عنوان المداخلة:

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

د. مسعودي يوسف، أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية–أدرار

استمارة المشاركة

اللقب والاسم: مسعودي يوسف

تاريخ ومكان الميلاد: 1982/04/04 بأدرار

الهاتف: 0661 45 56 37

الفاكس: 049 95 21 44

البريد الالكتروني: touat.youcef@gmail.com

الدرجة العلمية: أستاذ محاضر أ المؤسسة، جامعة أحمد دراية–أدرار

التخصص الدقيق: القانون الدولي الخاص

محور المداخلة: المحور الثاني

الملخص:

بالنظر إلى الخصوصية التي تتميز بها عقود الاستثمار كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى، ونظرا لارتباطها بتحقيق التنمية في الدولة المستضيفة فإن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكمها تزداد صعوبة وتعقيدا بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة. خاصة وأن المستثمر الأجنبي يأمل دائما في أن يظل

قانون العقد ثابت كما هو وقت إبرام العقد، تجنبا لأي تغيير قد يطرأ في المستقبل من شأنه أن يمس بمصالحه الاقتصادية.

وتحقيقا لذلك، فقد أقر المشرع الجزائري إدراج شروط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار لسنة 2001 الذي منح حوافز ومزايا وإعفاءات بغرض تشجيع الاستثمار مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون؛ مما يجعل لشروط الثبات التشريعي دورا هاما في تحقيق التوازن العقدي خصوصا وأن الدولة بوصفها صاحبة سلطة عامة تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية للصالح العام وهذا ما قد يثير مخاوف المستثمر المشروعة في عدم تحقيق أهدافه الخاصة.

وانطلاقا مما سبق، ما مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة للتطبيق على عقود الاستثمار؟ وإلى أي مدى نجحت شروط الثبات التشريعي في تحقيق التوازن العقدي وجذب الاستثمار وتحقيق التنمية؟

هذا ما سنعالجه من خلال المحاور الأساسية التالية وفقا للخطة الموالية:

مقدمة

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة

المطلب الثاني أهم تطبيقات قانون الإرادة في عقود الاستثمار

المطلب الثالث: التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي)

خاتمة

القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

د. مسعودي يوسف، أستاذ محاضر أ
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية–أدرار

مقدمة

تتميز عقود الاستثمار بخصوصية ناتجة عن كونها تبرم بين أحد أشخاص القانون العام الدولة أو المؤسسات العامة التابعة لها وبين أشخاص القانون الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا الأمر الذي يطرح مسألة التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من جهة والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر من جهة أخرى.

وتحظى عقود الاستثمار بأهمية خاصة تبررها طبيعتها كونها تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى. ويضاف إلى ذلك أثرها في تحقيق التنمية في الدولة المستضيفة. وعلى ضوء تزايد وانتشار عقود الاستثمار وكثرة منازعاتها؛ فقد أصبح من الضروري تنظيم أحكام هذه العقود بشكل خاص، لأن مسألة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود تزداد صعوبة وتعقيدا بسبب تضارب مصالح الأطراف المتعاقدة. خاصة وأن المستثمر الأجنبي يأمل دائما في أن يظل قانون العقد ثابت كما هو وقت إبرام العقد، تجنبا لأي تغيير قد يطرأ في المستقبل من شأنه أن يمس بمصالحه الاقتصادية.

وتحقيقا لذلك، فقد أقر المشرع الجزائري إدراج شروط الثبات التشريعي في قانون الاستثمار لسنة 2001 الذي منح حوافز ومزايا وإعفاءات بغرض تشجيع الاستثمار مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون. مما يجعل لشروط الثبات التشريعي دورا هاما في تحقيق التوازن العقدي خصوصا وأن الدولة بوصفها

صاحبة سلطة عامة تستأثر بممارسة الوظيفة التشريعية حماية للصالح العام وهذا ما قد يثير مخاوف المستثمر المشروعة في عدم تحقيق أهدافه الخاصة.

