

القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية

الدكتور بوخالفة عبد الكريم

كلية الحقوق والعلوم السياسية بورقلة

جامعة قاصدي مرباح ورقلة ؛

boukhalfa.abdelkrim@univ-ouargla.dz

تعتبر عقود الاستثمار الدولية من أهم العقود التي تبرمها الدولة في إطار تنميتها عبر مختلف المجالات التي تتدخل في تسييرها وتنظيمها، ولكون هاته العقود تنطوي على موارد مالية ضخمة ومؤهلات فنية خاصة ناهيك عن طول أمد تنفيذها، فقد تعترتها بعض الاشكالات تختلف باختلاف نظرة الأطراف للمسألة من جهة، ومن جهة أخرى فرض الدولة لسلطانها من خلال تطبيق قانونها الوطني باعتبارها طرف يتمتع بامتيازات السلطة العامة ويحرص على المصلحة العامة وذلك من خلال تطبيق قانونها الوطني في مجال تسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين المستثمر الأجنبي. الكلمات المفتاحية: الإرادة - المنازعات - عقد الاستثمار - القانون الوطني - استثمارات أجنبية- القضاء الوطني.

Résumé:

les contrats d'investissement International sont considéré comme les plus importants contrats conclus par l'Etat dans le cadre de son développement à travers les différents domaines qui interfèrent avec la gestion et l'organisation de ces derniers, et le fait que ces contrats impliquent d'énormes ressources financières et des qualifications techniques particulières sans mentionner la durée de sa mise en œuvre, ces contrats peuvent rencontrer quelques problèmes . Certains des problèmes varient vis a vis de la vision des parties inclus à la question. D'autre part, l'imposition de l'autorité de l'Etat par l'application de sa législation nationale en tant que partie avec des privilèges publique et qui tient à l'intérêt public.

Les mots clés

la volonté - le conflits - Contrat d'investissement - Conditions contractuelles - Investissements étrangers- Droit national- judiciaire national.

مقدمة:

تخفى مسألة تحديد القانون المطبق على عقود الإستثمار بأهمية كبيرة لما يترتب على هذا التحديد من آثار قانونية هامة، حيث يشكل القانون المطبق على العقد الأساس الذي يجري في إطاره تقدير مدى صحة العقد من ناحية، وما تركز عليه حقوق والتزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يشكل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في منازعاته، سواء بالطرق الودية أو القضائية. وعليه يعتبر موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية من المواضيع الشائكة ويرجع ذلك إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه الطائفة من العقود والناجمة عن ارتباطها بخطة التنمية الاقتصادية في الدولة المضيفة للإستثمار، حيث تظهر إرادة الدولة في إخضاع هذه العقود لقوانينها الوطنية، بناء على إعتبارات سياسية وإقتصادية وتنموية وعلى أن هذه الإستثمارات تكون دائما مبنية على أساس المصلحة العامة، ويضاف إلى ما تقدم أن التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود يجعل من كل طرف يحس بأنه هو الطرف الضعيف في العقد والذي يتعين حمايته، مما يدفع الدول المضيفة إلى محاولة تأمين العقد أو توطينه قانونيا أو إقتصاديا بإخضاعه لقانونها الوطني، ذلك من خلال فرضه في قوانينها الداخلية في قانون الإستثمار والقوانين الداخلية وكذا في جل الإتفاقيات التي تبرمها في هذا الصياغ.

وامام هذه المعطيات يطرح التساؤل حول الأسس التي تنتهجها الدولة من أجل فرض تطبيق قانونها الوطني على منازعات عقود الإستثمار الدولية ؟

وللإجابة على الإشكالية السابقة الذكر سنحاول تقسيم دراستنا إلى مبحثين ، نتطرق في الأول إلى الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني من خلال التكييف القانوني لهذا العقود وكذا ما جاء في القانون الإتفاقي للدولة في مجال منازعات عقود الإستثمار، في حين نتطرق في المبحث الثاني إلى الأسس الإقتصادية لتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

المبحث الأول: الأسس القانونية لتطبيق القانون الوطني للدولة

إن خضوع عقود الإستثمار الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يرتكز على عدة أسباب يغلب عليها الطابع الاقتصادي والطابع السيادي للدولة المتعاقدة، حتى إن تم تطبيقها في إطار قانوني كفكرة الإحتكار المطلق للدولة في المجال القانوني ورفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملة تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة، لأن المستثمر الأجنبي دائما ما يضع شروطا في العقد تمنحه امتيازات، وهو ما تحاول الدولة المضيفة للإستثمار الحيلولة دون وقوعه بإخضاع عقود الاستثمار لقانونها الوطني، وتؤسس ذلك إما على أسس قانونية أو تحاول تحقيق هذا المسعى عن طريق ما يعرف بالقانون الإتفاقي (المطلب الأول) بالإضافة إلى إعتبارات التنمية والضرورات الإقتصادية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: فرض الدولة تطبيق قانونها الوطني: مظهر سيادي

تحرص الدولة على إخضاع عقود الإستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب لقانونها الوطني معتمدة في تبرير ذلك على التكييف القانوني لهذه العقود، باعتبارها عقود ذات طابع إداري خاص تجسد الدولة إحدى طرفيها مما يحتم إخضاعها لقواعد القانون الوطني لكونها القواعد التي تستجيب لمتطلبات تمتع الدولة بالسلطة والسيادة (الفرع الأول)، لكن مع ذلك أثارت مسألة إخضاع عقود

الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة جدلا قضائيا وفقهيا خاصة ما يتعلق بتكييف عقود الإستثمار على أنها عقود إدارية (الفرع الثاني)).

الفرع الأول: الطبيعة الخاصة لعقود الإستثمار

يرجع تكييف عقود الإستثمار على أنها عقود إدارية خاصة، إلى التماثل القائم بينها وبين العقود الإدارية والمتمثل في دخول الدولة كطرف في العقد وإتصال هذا الأخير بالمرفق العام¹، وبالتالي من المنطقي أن يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني للدولة المضيفة التي ينفذ على مستواها المشروع الإستثماري.

إن الطبيعة الإدارية التي تستلزم هذه العقود لكون أحد أطرافها الدولة أو احد المؤسسات التابعة لها، أي أنها عقود مبرمة من طرف سلطة عامة لتحقيق مصلحة عامة واعتمادا على الحقوق والسلطات المخولة لها بمقتضى القوانين²، لهذا فإنها لا تختلف عن العقد الإداري الداخلي وكما أن هذه العقود وان كان مظهرها الخارجي يوحي إلى تحقيق الربح من قبل الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلا أنها في نظر الدولة المتعاقدة تستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام³.

ومن هذا المنطلق فإن التكييف القانوني يعد من المسائل ذات الأهمية الكبرى في جميع العلاقات القانونية عموماً، وفي عقود الإستثمار على وجه الخصوص باعتبارها اهم انواع العقود التي تبرمها الدولة مع الاشخاص الخاصة الاجنبية⁴، وبالتالي في حالة تكييفها بأنها عقود إدارية فإن ذلك يستلزم إخضاعها لقانون الدولة المتعاقدة لا غير، في حين اذا ما تم تكييفها بأنها معاهدة او اتفاقية دولية فإنها تخضع لقواعد القانون الدولي العام⁵.

