جـــامعة قاصدي مرباح
كليـة الحقـوق والعلوم السياسيـة
قسم الحقـــوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي
الميدان: الحقوق والعلوم السياسية
الشعبـة: الحقـوق
التخصص: قانون علاقات دولية خـاصة

إعداد الطالبة: بوجمعة كـوثر

العنـــــوان:

القانون الواجب التطبيق على الإستثمار الأجنبي في الجزائر

أوجزت ونوقشت في: 2016/05/25

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة:

الأستاذ/ لعبادي اسماعين	أستاذ محاضرأ ـ جامعة قاصدي مرباح . ورقلة	رئيسـاً
الدكتور/ بوطيب بن ناصـر	أستاذ محاضر ب ـ جامعة قاصدي مرباح . ورقلة	مشرفاً
الأستاذ/شرقي صلاح الديـن	أستاذ مسـاعد أ ـ جامعة قاصدي مرباح . ورقلة	مناقشاً

السنـــة الجامعيـة: 2016/2015

عن أبي هريرة، رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله وعليه وسلّم قال

ومَنْ سَلَك طَرِيقـاً يَلْتَمِسُ فيـهِ عِلْمـاً سَهَّـلَ الله له به طَرِيـقاً إلى الجَنّـةِ

رواه البخاري

نتقـــــــدم بالشكـــــــر إلـــــى

الله عـز وجـل الذي وفقنا في إنجاز هذا العمل المتواضع و الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما،

كما نتقدم بالشكر الجزيل و خالص التقدير و الامتنان لكل من مد لنا يد المساعدة و العون

من قريب أو بعيد طيلة المسار الجامعي.

كما نشكر من أشرف على هذا العمل الأستاذ "بوطيب بن ناصر"

إلى كل رفقاء الدرب الجامعي.

كـوثـر

مقدمـــــة

مقدمـــة

أصبحت الاستثمارات الأجنبية تلعب دوراً بارزاً في تنمية وتطوير المجتمعات لما تتمتع به من وفرة رأس المال والخبرات البشرية والفنية.

فعدم توافر رؤوس الأموال اللازمة وكذا الافتقار إلى الخبرة الفنية لتحقيق التنمية الاقتصادية، من أهم المشكلات التي تواجه دول لعالم الثالث وذلك لسبب محدودية تلك القيّم المالية أو التقنية بها فهي لا تكاد تفي بالخدمات الأساسية للمواطنين دون توافر الموارد المالية لتوفير الاستثمارات اللازمة لتحقيق التنمية، ولذلك كان لابد أن تلجأ هذه الدول إلى تشجيع عملية انتقال رؤوس أموال بما يتّبعها من تكنولوجيا وخبرة فنّية عن طريق الاستثمارات الأجنبية، حيث تسعى الدول المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من أجل جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال منح المزيد من المزايا والإعفاءات والتيسيرات، والمستثمر الأجنبي في حالة قبوله لتصدير رأس ماله لهذه الدول إنما يبتغي بتحقيق ربح مؤكد، وسبيله إلى ذلك إبرام عقد مع الدولة المضيفة يسمى عقد الإستثمار، حيث يسعى المستثمر جاهداً أن يتضمن هذا العقد النّصوص الكفيلة بحفظ كافة حقوقه، وتحضى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب لغرض الحصول على الإستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق تنميتها الاقتصادية بأهمية كبيرة ويرجع ذلك إلى الدّور الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني لكل من الدولة المضيفة والدول التي يتبعها المستثمرين.

فبالنسبة للدول المضيفة التي غالباً ما تكون من الدول النّامية تمثل الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة وتنظيم بنيتها الأساسية وإدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من عقود الاستثمار

عاملاً حيوياً ورئيسياً في تحقيق خطتها الاقتصادية، كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمر المزيد من فرص العمل ومزيداً من الاستثمارات ونمو رأس المال. فإشكالية ظهور النّزاع حول العقد الاستثماري يطرح مشكلة البحث عن القانون الواجب التطبيق لحل هذا النّزاع على أساس أن عقود الاستثمار الأجنبية تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من ناحية والمستثمر الخاص الأجنبي من ناحية أخرى.

فعقد الاستثمار الأجنبي يثير صعوبات قانونية ليس لها حلول مستقرة في التشريعات الوطنية، وفي مقدمة هذه الصعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق إذ نجد في عقد الاستثمار حين إجرائه يلتزم إرادة أطراف العقد.

ويعد مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم عقودهم مبدأ جوهري تكرسه جميع النّظم القانونية، إلا أنه في حالة غياب إرادة الأطراف في عقد الإستثمار الأجنبي، فإنه يتعين الاجتهاد للوصول إلى حَل لتحديد قانون العقد.

ومن هذا المنطلق يعد البحث عن مسألة القانون الواجب التطبيق على عقـود الإستثمار الأجنبية من أهم المسائل القانونية، بوصف أن تحديد قانون معين لتنظيم وحكم العقد ليس مجرد تفضيل قانون على آخر يتم على نحو نظري دون أن يأخذ بحسبان النتائج المترتبة على هذا التحديد، ودراستنا العلمية تكشف أن تحديد القانون الواجب التطبيق يرتب نتائج وآثـار في غاية الأهمية على مجمل العملية العقدية إذ يتوقف تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، وتقويم الإلتزامات المتقابلة في العقد ومدى إمكانية تعديل شروط العقد.

ـ أهمية الموضوع:

بما أن مجال الدراسة يتعلق بعقد من أجل تحقيق تنمية إقتصادية ضخمة ويؤثر في تنفيذهما في الحياة الاقتصادية للدول وهذا ما جعلها تحضى باهتمام الباحثين على الصعيد الدولي والوطني مما يبرز أهمية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار سواء توافر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد أو بانعدام هذه الحرية مما يجعلها ترتب آثار قانونية هامة على العقد حيث يتم تقدير مدى صحة العقد من ناحية والذي ترتكز عليه حقوق وإلتزامات أطرافه من ناحية أخرى، كما يمثل تحديد هذا القانون مسألة أولية لازمة للفصل في المنازعات التي تشوب عقد الاستثمار الأجنبي.

ـ أسباب اختيـار الموضوع:

تعود أسباب اختيار موضوع القانون الواجب التطبيق على الإستثمار الأجنبي في الجزائر لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

ـ الأسباب الموضوعية:

- أهمية الإستثمار الأجنبي في الجزائر وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه.
- مدى محاولة المشرع الجزائري لتكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي.

- الأسباب الذاتيـــة:

- مدى تكريس النّظم القانونية لقاعدة قانون الإرادة في العقود الدولية وفي عقد الاستثمار خاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها
- وإبراز حرية الأطراف وانعدامها في اختيار القانون الأنسب لعقد الإستثمار الأجنبي.

ـ أهــداف البحـــث:

– إبراز مكانة مبدأ سلطان الإرادة في حل مشاكل عقود الاستثمار من خلال اختيار للقانون الواجب التطبيق.

– استظهار بأن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي ليست مشكلة التعريف بحقوق والتزاماته بل هي البحث عن وسيلة أو قانون اللُجوء إليه في الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة.

ـ إشكاليـــة البحـــث:

نظراً للأهمية البالغة للاستثمار الأجنبي وما قد يشوبه من نزاعات، حاول المشرع الجزائري تكريس مبدأ سلطان الإرادة الذي يطرأ أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي.

فما مدى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبية؟

ولقد استخدمنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي من أجل استعراض حلول للوصول وتحديد الحل الأنسب في موضوع بحثنا.

وللإجابة على الإشكالية الدراسة قمنا بتقسيم موضوعنا إلى فصلين:

يتناول الفصل الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي في الجزائر حيث يناقش في المبحث الأول إرادة الأطراف بتنظيم عقد الاستثمار الأجنبي في الجزائر وستكون دراستنا فيه حول خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة وتحديد قانون الإرادة فيه، أما المبحث الثاني سنتناول فيه كل من الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقد الاستثمار الأجنبي سنعرض فيه اختيار الأطراف للقانون الوطن لدولة المضيفة أو لقواعد القانون الدولي العام وأخيراً لقواعد قانون التجارة الدولية.

