظامها القانوني الذي يكرس الاعتراف بهذه القرارات.

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية و المعاهدات الدولية و أحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 95.

² - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 50.

وقد عرف الأستاذ Phillipe Fouchard التحكيم بأنه: « اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم إلى قضاء يختارونه».¹

بينما يعرف الأستاذ تركي نور الدين بأنه: « إجراء خاص لحل الخلافات، وهو نظام لعدالة خاصة يسمح بسحب الاختصاص في حل نزاع معين من محاكم الدولة لإعطائه إلى أشخاص خواص، يختارهم مبدئياً الأطراف أنفسهم أو يتم اختيارهم بمساعدتهم».²

أما عن نعته بـ "التجاري" فنشير فيما يتعلق بهذا النعت عن الحديث عن التحكيم التجاري الدولي إلا أنه نعت لا يقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين التجارية بل يأخذ مفهوماً واسعاً يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي.

ولتوضيح ذلك نعتمد على ما جاء في القانون النموذجي لـ "ل. أ. م. ق. ت. د" "U.N.C.I.T.R.A.L"، إذ نجد أن المادة الأولى من هذا القانون تعرف بمعنى موسع "التجاري" بحيث يشمل العلاقات التجارية التعاقدية وغير التعاقدية دون الاقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات وكذا اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري والتحصيل واعتماد التأجير، وتشديد المصانع والخدمات الاستشارية والأعمال الهندسية والتراخيص والاستثمارات والتمويل والمعاملات المصرفية والتأمين واتفاقات الاستغلال أو الامتيازات والمشروعات المشتركة وأشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى ونقل البضائع والمسافرين جواً أو بحراً أو براً أو بالسكك الحديدية أو الطرق.³

¹ - ياسمينة مجدوب، التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود البترول، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2006، ص 18.

² - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010-2011، ص 173.

³ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 223، 224.

ومما يلاحظ أن القانون الجزائري يشترط شرطا أساسيا واحد من اجل السماح بلجوء الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم التجاري الدولي وهو أنه:

لابد أن يتعلق التحكيم بمصالح تجارية دولية للأشخاص العمومية ويرجع في تحديد الطبيعة التجارية للنزاع إلى أحكام القانون الداخلي تماشيا مع النظرة الحضرية المستخلصة من اتفاقية نيويورك في 10/06/1958 المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم التجاري الدولي وتنفيذها¹، والتي تنص في مادتها الأولى الفقرة الثالثة (مادة 3/1) على أنه يمكن للدولة كذلك أن تصرح بأنها تطبق نصوص الاتفاقية فقط على النزاعات الناتجة عن العلاقات القانونية التعاقدية أو غير التعاقدية، المعتبرة ذات طبيعة تجارية بمقتضى قانونها الوطني.²

وعن النعت "بالدولي":

تستعمل عبارة الدولي بالنسبة للتحكيم الذي يتجاوز الحدود الوطنية للدول، وهذا التمييز مهم مادام أن الدول التي وضعت قوانين للتحكيم تعترف عموما بمنح حرية في مجال التحكيم الدولي أكبر منها في المجال الداخلي، والسبب في ذلك أن التحكيم الداخلي عادة ما يجري بين مواطني أو قاطني البلد المعني، وهو يعد بديلا عن قضاء ذلك البلد.

ومن الطبيعي أن تريد الدولة المعنية ممارسة رقابة على ذلك النوع من التحكيم الذي يخص مواطنيها أو قاطنيها، أكبر من الرقابة على التحكيم الدولي الذي لا يجري في إقليمها إلا لضرورات جغرافية، كما أن التمييز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي يكون ضروريا عندما

¹ - أنظر المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1409 الموافق لـ 05 نوفمبر 1988، يتضمن الإنضمام بتخفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958 و الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، الجريدة الرسمية، العدد 48، 23 نوفمبر 1988، ص 1599.

² - إضافة إلى الطابع التجاري للنزاع كانت المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الملغى تشترط شرطا آخر، و هو وجوب كون احد الأطراف على الأقل يوجد موطنها أو مقرها بالخارج سواء كان هذا الطرف شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، و النتيجة المترتبة على هذا الشرط أنه إذا كان طرفي النزاع يقيمان في الجزائر فإنه يستبعد تطبيق التحكيم التجاري الدولي حتى و لو كان موضوع النزاع تجاريا.

تكون قوانين الدولة لا تسمح إلا للدولة نفسها أو لمؤسساتها فقط بحق اللجوء إلى التحكيم في مجال المبادلات الدولية.¹

وعلى هذا الأساس فقد سعت أهم هيئات التحكيم الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية بشكل كبير في تعميم الحلول التي تتطلبها عقود الدولة على وجه الخصوص والعقود الدولية بوجه عام، وتوحيدها وتقريب التحكيم الدولي من المتعاملين على صعيد الحياة الدولية وتدعيمه بالأجهزة الفنية الضرورية اللازمة حتى يصبح الوسيلة المفضلة لفض منازعاتهم.

وهذا حتما لن يتأتى إلا من خلال تدويل هذه العقود شكلا وموضوعا، ذلك أن المحلل لقرارات التحكيم الدولية يجدها تسعى لأجل فصل قضاء التحكيم الدولي عن أي نظام قانوني وطني، متخذين منه جهة قضائية خاصة مستقلة تحت ستار عدة مسوغات، لعل أهمها أن المحكم لا يصدر أحكامه في ظل سيادة معينة تلزمه باحترام نظامها القانوني في تنازع القوانين أو إتباع قوانينها الإجرائية خلال أدائها لمهامها، لأن المسائل الإجرائية تحظى بأهمية، ولهذا ينبغي تحرير العقد من سلطان القوانين الوطنية، وتطبيق الاتفاقيات الدولية الموضوعية والأعراف والمبادئ العامة للقانون.²

وهناك معياران أساسيان قد يستعملان مُجتمعين، أو منفصلين لتحديد مفهوم "الدولية" في التحكيم و يتعلق الأول بتحليل طبيعة النزاع بحيث يعتبر التحكيم دوليا إذا كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية (المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية المرسوم رقم 81500 في

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 225.

² - زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص 355، 356.

12 ماي 1981)، أما الثاني فيتعلق بأطراف النزاع كي تعرف جنسياتهم أو المكان المعتاد لإقامتهم أو مقراتهم إذا كانوا من الشركات.¹

ثانيا: أنواع التحكيم

1- التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي:

أما عن تمييز التحكيم الوطني لدولة ما عن التحكيم غير الوطني فإن التحكيم يكون وطنيا إذا كانت عناصره منتمية إلى دولة واحدة، وما يستتج إذن هو أنه إذا كان أحد عناصر التحكيم خارجيا أو أجنبيا يكون التحكيم أجنبيا أو دوليا، ومن تلك العناصر موضوع النزاع وجنسية ومحل إقامة الأطراف وجنسية المحكمين ومكان التحكيم والقانون المطبق لحل النزاع... الخ، إلا أن الدراسات تلخص أهم معايير التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي في ثلاثة معايير منها الجغرافي ويتعلق بمكان التحكيم والقانوني ويتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، والاقتصادي ويتعلق بارتباط العقد موضوع النزاع.

ولو نظرنا إلى العمل الاتفاقي نجد أن اتفاقية نيويورك تأخذ بالمعيار الجغرافي أساسا مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار القانوني، حيث تجيز للقاضي الوطني رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إذا ثبت لديه مخالفة إجراءات التحكيم للقواعد التي اتفق عليها الطرفان أو مخالفتها لقانون البلد الذي جرت فيه عملية التحكيم عند غياب اتفاق الطرفين على تلك القواعد.²

كما أن القاعدة أن التشريعات الوطنية تمتلك سلطه منع تنفيذ القرارات التحكيمية إذا ما اتضح أنها مخالفة لنظام العام الدولي، هذا و إن كان الاجتهاد القضائي الأمريكي جد صارم في شأن تنفيذ القرارات التحكيمية، فيجعل منها قرارات جبرية التنفيذ فور صدورها، وإن استعملت

¹ - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 225، 226.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 224، 225.