في نفس السياق تؤسس الدول المضيفة للاستثمار إخضاع هذه العقود لقوانينها الداخلية بصفتها سلطة سيادية ، هذا ما أكده المشرع في المادة 10 من القانون المدني حينما نص على أنه "غير أنه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية نشاطاتها في الجزائر فإنها تخضع إلى القانون الجزائري"⁶، وكذا المادة 38 من قانون الصفقات العمومية التي نصت على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها، أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري و/ أو المؤسسات الأجنبية، طبقاً لأحكام هذا المرسوم"⁷.

هذا يعني أن كل العقود التي تبرم في مجال الصفقات العمومية هي خاضعة للقانون الجزائري وإشارة المشرع إلى المؤسسات الأجنبية هذا يعني أن المستثمرين الأجانب الذين يبرمون عقودهم في ظل هذا المرسوم مثل عقود الأشغال العامة أو الإنشاءات الهندسية فهي خاضعة للقانون الجزائري.

ويظهر هذا التوجه جليا في نص المادة 76 الفقرة الثالثة من القانون رقم 14-05 المتعلق بالمناجم والتي جاء فيها أنه " في حالة نشوب نزاع بين المؤسسة العمومية الاقتصادية أو أي مؤسسة عمومية وبين شخص معنوي يخضع للقانون الأجنبي بسبب تأويل و/أو تنفيذ أحكام العقد المبرم يشرع في تسويته بالتراضي حسب الشروط المحددة في هذا العقد، وفي حالة عدم الاتفاق يمكن عرض هذا النزاع على التحكيم الدولي وفقا للبنود المحددة في هذا العقد، والقانون المطبق على النزاعات هو القانون الجزائري لاسيما هذا القانون ونصوصه التطبيقية"⁸.

وكذا ماجاء في نص المادة 58 من قانون المحروقات والتي نصت في فقرتها الأخيرة منها على أنه يطبق القانون الجزائري، ولاسيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، لتطبيقه لتسوية⁹

أي أن المشرع كان صريحا على تطبيق القانون الوطني للدولة الجزائرية في مجال العقود الدولية التي تبرم في إطار الإستثمار في مجال المحروقات.

من خلال النصوص القانونية المشار اليها يتضح حرص المشرع الجزائري على تطبيق القانون الجزائري في تسوية كل المنازعات التي تنشأ بين الدولة أو أحد مؤسساتها مع المستثمر الأجنبي، وهو الوضع الذي يقر حق الدولة المتعاقدة في القيام بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إتهائه دون أي مسؤولية تعاقدية، على خلاف الأمر في عقود القانون الخاص التي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به وثباته والمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه¹⁰.

يدعم ما هو معمول به في كل عقود الإستثمار التي تبرم ما بين الدولة والأشخاص الأجانب الخاصة مبدأ اللامساواة في المراكز القانونية للأطراف¹¹، فمن جهة تخضع الدولة باعتبارها صاحبة سيادة إلى القانون الإداري لكونها طرف عام تهدف إلى إدارة مرافقها العامة وتفرض تضمين العقد شروطا غير مألوفة على عكس العقود الأخرى التي تبرمها في ظل أحكام القانون الخاص انطلاقا من أن عقود الإستثمار تتمتع بخصوصية إقتصادية¹². كما تخضع عقود الإستثمار في حد ذاتها إلى نظام خاص يتركز على فكرة المصلحة العامة التي تستوجب خضوعها للقانون الإداري وتحويل سلطات وامتيازات خاصة للدولة تنعكس جلها في سلطة هذه الأخيرة في وضع بنود العقد بإرادتها المنفردة¹³، مراقبة تنفيذه، وكذا الحق في مراجعته وفسخه، فضلا عن حقها في التأميم عندما يتعلق الأمر بعقود استغلال المصادر الطبيعية¹⁴.

وإضافة لما ذكر قد يحتوي عقد الإستثمار على شروط استثنائية غير مألوفة التي لا يوجد لها مثيل في العقود الخاصة مثل المزايا التي تقرها الدولة للمستثمر الأجنبي من إعفاءات جبائية وامتيازات جمركية مما يستلزم اعتبار العقود الإستثمارية عقودا إدارية يجب أن تخضع إلى القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار¹⁵. في هذا الاطار توصل أحد "الأساتذة"¹⁶، الى أن القانون الذي يقرر منح الإمتياز لشركة أجنبية هو قانون داخلي يقصد به إعطاء صفة قانونية للإمتياز حتى تلتزم به السلطات الوطنية، وهو بهذا عمل من جانب واحد، فلدولة حق تشريع قانون يلغي بموجبه الإمتياز برمته ويجعله غير ذي أثر يذكر، كما لها (الدولة) من باب أولى حق تعديل أحكام هذا الإمتياز، بل أكثر من ذلك هناك من الفقهاء¹⁷، من توصل الى أنه يظهر لنا بأن هذا الإمتياز "إمتياز النفط" إنما هو امتياز خدمات عامة. وهكذا يتبين بأن تطوير الثروة النفطية إنما هو أمر حيوي جداً للبلد ذي العلاقة¹⁸. وعلى هذا فإن معيار "المنفعة العامة" يكون قد طبق لكل ما تقدم يمكن القول بأن إعتبار إمتياز النفط كعقد اداري لخدمات عامة هو أمر لا يمكن مناقشته".

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي والقضائي حول تكييف عقود الإستثمار

يقصد بالتكييف في مجال القانون الدولي الخاص، تلك العملية الفنية التي تهدف إلى تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وإدراجها ضمن طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية تمهيداً لتحديد القضاء الذي ينظرها والقانون الذي يحكمها¹⁹.

أثارت فكرة تكييف عقود الإستثمار كعقود إدارية في الوسط القضائي والفقهية العديد من الإشكالات والتضاربات في الآراء فيذهب جانب من الفقه إلى تجاوز الحلول التي استخلصها القضاء ولا سيما القضاء الفرنسي حول هذه الفكرة بصدد العقود الإدارية وإعمالها على عقود الإستثمار الدولية التي تبرمها الدولة²⁰. ويرى بعض الفقه إلى أن العقود التي تقوم الدولة بإبرامها، كعقود النفط²¹، مع شخص خاص أجنبي هي من عقود القانون العام، لذا يمكن تعديلها بمقتضى المصالح التي يستلزمها سير المرفق العام في الدولة الطرف فيها.

إنطلاقاً مما سبق يرى جانب من الفقه بأن إعمال نظرية العقد الإداري على عقود الإستثمار يجعلها تخضع للقانون الإداري فتستطيع الدولة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أو إجماعه دون أي مسؤولية تعاقدية وهذا خلافاً لما هو معمول به في عقود القانون الخاص، والتي تحكمها مبادئ القوة الملزمة للعقد وعدم المساس به وصولاً للمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه²²، إذ أن المعروف أن القضاء الإداري يستبعد إعمال هذه المبادئ مع الاحتفاظ بحق المتعاقد مع الدولة وإلى جانب هذا الاتجاه هناك من يؤيد خضوع عقود الإستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لتكييفها على أساس أنها من العقود الإدارية ذات طبيعة خاصة²³.