أما الفصل الثانـي: تقيد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي حيث ندرس في المبحث الأول الاتجاهات الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي ونتطرق فيه إلى خضوع عقد الاستثمار للقانون الوطني لدولة المضيفة وخضوع عقد الاستثمار لقواعد قانونية مستقلة، وفي المبحث الثاني نناقش الحلول القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي كما سنعرض فيه تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وخضوع عقد الاستثمار الأجنبي لقانون الدولة المضيفة.

الفصـــــــل الأول

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي في الجزائر

الفصل الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي في الجزائـــــر

حسبما هو متعارف عليه في مختلف النُظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مضمون هذه القاعدة أن العقد يخضع للقانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة ، إذ تعد عقود التجارة الدولية من أكثر العقود انتشاراً في الواقع الإقتصادي والتجاري حيث كرس دستور 1996 الجزائري حرية التجارة وتشجيع الإستثمار 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 اللُجوء إلى القانون الدولي الخاص هو مبدأ الحرية ، أي الإرادة الذي يخضع إليها العقد الذي هو المستقر في القانون الدولي الخاص، و من هذه العقود الدولية نستهدف عقد الإستثمار و مدى حرية الأطراف بأعمال قانون الإرادة و اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فلذا ستكون دراستنا في هذا الفصل مقسمة إلى مبحثين:

المبحث الأول: إرادة الأطـراف بتنظيم عقـــد الإستثمار الأجنبي في الجزائر.

المبحث الثاني: الإختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقد الإستثمار الأجنبي.

المبحث الأول: إرادة الأطراف بتنظيم عقد الإستثمار الأجنبي في الجزائر.

من المسلم به بخصوص قواعد التنازع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية يستلزم اللُجوء 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 ضابط الإسناد الأصيل في التنازع الخاص بالعقود الدولية.

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 الجزائري على قاعدة إسناد تسمح للأطراف المتعاقدة الحق باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، و قد كرس أيضا قانون الإرادة في المادة17 من قانون الإستثمار01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار بحرية أطراف بتنظيم عقد الإستثمار و تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و بما أن عقد الإستثمار من العقود التجارة الدولية لذا قد تكون إرادة الأطراف دور كبير في هذا العقد، و لتوضيح ذلك سنعرض في هذا المبحث خضوع عقد الإستثمار لقانون الإرادة و الذي نتناوله في المطلب الأول أما في المطلب الثاني تحديد قانون الإرادة في عقد الإستثمار.

المطلب الأول:خضوع عقد الإستثمار لقانون الإرادة.

العقد الدولي لا يرتب آثاره إلا بمقتضى القانون الذي يمنح الإرادة الفردية لإبرام العقد، و لقد 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 خضوعا كاملا لذلك القانون

الذي تم لأطراف اختياره، ومن هنا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه فكرة قانون الإرادة أما الفرع الثاني ملائمة قانون الإرادة لعقد الإستثمار.

الفـــرع الأول: فكـــرة قانـــون 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 لم يكن يسند العقود الدولية لقانون الإرادة وإنما كان يخضعها لقانون محددا سابقا وهو قانون بلد الإبرام أو قانون دولـة التنفيذ وهو في الحالتين لا تملك الإرادة تغيره [1]أي الإعتداد 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 مركز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخلهم ومنحه إياهم هذه السلطة ماكان لهذه المراكز من وجود ،أو لم توجد ولكن بصورة مختلفة"[2]

قد برروا بعض الشُراح تطبيق تلك القانون أو ذاك 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[3].

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

[2] عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان ، 2011/2010 ص 212

[3] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر، 2001، ص22.

ومصطلح سلطان الإرادة يقصد به المجال القانوني بصفة عامة اعتبار أن الإرادة مصدر معيار للحقوق الشخصية فهي الأداة الخالقة للقانون وهذه الفكرة سيطرت على فلسفة القانون في القرن التاسع عشر والتي أكدت للفرد إرادته الحرة بصفة مستقلة عن المجتمع الذي يعيش فيه ، فالإرادة هي أساس القانون وغايته[1].

وتتفرع هذه الفكرة كذلك في القانون الداخلي وله عدة مبادئ هامة وتتمثل في حرية التعاقد واحترام إرادة المتعاقدين في تفسير وتنفيذ العقد، فلإرادة هي الأساس للقانون الخاص والقانون العام أيضاً. فالدولة ذاتها قامت على فكرة العقد الاجتماعي، أما في مجال القانون الدولي الخاص فأن أهم النتائج المترتبة على التأهيل السابق لمبدأ سلطان الإرادة، هي قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد في مجال المعاملات الدولية[2].

كما يشير الفقيه الفرنسي "ديمولان" بوصفه أول من نبه في القرن السادس عشر إلى إمكان خضوع العقد الدولي إلى قانون الإرادة[3].

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

حيث كرست غالبية التشريعات الوطنية وكذلك الإتفاقيات الدولية المنظمة للعلاقات الدولية الخاصة قاعدة قانون الإرادة والتي تقر حق الأطراف للعلاقة العقدية الدولية في اختيار القانون الذي يحكمها، وهو ما

[1] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2000، ص106

[2] منصور يحي عبد الله، تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية،رسالة قدمت لنيل شهادة المجاستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، 2002،ص35.

[3] إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003، ص304

جاء به المشرع الجزائري في المادة 18 القانون المدني الجزائري، التي تنص على " يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...[1]".

فنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري يؤكد للأطراف لهم الحق في إختيار القانون الأكثر صلة بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم وجود الصلة الحقيقية يطبق قانون الموطن أو الجنسية أو قانون محل الإبرام.

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

الفرع الثاني:ملائمة قانون الإرادة لعقد الإستثمار الأجنبي

تعد عقود الإستثمار الأجنبية من العقود الدولية مما يترتب على خضوعها للآثار المترتبة على هذه العقود ومن أهمها منح الأطراف حرية اختيار القانون الحاكم لعقدهم ، لذلك نرى وجوب إعمال بقاعدة قانون الإرادة على عقود الإستثمار، أي للأطراف لهم الحرية في إخضاع عقدهم للقانون الذي تتجه إرادتهم المشتركة إلى تطبيقه على موضوع عقدهم ، حيث أن مبدأ سلطان الإرادة أثر كبير في العقود الدولية [1].

كما يرى الفقيه أحمد 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[2].

حيث يسمح للمتعاقدين 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[3].

ومن ناحية أخرى لأن العقد هو أداة تداول الثروات والخدمات وأطراف العقد هم أدرى بالقانون الذي لا يعرقل ذلك التداول ويستجيب لحركة التجارة الدولية [4] وازدهارها عبر الحدود هذا لاسيما وأن هناك قوانين متقدمة لبعض الدول في مجال تنظيم عمليات تلك التجارة بينما توجد قوانين لبعض من الدول تزال بدائية لا تصلح إلى المبادلات الداخلية.

---

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2006 ، ص 102 .

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، الإسكندرية ، 2008، ص150

[3] شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مقال من الدفاتر السياسية والقانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011، ص228.

[4] H.KELSEN, Théorie juridique de la convention, in arch.dr.,1940, P33

غير أنه أقرت إتفاقية واشنطن لسنة 1925 والخاصة بتسوية المنازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 42 منها تجعل من إرادة الأطراف المبدأ الأساسي الذي يحكم تعين القانون الذي يلتزم المحكم بتطبيقه ، إذ نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن " تفصل هيئة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون التي يتفق عليها ".[1]

بالإضافة إلى ذلك فقد كرس مجمع القانون الدولي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود الإستثمار المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة التابعة لدولة أخرى[2].

بما أن عقود الإستثمار من عقود التجارة الدولية، فقد أشار المشرع الجزائري في أحكام التحكيم التجاري الدولي بأن للأطراف القدرة على اختيار النظام القانوني الحاكم لعقدهم بوصفهم قانون إرادتهم وهذا ما جاء في المادة 1041 و 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [3]، على أنه يمكن في اتفاقية التحكيم التجاري الدولي للأطراف تحديد قانون الإجراءات على الخصومة.

وعليه مما سبق يتضح لنا أن عقود الاستثمار مثل بقية العقود الدولية تخضع لقانون الإرادة، بحيث يحق للأطراف هذه العقود اختيار القانون الذي يرونه مناسبا على عقدهم.

المطلب الثاني: تحديد قانون الإرادة في عقد الإستثمار الأجنبي.