في أسانيد وحجج الأطراف وثائق أو بيانات أو شهادات غير حقيقية، أو ثبت فيما بعد أن المحكمين قد أصدروا قرارهم بناء على رشاوى قدمت لهم ولعل القضاء الأمريكي يعتبر سكوت الأطراف وعدم الطعن فيها قرينة ضمنية على الاعتراف بهذه القرارات.¹

2- التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

من المعروف أن التحكيم ينقسم إلى تحكيم خاص وتحكيم مؤسسي وأمام الطابع التعاقدى للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه الاتفاق على أن يستقلوا بإدارة العملية التحكيمية كما في التحكيم الخاص، أو إحالة إدارة هذه العملية إلى إحدى هذه المؤسسات التحكيمية الدائمة.²

وما يميز النظام التحكيمي المؤسسي التطبيق الآلي للقواعد المنظمة للتحكيم، كما يكفل هذا النوع من التحكيم الاستفادة من الإطارات الفنية المتخصصة، لكن ما يعاب عليه كثرة النفقات فضلا عن عدم توافر القدر المطلوب من السرية، وفي المقابل يتميز نظام التحكيم الخاص بأنه ينشأ لفض منازعة بعينها فيحقق بذلك سرية الإجراءات ويتطلب التعاون بين الأطراف دون الحاجة إلى تكاليف باهظة لكنه قد يجعل الأطراف عند عدم الاتفاق أمام إشكال يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.³

وأمام خصوصية منازعات عقود الدولة فإن التحكيم الأجدى لتسوية منازعات هذه العقود انطلاقا من المفاضلة بين مزايا كل من التحكيمين، هو التحكيم المؤسسي لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية والتي تجعله الأكفاء في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 224، 225.

² - أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر، ص 34.

³ - محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007،

الطبيعة الفنية المعقدة، وذلك من خلال كونه يضمن الالتجاء إلى مجموعة من القواعد المعدة سلفاً وكذا ضمان صلاحيات مناسبة للمحكّمين تعيينهم على ممارسة اختصاصاتهم وتوفير مؤسسة التحكيم الدائمة على قوائم بأسماء المحكّمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة.

ويعتبر التحكيم المؤسّساتي الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية المؤسسة على مبادئ معروفة مسبقاً علاوة على أن المؤسسات التحكيمية الدائمة توفر المساعدة التي يحتاجها من صدر حكم لصالحه في التنفيذ.¹

الفرع الثاني: تبديد المخاوف بشأن تكريس التحكيم في التشريعات الداخلية

لقد شهد العالم خلال الأعوام الماضية تطوراً ملحوظاً في دور الدولة تمثل في قيامها وكذلك الأشخاص الاعتبارية تابعة لها بأنشطة اقتصادية كانت تقتصر من قبل على المبادرات الفردية أو أشخاص القانون الخاص الاعتبارية بوجه عام، و قد واكب التدخل المتعاظم للدول في مجالات المعاملات الاقتصادية الدولية انتشار الأخذ بأسلوب التحكيم كوسيلة خاصة لفض المنازعات المتعلقة بأنشطة التجارة الدولية لنتلاءم مع طبيعتها وتنفق مع مقتضياتها وتلبي احتياجاتها.

وفي الواقع، فإن هناك إحساساً لدى الكثيرين بأن التحكيم لا يمثل ضمانات حقيقية للدولة المضيفة وأنه ليس وسيلة إلا لحماية المستثمرين تضمن لهم تطبيق نظم قانونية دولية لا تأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالدولة أو قوانينها الداخلية، فقبول الدول النامية اللجوء

¹ - بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 28، 38. و أنظر أيضاً يوسف محمد، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة إدارة، الجزء 09، العدد 02، 1999، ص 73، 74.

للتحكيم أساسه حاجتها الملحة للحصول على رؤوس الأموال اللازمة لتحقيق خططها التنموية وليس بالضرورة عن قناعة من جانبها بملائمة التحكيم لفض منازعات الاستثمار.¹

أولاً: تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم

أما عن موقف الدول النامية خاصة منها العربية فكان موقفاً ناتجاً عن تلك الاختلافات السياسية والإيديولوجية العميقة، والتي جعلت هذه الدول ترفض في بداية الأمر كل الوسائل دون قضائها الرسمي لحل النزاعات المتعلقة بهذه العقود.

ولعل هذه العوامل تتعلق بتمسك البلدان النامية حديثه الاستقلال بسيادتها إلى حد تخشى كل القيود التي ترد على تلك السيادة، بل حتى أنها كانت لا تثق بالقانون الدولي التي ترى في قواعده عدم ملاءمته لظروفها ومتطلباتها، بل تقول أنها لم تشارك في وضعه.²

وقد أيد هذا التوجه في عدم الأخذ بنظام التحكيم بعض الفقهاء بدعوى مخالفاته لسيادة الدولة، وقد عبر عن ذلك الأستاذ Rundstein بقوله: « إن القضاء مظهر من مظاهر السيادة غير قابلة للتصرف فيها، فلا يجوز للدولة أن تتنازل عن مقومات السيادة - كلياً أو جزئياً - للشخص من أشخاص القانون الخاص...»، كما أن التحكيم ظاهرة غير عادية تمس مبادئ القانون العام التي تخول الدولة سلطة تقديرية تسمح لها بأن تأتي ما تراه مناسباً لصالح العام.³

ولكن سعي الدول النامية - خاصة العربية منها وعلى رأسها الجزائر - إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية وضعها أمام واقع إما أن تقبل التحكيم أو تتبخر كل أحلامها التنموية، على أساس أن هذا البند أحد أهم الضمانات الاستثمارية، لذلك فهي تقبل التحكيم

¹ - عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد 09، الأردن، 2002، ص 04.

² - قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 220.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1975، ص 421.

الذي يعتمد على آليات تختلف تماماً مع تلك التي يعتمد عليها القضاء الوطني، لعل مرجع ذلك إلى أن الدولة تعتقد أن هذا القضاء ليس القضاء الذي يطبق القانون الذي اتفق عليه الأطراف وهي تستند إلى واقع أن كل عشر دعاوى تحكيمية بها طرف عربي يربح الطرف العربي دعوى واحده فقط، و أن المحكمين هم بالعادة مجموعة من ثلاثين إلى خمسين محكماً أوروبياً يفصلون في خلافات الاستثمارات الأوروبية في البلاد العربية، وعادة ما يكون مقر التحكيم باريس أو لندن أو جنيف.

ولعل هذا التخوف ليس له ما يبرره ذلك أن الهيئات التحكيمية التي ستفصل في النزاع عادة ما تختار ما بين أكبر أساتذة القانون في العالم، وأشهر المحكمين من الفقهاء الفرنسيين فضلا على أن أشهر مركز تحكيمي في العالم يوجد بباريس وهو غرفة التجارة الدولية.¹

وحيث أن تعدد المحكمين يعد من أهم المزايا التي ينتفع بها الأطراف في عقود الدولة والذي عادة ما يتكون في غرفة التجارة الدولية C.CI بثلاثة محكمين والذي يمنح ثقة الدولة في هذا القضاء الذي تساهم في تعيين محكميه.

إن الاعتبارات التي يستند إليها الأطراف في اختيار المحكمين مصدرها الثقة إما بالنظر إلى كفاءته القانونية أو لانتمائه إلى الفئة المعينة التي ينتمي إليها المتنازعين فيه، ولعل عناصر الثقة صارت أمراً متعارف عليه، ذلك أن إحصاء أجري بفرنسا أظهر أن 30% من المحكمين هم الرجال القانون، مقابل 70% من رجال الفن والعلم، وداخل فئة رجال القانون يوجد 60% من المحامين، نظراً للثقة التي يمكن أن توجد بين المحامي وأحد المتنازعين، ونظراً لكفاءته القانونية.²

¹ - هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الإعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 154، 156.

² - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 156، 157.

ثانياً: التطور التاريخي لتبني التحكيم التجاري الدولي في الجزائر

عرفت الجزائر غداة الاستقلال فراغاً تشريعياً كبيراً، لذلك استمرت على العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا ما يخالف سيادة الوطنية.¹

وإذا كان القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم التجاري الدولي، فإن الجزائر اعتبرتته مخالفاً للسيادة وكانت النزاعات بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تختص به المحاكم الداخلية.

وتمتد مرحلة إنكار نظام التحكيم التجاري الدولي منذ الاستقلال إلى غاية مرحلة التأميمات، وهي مرحلة مؤقتة بالنسبة لموقف الجزائر من التحكيم، إذ يظهر على الصعيد الاتفاقي تبني التحكيم كوسيلة لفض النزاعات الاقتصادية الدولية بين الجزائر وفرنسا من خلال اتفاقية إيفيان²، وقد استمرت مرحلة التحفظ هذه حتى بداية الثمانينات أين كرس التحكيم بموجب الاتفاق بين فرنسا والجزائر سنة 1982 والذي أدى إلى ظهور هذا النظام لأول مرة سنة 1983.³

حيث أنه وفي إطار المعاهدات الثنائية لأجل حل منازعات المؤسسات المختلطة بمقتضى هذا الاتفاق المبرم في 27 مارس 1983، قبلت الجزائر التحكيم في إطار حل النزاعات التي تنشأ بين المؤسسات العمومية الجزائرية وشركائها العموميين أو الخواص الفرنسيين.

¹ - أنظر القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1962/12/31 ما عدا ما يخالف سيادة الوطنية، ج.ر، العدد 20 المؤرخة في 1963/01/11، ص 18.

² - واتيكى شريفة، النظام القانوني للعقد الصناعي المطبق في قطاع المحروقات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 271.

³ - كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغداداي، الجزائر، 2008، ص 08 و ما يليها.

لهذا فقد كانت الجزائر ولفترة طويلة تستبعد التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأطراف الأجنبية، وهو ما أثر سلباً على حجم الاستثمارات الأجنبية في الجزائر ولعل مرد هذا الاستبعاد كان مرتبطاً بفكرة السيادة خاصة وأن الجزائر من الدول حديثة الاستقلال مقارنة بالدول المتقدمة، فهي تشعر حيال التحكيم أنه يطعن في قضائها الوطني.¹

وقصد رفض مطلق للتحكيم جاء تفسير نص المادة 03 /442 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، بأن المقصود بعبارة "الدولة" هنا، الدولة والجماعات المحلية والهيئات العامة ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي، وهو ما لا يحتمله التفسير الضيق لهذه المادة.*

ولهذا فإن تبني القانون الجزائري لنظام التحكيم التجاري الدولي جاء في مرحلة متأخرة إذ أن قانون الإجراءات المدنية (الأمر 66 - 154) المعدل والمتمم، كان إلى وقت قريب يرفض هذا النظام ويمكن ملاحظة ذلك من خلال المادة 442 من ق. إ.م القديمة التي تحرم على الأشخاص العمومية اللجوء إلى هذا الإجراء:

« يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزامات بالنفقة ولا في حقوق الإرث وحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم».

غير أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة خضعت إلى التعديل في مقتضى المرسوم التشريعي رقم 09/93 الصادر في 1993/04/25، حيث أصبحت صياغتها الجديدة كالآتي:

¹ - بن سهلة ثاني بن علي - نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، المجلد 17، العدد 02، سنة 2007، ص 36.

* - تنص المادة 03/442: " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

« ... ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية».

يلاحظ إذا من خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد عدل وبشكل جذري عن الموقف المانع للتحكيم التجاري الدولي على الدولة وأشخاص القانون العام الأخرى، وذلك حينما أعلنت بشكل صريح عن إمكانية لجوء هذه الأشخاص العمومية إلى نظام التحكيم في المنازعات الخاصة بعلاقاتها التجارية الدولية.

كما أضافت المادة الثانية (02) من المرسوم التشريعي 09/93 فصلاً كاملاً (النص الرابع) للكتاب الثامن من الأمر 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية تحت عنوان "في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي" يتضمن 29 مادة (المواد من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28).

ليأتي بعد ذلك القانون 09 /08 المؤرخ في 23 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لينص في المادة 1006 على أنه: « يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية».

وقد حدد المشرع الجزائري مفهوم التحكيم التجاري الدولي من خلال المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: « يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل».¹

¹ - و هو النص الذي جاء ليُلغى النص السابق للمادة 458 مكرر التي تنص على أنه:

الفصل الثاني: حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود

الاستثمار الدولية

وقد تم تكريس التحكيم من خلال نص المشرع الجزائري في مقام الضمانات الممنوحة للمستثمرين من خلال المادة 17 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار إذ تنص: «يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم والمصالحة أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند التسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص».

كما كرس التحكيم التجاري الدولي القانون المتعلق بالمحروقات الصادر سنة 2005* في مادة 58 حيث نصت على أنه: «يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية للثمين موارد المحروقات (النفط) والمتعاقد، ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عن تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه، عن طريق المصالحة المسبقة وفق الشروط المتفق عليها في العقد. في حالة عدم التوصل إلى حل، يمكن عرض الخلاف للتحكيم الدولي حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم

إذا كان سلوك الدولة قد اعتاد على حسم نزاعاتها الداخلية أمام القضاء الوطني فإن وجود الطرف الأجنبي في عقود الدولة قد حتم عليها تغيير هذا الأسلوب، على الرغم من أنها تنظر إلى التحكيم نظرة ريبة تعتبره انتقاصا من سيادتها، ومن جهة أخرى فإن الطرف الأجنبي

"يعتبر دوليا، مفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

* - أنظر القانون رقم 07/05 المؤرخ في 18 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج ر، العدد 50، سنة 2005، المؤرخ في 19 جويلية 2006، يعدل ويتم القانون 07/05، ج.ر العدد 48 المؤرخ في 30 جوان 2006.

يساوره الشك دائماً في حياد هذا القضاء أو البطء في إجراءات التقاضي مما سيكون سبباً في تعطيل التنفيذ في العقود المبرمة ويعرض حقوقه إلى الخطر، الأمر الذي يتمسك معه بأن يرد شرط التحكيم، حتى نشب نزاع بينه وبين الدولة أطمأن إلى أنه لن تكون خصماً وحكماً في آن الواحد، لذلك تحرص الشركات الأجنبية على أن يكون الشرط التحكيم مسألة أساسية يتوقف عليها التعاقد ولأن الدولة تحرص على تحقيق مصالحها وخاصة إذا تعلق الأمر بخططها الاقتصادية الطموحة فأنها ستقبل شرطه التحكيم.¹

الفرع الأول: الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار

أولاً: عجز الوسائل الغير القضائية "البديلة" في حسم منازعات عقود الاستثمار

إن الوسائل المختلفة لحسم منازعات عقود الدولة تنقسم بحسب ما تنتهي إليه هذه الوسائل من حلول ومدى الزاميتها، إلى وسائل غير قضائية ووسائل قضائية.

أما الوسائل غير القضائية فهي الوسائل البديلة لحسن المنازعات كالوساطة والتوفيق والخبرة الفنية والمحاكمات المصغرة ومجلس المطالبات، و لعلها تنسم بعدم الزاميتها للأطراف على عكس الوسائل القضائية المتمثلة في قضاء محاكم الدولة والتحكيم وهي على خلاف الأولى ملزمة لأطرافها.²

وان كانت الوسائل البديلة قد لعبت دوراً أساسياً وهاماً في حسم منازعات عقود الدولة، حيث أنها تعنى في النزاع بأسبابه أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية، كما أنها تهدف الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع لا تلزم أحداً من الطرفين دون رضاه.