إلا أن أنصار الاتجاه المعارض ناقشوا جميع الأدلة والحجج التي ساقها المؤيدون لإدارية عقود النفط، كالأتي: إذا كان من المسلم به أن أحد طرفي عقد الإستثمار يكون من أشخاص القانون العام، الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها، فإن ذلك لا يعني أن جميع العقود التي يبرمها اشخاص القانون العام هي عقود إدارية، فهناك حالات كثيرة يلجأ فيها الشخص العام إلى وسائل القانون الخاص وبالتالي يبرم عقداً من عقود القانون الخاص²⁴، فإذا كان وجود الشخص العام كطرف في العقد لازماً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، إلا أن ذلك ليس كافياً بحد ذاته، فقد تنزل الدولة أو الأجهزة العامة التابعة لها إلى السوق وتشتري كما يفعل ذلك أي شخص خاص.

إن القول بأن عقود الإستثمار تعد عقوداً إدارية لكونها تتضمن شروطاً تعطي للدولة سلطة الإشراف والرقابة على أعمال الشركة المتعاقد معها مما يجعلها شروطاً استثنائية، طرح لا يمكن القبول به²⁵، ذلك أن حق الدولة في الإشراف والرقابة إنما يكون بهدف التأكد من حسن أداء وتنفيذ الشركة لإلتزاماتها وليست شروطاً استثنائية بالمعنى الصحيح لها والمتداول في القانون الإداري.

وعليه فإذا كانت الإعتبرات المنطقية والقانونية تقضي بأن تمارس الدولة سيادتها على إقليمها الداخلي بما لها من سلطة داخل هذا الإقليم على رعاياها، فإنها لا تملك مثل هذا الحق خارج إقليمها، إذ أن الأمر يختلف عندما تتعاقد الدولة مع طرف أجنبي²⁶، لأنه في الحالة الأخيرة لا يمكن للدولة التمسك بسيادتها على الأجنبي مثلما تتمسك بها أمام الوطني، ففي المسائل التعاقدية لا تتمتع الدولة بسلطات استثنائية تتفوق بها على الطرف الأجنبي إلا بمقدار ما هو متفق عليه بينهما من شروط في العقد²⁷.

تستلزم متطلبات الإستثمارات الدولية عدم إعتداد الدول على أساليب القانون العام في التعاقد، لأن ذلك سوف يؤدي إلى هدم العلاقة التعاقدية مع الطرف الأجنبي، وبدلاً من ذلك فإن الدول التي تحاول استقطاب الإستثمارات الأجنبية إلى إقليمها أن تبدي مرونة في هذا المجال لكي يستفيد كل طرف من الآخر عن طريق العمليات التعاقدية وتطويرها وليس هدمها²⁸.

وفي نفس السياق يستند هؤلاء المعارضون، لدعم رأيهم، إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي عام 1907 وذلك في مناسبتين مختلفتين، حيث إنتهت هذه الأحكام إلى أن امتيازات المناجم بما فيها امتيازات البترول التي لاتعد من قبيل التزامات المرافق العامة²⁹.

وخلافاً للتجاهين السابقين هناك إتجاه يؤيد خضوع عقود الإستثمار إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظراً لتكييفها على أساس أنها من العقود الإدارية ذات الطّبيعة الخاصة. وفي ذات السّياق يرى الأستاذ BERNARD AUDIT الذي يدافع عن الاتجاه المؤيد لفكرة اعتبار عقود الإستثمار عقوداً إدارية، وأنّ النّظام الذي يقترحه لا يقتصر إعماله على الدولة النّامية بل يمكن لأيّ دولة أن تقوم بتغيير العقد وتعديله بشرط أن يظل هذا الحق مقيداً بفكرة المصلحة العامة والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة³⁰. والواقع أنّ تكييف العقود المبرمة ما بين الدّولة والأطراف الأجنبيّة لا سيما في مجال عقود الإمتياز البترولي على أنّها عقود إدارية لم يقتصر على الصّعيد الفقهي بل امتد كذلك إلى هيئات التّحكيم الدّولية³¹.

في الأخير يمكن القول أنّ الطّبيعة القانونية لعقود الإستثمار لا ترجع إلى كونها عقوداً من عقود القانون العام، وإنما ترجع هذه الخصوصية بارتباطها بمخطط التّنمية في الدولة المضيفة ومن ثمّ فعقود الإستثمار هي عقود إدارية ذات طبيعة خاصة، ويجب تبعاً لذلك إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة³²، وأنّ الدولة المستقبلية وبالخصوص الدول النامية دائماً تسعى لتطبيق قانونها الوطني على ما هو موجود على إقليمها، وبالإضافة أن جل العقود المبرمة في مجال الإستثمار تكون في مناطق حساسة في الدولة، ويضرب المثال في هذا السياق الجزائر حيث نجد أن معظم عقود الإستثمار التي تبرمها تكون في مجال البترول، حيث أن المشرع خصص قانون خاص بهذا القطاع وأولى عناية في نصوصه القانونية في حالة ما إذا شاب نزاع فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق كما أشرنا إليه سابقاً في دراستنا، وعليه فإن هذا المبدأ هو مكرس في كل النصوص التشريعية للدول وبالخصوص الدول النامية منها، وحتى الإتفاقيات التي تبرمها دائماً تولى أهمية على تطبيق القانون الوطني للدولة التي يزاول فيها النشاط.

المطلب الثّاني: تطبيق القانون الوطني إعمالاً للقانون الإتفاقي

حرصت العديد من الاتفاقيات الدّولية على حل إشكالات تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدّولية، ساعية إلى تطبيق القانون الوطني كقانون ضابط لهذه العقود، ومن بين هذه الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع معظم الدول في مجال حماية وتطوير الإستثمار جعلها تنص على تطبيق قانون الدولة التي يزاول فيها النشاط .

تحدد جُلّ الإتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الإستثمار طريقة تسوية المنازعات في بنودها والقانون الواجب التطبيق على المنازعة، و نجد في هذا السياق ما نصت عليه إتفاقية الجزائر مع جمهورية مصر العربية في نص المادة السابعة منها بشكل صريح على تسوية الخلاف المتعلق بالإستثمار على أساس التشريع الوطني للطرف المتعاقد الذي يوجد على إقليمه الإستثمار³³، بمعنى التشريع الوطني للدولة المضيفة للإستثمار، فلما كان الهدف الأول من إبرام الإتفاق الجزائري المصري هو تطبيق أحكام هذا الإتفاق على كل خلاف ينشأ بين الطرفين المتعاقدين فإن أي مسألة شملتها الإتفاقية ويثار بصدها نزاع تطبق بنود الإتفاقية بشأنها، مما يعني أنه إذا كانت الدولة الجزائرية طرف في الإستثمار والإستثمار قائم في إقليمها فإن التشريع الوطني هو الواجب التطبيق وهذا إعمالاً لمبدأ إرادة الدولة على إستثماراتها.

والملاحظ أنه في البداية كانت الجزائر لا تقبل تطبيق الأعراف والعادات التجارية الدولية التي تقضي بعدم تطبيق القانون الوطني على عقود الإستثمار، إذ تعتبر أن ذلك يخدم مصالح الدولة المتقدمة ويعد وسيلة لعدم تطبيق القانون الداخلي، مما يجعل هذا الإجراء منتقداً من الدول النامية لمسأسته بالسيادة الوطنية³⁴.