إذا كانت النُّظم القانونية لمختلف الدّول قد اعترفت بأن العقود الدولية تخضع إلى قانون إرادة المتعاقدين فإن هذا الاعتراف يبدو بسيطا نظريا غير أنه يثير العديد من التساؤلات في تحديد هذا القانون في عقد

[1] أنظر اتفاقية واشنطن على الرابط: http/www.Jus.uio.//lm/France.arbitration.code.of.civil.procedure ,198/doc

[2] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 103

[3] أنظر نص المادتين 1041-1043 من الآمر 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الإستثمار، فهل يلزم أن تكون إرادة الأطراف صريحة أم ضمنية؟ ومتى يمكنهم 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 المتعاقـدان عن الاختيار الصريح لهذا القانـون وهذا ما سنراه في هذا المطلب الذي ينقسم إلى فرعين الفرع الأول يتضمن 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 التطبيق هو تلاقي إرادة الطرفين برضاء تام[1]، وذلك بأن يتضمن العقد نصاّ صريحا يشير إلى القانون الواجب التطبيق بحيث يلتزم القاضي إذا أحيل عليه النزاع أن يحترم تلك الإرادة.

وتكون تلك الإرادة لضابط إسناد، ويكون اختيار للقانون الذي يحكم عقدهم بشكل صريح وبعبارة تعبر عن نيّتها الحقيقية إما بالكتابة أو بالإشارة أو ما شابه ذلك[2].

[1] محمد وليد المصري، العقد الدولي بين النظرة التقليدية والحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد عشرون، 2004، ص159.

[2] محمود محمد الياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2000، ص 10.

ولقد كرست هذا المبدأ العديد من الإتفاقيات الدولية، ومن أبرز هذه الإتفاقيات إتفاقية روما التي نصت في المادة الثالثة في فقرة الأولى" على أنه يخضع العقد للقانون المختار بواسطة الأطراف المتعاقدة ، ويتعين أن يكون هذا الاختيار صريحا ناتجا على نحو مؤكد من نصوص العقد ذاته أو من ظروف التعاقد"[1]

ويتبين من هذا النّص أن هذه الإتفاقية تكرس الإعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق [2]، و إتفاقية روما من أبرز الإتفاقيات التي نصّت على حرية الأطراف في اختيار قانون لحكم عقودهم الدولية ، حيث تبرز أهمية التحديد الصريح إلى مدى فعاليته و قوته في مواجهة القانون.

حيث نرى من الأهمية إدراج المتعاقدون في عقدهم شرطاَ أو بنداً يحدد الاختصاص التشريعي فإنهم على ذلك فهم يتصرفون كمن يبرم عقد تأمين على الحياة تحوطاً للمستقبل وما يكتفيه من أخطار، فالمتعاقدون يرغبون في التنفيذ السلمي لالتزاماته م المتبادلة، ولا مانع من ذلك أن يعدوا مقدماّ للقواعد القانونية التي تساعد على حل ما عسى أن يثور بينهما من منازعات في المستقبل حول عقدهم[3]

ومن هنا فإن تحديد القانون المطبق على العقد لن يكون صعباّ طالما أعلن المتعاقدان صراحة على القانون الذي يخضع له العقد، لذا نؤكد على أهمية الاختيار أو التحديد الصريح لقانون العقد تفادياً لما يمكن أن يثيره غياب هذا الاختيار من تعقيدات.

[1] انظر نصّ المادة 3 من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية المبرمة، سنة 1980.

[2] Paul la gard ,le nouveau droit international privé ,des contrat après en vigueur de convention de ran19 juin1980 , crit ,1991,p228 ets.

[3] فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص123

الفرع الثاني: الإختيار الضمني لقانون الإرادة

قد نجد في بعض الأحيان في العقود الدولية إهمال أطراف العقد لإتفاق شرط الإختصاص التشريعي أي انعدام التحديد الصريح لقانون العقد الإستثمار[1].

إن لم يعبر المتعاقدان صراحة عن إرادتهم في اختيار معين يحكم موضوع عقد الإستثمار فأنه يكون من واجب المحكمة أن تستنبطه من العوامل المحيطة بالعقد، أي أن القاضي أو المحكم يجد نفسه مضطرا في غياب الاختيار الصريح يلجأ إلى الإرادة الضمنية إذا كانت هناك قرائن أو مؤشرات تـدل على وجود هذه الإرادة تتنبأ عن ميل واضح إلى اختيار نظام قانوني معين.

ويكون للقاضي أو المحكم الكشف عن الاختيار الضمني للقانون الإرادة من خلال الملابسات و الظروف المحيطة بالعقد، إذ توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم أن يقيم القرينة على اتجاه الخصوم على اختيار قانون معين، مع مراعاة و دراسة كافة ظروف العقد، و عدم الإقتصار على أي عنصر، ثم الترجيح بين هذه العناصر للوصول إلى أكثرها أهمية في نظر المتعاقدين [2]، حيث أن التحكيم في مجال عقود الإستثمار أضفى أهمية على اتفاق إختيارالقانون الواجب التطبيق سواء تحديد القانون عند التعاقد أم في مرحلة لاحقة و بعد ظهور النّزاع ، وعليه أعتدت هيئات التحكيم باتفاق الأطراف سواء على اختيار الأطراف باتفاق صريح أم ضمني التي يستخلصها القاضي أو المحكم من دلائل ثابتة على إبرام العقد الأصلي.

[1] عوض الله شبيه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط 2 ، دار النهضة العربية، القاهرة ،1998 ، ص 519 .
[2] بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص 111.

المبحث الثاني: الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقد الإستثمار الأجنبي

.

يعد الإتفاق المسبق على القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار أمراً في غاية الأهمية فعدم تحديد القانون على العقد يؤدي إلى تعقيدات في حسم المنازعات التي تشوب هذا العقد.

فمن الغالب هو أن أطراف العقد عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار، قد يتفقوا على تطبيق القانون الوطني لدولة الطرف أي قانون دولة المستثمر أو إخضاع عقدهم لقانون الدولي العام، كذلك قد يتفقوا على إخضاع عقدهم لقواعد قانون التجارة الدولية ولتوضيح هذا سنعرض في هذا المبحث في اختيارا لأطراف لقانون الدولة المضيفة والذي سنتناوله في المطلب الأول أما في المطلب الثاني اختيار الأطراف قانون الدولي العام أما المطلب الثالث اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية.

المطلب الأول: اختيار الأطراف للقانون الوطني للدولة المضيفة.

يعد اختيار الأطراف لقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار قانون الإرادة الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، حيث هو اختيار صريح يحكم عقدهم، أو كانت الملابسات أو الظروف المحيطة بالعقد يتبين منها إتجاه إرادتهم الضمنية إلى اختيار هذا القانون ليحكم هذا العقد.

وفي حالة مالم يعبر الأطراف عن إرادتهم الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم النواحي الموضوعية في العقد، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم اللّجوء إلى إرادتهم الضمنية إذا توفرت مؤشرات يستطيع من خلالها معرفة إتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار هذا القانون، إلا أنه قد يكون هذا القانون ملائما

للمعاملات التجارة الدولية وقد يستبعد تطبيقه وهذا ما نتطرق إليه في هذا المطلب الذي قسم إلى فرعين: الفرع الأول ملائمة القانون الوطني لعقد الاستثمار أما الفرع الثاني استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

الفرع الأول:ملائمة القانون الوطني لعقد الإستثمار.

وفي عقود الإستثمار فإن وجود الدولة طرفاً في العقد يجعل القانون الذي للعقد صلّة جوهرية به هو قانونها الوطني، إذ يكاد يكون هذا أمراً لا مناص منه وهو قانون دولة التنفيذ، كما أنه في الغالب قانون محل الإبرام وقانون موضوع العقد، وقد طُبقت العديد من أحكام التحكيم منازعات الإستثمار هذا الاتجاه[1].

وبالرغم من إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الوطني لدولة المتعاقدة فإنه يتعين على القاضي أو المحكم إعمال هذا القانون بوصفة قانون الإرادة سواء كان صريح أو ضمني.

الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة.

أوضحنا فيما تقدم أنه إذا اتجهت إرادة المتعاقدين في عقود الإستثمار إلى اختيار القانون الوطني للدولة المتعاقدة، فأنه يتعين على القاضي أو المحكم أعمال هذا القانون بوصفه قانون الإرادة، سواء اتجهت إرادة المتعاقدين إلى اختيار هذا القانون بعبارات صريحة أم كان اختيارهم له بصورة ضمنية بحيث يمكن استخلاصه بطريقة مؤكدة من شروط العقد والملابسات المحيطة به.