¹ - أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر، 1993، ص 14.

² - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص

من عيوب هذه الوسائل الودية هي كونها لا تنتهي بقرار ملزم للأطراف مما يعني فشلها والعودة إلى نقطة الانطلاق مع خسارة الوقت والمال المبذولين.¹

فافتقار هذه الوسائل للطابع الإلزامي، وتجردها من الفعالية دون رضى الأطراف، الذين يملكون مطلق الحرية في تنفيذ أو عدم تنفيذ التوصيات التي يصدرها الموفق أو الوسيط تجعلها لا تضاهي أحكام القضاء التحكيمي، وهذا ما جعل هاتين الوسيلتين كوسيلتين بديلتين مدمجتين مع القضاء والتحكيم، حيث نجد العديد من العقود تنص على وسيلتين متدرجتين لحسم المنازعات، اللجوء إلى الوسائل البديلة كخطوة أولى ومن ثمة اللجوء إلى إجراءات المحاكم أو التحكيم في خطوة ثانية عند فشل هذه الوسائل.

ثانياً: آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

إن من بين ما يميز التحكيم في عقود الدولة والتي لأجله عدّ شرطاً تتمسك به غالبية الأشخاص المتعاقدة مع الدول، حرية الاختيار في نوع التحكيم الملائم لخصوصية المنازعة وكذا اختيار المحاكمين الذين يتوفر لهم التكوين الملائم والخبرة الخاصة للتصدي لمثل هذه المنازعات، ومما يبرز الخصوصية في التحكيم كشرط يطالب به الأطراف المتعاقدة مسألة السرية التي تعد قوام العمليات الاقتصادية الاستثمارية السرية في إجراءات التحكيم التي تحقق ذات المزية بالنسبة للدول التي تسعى إلى الحفاظ على سرية مشاريعها خاصة ماكان من المشاريع الإستراتيجية لها.²

¹ - طه أحمد قاسم علي، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 446.

² - أحمد بركات مصطفى، حق اللجوء للتحكيم بين القواعد الدستورية و المفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، مصر، 2008، ص 26.

فالتحكيم يتميز بعدد من المزايا تدفع الأشخاص المتعاملة على صعيد التجارة الدولية تفضل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ كبديل لقضاء الدولة، من بين أهم هذه المزايا أن التحكيم يتسم بالسرعة والسرية وكذا الحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص.

1- عوامل اختيار المحكمين في عقود الدولة:

يجب أن تتوفر في المحكم الذي يفصل في منازعات عقود الدولة مؤهلات تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لأطراف هذه العقود ومحلها، فقد تتعلق هذه المنازعات بأحكام القانون الدولي العام عندما تتعلق بمسؤولية الدولة عن تأميم المشروع الاستثماري وقد تتعلق بأحكام القانون الدولي الخاص لدولية هذه العقود بطبيعتها، وقد تتعلق بمشاكل فنية بالغة التعقيد تتطلب تخصصات نادرة، كأن تتعلق بتحديد معدل الإنتاج في عقود البترول أو بمشاكل في المحاسبات المالية أو بنوعية التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء مصنع ما في عقود التعامل الصناعي، ولهذا يجب توافر التخصص القانوني المناسب في تشكيل هيئة التحكيم إلى جانب الخبرة الفنية الكافية حتى تسمح بما يمكن تسميته بالتحكيم الفني "Arbitrage technique" لأجل تقاضي أي خلاف حول تحديد سعر السوق بالنسبة للنفط المنتج لفترة معينة.¹

فالمحكم على خلاف القاضي، لا يشترط فيه أن يكون رجل قانون، فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندساً أو طبيباً أو رجل أعمال، مما يجعله مؤهلاً لفهم وإدراك طبيعة النزاع والتحكم في وقائعه دون أن يكون مضطراً للاستعانة بخبراء، وهو الأمر الذي لا يمكن الاستغناء عنه إذا كان النزاع معروضاً على القضاء، حقا أن القاضي في النهاية هو الخبير الأعلى ولكن تعقد وتنوع المعاملات التجارية الدولية مثلا وتعلقها بعقود تتضمن شروطا وتفاصيل فنية معقدة، تضطر القاضي

¹ - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 93-40.

للاستعانة بالخبراء وإعداد تقارير فنية، لا شك أن المحكم الخبير اقدر على استيعابها من رجل القانون وسيكون مصدر الطمأنينة و ثقة الأطراف في القرار الذي سيصدره في النزاع فضلا عما توفره له خبرته الفنية من قدرة على التصدي ومنع إطالة أمد النزاع عن طريق تقدير تقارير الخبراء المتضادة من قبل أطراف النزاع.

2- التحكيم قضاء من درجة واحدة:

إن كيفية سير العدالة التقليدية القائمة أساساً على تعدد القضاة (قضاة الحكم) وتعدد درجات التقاضي و مبدئي الشفوية وعلانية المحاكمة ونشر الأحكام القضائية لم يعد يتماشى ومتطلبات السرعة والمرونة التي تستوجبها المعاملات التجارية الدولية، لذا فإن المتعاملين الاقتصاديين اتخذوا مسلكاً جديداً لفض المنازعات التي تظهر فيما بينهم، وذلك بعدم لجوئهم للعدالة التقليدية مع البحث على سبل وإجراءات يتمكن من خلالها القاضي من تقدير المنازعات بالنظر للمصالح محل النزاع.¹

فلا أحد منا يجهل مبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستوريا في القضاء الوطني، لكن التحكيم بوصفه قضاء خاص يخالف هذا المبدأ الأساسي، فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية مع إمكانية الطعن فيه بطرق غير عادية عن طريق الطعن بالبطلان للأسباب الواردة حصراً في القانون، و كما هو معلوماً أن الطعن لا يوقف تنفيذ الحكم كقاعدة عامة ولعل سرعة الفصل في المنازعات باعتبارها من مزايا التحكيم لا تعني بالضرورة أن هذا القضاء يحقق هذه الميزة على

¹ - أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 26.

حساب الضمانات الأساسية للتقاضي وذلك من خلال احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف المتخاصمة واحترام مبدأ الوجاهية.¹

وكذا احترام حق كل خصم في أن يستمع إليه المحكمون، وحق كل خصم في مناقشة طلبات ومستندات خصمه، واحترام مبدأ التسبب في الحكم التحكيمي، إذا لم يتفق الطرفان صراحة على إعفائه من التسبب.²

3- السرعة و السرية في إجراءات التحكيم:

القضاء العادي تتصف إجراءاته بالعلانية وهو أمر قد لا يفضله أطراف النزاع، كما تؤدي إليه تلك العلانية من كشف أسرارهم المهنية أو لمركزهم الاقتصادي الذي يلحق بهم ضرراً قد تفوق جسامته خسرانهم للدعوى.

بينما يعد الحفاظ على السرية في إجراءات التحكيم مبدأ أساسياً من مبادئ التحكيم بل إحدى الضمانات الهامة للشركات المتنازعة التي تمتلك السمعة والشهرة العالمية التي تدفع المنازعين إلى اللجوء إلى التحكيم، و تزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الدولة عن أهميتها في ما عداها من منازعات لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية تؤثر بشكل كبير على مصالح الدول وعلى الشركات العملاقة نظراً لحساسية المعلومات والوثائق وأسرار هذه العقود، فقد يؤدي تسرب المعلومات التي تتعلق بمستوى إنتاج حقل بترولي إلى أزمات واضطرابات اقتصادية قد ترفع أو تخفض في أسعار البترول في

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 18-19.

² - أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 620.

السوق العالمية، كما يؤدي عدم احترام السرية إلى تسرب الأسرار التكنولوجية لو كنا بصدد عقد من عقود التعاون الصناعي كعقود نقل التكنولوجيا أو عقود تراخيص استغلال براءة اختراع.¹ و على الرغم من التشكيك في الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالسرية في إجراءات التحكيم فإن الالتزام بالسرية يمكن اعتباره قاعدة عرفية تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية.