وفي نفس السياق نجد الإتفاقية السورية الجزائرية، التي لم تنص على القانون الواجب التطبيق على موضوع الخلاف³⁵، الأمر الذي من شأنه إثارة النزاع ليس على مستوى تفسير أو تطبيق الاتفاق فحسب بل وعلى القانون الواجب التطبيق لتسوية الخلاف، كما أنه وبالعودة إلى المادة 458 مكرر من القانون (المتضمن أو المتعلق بماذا) فإنها تنص على إمكانية تسوية النزاعات بموجب التشريع الوطني أو القانون الذي اختاره الأطراف أو وفقا للقانون والأعراف التي تراها ملائمة، وهو النص الذي يعزز من الاشكال المذكور، لكن بالرغم من ذلك يميل الفقه والإجتهد الدوليان إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار على العقود الحاصلة بين الدول والمستثمرين الأجانب.

وكذا ما جاء في الإتفاقية الجزائرية مع حكومة جنوب إفريقيا التي نصت الفقرة السادسة من المادة السابعة المتضمنة منها على أنه³⁶: "يستمد قرار تسوية النزاع من تطبيق القانون الداخلي، بما في ذلك تنازع القوانين، لبلد الطرف المتعاقد المعني بالنزاع والذي أنجز في إقليمه النزاع ومن أحكام هذا الإتفاق وشروط الإتفاق الخاص الذي يكون قد أبرم بخصوص الإستثمار وكذا مبادئ القانون الدولي".

وبتحليل ما جاءت به الإتفاقية يتبين أنها إعتمدت على تطبيق القانون الوطني للدولة التي ينجز فيها الإستثمار حتى عند اللجوء إلى التحكيم الدولي لأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق.

وفي نفس السياق نجد أن إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة إثيوبيا نصت المادة التاسعة منها في فقرتها الرابعة على ما يلي³⁷:

"تقوم محكمة التحكيم بحل النزاع وفقا للقوانين الوطنية للطرف المتعاقد الذي أنجز على إقليمه الإستثمار والمبادئ والإجراءات الأخرى للقانون الدولي المعترف به عامة وهذا الإتفاق حسب الحالة"³⁸ وعليه يتضح من النص المذكور بأن الإتفاقية فرضت صراحة على هيئة التحكيم تطبيق القانون الوطني على المنازعات التي تنشأ بين الدولة وطرف الدولة الأخرى المتعاقدة في الإتفاقية ولا يجوز لها تطبيق أي قانون آخر غير القانون الوطني.

وفي هذا الصدد نذكر كذلك إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة تونس، التي جاء في نص مادتها التاسعة منها بعنوان تسوية النزاعات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الأخر في الفقرة الرابعة منها³⁸، على أنه تفصل هيئة التحكيم على أساس القانون الوطني للطرف المتعاقد، الطرف في النزاع، الذي أنجز الإستثمار في إقليمه بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين وأحكام هذا الإتفاق وأحكام الإتفاق الخاص المتعلقة بالإستثمار وكذلك وفقا لمبادئ القانون الدولي، وعليه فإن الإتفاقية واضحة وألزمت هيئة التحكيم أن تفصل وفقا للقانون الوطني أي بمفهوم المخالفة فإذا كان الإستثمار مقام في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق.

وفي نفس السياق نجد إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة الأرجنتين، التي نصت هي كذلك على تسوية منازعات التي تنشأ بين الطرفين في المادة الثامنة منها في الفقرة الرابعة والتي ألزمت هيئة التحكيم أن تفصل وفقا لقانون الطرف المتعاقد بما في ذلك قواعد تنازع القوانين³⁹.

وفي إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة النمسا، التي صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-327 الموافق ل 10 أكتوبر سنة 2004، والتي جاء فيها بخصوص تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين في نص مادتها التاسعة المطلة

الخامسة منها مايلي: يحل النزاع من قبل هيئة التحكيم الخاصة طبقاً للقانون الداخلي للطرف الذي تم على إقليمه الإستثمار، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين⁴⁰.

وفي إتفاقية الحكومة الجزائرية مع دولة الدانمارك كذلك والتي صادقت الجزائر عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525 الموافق لـ 30 ديسمبر سنة 2003، والتي جاء فيها بخصوص تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين في نص مادتها التاسعة المطلة الرابعة منها مايلي: تطبق هيئة التحكيم أحكام هذه الإتفاقية والإتفاقيات الأخرى المبرمة ما بين الطرفين. وهذا يعني أنها تطبق قانون الدولة المستقبلية للإستثمار⁴¹. ونفس التوجه نجده في إتفاقية الحكومة الجزائرية مع حكومة الجمهورية الإيطالية حيث ورد في المادة التاسعة منها على إلزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، أي الدولة الطرف في النزاع والتي يوجد في إقليمها بما في ذلك قواعد المتعلقة بتنازع القوانين⁴².

يتضح أنه في جل الإتفاقيات الدولية الثنائية التي أبرمتها الدولة الجزائرية سواء مع الدول الإفريقية والأوروبية والمتعلقة بتطوير الإستثمار نجدها تنص على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والتي يكون الإستثمار في إقليمها هو الواجب التطبيق، وعليه فإن الأمر محسوم فيه بموجب الإتفاقيات، وهذه القاعدة معروفة في التشريع أي سمو الإتفاقيات الدولية على القانون، ويعني في كل الحالات وفي حالة نشوب المنازعة فإن هيئة التحكيم تطبق القانون الوطني للدولة المستقبلية وكل هذا يعطي أولوية للدولة في تطبيق قانونها الوطني على كل المنازعات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي.

المبحث الثاني: الأسس السياسية والإقتصادية لتطبيق القانون الوطني

تسعى العديد من الدول إلى استقطاب الإستثمارات من أجل المحافظة على الهيمنة الاقتصادية لثرواتها أو مشروعاتها الإستثمارية، ولكن يرافق سعيها هذا تحفظها الدائم في علاقتها بالمستثمر الأجنبي وحذرهما منه، لكون غايته مبنية على أساس الربح وغالبا ما تتجه إلى الاستيلاء على بعض المناطق الحيوية في الدولة المضيفة له، الأمر الذي يجعلها تحرص على تعزيز فاعلية الإستثمارات الأجنبية والتقليل من هيمنتها مع إخضاعها لقوانينها الوطنية (المطلب الأول)، فضلا عن هذا يظهر تمسك الدول المستقطبة للإستثمارات بسيادتها كاعتبار سياسي أساسي تبرر به إصرارها على إخضاع عقود الإستثمار لقانونها الوطني، فضلا عن متطلبات السياسة التنموية المنتهجة من قبلها والتي تسعى إلى تحقيقها (المطلب الثاني). بالإضافة إلى تطبيق قواعد التركيز عقد الإستثمار (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية

يندرج أساس تطبيق القانون الوطني على عقود الإستثمار الدولية في إطار مبدأ سيادة الدولة المضيفة على ثرواتها الطبيعية، وهذا ما أكدته العديد من الموثيق الدولية والتوصيات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة⁴³، خاصة وأن هذه العقود ليست لها علاقة بالقانون الدولي لكونها تستمد قوتها الإلزامية من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة الذي يحكم مختلف جوانبها العقدية⁴⁴. فتوطن عقود الإستثمار الدولية وخضوعها الكامل للقانون الوطني ظاهرة تفسرها الحلول المستقرة في الفقه التقليدي للقانون الدولي، وهي حلول تم تكريسها صراحة في كل من القضاة الوطني والدولي وكذا فقه القانون العام، وترتكز على أن للدولة حق مطلق في ممارسة سيادتها على إقليمها⁴⁵.