وبما أن قانون الدولة المتعاقدة هو النظام القانوني الذي عادة ما يكون مختصا في عقود الإستثمار إلا أن بعض هيئات التحكيم قد تستبعد قواعد قانون الدولة المضيفة للإستثمار إستناداً إلى العديد من الحجج التي ساقها المحكمون، وعليه تستبعد بعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات الإستثمار تطبيق

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص121 .

القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار لعدم ملائمة القوانين الوطنية مع المعاملات التجارة الدولية لما يشوبها من قصور في التشريع ، كما تستبعد قواعد القانون الداخلي ذلك بحجة إستكمال النقص الذي قد يوجد في قواعد ذلك القانون ، من خلال اللجوء إلى قواعد القانون الدولي لتكملة هذا النقص .

حيث تدل السوابق التحكيمية بشأن منازعات الإستثمار الدولية باستبعاد قواعد قانون الدولة المضيفة للإستثمار بحجة إذا كانت بعض قواعد هذا القانون تتعارض مع مبادئ القانون الدولي[1].

المطلب الثاني: اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام.

نحن نسلم بأن الحل الذي يشير بتطبيقه قانون العقد يجب إستبعاده عندما يتعارض مع النظام العام الدولي لدولة القاضي[2].

في الحقيقة، إن أعمال قواعد النظام العام مبني على إفتراض مؤداه إختلاف الحل الذي يشير به القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار، حيث قد يختار الأطراف قواعد القانون الدولي العام كقانون حاكم للجوانب الموضوعية في عقدهم، و يقصد بقواعد القانون الدولي العام مجموعة المعاهدات التي تتصل بالتجارة الدولية وهذا ما سنراه في هذا المطلب الذي يتضمن الفرع الأول حق الأطراف في إختيار قواعد القانون الدولي العام، وإعمال بقواعد القانون الدولي العام في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حق الأطراف في اختيار قواعد القانون الدولي العام.

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص123

[2] محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2001، ص 16.

إذا كانت بعض الدول النامية تحرص على اختيار قانون الداخلي ليطبق على المنازعات المحتملة مع المستثمرين الأجانب، إلا أن صياغة بند القانون المطبق قد ترد في صورة تسمح بتطبيق قواعد أخرى كالقانون الدولي مثلا في حالات معينة، أو تطبيق القانون الداخلي على شرط إتساقه مع مبادئ القانون الدولي[1] .

قد يتفق الأطراف في عقود الإستثمار إستنادا لمبدأ سلطان الإرادة، الاتفاق على تطبيق قواعد القانون الدولي لحكم عقدهم، و يكون الاتفاق على تطبيق هذا القانون على عقود الإستثمار بالإتفاق الصريح على تطبيق مبادئ القانون الدولي العام، أو الاتفاق على تطبيق أحد مصادره كأن يخضعوا عقدهم لإتفاقية دولية .

حيث عند غياب الاختيار الصريح لقانون ما يحكم العقد، إلى أن وجود شرط التحكيم الذي يتضمنها عقد الإستثمار عادة يعتبر قرينه على إتجاه نيّـة الأطراف في عقدهم.

الفرع الثاني:إعمال بقواعد القانون الدولي العام.

إذا اتفق الأطراف في عقود الاستثمار على تطبيق قواعد القانون الدولي العام على عقدهم فلا يوجد ما يحول دون خضوعه لقواعد هذا القانون فلا ترد على إعمال أحكام هذا القانون أي قيود غير تلك التي تقوم الدول بوضعها بحيث أن جميع المسائل تصلح لأن تكون محلاً للتنظيم الدولي وإعمال قواعد قانون الدولي العام.

[1] جمال محمود الكردي، عقود البيع الأسلحة في النطاق الدولي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ص 111.

غير أن الصعوبة التي تثور بصدد إعمال القانون الدولي على عقود الاستثمار تتمثل في كونه لا يحتوي قواعد كافية لحكم عقود ذات طبيعة كهذه، حيث أن القانون الدولي العام في مصادره المختلفة لا يتضمن قواعد تقضي على العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب طابع الإلزام القانوني الدولي[1].

المطلب الثالث: إختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية.

قد يختار الأطراف إستناداً لقانون الإرادة لإخضاع عقدهم لمجموعة قواعد عبر الدولية و التي لا توصف بكونها داخلية ولا قواعد دولية، و لكنها مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية ، حيث تشكل الأعراف و الممارسات السائدة في التجارة الدولية بهدف تنظيم الروابط الخاصة بالتجارة، و قانون التجارة الدولية نظام قانوني جديد و مستقل عن النظم القانونية الوطنية و عن نظام القانون الدولي العام يؤدي إلى التخلي عن القانون الوطني لا يلائم علاقات التجارة الدولية [2]، فلذا ستكون دراستنا في هذا المطلب تتضمن في الفرع الأول : حق الأطراف في عقود الإستثمار في إختيار قانون التجارة الدولية أما الفرع الثاني خضوع عقود الإستثمار لقانون التجارة الدولية إستناداً لإتفاق الأطراف .

[1] حفيظة سيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2007 ص 697

[2] أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2006، ص23

الفرع الأول: حق الأطراف في عقود الإستثمار في اختيار قانون التجارة الدولية.

كرست العديد من التشريعات الوطنية و كذلك الاتفاقيات الدولية للأطراف الحق في اختيار قواعد قانون التجارة الدولية استناداً لمبدأ سلطان الإرادة من خلال النّص على حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق و بذلك أصبح خضوع المنازعة لقواعد التجارة الدولية بوصفها القواعد القانونية التي اختارها الأطراف على أساس ليس هناك ما يمنع الأطراف في عقود الإستثمار من الاتفاق على تطبيق هذه القواعد لأن عقود الإستثمار تقتضي إعمال اختيار الأطراف لقواعد قانون التجارة الدولية استناداً لمبدأ سلطان الإرادة بما ينسجم مع خصوصية هذه العقود[1].

الفرع الثاني: خضوع عقود الإستثمار لقانون التجارة الدولية استناداً لاتفاق الأطراف.

يتفق الأطـراف في عقـود الإستثمار على تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية قـد يكون صريحاً أم ضمنياً.

فالإتفاق الصريح على تطبيق قواعد التجارة الدولية فإنهم يستخدمون صياغة يعبرون فيها عن رغبتهم في عدم تطبيق قانون داخلي في العقد، أما الاتفاق الضمني بحيث يمكن إستخلاصه من بعض المؤشرات فقد يستند المحكم إلى بعض الشروط التي أدرجها الأطراف في عقدهم للقول بإتجاه إرادتهم الضمنية إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية[2].

وعليه عندما يختار الأطراف قواعد التجارة الدولية لتحكم موضوع عقدهم فأنه يتعين استناداً لمبدأ سلطان الإرادة احترام هذا الاختيار وإعمال هذه القواعد على عقود الإستثمار ، مراعاة حقيقيتين أساسيتين

[1] بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص152.
[2] هشام علي صادق ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، المرجع السابق ، ص 223

تتمثل الأولى في خصوصية عقود الإستثمار، بالنظر لارتباطها بخطط التنمية للدولة المتعاقدة والتي غالبا ما تكون دولة نامية ، حيث يستلزم الأمر وجود قواعد عبر دولية تراعي الطبيعة الخاصة لهذه العقود، أما الثانية فهو جواز استكمال النقص في هذه القواعد القانونية الأكثر ارتباطا بموضوع العقد و التي غالبا ما تكون قواعد قانون الدولة الطرف في العقد [1].

بما أن عقد الإستثمار الأجنبي من العقود التجارة الدولية ويخضع لمبدأ سلطان الإرادة فأن الأطراف لهم حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي إستناداً لمبدأ سلطان الإرادة إختيار أي قانون يرونه مناسبا ليحكم علاقاتهم التعاقدية ، بغض النظر عما كان قانون المختار قانونا وطنياً لدولة معين أم قانون أخر، حيث يستلزم في عقد الإستثمار أن تكون إرادة الأطراف صريحة أم ضمنية في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم ، إذ تتاح لهم حرية إختيار تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار أو إختيار قواعد قانون الدولي العام أو إخضاع عقدهم لقواعد التجارة الدولية Lex Mercatoria

[1] بشار محمد الأسعد ، المرجع نفسه ، ص 159.