وحيث أن السرية تعتبر أحد الدوافع وراء لجوء الأشخاص إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، فإن الاعتقاد بضرورة وضع شروط لضمان السرية عند صياغة اتفاق أو شرط التحكيم أمر لا بد منه².

وعلى خلاف ذلك يرى البعض في أن السرية عيب وليس ميزة وذلك من خلال ما يفسره قلة الإحصائيات المتعلقة به وندرة ما ينشر من أحكام المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم، كما أن الإحجام عن نشر هذه القرارات يحول دون تكوين قضاء التحكيمي يسهم في تطوير تنظيم عقود الدولة على الرغم من أن غرفة التجارة الدولية قد بدأت من خلال نشرها للقرارات الصادرة عنها في التغلب على هذا العيب.

4- حرية الأطراف في قضاء التحكيم:

من بين الأسباب الجدية التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية الدولية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ما يتمتعون به من حرية لا يتحقق لهم في ظل القضاء، وتستمر هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على التحكيم ذاته، إلى حين صدور الحكم التحكيمي، بل وحتى بعد صدوره، فللأطراف حرية اختيار نوع التحكيم الذي يناسبهم ويناسب

¹ - أحمد بركات مصطفى، مرجع سابق، ص 30-31.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 42-44.

نزاعهم، كما لهم أن يحددوا مكان انعقاد التحكيم ووقته والقانون المطبق على اتفاق التحكيم وإجراءاته وموضوع النزاع محل التحكيم، كما أن لهم أيضا مكنة تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل بشأن منازعاتهم، وكل هذا لا يملكه الأطراف في القضاء الوطني مهما بلغت درجة نزاهته وتطوره¹.

الفرع الثاني: الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الاستثمار الدولية

إن التحكيم يعمل لمصلحة كل من الدولة والطرف الأجنبي المتعاقدين معها، وحيث يوفر للطرف الأجنبي الأمان القانوني القضائي إذ يبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي نادراً ما يلقي قبولا لدى الطرف الأجنبي، ومن جهة ثانية فإن الدولة تتمتع بمزايا التحكيم لمواجهة تدخل الدولة بذريعة حماية رعاياها والمطالبة بالتعويض بحجة الحماية الدبلوماسية².

وتنقسم الأسباب التي تدفع الأطراف في عقود الدولة إلى اشتراط التحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بشأن صحة أو تنفيذ أو تفسير هذه العقود إلى مجموعة من الأسباب: نوع الأول يتعلق بمخاوف الطرف المتعاقد مع الدولة من افتقاد الدولة لحياده، أما النوع الثاني فيتعلق بخشية تمسك الدولة بالحصانة القضائية، في حين أن النوع الثالث من الأسباب هي تلك التي تجعل من التحكيم حتمية في عقود الدولة حيث أن لمنازعات عقود الدولة طبيعة خاصة تحتم اللجوء إليه³.

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 27.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 27.

³ - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 06-07.

أولاً: انعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها

على الرغم من أن الدولة مجرد طرف كمتعاقد في عقود الدولة، إلا أنها مع ذلك ليست بالطرف العادي، من حيث المزايا السيادية التي تتمتع بها والتي تمكنها بالإضافة إلى إمكانية الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، الإخلال أيضاً بالحياد الذي ينبغي أن يتوفر للسلطة القضائية الوطنية والتي يمكن عرض النزاع عليها حال نشأته.

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة، أي كانت المزايا التي يتمتع بها من حياد واستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في النهاية يمثل قضاء غير محايد بالنسبة لمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها، ويكون سببها عقد يتصل بالمصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة.

ولعل تجنب هذا الخطر المتمثل في انحياز القضاء الوطني للدولة المتعاقدة لن يتأتى إلا بسلب الاختصاص منه، وإعطائه لقضاء أكثر حياد ونزاهة وهو قضاء التحكيم.¹

لعل ما يمر به عالمنا حالياً من تطور خاصة في مجال التجارة الدولية، يجعل من الأهمية بمكان النظر إلى رؤوس الأموال الأجنبية والسعي لجذبها، وهذا ما حدا بالدول النامية إلى أن تبذل الغالي والنفيس لأجل تحقيق هذا الهدف، تارة عبر منح مزايا وتارة عبر إعطاء ضمانات.²

كما أن الطرف الأجنبي قد يحجم بصفة عامة والمستثمر على وجه الخصوص عن استثمار أمواله أو التعاقد مع دولة يعلم أن اللجوء إلى قضاءها الوطني هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقه في حالة النزاع، وعلّة ذلك تكمن في عدم معرفة المستثمر بمعطيات المثل أمام هذا القضاء، كما أنه يجهل الإجراءات الواجبة الإتباع أمامه في الغالب، وقد يعوق تلك

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 32-33.

² - هاني محمود حمزة، مرجع سابق، ص 07.

الإجراءات مبدأ حصانة الدولة أمام المحاكم الداخلية، الأمر الذي يحول دون هذه الأجهزة القضائية الداخلية والتعرض لتصرفات الدولة، فضلاً عن ذلك فإن إناطة الاختصاص بالقضاء الوطني في الدولة للفصل في المنازعات بينها وبين المستثمر، إنما يجعل من تلك الدولة خصماً وحكماً في آن واحد، وبما أن المستثمر لا يستطيع اللجوء بصفته الشخصية وبشكل مباشر إلى محاكم القضاء الدولي، فقد اتجه الفقه وقواعد السلوك الدولي إلى اعتماد نظام التحكيم التجاري بوصفه نظاماً قانونياً بديلاً لتسوية المنازعات بين الدولة و المستثمر الأجنبي و يحظى نظام التحكيم عموماً بثقة المستثمر و تأييده عموماً وذلك لمرونة إجراءاته واختصار وقته وتكاليفه¹.

وحيث أن التحكيم قد صار يحقق للمستثمر والدولة على حد سواء أكبر الامتيازات فيعد ضمان للمستثمر يبدد مخاوفه بشأن خضوع منازعاته لقضاء الدولة الداخلي، ويعتبر للدولة سبباً نافياً للأشكال التحكيمية الدولية الأخرى لاسيما الحماية الدبلوماسية التي قد تلجأ إليها دولة الشخص المتعاقد مع الدولة، وكذا إحدى السمات الأساسية التي تستند إليها الدول في تشجيع العلاقات الاقتصادية والتجارية².

هذا و إن كان لا بد من النظر إلى التحكيم التجاري الدولي في نطاق عقود الدولة باعتباره قضاء أصيلاً في الاختصاص بمنازعات هذه العقود، لاعتباره استثناء على القضاء الداخلي لأنه صار أمراً ضرورياً لا مناص منه³.

¹ - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، 2006، ص 338.

² - بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 148.

³ - جورج حزيون، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الدولي الخاص، مجلة علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، المجلد 29، العدد 01، 2002، ص 116.

ثانياً: خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

لقد كان المبدأ السائد في ما مضى هو اعتبار الحصانة مبدأ مطلقاً بغض النظر عن النشاط الذي تقوم به الدولة، حيث تتمتع الدولة بما لها من استقلال و سيادة تجعلها على قدم المساواة مع الدول الأخرى، بالحصانة القضائية التي تغل يد القضاء الوطني لأي دولة أخرى عن النظر في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، لكن الاتجاه الحديث قد غير من هذا المبدأ فصارت الحصانة نسبية، ذلك بصدد مجموعة من الأعمال التي تمارسها الدولة فحسب.¹

حيث يميل الاتجاه الحديث إلى التقييد من الحصانة التي تتمتع بها الدولة على نحو يؤدي إلى عدم استفادة الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون فيها التصرف الصادر عنها تصرفاً سيادياً استخدمت فيها مزاياها كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام، فإن ذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة كمبدأ عام، بل يظل الأصل هو التمتع بها وهنا تكمن الخطورة القصوى بالنسبة للمشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة أو مع الأجهزة التابعة لها المستفيدة من الحصانة شأنها شأن الدولة، إذ أن هذا المشروع في حالة قيامه برفع دعواه ضد الدولة أمام القضاء الوطني لدول أخرى فإنه سوف يواجه هذه العقبة الأساسية المتمثلة في تمتع الدولة بالحصانة القضائية والتي تؤدي في نهاية الأمر إلى إهدار الحقوق الخاصة له احتراماً لحصانة الدولة.²

ومن هنا كان حرص الأشخاص الأجنبية مع الدولة على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الدولة تفادياً للأخطار الناجمة عن طبيعة الشخص المتعاقد معها كونها دولة ودولة تتمتع بالسيادة وما يتبعها من التمتع بالحصانة القضائية.