لكن بالمقابل يجد مبدأ السيادة حدودا له تظهر في شكل إستثناءات تملئها ما يعرف بالمعاملات الدولية التي تتجه إلى تطبيق القانون الأجنبي أو الاعتراف بالاختصاص لمحكمة أجنبية طبقا لقواعد الإسناد التي تقوم الدولة المتعاقدة بتحديددها وفقا لما تراه ملائما لها ومحققا لمصالحها.

ولقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر تحت رقم 3171⁴⁶ على حق الدولة في ممارسة سيادتها الدائمة على مواردها الطبيعية في إطار السيادة الدائمة والتنمية الاقتصادية، وبالتالي طبقا لمضامين هذا القرار فإن تطبيق قانون الدولة الطرف على عقود الإستثمار لا يبرر بالنظرية التقلدية التي تقتضي ضرورة إخضاع العقود التي تبرم بين أطراف ليست جميعها من أشخاص القانون الدولي للقانون الوطني فقط، بل يبرر كذلك بحقوق السيادة التي تتمتع بها الدول الأطراف على ثرواتها الطبيعية وفق ما هو محدد في القانون الدولي وكذا متطلبات التنمية الاقتصادية فيها بصفة عامة وتنمية الموارد التي يشملها اتفاق الإستثمار بصفة خاصة⁴⁷.

إن مبدأ السيادة التامة للدول على الموارد الطبيعية أو الإستثمارات التي ستقام في حيزها الجغرافي ما هو إلا أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي العام بصفة عامة والقانون الاقتصادي الدولي بصفة خاصة⁴⁸، ولقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 12 يوليو 1929⁴⁹ في قضية اللبوان العربية بأنه لا يمكن أن نفترض إسناد الدولة لالتزاماتها بما لها من سيادة إلى قانون مخالف لقانونها الخاص⁵⁰، وهو ما يعني بوضوح أن قانون الدولة هو الذي سيطبق على عقود الإستثمار في حالة غياب الاختيار⁵¹.

لقد أرست محكمة العدل الدولية مبدأ خضوع عقود الإستثمار وعقود الدولة لقانونها الوطني في حكمها الصادر في قضية القروض الصربية البرازيلية، حيث أشار حكمها إلى أن كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بضبط هذه العلاقات الخاصة الدولية⁵².

كما أكد ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 81-32 لعام 1974⁵³ في مادته الثانية، على أن سيادة الدولة على إقليمها تحولها حق إدارته والتصرف فيه وتوجيه الإستثمارات الأجنبية المقامة عليه والتي تدخل في نطاق ولايتها، وقد نصت المادة الثانية منه على أنه لكل دولة سيادة كاملة ودائمة، تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها، ولها الحق في تنظيم الإستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها، حسب قوانينها وأنظمتها وطبقا لأهدافها وأولوياتها القومية، ولا تتركه أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للإستثمارات الأجنبي⁵⁴.

ولما كان الطرف المفترض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي تقبلها والتي تتعلق بهذا الفرض تخضع إلى قانون آخر غير قانونها. وأكدت المحكمة على أن العقود المبرمة ما بين دولة ودولة أخرى تخضع للقانون الدولي العام، وبينت ان الدولة في عقد القرض لا يفترض معه الإلتزامات الناشئة عن عقد القرض والتي ارتضتها الدولة في هذا العقد تخضع لقانونها الوطني⁵⁵.

لاقت هذه الأفكار نجاحا على الصعيد القانوني من خلال تبني نصوص دستورية لا تقتصر على إسناد العقود المبرمة ما بين الدولة والأشخاص الأجنبية على نحو كامل وقاصر الى القانون الوطني فقط بل تقتضي كقاعدة عامة خضوع الأجانب إلى القانون الوطني للدولة التي يباشرون فيها نشاطهم الإستثماري كذلك.

المطلب الثاني : ضرورات التنمية الاقتصادية

ترتبط عقود الإستثمار الدولية بالتنمية الاقتصادية للدولة المضيفة لها والتي لا ترى قانونا مناسباً غير قانونها الوطني ليطبق على عقد الإستثمار، حتى وإن لم يتضمن هذا الأخير بندا يوضح فيه القانون الواجب التطبيق على العقد⁵⁶. وحقيقة الأمر فإن فكرة إعتبار القانون الوطني هو القتلون الأنسب والقانون الذي له علاقة بضبط العلاقة التعاقدية تجد رواجاً لها لدى فقهاء الدول النامية التي تبحث على الإستثمارات الأجنبية من أجل تطوير البنية الاقتصادية للدولة وتجعلها في مراكز قانونية ذات قوة⁵⁷. ونذكر بالخصوص فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد وتضمين عقود الإستثمار أحكاماً تنص على تطبيق القانون الوطني وذلك لارتباطها بالسياسة الاقتصادية للدولة المضيفة⁵⁸. ونذكر بالخصوص فقهاء أمريكا اللاتينية التي تسعى إلى تأكيد وتضمين عقود الإستثمار أحكاماً تنص على تطبيق القانون الوطني وذلك لارتباطها بالسياسة الاقتصادية للدولة المضيفة⁵⁹.

وإمتداداً لما سبق فإنه من غير المتصور إخضاع هذه العقود التي تمتاز بطبيعة خاصة وتمس بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة لغير قانونها الوطني وعليه تقوم بمراقبة الأعمال التي يقوم بها المستثمر الاجنبي داخل الإقليم الوطني للدولة المضيفة، وكذلك من غير المتصور أن نطبق قانوناً أجنبياً على نزاع قائم داخل الدولة على أساس ما يكون حاصل في الدولة يكون من صميم اختصاص القانون الوطني والمحاكم الوطنية، فضلاً عن أن الدولة هي طرف في العلاقة التعاقدية⁶⁰.

ولقد أخذ مفهوم التنمية الاقتصادية بعداً دولياً، حيث يحول للدولة المضيفة مبدأ السيادة على ثرواتها والاقتصاد داخل دولتها والقيام بالتنمية المنتهجة وفقاً لقانونها الداخلي، فلا يجوز لأي دولة أو أي مستثمر أن يتدخل في قانونها الداخلي كما لا يجوز في حالة نشوب نزاع أن يطبق قانون غير قانون الدولة المضيفة⁶¹.

وفضلاً عن ما ذكر فإن الوضع الراهن يجعل كل الدول النامية تسعى إلى إستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من أجل الاقتصاد الوطني والتنمية الاقتصادية للبلد، ووجود تنافس كبير حول ذلك ما بين الدول النامية والدور الكبير الذي يلعبه الإستثمار الأجنبي في عملية التنمية الاقتصادية وخاصة ما تعانيه الدول في أعقاب المديونية، مما أصبح العامل الرئيسي هو الإستثمار على أساس أنه أصبح الغاية الأساسية للدول خاصة الدول النامية في إستقطابه لتمويل مشاريعها وفي مواجهة المشكلات الاقتصادية⁶².

تضع إعتبرات تحقيق التنمية الدول النامية أمام حتمية إحداث بعض الموازنات والتوفيق ما بين اعتباراتها السياسية السيادية وإستقطاب المستثمرين، إذ لا يمكنها تحقيق التنمية إلا بالاستعانة والمشاركة مع المستثمر الأجنبي في شتى المجالات الاقتصادية، لذا فإنه من غير المعقول أن تطبق الدول المضيفة للإستثمار قانوناً غير قانونها الوطني نظراً للطبيعة الخاصة لهذه العقود والتي تجعل من الدولة طرفاً قوياً لا يسمح بتطبيق قانوناً آخر غير قانونها الوطني وتفرضه في العقد على المستثمر الأجنبي.