الفصـــــــل الثـــاني

تقييد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي .

الفصل الثاني: تقييد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي .

إذا سكت الأطراف في العقد عن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار و تعذّر على القاضي أو المحكم أن يكشف عن إرادتهم الضمنية فأنه يتعين على القاضي أو المحكم أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد.

بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، حيث في حالة سكوت إرادة الأطراف في العقد الدولي فإن تحديد هذا القانون يتم من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص .

ومنه هناك إتجاهات تختلف بشأن تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود الإستثمار عند غياب أية إرادة للأطراف في تحديد هذا النظام، وفي ضوء ما تقدم تنقسم دراستنا في هذا الفصل إلى المبحثين:

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي .

المبحث الثاني: الحلول القانونية لعقد الإستثمار الأجنبي.

المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي .

تعد طبيعة عقود الإستثمار وارتباطها بالخطط التنموية لدولة المضيفة والتفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطرافها، جعل من مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة مرتبطة بين الأطراف بالعديد من النظريات بشأن تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العقود فمنه من ينادي بخضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني لدولة وإقصاء أي قواعد قانونية أخرى وطنية أو دولية في حين يذهب إتجاه آخر إخضاعها لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة.

ولتوضيح ذلك سنعرض في هذا المبحث خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني لدولة المضيفة والذي نتناوله في المطلب الأول أما في المطلب الثاني خضوع عقد الإستثمار لقواعد قانونية مستقلة.

المطلب الأول: خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني لدولة المضيفة.

بالرغم من تطبيق قواعد تنازع القوانين في حين غياب إرادة الأطراف في عقود الإستثمار 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.

فهناك من يؤكد على حق الدولة المتعاقدة بتنظيم عقود الإستثمار استناداً إلى أنها عقود إدارية، وهذا ما يبرر خضوعها لقانون الدولة المضيفة، وهناك من يعطي لدولة المتعاقدة الحق بتنظيم عقود الإستثمار استناداً إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

و كل من الرأيين حجج و أسس استندوا إليها، في مدى فاعليتها في الوصول إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقود الإستثمار، حيث ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة كعقود إدارية ، أما في الفرع الثاني خضوع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً لقرارات الأمم المتحدة .

الفرع الأول: خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة كعقود إدارية .

سنعرض في هذا الفرع الإتجاه المنادي بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقود الإستثمار على أساس أنها عقود إدارية و هذا يتوجب خضوعها لنظامها القانوني استناداً لفكرة سيادة الدولة التي تقتضي بعدم خضوعها لقانون آخر غير قانونها.

فعقود الإستثمار 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 ، و يكون للدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة[1] .

كما توجد شروط لتكييف عقود الإستثمار كونها عقود إدارية منها أن الإدارة تكون طرفا في العقد حيث تعتبر الإدارة دائما أحد أطرافها وأن يكون العقد متصلا بالمرفق العام، كذلك احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فإن عقود الإستثمار تتضمن العديد من الشروط الإستثنائية التي لا توجد مثلاً لها في عقود القانون الخاص[2].

[1] عصمت محمد الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ص116.

[2] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص 212.

الفرع الثاني: خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً لقرارات الأمم المتحدة.

ذهب هذا الرأي في تأسيس حق الدولة المضيفة بتنظيم عقود الإستثمار التي تبرمها مع الشركات الأجنبية الخاصة على القرارات الصادرة عن الجمعية العامة لأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدّول.

فهذه القرارات تعكس المبادئ المهمة السائدة في المجتمع الدولي، فأنه بالإمكان تقديمها كبرهان عند عدم وجود البرهان أمام هيئات التحكيم.

حيث ظهر مبدأ السيادة لأول مرة في أوائل القرن الخمسينيات من خلال قرارات الجمعية العامة لأمم المتحدة، ومن القرارات التي يمكن الاستناد إليها في تطبيق قانون الدولة المضيفة للإستثمار هو أن يكون الرأسمال المستورد وعائداته محكوما بالتشريع الوطني النافذ وبالقانون الدولي[1].

وبالرغم من أن هذا القرار أشار بإضافة القانون الوطني إلى القانون الدولي، ومنه يمكن تطبيق القانون الوطني لدولة المتعاقدة على المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار التي تبرمها مع المستثمرين الأجانب.فحين رفضت الدول المتقدمة إخضاع عقود الإستثمار لقانون الدولة المضيفة يمكن أن تستمد من قرارات الأمم المتحدة، لأن هذه القرارات تعد توصيات موجهة لدول الأعضاء ولا تمثل صفة الإلزام لذلك فهم يعتقدوا لا جدوى لاستناد إلى هذه القرارات من أجل إخضاع عقود الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة.

[1] علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ،1998 ص 147.

المطلب الثاني:خضوع عقد الإستثمار لقواعد قانونية مستقلة.

يذهب جانب من الفقه المؤيّد لمصالح الشركات الأجنبية، أنه في حالة غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار.تصبح غير خاضعة لأي قانون وطني، وإنما قد تخضع لمجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن أي من النظم القانونية الوطنية حيث يرى أن خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة للإستثمار سيؤدي إلى تمكين أحد أطراف العقد من تغيير القانون الواجب التطبيق، وبالرغم من أن قانون الدولة المضيفة هو الغالب في الدول النّامية قد لا يكون مناسبا لمواجهة عقود الإستثمار. لأنه لا يوجد إجماع حول تحديد هذه القواعد المستقلة فقد جرى اقتراح نظم و مبادئ قانونية مختلفة بصفتها واجبة التطبيق على العقد عند عدم وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل أطرافه، إذ يفضل البعض تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في حين يفضل البعض الآخر إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي العام بما يسمح بترتيب مسؤولية الدولة في حالة قيامها بتعديل العقد أو إنهائه كما يفضل البعض الآخر إخضاع العقد لقواعد قانون التجارة الدولية lex mercatoria بوصفه القانون الذي يحكم العلاقات العبارة بين الدول.

فلذا ستكون دراستنا في هذا المطلب مقسمة إلى ثلاث فروع الفرع الأول المعنوّن بتطبيق القانون الذاتي للعقد فحين الفرع الثاني تطبيق قواعد القانون الدولي العام أما الفرع الثالث تطبيق قواعد التجارة الدولية.

الفرع الأول: تطبيق القانون الذاتي للعقد.

يرى هذا الإتجاه ضرورة تحرير عقود الإستثمار من الخضوع لأي نظام قانوني اعتماداً على مبدأ الكفاية الذاتية للعقد المبرم بين الطرفين حيث أنه في مجال الاستثمارات والتجارة الدولية.

يعد الاعتراف للأطراف بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم وإعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقيّيدهم[1]، إذ يعد من أحسن السُبل للإفلات من قوانين الدول.

فالعقد لا يستلزم لوجوده أو خلقه الكثير من النّظم القانونية تَدخل أي سلطة خارجية أو نظامية، فهو كتصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مراده إرادة الأطراف وحدها، دون الرجوع إلى أي قواعد قانونية.

وعليه وفقا لهذا الإتجاه ينبغي أن يكون تنظيم عقود الإستثمار بناءاً على مبدأ واحد وهو أن العقد يعتبر قانون الفصل في جميع المنازعات.

الفرع الثاني:تطبيق قواعد القانون الدولي العام.

يدعو جانب من الفقه المدافع عن مصالح الدول الغربيـة والشركات المتعددة الجنسيات إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب وتحريرها من الخضوع للسيطرة الطبيعية للقانون الوطني للدولة المضيفة، فخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يمكن لهذه الأخيــرة من تعديل عقدها مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها أو إنهائه بإرادتها المنفردة، وذلك بوصفها سلطة عامة.

[1]أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق ، ص157

إذ يخضع عقد الاستثمار للقانون الدولي العام ، والإعمال بهذا لقانون يحقق للمتعاقد مع الدولة حماية أكيدة وفعالة[1].

إذ يروا أن هذه العقود تكون خاضعة للقانون الدولي العام بالمعنى الدقيق، يكون وجودها ومصيرها مصونين من أي تجاوز يقع من قانون محلي باعتبار أن قاعدة القانون الدولي تسمو على إرادة الدولة المتعاقدة وهذا يتبعه من عملية إقصاء البحث عن إسناد العلاقة إلى قانون وطني معيّن.