¹ ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 30-31.

² حفيفة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 33.

فدء المخاطر المتولدة عن هذه السيادة والتمثلة في إمكانية هدر حياد القضاء الوطني أو أعمال الحصانة القضائية، تعد من الأسباب التي تدفع المتعاقد مع الدولة إلى عدم إبرام العقد إلا بوجود شرط التحكيم.¹

ثالثاً: الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار

تبرز خصوصية التحكيم في مثل هذه المنازعات لكون الأطراف لا يريدون في الغالب إنهاء العقد بسبب القوة القاهرة²، بل يرون ضرورة التوافق مع جديد الظروف ليعيدوا النظر في العقد وذلك على خلاف القواعد العامة التي تحكم العقود.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن القوة القاهرة من شأنها إنهاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعه عدم تنفيذه فإن الأمر في التحكيم مختلف لحرص الأطراف المتعاقدة على مواجهة الأحداث المستقبلية ضماناً لاستمرارية العلاقة التعاقدية الاستثمارية في الغالب.

هذا ونشير إلى أن المنازعة التي تدور حول تحقق القوة القاهرة أو النتائج المترتبة على ثبوتها تعد منازعة فنية تتميز بالصعوبة في الإثبات وتتطلب مستوى عالي من التخصص لدى الهيئات التحكيمية التي يقع عليها عبء إعادة ضبط العلاقة القانونية بين أطراف العقد ومحاوله إعادة توازنه تطبيقاً لمبدأ استمرارية العقد.³

كما أنه بعيداً عن الجانب الفني الذي تتسم به منازعات القوة القاهرة فإن المهمة الأساسية عند حد التحقيق من الأحداث التي أوجدت هذه القهرية، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها يركز غالباً حول أثر هذه القوة على العقد الأصلي، وهنا تظهر أهمية تدخل

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 09.

² - أنظر نص المادة الخامسة في فقرتها 20 من القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج.ر العدد 50 التي تنص على أنه: " القوة القاهرة: كل حدث مثبت، غير متوقع، لا يمكن مقاومته و خارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، و الذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا، غير ممكن".

³ - عمر مشهور حديثة الجازي، مرجع سابق، ص 06.

الفصل الثاني: حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود

الاستثمار الدولية

المحكّمين لأجل تحقيق غاية الأطراف الذين لا يودون إنهاء رابطةهم العقدية، وإنما يجدون من الأنسب إعادة النظر في الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الأوضاع الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها¹.

¹ - طه أحمد قاسم علي، مرجع سابق، ص 111.

الفصل الثاني: حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود

الاستثمار الدولية

ما يمكن استخلاصه من خلال هذا الفصل، أنه تتضمن معظم عقود الاستثمار شرط التحكيم فنجده في بنودها ما يحيل سلطة الفصل في النزاع إلى قضاء التحكيم ويعود ذلك إلى المزايا التي يتوفر عليها من سرعة و سرية والتخصص المهني والفني بالإضافة إلى توفر الحياد في قضاء التحكيم الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي يميل إلى تطبيقه لأنه يحقق له التوازن العقدي بين مستوى طرفي هذه العقود وتشجيعا له للتعاقد مع هذه الدولة، وما يتضح لنا هو أن التحكيم يعتبر من الوسائل المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار ويرجع ذلك إلى التغييرات الحاصلة في هذا العصر، وكذلك من أجل خلق نوع من التوازن القانوني والاقتصادي.

من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، تعرفنا على أن هذه العقود هي العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الهيئات مع شخص من أشخاص القانون الخاصة، سواء كان طبيعياً أو معنوياً، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار الخطط التنموية للبلاد، وتخلق تعاون طويل المدى بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، ومنه فإن أطراف عقد الاستثمار من الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها أو الهيئات العامة كطرف أول، والطرف الثاني هو المستثمر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. كما وجدنا أن عقود الاستثمار تنقسم في الحقيقة إلى ثلاث أصناف رئيسية هي عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال الدولية العامة، أما بقية النماذج فهي تنطوي تحت هذه الأصناف الرئيسية مع وجود اختلافات بين الفقهاء في التسميات التي تخص النماذج، أما فيما يخص الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار فقد ثار خلاف فقهي حولها، فقد اعتبرها بعض الفقه من قبل العقود الإدارية، وذلك من أجل إثبات أحقية القانون الوطني للدولة المضيفة بحكمها ومنع إمكانية تطبيق قانون أجنبي، واعتبرها بعض الفقهاء اتفاقيات دولية، واعتبرها البعض الآخر من قبيل العقود التي يحكمها القانون الخاص، وذلك محاولة منهم استبعاد تطبيق قانون الدولة المضيفة، ويعتبرها البعض الآخر ذات طبيعة مختلطة لأنها تجمع بين عناصر القانون العام وعناصر القانون الخاص، ولكن الرأي الراجح هو أن لعقود الاستثمار طبيعة خالصة ترجع لي طبيعة أطرافها الذين يختلفون في مراكزهم القانونية، بالإضافة إلى ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة.

وباعتبار عقود الاستثمار من العقود التي تحتوي على عنصر أجنبي فإنه من المستقر عليه فقهاً وقضائياً وقانونياً، أن لطرفي العقد الحرية التامة في اختيار القانون الذي يكون واجب التطبيق على علاقتهما التعاقدية، مع اختلاف حول مدى حرية الأطراف في اختيار القانون فمنهم من يرى اشتراط أن يكون القانون على صلة وثيقة بالعقد، ومنه من لا يشترط ذلك ويعطي الأطراف الحرية الكاملة في ذلك باختيار قانون مثبت الصلة بالعقد.

وكذلك هناك من يرى إلزامية اختيار قانون وطني لدولة معينة ومنهم من يرى إمكانية اختيار مجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي إلى قانون داخلي معين، وهذا ما تبنته اغلب الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، أما بخصوص وقت الاختيار فيمكن أن يختار القانون الواجب التطبيق وقد ابرم العقد بإدراجه كبند من بنود العقد، يدرج مع شرط الثبات التشريعي ويكون بذلك القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول وقت إبرام العقد وليس وقت نشوب النزاع.

يمكن لأطراف عقد الاستثمار اختيار بين أحد النظم القانونية الداخلية، كقانون الدولة المضيفة للاستثمار، أو قانون الدولة التي ينتمي لها المستثمر الأجنبي، أو قانون داخلي لدولة ثالثة يكون أنسب لتطبيق بالنظر للأطراف لاحتوائه على قيود اقل، أو اختيار تطبيق القانون الدولي العام أو اختيار القواعد العامة للتجارة الدولية، أو القانون العبر الدولي هذا فيما يخص حالة وجود اختيار صريح من قبل الأطراف القانون الواجب التطبيق أو إمكانية استخلاصه بصفة مؤكدة من إرادتها الضمنية.