تؤخذ الجزائر كمثال يؤكد ما ذكر، حيث كانت معظم العقود التي أبرمتها في مجال الإستثمارات النفطية خاضعة لقانون البترول الصحراوي الذي وضع من قبل السلطات الفرنسية في إتفاقية ايفان المنظمة للتعامل الجزائري الفرنسي، وهو ما أكدته المادة 6 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في 26 يونيو 1963 الذي كان يهدف إلى إخراج علاقات البترول مع الشركات ذات السيادة الجزائرية وإخضاعها لقانون البترول الصحراوي، مما أثار على السياسة التنموية للجزائر إلى أن تغير الوضع سنة 1971⁶³ بتأميم الجزائر للبترول أين أصبحت

عقود اللّولة كمبدأ عام خاضعة للقانون الجزائري بشكل صريح ومباشر، كما أضحت علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية تندرج في إطار مبدأ سيادة الدولة على الثّروات الطبيعية الذي أكدته العديد من المواثيق الدولية.

ومن أجل التّأكيد على تطبيق القانون الجزائري في الإستثمارات المقامة في الجزائر تنص بعض العقود صراحة على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري أو القانون الساري المفعول في الجزائر، ويظهر كمثال لذلك الإتفاقية الجزائرية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها مع شركة اوراسكوم تيليكوم والتي تضمنت بنداً صريحاً في مادتها الثامنة يؤكّد خضوع إتفاقية الإستثمار بين الطرفين للقانون الجزائري حيث جاء فيها ما يلي⁶⁴: "يعترف الطرفان أن هذه الإتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"⁶⁵. وذات الأمر ينطبق على العقد الذي أبرمته الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار مع الشركة الدولية سيدار، حيث نصت المادة 12 منه على أنه: "يقر الطرفان بأن الإتفاقية الحالية تخضع لقوانين وتنظيمات الجمهورية الجزائرية الديمقراطية".

يذكر في نفس السياق القانون الأساسي لشركة مختلطة تجمع بين الشريك الوطني والممثل في شريكتي "سونتراك" "نافناك" من جهة، والطرف الأجنبي الممثل في الشركة الإنجليزية "براون وروت ليميتاد" من جهة أخرى، ويتعلق موضوع إتزام هذه الشركة بإنجاز خدمات هندسية وتسييرية والتكيب في مجالات البترول والغاز، إلى جانب عمليات الهندسة والهندسة المدنية أما من حيث الشكل، فإضافة لخضوعها إلى قانونها الأساسي، فهي تخضع أيضاً إلى القوانين واللوائح السارية المفعول والمطبقة على الشركات ذات الأسهم، إلى جانب خضوعها إلى المرسوم التشريعي رقم 12/93 لـ 5 أكتوبر 1993 والمتعلق بترقية الإستثمار الملغي بالقانون 09/16 الجديد⁶⁶، وبالرجوع إلى القانون الأساسي للشركة المختلطة وبالمخصوص المادة 31 فقرة 2 يظهر بأنها تنص على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري مما يعني أن هذا الأخير يمثل قانون الدولة الطرف في النزاع وكذلك قانون الدولة المضيفة للإستثمار من جهة، ومن جهة أخرى تطبيق القانون الوطني للدولة في النهاية ما هو الا الوسيلة الطبيعية للتعبير عن سيادته⁶⁷، وبالتالي يظهر من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري يحرص كغيره من تشريعات الدول النامية التي تهدف إلى تطوير سياستها التنموية على إخضاع عقود الإستثمار للقانون الجزائري.

المطلب الثالث: الخضوع للقانون الوطني إعمالاً لنظرية التركيز

يتمثل الأساس القانوني لخضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة في كون هذا الأخير هو القانون الذي ترتبط به عقود الإستثمار ارتباطاً وثيقاً على نحو يتعين معه إعمال قواعده، فعادة ما تبرم هذه العقود في إقليم اللّولة المتعاقدة ويتم تنفيذها في إقليمها، كما أنها مرتبطة بمصالحها الأساسية⁶⁸، ومن هنا يقوم المحكم أو القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود بتحليل العناصر القانونية والواقعية، بحيث يعمل على بحث القانون الطبيعي الذي يتعين إعماله على عقود الإستثمار ويقوده هذا البحث إلى القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

وفي هذه الحالة يعد مكان إبرام العقد قرينة أو مؤشراً يلجأ القضاء إلى إستخدامه كعامل من عوامل تركيز العقد في قانون دولة الإبرام⁶⁹، ومع ذلك في حلة اختلاف مكان الإبرام عن مكان تنفيذه فإن القضاء يلجأ إلى تفضيل قانون اللّولة التي يتم فيها التّنفيذ، إلا أنه لا يفهم بالضرورة إعمال معيار قانون مكان تنفيذ العقد في جميع الحالات إذ أن عقود الإستثمار وعقود إقامة المجمعات الصناعية وعقود الامتياز وإستغلال الموارد الطبيعية تخضع لقانون الدولة المتعاقدة باعتبار تنفيذها يتم في إقليم الدولة المضيفة⁷⁰.

ولقد ذهب قضاء التحكيم إلى أن معيار تنفيذ العقد لا يصلح وحده كمعيار لإسناد العقد إلى قانون دولة التنفيذ بل لا بد من تعضيد هذا المعيار بمعايير أخرى كوجود الدولة الطرف في العقد من أجل تحديد قانونها لإعماله على العقد⁷¹. ففي قضية تم الفصل فيها وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1978 فصل المحكم وأوضح بأن القانون الواجب التطبيق على عقد الامتياز المبرم ما بين الدولة والشركة البلجيكية هو قانون الدولة المتعاقدة بناء على تركيز هذا العقد في قانون الدولة المضيفة وباعتبار أن العقد سينفذ على إقليمها، وعلى الرغم من أن العقد قد تم إبرامه في بروكسل مع شخص أجنبي وعلى الرغم من طابعه الدولي فإن الشروط الموضوعية له تخضع إلى قانون الدولة الطرف في العقد إذ أن إرادة الأطراف قد إنصرفت إلى خضوع هذا العقد إلى هذا القانون علاوة على أن هذا العقد يتعين تنفيذه في إقليم الدولة المستقبلية⁷². وبصفة عامة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار يتم من خلال البحث عن الصلة الحقيقية التي يرتبط بها مركز ثقل العقد.

ففي القضية التي تم الفصل فيها تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس ذهب المحكم إلى أن العناصر التي يتعين أخذها بعين الإعتبار من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الحكومة والطرف الخاص هي أن العقد أبرم بواسطة الحكومة ويتعلق بأعمال يتعين إنجازها في إقليم الدولة التي تمارس الحكومة سيادتها وأبرز أن كون الدولة طرف في العقد لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانونها إلا أنه مع ذلك عنصر له وزنه ولاسيما إذا كان العقد محل المنازعة يتعين تنفيذه في إقليم هذه الدولة الطرف وقانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء أو الأداء المميز⁷³.