الفرع الثالث: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

سلمنا أن قواعد قانون التجارة الدولية هي مجموعة قواعد عبر الدولة المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي.

حيث ذهب جانب من الفقه أنه عند غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق فعلى المحكم أن يقوم بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.وبما أن القانون الدولي العام لا يصلح في رأي هذا الاتجاه في حد ذاته للإعمال به في عقود الإستثمار، فيؤكد أحد الأساتذة في هذا الخصوص على أن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة تخرج من مجا تطبيق القانون التجاري الدولي ، فهذا القانون ينش ليحكم العلاقة التجارية الدولية التي تكون الدولة طرفا بوصفها شخص عادي[2] فإن الحل الأمثل لحكم هذه العقود يتحقق بالبحث عند نظام قانوني آخر لا ينتمي لا إلى القانون الداخلي و لا للقانون الدولي العام، و هو النظام الذي يطلق عليه قواعد قانون التجارة الدولية lex mercatoria[3].

[1] حفيظة سيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية ، المرجع السابق ، ص 559.

[2] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق ، المرجع السابق ، ص 34.

[3] 246. بشار الأسعد، عقود الاستثمارفي العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص

المبحث الثاني:الحلول القانونية لعقد الإستثمار الأجنبي في الجزائر.

لحسم منازعات الإستثمارات الأجنبية معرفة وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع إلا أن في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديدهم للقانون المطبق للعقد وبالرغم من هذا فهناك حلولا فعالة لتسوية منازعات عقد الإستثمار لذلك نفضل الرجوع في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص أو إخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة.

ووفقا لأحدث الاتجاهات في القانون الدولي الخاص المعاصر فإن معظم التشريعات والاتجاهات الفقهية عند سكوت إرادة الأطراف في الاختيار يتم إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به وعليه نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

المطلب الثاني: خضوع عقد الإستثمار الأجنبي لقانون الدولة المضيفة.

المطلب الأول: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

إن المستقر عليه في القانون الخاص المعاصر انه عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، فلا يجوز للقاضي أو المحكم البحث عما يسمى بالإرادة المفترضة للأطراف.

لذلك فأنه يتعين على القاضي أو المحكم في بحثه عن القانون الواجب التطبيق اللجوء إلى تركيز الرابطة العقدية بإسناده ا إلى القانون الأوثق صلة بها، و الذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل في الرابطة العقدية ، إذ أنه حين لا تكون نيّة الطرفين المتعاقدين معلنة بشأن القانون الذي يحكم العقد ، ولا يكون من الممكن استنباطها من الظروف ، فإن العقد يكون محكوما بالنظام القانوني الذي يكون له صلّة الحقيقية الأوثق بالعقد و عليه من خلال ما سبق نقسم هذا المطلب إلى الفرعين .

الفرع الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في عقد الإستثمار.

الفرع الثاني: دور الهيئة التحكمية في عقد الإستثمار.

الفرع الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في عقد الإستثمار الأجنبي.

ورد في المادة: 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في كل من التشريع الجزائري تفيد بإمكانية تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون الدولي على النّزاع.

فالمبادئ العامة للقانون إن لم يتضمنها النّص على سبيل التحديد أو الذكر و هي تختلف عن العادات التجارية الدولية فقد كرستها الكثير من العقود الاستثمارية والاتفاقيات الثنائية بالجزائر لاعتبار أن السياسة الاستثمارية الجديدة قد شجعت الإستثمار الأجنبي ببعض الضمانات، تمثلت في إعطاء الأولوية باختيار

القانون الملائم أو الأصلح له الذي كثيرا ما يفضل تطبيق المبادئ العامة للقانون و هي قواعد القانون الدولي الخاص التي يطمئن إليها أكثر من التشريعات الداخلية في بلدان العالم الثالث[1].

إن تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي التي أخذت بها الجزائر وبعض دول العالم الثالث تؤدي إلى استبعاد القوانين لوطنية الداخلية سواء كانت قوانين دول الأطراف أو قانونا أجنبيا ، وذلك ما يشكل خطورة على مصالحها بسبب تفسيرها من طرف المحكمين تفسيراً يخدم مصالح الشركات الأجنبية لسبب اختيار هذا المصدر كقانون واجب التطبيق على النّزاع.

الفرع الثاني:دور الهيئة التحكمية في عقد الإستثمار الأجنبي.

إن تحرير الهيئة التحكمية من التقيّيد بأي نصّوص تشريعية أو أي قواعد قانونية مهما كان مصدرها سعيا منها لإجراء نوع من التسوية للنزاع المعروض عليها[2].

أخذ المشرع الجزائري على إمكانية حسم النّزاع من طرف الهيئة التحكيمية على أن يكون تحكيما بالقانون إذ أكد على أن المحكمين يفصلون في الدعوى وفقا لقواعد القانون [3]، إلا أن قانون التحكيم الدولي قد ترك للأطراف حرية اختيار القانون الإجرائي أو الموضوعي فإذا تضمن القانون الأجنبي نصا يعترف بالتحكيم بالصلح و بالعدل و الإنصاف، فليس في القانون الجديد ما يمنع ذلك، أما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق فأنه لم يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف بل نصّ على أنه:...." تفصل محكمة التحكيم في النّزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل

[1]أحمد بوخلخال ، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر،2013 ص 149.

[2] أحمد بوخلخال ، المرجع نفسه ، ص 151.

[3]أنظر نص المادة 1023 من الأمر 09/08 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة مما يعني أن المشرع الجزائـري قـد أدخل الأعـراف إلى جانب القانون في التحكيم الدولي.

فطبقاً للنّص الجديد نلاحظ أن المشرع الجزائري قــد ضيّق من اللجوء إلى التحكيم وجعله استثناء من الأصل العام باشتراط أن يتفـق عليه صراحة.

المطلب الثاني: خضوع عقد الإستثمار الأجنبي لقانون دولة المضيفة.

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لعقد الإستثمار حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للإستثمار. و هو ما يعطي بالتالي قضائها إختصاصا أصليا للفصل في تلك المنازعات و ذلك في ظل غياب النّظم و التشريعات للوسائل الأخرى المتفق عليها، و في هذا السياق تتضمن كثير من التشريعات المتعلقة بالإستثمار النّص على إختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات العالقة به أو التي قد تنشأ عن تنفيذ الإستثمارات الأجنبية.

فلذا ستكون دراستنا في هذا المطلب تنظيم الإختصاص في التشريع المقارن في الفرع الأول وتنظيم الاختصاص في التشريع الوطني في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تنظيم الاختصاص في التشريع المقارن.

ذهبت بعض الدول وقررت أن القضاء الوطني هو الجهة الوحيدة التي تختص بنظر في منازعات الإستثمار بين الشركات الأجنبية المستثمرة والدولة المضيفة و منها قانون الإستثمار الكويتي رقم : 08 لسنة 2001، و الخاص بتنظيم الإستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت والذي نصّ

في مادته 16 من الفصل السادس على أنه: " تكون المحاكم الكويتية و حدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الإستثمار الأجنبي و الغير أي كان".

كما نصّت المادة 27 من الإتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على إمكانية لجوء المستثمر العربي إلى القضاء الوطني المختص إلى حين إنشاء محكمة الإستثمار العربية وذلك للفصل في النزاع عندما يتعلق بعدم إتفـاق الأطراف على اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم.

وقد منعت الإتفاقية مسألة اللّجوء إلى القضاء المزدوج في المادة 32 منها التي حددت بقولها على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام احدى الجهتين، امتنع عليها رفعها أما الجهة الأخرى[1].

وعليه نلاحظ أنه قد ترك الخيار والمفاضلة للمستثمر العربي في حالة نشوب نزاع بينه وبين الدولة العربية المضيفة له بطرحه أمام القضاء الوطني للبلد المضيف.

الفرع الثاني: تنظيم الاختصاص في التشريع الوطني.

نصّ التشريـع الجزائـري في مرسوم 12/93 في المادة 41على أنه:" يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ، إما بفعل المستثمر وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك إتفاقيات ثتائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية ، تتعلق بالصلح والتحكيم أو إتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالإتفاق على إجراء الصلح بالجوء إلى تحكيم خاص [2].

[1] بوخلخال أحمد، المرجع السابق، ص 72 .