أما الحالة الثانية فهي الحالة التي ينعدم فيها الاختيار الصريح بالقانون الواجب التطبيق وتعتبر استخلاصه بصفة مؤكدة، في هذه الحالة انقسم الفقه إلى عدة آراء مختلفة، فيرى الأول وجوب تطبيق قانون الدولة المضيفة في هذه الحالة استنادا إلى اعتبار عقود الاستثمار عقود إدارية وإما لافتراض عدم إمكانية تنازل الدولة على سيادتها أو افتراض الموافقة المسبقة للمستثمر الأجنبي، ويرى الرأي الثاني وجوب تطبيق القانون الذاتي للعقد أو الكفاية الذاتية للعقد استنادا لأن العقد شريعة المتعاقدين، ويرى الرأي الثالث وجوب تطبيق القانون الدولي العام معتبرا عقود الاستثمار معاهدات دولية معترف بذلك للمستثمر الأجنبي بشخصيته القانونية الدولية، أما الرأي الرابع فقد نادى بإخضاع عقود الاستثمار لقواعد العامة للتجارة الدولية، أو القانون العبر الدولي بحجة أنها الأكثر ملائمة لتطبيق على عقود التنمية، إضافة إلى تطورها الذي يكفل حماية لمصالح الطرفين.

أما فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار الصريح والضمني، فإنه عمليا هناك ثلاثة نظريات ظهرت في هذا الإطار، الأولى نظرية التركيز التشريعي بحيث يقوم المشرع بنفسه لتصدي باختيار القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الاختيار، ويعاب على هذه النظرية أنها تعتمد على منهج إسناد جامد، لا يعبر عن مركز الثقل للعلاقة العقدية، ولا يهتم بطبيعة أو نوع العقد، أما النظرية الثانية فهي نظرية التركيز الموضوعي وتعتمد على منهج إسناد من، ويتم إسناد العلاقة العقدية وفقا لهذه النظرية للقانون الأكثر صلة بالعلاقة الأكثر استنادا لظروف التعاقد وملابساته ولكن عليها بافتقارها لعنصر لمعرفة المسبقة والذي من شأنه الإخلال بتوقعات المتعاقدين بخصوص القانون الواجب التطبيق، أما النظرية الثالثة فهي نظرية الأداء المميز التي أتت لإصلاح عيوب النظريتين السابقتين و الاستفادة منها، ومن مميزاتها ومحاسنها اعتماد على نظرية الأداء المميز يؤدي بنا إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد مع ضمان إمكانية العلم المسبق به، وذلك وقت إبرام العقد، ولذلك تعتبر نظرية الأداء المميز هي النظرية الأنسب لتطبيق العقود بصفة عامة، وعقود الاستثمار بصفة خاصة.

إن الملاحظ للاتفاقيات الدولية متعددة الأطراف، وكذا الثنائية والقضاء الدولي وقرارات وتوصية الأمم المتحدة يحدها جميعا تكريس تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار.

أما المشرع الجزائري فقد اتخذ موقفا واضحا حيال مسألة القانون، وذلك يتضح من خلال المادة 18 من القانون المدني، والمادة 105 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما في حالة غياب الاختيار فإن المشرع الجزائري تبنى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة في حالة غياب بالإضافة إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي وذلك ما يقع نتيجة لانضمام الجزائر مصادقتها سنة 1995 على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة ورعايا الدول الأخرى.

إن من بين أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار:

- القانون الوطني للدولة المضيضة للاستثمار هو القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار التي تبرمها الدول.
- مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ سيادة الدولة على أراضيها وإقليمها من المبادئ المعترف بها والمكرسة دولياً.
- عقود الاستثمار ترتبط بالخطط التنموية للدولة المضيضة، وكذلك تتصل بقاعات حيوية وسيادية ولا يمكن بطبيعة الحال تصور تطبيق قانون دولة أجنبية مهما كانت الحجج والذرائع، خصوصاً في حالة عدم الاتفاق على تطبيق قانون معين لأن في حالة الاتفاق على تطبيق القانون أجنبي غير قانون الدولة المضيضة فإنها تتنازل عن تطبيق قانونها بمحض إرادتها وبقرار سيادي.

إلا أن أغلب الحالات التي يتم فيها الاتفاق على القانون الواجب التطبيق يكون القانون الوطني للدولة المضيضة هو القانون الواجب التطبيق.

أما في الحالات التي يتم في الاتفاق على تطبيق قانون آخر تكون الدولة المضيضة مجبرة بصفتها الطرف الأضعف وذلك إما بحاجتها إلى رأس مال أو للتكنولوجيا التي تحتكرها الشركات الاستثمارية الكبرى، التي تكون تابعة للدول المتقدمة، أو عن طريق الضغوط السياسية، وكذلك فإن القانون الوطني للدولة المضيضة هو القانون المناسب باعتباره الأكثر صلة بالعقد، فهو مكان التنفيذ ومكان الالتزام الرئيسي وفي أغلب الأحيان يكون مكان الإبرام.

إن كل هذه المميزات التي يتميز بها القانون الوطني للدولة المضيضة عن ما سواء من القوانين يجعله القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، وبدون منازع الشرط أن يكون قادراً على الإحاطة بكل جوانب المسألة موضوع النزاع، لذلك أوجب على كل الدول المضيضة

للاستثمار قوانينها الداخلية لتكون قادرة على الإلهام من أجل علاج كل ما قد ينتج عن تنفيذ عقد الاستثمار من مشاكل وخلافات ويرقى بذلك إلى مصاف القوانين الوطنية للدول المتقدمة أو ما يعرف الدول المتعدنة ولكي يفتح المجال أمام المحكمين أن يستبعدوا تطبيق القانون بحجة القصور أو البدائية وعدم مواكبة مقتضيات التجارة العالمية، ويقوم بتطبيق قوانين أجنبية الهدف من ورائها ضمان مصلحة المستثمرين الأجانب وليس إحقاق العدالة والإنصاف.

وفي الأخير فإن أهم شيء من أجل ضمان عدم تطبيق قانون أجنبي قد يمس بسيادة الدولة المضيفة للاستثمار، وكذلك يضر بمصالحها ومصالح مواطنيها لتعلق عقود الاستثمار بأنشطة التنمية الاقتصادية واتصالها في أغلب الأحيان بمرافق عامة، فإنه من غير المسموح في نظرنا إغفال الاتفاق على القانون الواجب التطبيق في الشروط الأولية للعقد وذلك لتفادي تطبيق قانون أجنبي غير متوقع في حالة اللجوء للتحكيم الدولي عند نشوء النزاع.

أ- الكتب

1. أحمد بركات مصطفى، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية و المفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، مصر، 2008
2. أحمد حسيان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
3. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر، 1993.
4. أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية للاستثمار -تشخيص الحالة المصرية، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر، 1993.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
6. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2008.
7. أعراب بلقاسم بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار الهومة، الجزائر، 2003.
8. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
9. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
10. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقة الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2006.

11. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية و أثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
12. حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، المبادئ العامة لتنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
13. دريد محمود السامراني، الاستثمار الأجنبي، المعوقات و الضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، 2006.
14. صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط 01، دار الفكر الجامعي، 2005.
15. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي و القانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
16. طه أحمد قاسم علي، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
17. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة فيلة، الجزائر، 2008.
18. الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.
19. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 02، مطابع البيئة المصرية للكتاب، الإسكندرية، مصر.
20. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

21. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين و المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
22. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
23. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج 01، دار هومة، الجزائر، 2007.
24. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرة المعاصرة، دار هومة، الطبعة الأولى، 2007.
25. عوض الله شيبية الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط 02، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
26. عيوط محند و علي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر.
27. غسان رابح، العقد التجاري الدولي (العقود النفطية)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1988.
28. فياض حمزة رملي، الرقابة الحكومية على شركات إنتاج النفط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.
29. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية - التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
30. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، دار النهضة العربية، 1975.
31. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية و التحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
32. محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

33. موحند اسعاد، القانون الدولي الخاص، ج 01، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
34. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الأجنبي في الدول العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
35. ناصر عثمان محمد عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
36. هارفي اوكونورد، ترجمة د. عمر مكاوي و مراجعة د. راشد البراوي، الأزمة العالمية في البترول، دار الكاتب العربي للطباعة و النشر في القاهرة، 1967.
37. هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
38. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.