ومن أهم المفاهيم التي يلجأ إليها التحكيم على أساس تطبيق فكرة إعمال القانون الذي تكون العلاقة القانونية تتصل به على النحو الوثيق أو مركز الثقل أو قانون الدولة التي يتم على إقليمها الوفاء بالأداء المميز للعلاقة التي يتم فيها العقد، وعلى أساس أن العقد يتضمن مجموعة من الأداءات سواء منها ما يتعلق بإبرامه أو تنفيذه، وإعمال هذا الإتجاه بتطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة نظرا لأنه القانون الذي يتركز فيه الأداء في عقود الإستثمار الدولية. ولقد تبنت هذه النظرية العديد من الإتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم والقضاء وهذا شيء منطقي مؤداه خضوع العقد إلى مكان إبرامه وتنفيذه في الدولة المستقبلية.

وعلى الرغم من أن مبدأ قانون الإرادة يعني في عمق مفهومه منح الأطراف الحرية الكاملة في مكنة إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وفق ما يرونه في مصلحتهم التعاقدية، إلا أن هذا المبدأ عرف العديد من الهزات، وخاصة في ظل التطورات التي تشهدها العلاقات الإقتصادية الراهنة، الأمر الذي جعله يعاني أزمة حقيقية أطلق عليها الفقه أزمة قانون الإرادة، فظهر منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في المذهب الإشتراكي وإنتشاره مع مطلع القرن الماضي⁷⁴، إلا أنه ومن خلال إستطلاع واقع المعاملات الإقتصادية اليوم يظهر بوضوح أنها بدأت تأخذ إتجاها متصاعدا نحو التحرر من كل القيود خاصة مع تطور التجارة العالمية وحاجة الدول في إستقطاب الإستثمارات العالمية وذلك من أجل الرقي والإزدهار في الإقتصاد الوطني للدول⁷⁵.

وبهذا فإن النظام الإقتصادي العالمي الجديد الذي يقوم على حرية الإستثمار والتجارة ما بين الدول لم يساهم فقط في إنتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات النمو الإقتصادي، بل أدى أيضا إلى تزايد القواعد الحمائية، وبالتالي تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية وبالأخص عقود الإستثمار.

يعتبر منح القواعد ذات التطبيق الضروي منها منافسا لقاعدة الإسناد وبالتالي أضحي قانون الإرادة في مجال عقود الإستثمار في أزمة حقيقية في ظل إتجاه الدول نحو توقيع العديد من الإتفاقيات الدولية التي تسمح لها بتطبيق قوانينها الوطنية وخاصة في عقود الإستثمار لأنها عقود في الحقيقة دولية إلا أن لها طبيعة خاصة ما ترتب عن ذلك زيادة في القواعد ذات التطبيق الضروي للدول والقواعد التي لا يمكن مخالفتها من قبل المستثمر أثناء إبرام عقده مع الدولة المضيفة له⁷⁶.

الخاتمة:

إن المركز الممتاز للدولة المبني على مزاياها السيادية واستثنائها بامتيازات السلطة العامة، بالإضافة إلى خصوصية عقود الإستثمار، هي مبررات واقعية لطالما صنعت الفارق ورححت الكفة لصالح الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك عن طريق فرض تطبيق قانونها الوطني في مثل هذا النوع من العقود، باعتبارها شخصا سياديا قادرا على إصدار التشريعات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة.

إن هذه النتيجة والتفاوت القانوني للدولة على المستثمر الأجنبي، يمكن الوصول إليها من خلال تحليل عقود الإستثمار ذاتها بالنظر إلى ما تتمتع به من خصائص باعتبار أنها عقود مبرمة بين أطراف غير متساوية وتهدف إلى تحقيق أهداف غير متعارف على تحقيقها في العقود الدولية العادية المبنية على المضاربة، وأيضاً بما تتضمنه عقود الاستثمار من شروط استثنائية وغير مألوفة، فكل ذلك يقطع بالضرورة عدم خضوعها للنظام المعتاد الذي يحكم عقود التجارة الدولية المعتادة وما يسري عليها من قواعد تقليدية مثل قاعدة عدم المساس بالعقد والمساواة القانونية المطلقة بين الأطراف المتعاقدة.

إن تقييد مبدأ سلطان إرادة المستثمر في هذه العقود هو تحقيق الحماية بالنسبة للدولة وتحقيق المساعي التي بموجبها أبرمت هذه العقود و من جهة أخرى أن المشرع الجزائري قد تبنى ما جاءت به الإتفاقيات الدولية التي أبرمها سواء الجماعية أو الثنائية في مجال الإستثمار والتي صراحة نصت على أن القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار في حالة المنازعة هو قانون الدولة الواقع فيها النشاط وهذا كمبدأ حمائي بالنسبة إلى كل الدول.

ومن بين المقترحات التي نود تقديمها في هذه الدراسة أهمها، أهمها ضرورة توشي الحيطه أثناء إبرام عقود الإستثمار الدولية بين الدولة والمستثمرين الأجانب والإستعانة بذوي الخبرة في هذا المجال من أجل تجنب صعوبات تنفيذ هذه العقود، بالإضافة إلى توضيح المشرع الجزائري لإرادة الدولة من خلال القانون الواجب التطبيق وعليه يجب أن يكون النص صريح أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري مثل ما هو موضح في بعض الإتفاقيات الخاصة بالإستثمار.

المواشم

¹ عكاش عبد الله، الحماية الوطنية الدولية الأجنبي ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الخاصة، جامعة الجزائر، 2002، ص 6 و 7.

- ² منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية، القاهرة 2000، ص 272.
- ³ المواحدة مراد محمد، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الإداري، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 211.
- ⁴ حذيفة رعد علي الطائي، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2016، ص 76
- ⁵ محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977،
- ⁶ أنظر نص المادة 10 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل.
- ⁷ راجع نص المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50، المؤرخة في 20 سبتمبر 2015.
- ⁸ للمزيد أنظر نص المادة 76 من قانون المناجم الجزائري لسنة 2014 الجريدة الرسمية عدد 18 لسنة 2014.
- ⁹ القانون رقم 13 - 01 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1434 الموافق ل 20 فبراير سنة 2013 يعدل ويتمم القانون رقم 05 - 07 المؤرخ في 19 ربيع الأول عام 1426 الموافق 28 أبريل سنة 2005 والمتعلق بالمحروقات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11. 24 فبراير 2013.
- ¹⁰ حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، 2003، ص 463.
- ¹¹ Philippe KAHN, « Contrats d'Etat et nationalisation », J.D.I., n° 04, 1982 . p 855.
- ¹² عبد المنعم خليفة عبد العزيز، الأسس العامة للعقود الادارية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2015 ص 150.
- ¹³ ابن زيد، عبدالعزيز محمد علي، التحكيم في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الأردن، 2007/2006، ص 16.
- ¹⁴ سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، 2000، ص 50 و 51.
- ¹⁵ عبد الهادي الأكيبي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، دار الكتب والوثائق الوطنية، القاهرة، 2000، ص 65.
- ¹⁶ شاب توما منصور، حق الدولة في تعديل شروط امتيازات النفط، بحث منشور في مجلة القضاء، العددان الاول، مطبعة دار التضامن للتجارة والطباعة والنشر، بغداد، أبريل 1982، ص 73.
- ¹⁷ HAMED SULTAN, Legal Nature of Oil Concession, AL-QADHA, Law Quarterly review, The Iraqi Bar Association, Baghdad, No.2, 21st year, 1966.
- ¹⁸ عمار معاشو، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 1998، ص 344.
- ¹⁹ أحمد عبدالكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلال، المنصورة مصر، 1996، ص 396.
- ²⁰ وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 662.
- ²¹ نافح بحر سلطان، أزمة تحديد القانون الواجب التطبيق في ميدان عقود الإستثمار في النفط والغاز، مقال منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، المجلد الأول، العراق، 2017، ص 155.
- ²² ابراهيم شحاتة، معاملة الإستثمارات في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 108.
- ²³ ظاهر مجيد قادر، الإختصاص التشريعي والقضائي في عقود النفط، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2013، ص 58.
- ²⁴ ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الادارية، دار النهضة العربية، 1976، ص 59.
- ²⁵ عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 131.
- ²⁶ المعموري، أحمد سامي مرهون، التكييف القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف، مقال منشور في حويلة المنتدى، العدد الخامس، المجلد الثالث، العراق، 2010، ص 148.