[2]مرسوم تشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في: 1993/10/05 يتعلق بترقية الإستثمار لجريدة الرسمية رقم:1993/64 وتضمنه أيضا الأمررقم01-03 المؤرخ في20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار

و لم يكتف التشريع الجزائري بالنّص على هذا المبدأ في التشريع الخاص المتعلق بالإستثمار فحسب ، بل قام بتجسيده أيضا في بعض الإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها مع الدول الأوربية في إطار الحماية و الترقية المتبادلة للإستثمار، إذ قد نصّت على خضوع منازعات الإستثمار الأجنبي للإختصاص المحاكم الوطنية ، حيث تضمن الاتفاق الإيطالي الجزائري الموقع في : 1991/05/18 في مادته 2/08 على هذا المبدأ نصّت على أنه " إذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النّزاع إلى جهة التقاضي المختص... في الدولة المتعاقدة التي تم الإستثمار على إقليمها..."[1]

كما أنه إختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ أو تفسير عقود الإستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة لم يتوقف فقط على الأنظمة القانونية الداخلية فهناك بعض الصيّغ الدولية ذات الطابع المتعدد الأطراف الدولية أو الإقليمية التي أكدت هي الأخرى على ذلك ، فمن تلك الصيّغ التي عالجت اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للإستثمار نجد أن الجمعية الأمم المتحدة في 1962/12/14 و في قرارها رقم 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية قد أكدت الفقرة الرابعة منه على إختصاص القضاء الوطني الداخلي البت في كافة المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي وأضافت أنه يمكن الرجوع إلى التحكيم و القضاء الدولي في حالة الاتفاق الصريح بين الأطراف المعينة على ذلك .

و كذلك أصدرت الجمعية العامة القرار رقم: 29/3281 الخاص بميثاق الحقوق و الوجبات الاقتصادية للدول الأعضاء و الذي نصت مادته 2/02 على أنه " عندما تثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا

[1] المرسوم الرئاسيرقم 346/91 المؤرخ في 05أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقّع بالجزائر في 18 أكتوبر 1991، الجريدة الرسمية رقم: 46 /1991.

الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة ما لم يوجد إتفاق من قبل الدولة المعنية على إتباع وسائل أخرى سليمة لحل هذه النزاعات[1].

وقد نصت الإتفاقية الخاصة بإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية [1] على إختصاص القضاء الوطني في المادة 1/09 من الفصل الثاني المتعلق بمعاملة المستثمر العربي حينما يتخذ بشأن رأسمال عربي مستثمر في آية دولة عضو تدبير عام يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة على وجوب إتاحة فرصة الطعن للمستثمر العربي حول مدى مشروعية قرار نزع الملكية، ومقدار التعويض أمام القضاء الوطني،كما نصت الفقرة 02 على تمكين المستثمر العربي من اللجوء إلى جهة القضائية الوطنية المختصة.

يلاحظ أن خيار قانون الدولة المضيفة أصبح الخيار العملي والشكل الغالب في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، باعتبار القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الأوثق بكونه محل الإبرام أو محل التنفيذ. لذا يفضل على غيره من القوانين خاصة عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف.

حيث اتبع العديد من أحكام هيئات التحكيم بخضوع الاستثمار الأجنبي للقانون الوطني للدولة المضيفة منها حكم محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية الصادرة في ديسمبر 1985 في النزاع الناشئ عن العقد المبرم بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية لإنشاء خط سك حديدية:(بأنه في غياب اختيار الأطراف فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق باعتباره قانون إبرام تنفيذ العقد)

[1]أنظر نص المادة 01/09 من الإتفاقية العربية بالإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية رقم: 56 /1995

الخاتمـــــة

الخاتمـــة

إن عقود الاستثمار الأجنبية هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدول أو الأجهزة التابعة لها مع الشخص الطبيعي أو اعتباري يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل القيّم الاقتصادية للدولة المضيفة والربح للمستثمر الأجنبي وهي تتمتع بطبيعة خاصة، حيث ترجع من ناحية إلى طبيعة أطرافها كونها تبرم بين طرف عام وهو الدولة وطرف خاص أجنبي هو المستثمر.

فدراسة القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي تبرز أهمية كبيرة وهو خضوع قانون الإرادة لعقد الاستثمار على الصعيد القانون الوطني والقانون الدولي الخاص، وإن الأطراف لهم الحريــة في اختيار القانون الملائم الذي يحكم الجوانب الموضوعية في عقدهم الدولي الذي يتفــق مع مصالحهم بشرط عدم مخالفة هذا الاختيار للقواعد الآمرة في الأنظمة القانونية ويكون هذا الإختيار بالإتفاق الصريح أم الضمني.

ويتعين في إعمال هذا الاختيار مراعاة أن قواعد تلك القانون تحتوي على قواعد كافية لحكم عقود ذات طبيعة كهذه، ولذلك يجوز للأطراف إسناد عقدهم إلى القانون الوطني، وكما أن لهم حرية في اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية وعلى أساس أن سلطان الإرادة قد أصبح متفق عليه في الفقه والقضاء في إعطاء الحرية الكاملة للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق.

ولذا من خلال دراستنا لهذه المذكرة أن نبذي بعض النتائج الهامة المتوصّل إليها:

1 -من أهم المبادئ التي تحكم عقد الاستثمار هو خضوعه لقانون الإرادة، مما يعني اتجاه إرادة ذوي الشأن في العقد إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد.

2 -إن معيار الإرادة الذي تخضع له عقود التجارة الدولية كعقد الاستثمار يتمثل بتوجيه إرادة ذوي الشأن لإعمال موضوع العقد وفقاً لما اختاره أطرافه في إطار حسن آلية وتنفيذ ما استمر عليه العقد.

3 -إن تحديد القانون الواجب التطبيق يظهر واقعه العملي من خلال مدى ملائمة قواعد الاسناد لفض منازعات عقود الاستثمار.

4 -إن مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق ليس مجرد تفضيل قانون على آخر إنما من الضرورة أن يكون للقانون صلة بل الصلة الأقوى والأوطد بموضوع النّزاع بالرغم من أن قواعد الاسناد الوطنية تعد الوسيلة المعتادة لحل مشكلة تنازع القوانين إلا أن عقد الاستثمار الأجنبي يحتم البحث عن قواعد أخرى تساهم معها في تقديم حلولاً له.

5 -تحديد القانون الواجب تطبيقه لعقد الاستثمار الأجنبي في كل التشريعات ومنها التشريع الجزائري عن طريق قانون الإرادة كخيار غالب يسهل بدرجة كبيرة في حل النّزاع، إلا أن المشكلة العملية في التطبيق تظل قائمة في حدوث فراغ تشريعي أو عجز عن مواكبة التطورات الحديثة لا سيما عند غياب إرادة الأطراف هو الرجوع إلى حلول.

6 -أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي دور فعال في تقويم اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم عقدهم وذلك طبقاً لنص المادة 18 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

7 -يجب الأخذ بإرادة المتعاقدين التي يجب على أساس حماية المصالح الأساسية للمتعاقدين في اختيارهم لأي قانون هم أدرى بما يخدمهم وخاصة في مجال الدولي بشرط أن لا تكون القوانين المختارة مخالفة لنظام العام أو كانت إرادة المتعاقدين متجه نحو الإفلات من القواعد الآمرة.

وعليه فإن من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار فإنه يتعين على القاضي أو الحاكم عند غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية للقانون الواجب التطبيق في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية فإن قانون الدولة المضيفة يكون واجب التطبيق وفقاً للقواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص حيث أن هذا القانون هو الأكثر صلة بالعقد نظراً لكونه قانون الدولة التي يتم فيها الوفاء أو الالتزام في عقود الاستثمار ، وعليه انتهى القاضي أو المحكم إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة في عقد الاستثمار الأجنبي.

التوصيات:

1. ضرورة وضع إجراءات قبلية كالتفاوض لتضيق فرص قيام تنازع القوانين في عقد الإستثمار الأجنبي.
2. التفكير في وضع قانون وطني دولي للتجارة يشمل عقود الإستثمار يرجع إليه في حالة إختصاص القانون الوطني على بعض التشريعات.
3. على المشرع الجزائري عدم تقيد حرية الأطراف في مجال إبرام العقود الدولية

قـائمـة المراجع

قائمة المراجع:

أولاً: النّصوص القانونية

1ـ الدساتير:

المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في إستفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية العدد 67 ،الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1996.