II- الرسائل و المذكرات و المحاضرات:

1. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1975.
2. بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة القانون، فرع التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2009.
3. زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991.

4. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2010-2011.
5. عناب حسام، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، القانون الدولي الخاص، جامعة العربي بن مهيدي -أم البواقي، كلية الحقوق، 2017-2018.
6. منصور يحي عبد الله، تنازع القوانين في مسائل الميراث و الوصية، رسالة قدمت لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، 2002.
7. نبيل عبد البديع، موضوعات في القانون للمهندسين، كلية الهندسة، جامعة القاهرة، 2007-2008.
8. واتيكي شريفة، النظام القانوني للعقد الصناعي المطبق في قطاع المحروقات، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.
9. وسن مقداد عبد الله الشاهين، التزامات الإدارة في عقود الاستثمارات النفطية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، 2006.
10. ياسمينة مجدوب، التحكيم التجاري في فض المنازعات الناشئة عن عقود البترول، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث و الدراسات القانونية، القاهرة، مصر، 2006.

III- المقالات:

1. إبراهيم محمد القعود، الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، كلية القانون / جامعة الزاوية.
2. أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 21 لسنة 1965م.

3. بن سهلة ثاني بن علي - نعيمة فوزي، تطور الاستثمارات في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، المجلد 17، العدد 02، سنة 2007.
4. جورج حزيون، الرقابة القضائية على قرارات التحكيم الدولي الخاص، مجلة علوم الشريعة و القانون، الجامعة الأردنية، المجلد 29، العدد 01، 2002.
5. شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، مقال من الدفاتر السياسية و القانون بكلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011.
6. عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، مجلة نقابة المحامين، العدد 09، الأردن، 2002.
7. كولا محمد، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008.
8. مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 46، السنة 2010.
9. محمد وليد المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية و النظرة الحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، العدد عشرون، 2004.
10. موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الالكتروني، مقال منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق جامعة بجاية، العدد 02، 2010.
11. يوسف محمد، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمارات، مجلة إدارة، الجزء 09، العدد 02، 1999.

VI-القوانين:

1. القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول إلى غاية 1962/12/31 ما عدا ما يخالف السيادة الوطنية، ج ر 20 لسنة 1963.
2. القانون رقم 07/05 المؤرخ في 18 أبريل 2005 المتعلق بالمحروقات، ج ر 50 لسنة 2005، و المعدل بموجب الأمر 10/06 المؤرخ في 29 جويلية 2006، يعدل و يتم القانون 07/05، جر العدد 48 لسنة 2006.
3. القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتم الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج ر 44، لسنة 2005.
4. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر 21، لسنة 2008.

V- المراسيم:

1. المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج ر 48 لسنة 1988.

IV- الاتفاقيات غير المصادق عليها:

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

إهداء

الشكر

- مقدمة:.....01
- الفصل الأول: حالة اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية
- المبحث الأول: اختصاص قانون الإرادة بتنظيم عقود الاستثمار الدولي.....07
- المطلب الأول: خضوع عقد الاستثمار الدولي للقانون الإرادة07
- الفرع الأول: فكره قانون الإرادة08
- الفرع الثاني: ملائمة قانون الإرادة لعقد الاستثمار الدولي10
- المطلب الثاني: تحديد قانون الإرادة في عقد الاستثمار الدولي12
- الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون الإرادة12
- الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون الإرادة15
- أولاً: التعيين القضائي لقانون العقد16
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الاعتداد بالإرادة الضمنية مقارنة بالتشريعات المقارنة17
- المبحث الثاني: تصنيف عقود الاستثمار ومدى اعتبارها من عقود الدولة21
- المطلب الأول: نماذج عقود الاستثمار الدولية21
- الفرع الأول: عقود البحث واستغلال البترول21
- أولاً: عقود الامتياز23
- ثانياً: الأنماط التعاقدية الجديدة25
- الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي30
- أولاً: عقود نقل التكنولوجيا31
- ثانياً: عقد الترخيص33
- ثالثاً: عقد التسليم المفتاح36
- المطلب الثاني: معايير دولية عقد الاستثمار40

- 41..... الفرع الأول: المعيار القانوني
- 43..... الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي
- 45..... الفرع الثالث: المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)
- الفصل الثاني: حالة عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الدولية
- المبحث الأول: اختلاف الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار
- 49.....
- 49..... المطالب الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار
- 50..... الفرع الأول: الإسناد إلى تكييف الاستثمار كعقود إدارية
- 53..... الفرع الثاني: الاستناد إلى قرارات الأمم المتحدة
- 58..... المطالب الثاني: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الدولي العام
- 59..... الفرع الأول: الاستناد إلى طبيعة عقد الاستثمار الذاتية
- 61..... الفرع الثاني: الاستناد على اعتبار عقود الاستثمار معاهدات دولية
- 62..... المطالب الثالث: إخضاع عقود الاستثمار إلى قواعد قانون التجارة الدولية
- 62..... الفرع الأول: الحجج المعتمدة لتبرير تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية
- 64..... الفرع الثاني: تقدير الحجج المعتمدة في تطبيق قانون التجارة الدولية
- 67..... المبحث الثاني: التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
- 67..... المطالب الأول: مفهوم التحكيم و مدى تكريسه في عقود الاستثمار
- 67..... الفرع الأول: تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي
- 68..... أولاً: تعريف التحكيم التجاري الدولي
- 72..... ثانياً: أنواع التحكيم
- 74..... الفرع الثاني: تبديد المخاوف بشأن تكريس التحكيم في التشريعات الداخلية
- 75..... أولاً: تبخر هواجس الدول النامية من التحكيم

77.....	ثانيا: التطور التاريخي لتبني التحكيم التجاري الدولي في الجزائر
80.....	المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم
81.....	الفرع الأول: الأسباب العامة في اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار
81.....	أولا: عجز الوسائل الغير القضائية "البديلة" في حسم منازعات عقود الاستثمار
82.....	ثانيا: آليات فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار
87.....	الفرع الثاني: الدوافع الخاصة لاشتراط التحكيم في عقود الاستثمار الدولية
88.....	أولا: انعدام الثقة لدى المتعاقد مع الدولة خشية مساس الدولة بحياد قضائها
90.....	ثانيا: خشية المتعاقد الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية
91.....	ثالثا: الطبيعة الخاصة لمنازعات عقود الاستثمار
94.....	الخاتمة:
99.....	المراجع:
106.....	فهرس المحتويات:

ملخص مذكرة الماستر

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

كما أن الطبيعة الغير متجانسة لأطراف هذه العقود تلزم عليهم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم تجنباً لأي خلاف، والذي يحدد غالباً من طرف المتعاقدين أو المحكمين.

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

الكلمات المفتاحية:

1/ عقد الاستثمار الدولي 2/ قانون الإرادة 3/ قانون الاستثمار 4/ القانون الوطني 5/ الدولة المضيفة للاستثمار 6/ التحكيم في منازعات الاستثمار

Abstract of The master thesis

Investment contracts are considered one of the effective means for developing the international economy that aims to encourage foreign investment concluded between countries restricting investment and foreign investor, and these contracts belong to the class of state contracts concluded in this field, but they differ from them, and this is evident in defining the specific controls for these contracts

Also, the heterogeneous nature of the parties to these contracts obliges them to determine the law applicable to their contract in order to avoid any dispute, which is often determined by the contracting parties or the arbitrators

In addition to the conditions available to all contracts, we find the distinct conditions for investment contracts, which are the specific condition for legislative competence, which is a condition of legislative stability, as well as the excluded for judicial competence to settle disputes in these contracts, which is the arbitration clause

keywords:

1 / International Investment Contract 2 / Law of Will 3 / Investment Law 4 / National Law 5 / Host State for Investment 6 / Arbitration in Investment Disputes.