- 27 قضي مسلماني حريرة، الصيغ القانونية للتنقيب عن النفط وتنميته وإنتاجه، عقود الامتياز، بحث قانوني مقدم في كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2002، ص 143.
- 28 ظاهر مجيد قادر، المرجع السابق، ص 18 .
- 29 قضي مسلماني حريرة، المرجع السابق، ص 145
- 30 BERNARD AUDIT Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général (2001) p 54 don le site : <http://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy> ; (Volume 305) 22:30 et 03/03/2018.
- 31 حفيفة السيد الحداد، الإتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2001، ص 67 و68.
- 32 بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 213.
- 33 للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و حكومة جمهورية مصر العربية، حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 76، 1998.
- 34 عمار معاشو، الضمانات القانونية في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، الجزائر، 1998، ص 344.
- 35 للمزيد يراجع المرسوم الرئاسي رقم 98-430 المؤرخ في 27 ديسمبر سنة 1998، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ودولة سوريا حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 97، 1998. ص 4.
- 36 للمزيد يراجع المرسوم الرئاسي رقم 01-206 المؤرخ في 23 أبريل سنة 2000، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 07، 2000. ص 9.
- 37 للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2017، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجمهورية الأثيوبية الفدرالية الديمقراطية حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 19، 2003. ص 16.
- 38 للمزيد راجع المرسوم الرئاسي رقم 03-115 المؤرخ في 17 مارس سنة 2017، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وجمهورية تونس، حول تشجيع والحماية المتبادلة للإستثمارات، الجريدة الرسمية، العدد 73، 2006.
- 39 ينظر المرسوم الرئاسي رقم 01-366 الموافق ل 04 أكتوبر سنة 2001، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية و دولة الأرجنتين، الجريدة الرسمية العدد 59، لسنة 2001، ص 3.
- 40 ينظر المرسوم الرئاسي رقم 04-327 الموافق ل 10 أكتوبر سنة 2004، المتضمن الإتفاق بين الحكومة الجزائرية الديمقراطية ودولة النمسا، الجريدة الرسمية، العدد 65 لسنة 2004، ص 10.
- 41 ينظر المرسوم الرئاسي رقم 03-525 الموافق ل 30 ديسمبر، المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة مملكة الدنمارك، الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 2004، ص 7.
- 42 ينظر المرسوم الرئاسي رقم 91-346 المتضمن المصادقة على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية وحكومة الجمهورية الإيطالية، الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 1991. ص 1779.
- 43 عيوبوط محمد وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 46.
- 44 بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 254.
- 45 طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 178 و179.
- 46 حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، المرجع السابق، ص 453.
- 47 سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1984، ص 51؛ عنوان محمد، المرجع السابق، ص 111.
- 48 منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995، ص 190.
- 49 حفيفة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 439.

- 50 فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة ، السنة 57 ، عدد ، 32، 1966 ، 185 .
- 51 نفس المرجع، نفس الموضوع.
- 52 طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، 2008، ص 174 .
- 53 حفيضة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 441 .
- 54 القرار رقم 29/3281 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974 الوثيقة رقم . A/RES /3281 محمول من الموقع http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp?year=1970: على الساعة 37: 20 يوم 2017/12/09 .
- 55 مراد محمود المواحدة، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2010، ص 210.
- 56 أفلول محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الإستثمار، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، 2015 ص 328.
- 57 وفاء مزيد فلحوط، المرجع السابق، ص 788 .
- 58 نفس المرجع، ص 789 .
- 59 فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 5 .
- 60 مرازة اسيا، تسوية منازعات الإستثمار الاجنبي، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر، 2007 ، ص 15.
- 61 salah mahMed Mahmoud ; Mondialisation et souveraineté de l ETAT J.D.I N 3/ 1996. P 617 .
- 62 قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، المرجع السابق، ص 112 .
- 63 في هذا السياق ينظر نص المادة 6 من المرسوم رقم 364/63 المؤرخ في 14/09/1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم و الملحق بباريس يوم 1963/06/26 ، الجريدة الرسمية ، عدد 67 سنة 1963 .
- 64 عيوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 240.
- 65 أنظر نص المادة 12 من إتفاقية الإستثمار للوكالة الوطنية سنة 2004 الجريدة الرسمية العدد 07، 28 يوليو، 2007.
- 66 أنظر نص المادة 24 من قانون 09/16 المؤرخ في 03 أوت 2016، السالف الذكر.
- 67 عيوط محمد وعلي، المرجع السابق، ص 241 .
- 68 حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 508.
- 69 ظهرت نظرية الأحادية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في أفكار الأستاذ الفرنسي باتيفول وهي تسمى كذلك⁶⁶ نظرية التركيز والتوطين وقوام هذه النظرية أن الموضوع الحقيقي لإرادة المتعاقدين هو تركيز العقد و توطينه في دولة معينة وليس إختيار القانون الواجب التطبيق فالتعاقدان لا يختاران قانونا معيناً يلتزم به القاضي، بل يركزان عقدهما في مكان معين، ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق فالأطراف فقط يقدمون الوقائع التي يتوطن عن طريقها العقد في مكان معين كإبرام العقد أو تنفيذه وتلك المثابة فإن إختيار الأطراف صراحة قانونا معيناً لحكم العقد وكان لا يتقابل ذلك الإختيار مع التركيز أوالتوطين الموضوعي أو الحقيقي لبيان العقد، كان للقاضي حق أن يهمله ويسعى هو في البحث عن هذا التوطين واستخلاص القانون الواجب التطبيق، فالتوافق بين القانون المختار والتوطين الموضوعي للعقد هو الشرط الضروري لفعالية إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، في هذا السياق راجع زياد محمد بشاشة، دور إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية، ج1 ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات ، العدد33، 2013، ص 259 .
- 70 طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 184 .
- 71 سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص 617.
- 72 حفيظة السيدة الحداد، المرجع السابق، ص 508.

⁷³ B. goldman .le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D. du 18 mars 1965 .pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants "in investissement étrangères paris 1969 .p133 spés 134.

⁷⁴ محمود محمد الياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 18 و 19 .

⁷⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية الإقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1997، ص 580.

⁷⁶ غيداء بوادقجي، القواعد ذات التطبيق الضروري في إطار نظرية التنازع، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، بكلية الحقوق، جامعة حلب سوريا، 2015/2014، ص 12.