2 ـ الاتفاقيات الدوليـة :

- اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة 1980.
- الاتفاقية العربية المتعلقة بالاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية رقم 56 – 1995.
- المرسوم الرئاسي رقم 346/91 المؤرخ في 05أكتوبر 1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقّع بالجزائر في 18 أكتوبر 1991، الجريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ 05 أكتوبر 1991.

3 . القوانين

مرسوم التشريعي رقم 93–12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافقـ 5 أكتوبر سنة 1993 ، ويتعلق بترقية الإستثمار ، الجريدة الرسمية العدد الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993.

- الأمر رقم 01–03 المؤرخ في 01 جمادي الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار.
- الأمر 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05–10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري.
- الأمر 08–09 المؤرخ في 18 صفرعام 1429 الموافق لـ 25فيفري 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: الكتـــــب

1-الكتب باللّغة العربية:

1. أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع، المكتبة المصرية للنشر والتوزيع، مصر ،2006.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، قانون الإرادة وأزمته دار النهضة العربية، الأسكندرية.
3. إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.
4. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلي الحقوقية بيروت، لبنان،2006.
5. محمد إبراهيم علي محمد، القواعد الدولية الآمرة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2001.
6. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشآت المعارف، الإسكندرية،2000.
7. حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول ، المبادئ العامة لتنازع القوانين ، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت ،2003.
8. حفيظة سيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،مصر ، 2007.
9. جمال محمود الكردي ، عقود البيع الأسلحة في النطاق الدولي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2003.
10. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
11. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .
12. عوض الله شيبة الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1998.
13. عصمت عبد الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية ، القاهرة ،2000.

14. صلاح الدين جمال ، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين (دراسة في أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2004.
15. فوزي سامي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، 2008.

2-الكتب باللّغة الأجنبية:

1. H.KELSEN, Théorie juridique de la convention, in arch.dr.,1940.
2. Paul la gard ,le nouveau droit international privé,des contrat aprèsen vigueur de convention de ran19 juin1980 .

ثالثاً: الرسائل والأطروحات الجامعية:

1. أحمد بوخلخال، نظام تسوية منازعات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصصالقانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2013.
2. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ،1998.
3. عبد الرزاق عزرين، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر " واقع وآفاق "، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ،2014.
4. مديحة بلاهدة، وضعية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة الجزائر، 2014.
5. منصور يحي عبد الله، تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية،رسالة لنيل شهادة المجاستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، 2002.

- المقالات :

1 - محمد وليد المصري العقد الدولي بين النظرة التقليدية والحديثة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد 20، 2004.

2- شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مقال من الدفاتر السياسية والقانون بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2011.

. المواقع الإلكترونية:

1- http//www.Jus.uio.//Im/France.arbitration.code.of.civil.Procedure.
2- http//www.Jus.uio.//Im/ec.opplicable.law.contracts.
3- http//www.en .wikibedia.org /wiki /convention –on-the law.

الفهـــرس

الفهـــــرس

المحتـــــــوى	الصفحة
الإهـــــــداء	
شكـــر وتقـــــدير	
مقـــــــدمـــــــــة	
الفصل الأول: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار في الجزائر.	**7**
المبحث الأول: إرادة الأطراف بتنظيم عقد الإستثمار في الجزائر.	**8**
المطلب الأول: خضوع عقد الإستثمار لقانون الإرادة.	**8**
الفرع الأول: فكرة قانون الإرادة	9
الفرع الثاني: ملاءمة قانون الإرادة في عقد الاستثمار الأجنبي	11
المطلب الثاني: تحديد قانون الإرادة في عقد الاستثمار الأجنبي.	**12**
الفرع الأول: الاختيار الصريح لقانون الإرادة	13
الفرع الثاني: الاختيار الضمني لقانون الإرادة	15
المبحث الثاني:الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقد الاستثمار الأجنبي.	**16**
المطلب الأول: اختيار الأطراف القانون الوطني للدولة المضيفة.	**16**
الفرع الأول: ملائمة القانون الوطني لعقـد الاستثمار الأجنبي	17
الفرع الثاني: استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة	17
المطلب الثاني: اختيار الأطراف لقواعد القانون الدولي العام.	**18**
الفرع الأول: حق لأطراف في الاختيارقواعد القانون الدولي العام	19
الفرع الثاني: إعمـال بقواعـد القانـون الدولـي العـــام	19
المطلب الثالث: اختيار الأطراف لقواعد القانون التجارة الدولية.	**20**
الفرع الأول: حق لأطراف في اختيار قواعد القانون التجارة الدولية	20
الفرع الثاني: خضوع عقد الاستثمار لقانون التجارة الدولية استنادا لاتفاق الأطراف	21

الفصل الثاني: تقيّد إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد الإستثمار الأجنبي	**23**
المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي	**24**
المطلب الأول: خضوع عقد الإستثمار لقانون الوطني للدولة المضيفة.	**24**
الفرع الأول:خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة كعقود إدارية	25
الفرع الثاني:خضوع عقد الإستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استناداً لقرارات الأمم المتحدة	26
المطلب الثاني: خضوع عقد الإستثمار لقواعد قانونية مستقلة.	**27**
الفرع الأول: تطبيــق القـانون الذاتــي للعقـــد	28
الفرع الثاني: تطبيق قواعد القانون العام الدولي	28
الفرع الثالث: تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية	29
المبحثالثاني: الحلول القانونية لعقـــد الاستثمار الأجنبي في الجزائر	30
المطلب الأول: تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي العام.	31
الفرع الأول: دور المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص في عقد الاستثمار الأجنبي	31
الفرع الثاني:دور الهيئة التحكيمية في عقد الاستثمار الأجنبي	32
المطلب الثاني: خضوع عقد الإستثمار الأجنبيلقانون الدولة المضيفة.	33
الفرع الأول: تنظيم الاختصاص في التشريع المقارن	35-34
الفرع الثاني:تنظيم الاختصاص في التشريع الوطني	38-36

ملخص:

يعد عقد الإستثمار الأجنبي من عقود التجارة الدولية ، إذ يرتب نشوء علاقات تعاقدية ذات عنصر أجنبي، حيث يخضع عقد الإستثمار مثل بقية العقود الدولية لقاعدة قانون الإرادة ، لذلك يتمتع الأطراف في عقود الإستثمار بسلطة إختيار القانون الواجب التطبيق عند نشوب نزاع على عقدهم ، بغض النظر ما إذا كان القانون المختار قانوناً وطنياً لدولة معينة أو قانون أخر، إلا أنه تنعدم هذه الحرية في حالة غياب إرادة الإطراف في عقد الإستثمار يتم إخضاع العقد لقانون الدولة المضيفة باعتباره قانون المكان الذي يتجسد فيه تنفيذ العقد فضلاً عن كون هذه الدولة من الدول العالم الثالث .

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الأجنبي ـ قانون الإرادة ـ إختيار الإطراف – التجارة الدولية ـ القانون الواجب التطبيق ـ عقد الاستثمار – الدولة المضيفة

Résumé :

Plus tenir des investissements étrangers des contrats commerciaux internationaux, organiser des relations contractuelles avec un élément d'extranéité, où les investissements contrats comme le reste des contrats internationaux de la lex apprécieront donc parties en contrats d'investissement avec le pouvoir de choisir le droit applicable lorsqu'un différend sur leur contrat, indépendamment de savoir si l'élu loi droit national d'un état particulier ou autre loi, sauf que sans cette liberté en l'absence de la volonté des parties au contrat de placement est soumise un contrat à la Loi de l'état d'accueil comme La loi du lieu où le contrat ainsi que le fait que cet état de pays du tiers monde.

Mots clés：

Les investissements étrangers - le droit de la volonté – partis de sélection-commerce international - loiapplicable –contrat de placement - Le pays hôte

Abstract:

The foreign investment and international trade contracts held as arranges the emergence of a foreign element contractual relations , where the subject of investment holding such international rest of the contracts for the base will law , so enjoy parties in the investment

authority to choose the applicable law contracts at the outbreak of the conflict on their contract , no matter what If the law chosen a national law a particular state or other law, however, this freedom is non-existent in the absence of the will of the parties in the investment contract shall be brought into the contract to the law of the host country as the law of the place in which it is embodied execution of the contract as well as the fact that this state of the countries of the third world .

key words: Foreign Investment Law will choose parties - the international trade law applicable investment - the host country contract.