وانطلاقا مما سبق، ما مدى ملائمة قاعدة قانون الإرادة للتطبيق على عقود الاستثمار؟ وإلى أي مدى نجحت شروط الثبات التشريعي في تحقيق التوازن العقدي وجذب الاستثمار وتحقيق التنمية؟

هذا ما سنعالجه من خلال النقاط التالية:

المطلب الأول: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة

المطلب الثاني أهم تطبيقات قانون الإرادة في عقود الاستثمار

المطلب الثالث: التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي)

المطلب الأول

خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة

يقصد بعقود الاستثمار تلك العقود التي يتم بموجبها انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة بشكل مباشر حيث يقوم المستثمر الأجنبي بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة لوحده أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني[1]. ونظرا للخصوصية التي تتمتع بها عقود الاستثمار كونها تعتبر أداة هامة في تنمية الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار دفع هذا الأمر بالدول نحو السعي إلى تطبيق قوانينها الوطنية على هذا النوع من العقود لاعتبارات تتعلق بالسيادة والمصلحة العامة.

وبالمقابل يسعى المستثمرين الأجانب إلى تدويل العقد وإخضاعه لقانون آخر غير القانون الوطني على اعتبار أنهم الطرف الضعيف في العقد الذي يتوجب حمايته وسواء تم ذلك بإخضاعه لقواعد القانون الدولي العام أو قواعد التجارة الدولية[2].

إن أصل نشأة فكرة قانون الإرادة يرجع إلى القانون الداخلي أين طبق مبدأ سلطان الإرادة في العقود الداخلية وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين؛ فهذا المبدأ أنسب لتحقيق العدل في المعاملات المالية للأفراد ما دام أن العقد يتم إبرامه بتراضي الطرفين وبإمكانهم تضمين عقدهم بالشروط التي تكفل مصالحهم، فمن الطبيعي أن يرتضي الفرد التعاقد كلما كان ذلك في مصلحته.

كما تم تطبيق هذا المبدأ على صعيد العلاقات الدولية الخاصة في مجال العقود الدولية التي تخضع في تكوينها وآثارها لنظام قانوني معين يتم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة[3] ويرجع الفضل في ظهور فكرة قانون الإرادة إلى الفقيه الفرنسي" ديمولان" في القرن السادس عشر بمناسبة فتواه الشهيرة في قضية الزوجين" دوجاني" حيث اعتبر أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون الموطن الأول للزوجية، مبررا ذلك بقوله أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك القانون[4].

وحسب المادة 18 من القانون المدني الجزائري فإن العقود تخضع بصفة عامة لقانون الإرادة[5]، غير أن هذا الأمر لا يؤخذ على إطلاقه بالنسبة لعقد الاستثمار حيث أصبح دور هذه القاعدة يتلاشى بسبب الحد من اختصاصها عند تنظيم هذه العقود ويتم ذلك من خلال التجميد الزمني لقانون الإرادة أو ما يسمى بشروط الثبات التشريعي.

تعتبر قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة من أهم قواعد الإسناد التي أقرتها التشريعات؛ حيث تسمح هذه الآلية بحل مشكلة تنازع القوانين التي تحكم العقود الدولية وتحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود. ومن هنا يثور التساؤل حول مدى ملائمة هذه القاعدة للتطبيق على عقود الاستثمار، خاصة في ظل وجود الدولة أو أحد مشروعاتها العامة كطرف في هذا العقد؟

إن توافق الإرادات المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للالتزام؛ وأن القانون الذي تحدده الإرادة هو الأنسب للمتعاقدين حيث ينسجم مع طبيعة العلاقة التعاقدية[6].

كما أن صفة الدولة أو أحد مؤسساتها كطرف في العقد لا يؤثر على تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة. فقد أقر مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في أثينا لعام 1979 بهذا المبدأ؛ حيث جاء في نص المادة الثانية أنه:" تخضع العقود المبرمة بين الدول وشخص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة..."[7].

وبالنسبة لوقت اختيار قانون العقد، فإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على تطبيق قانون الإرادة وقت إبرام العقد الأصلي، فإنه من الجائز أن يتم ذلك بموجب اتفاق لاحق، بل حتى في مرحلة عرض النزاع على المحكمة ولكن قبل الفصل فيه. فلا يحرم المتعاقدان من مزايا تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقد والتي تستهدف التيسير والتسهيل على المتعاقدين[8].

ويؤكد بعض الفقه على أن من الشروط الأساسية لقيام تنازع بين القوانين أن يكون هذا التنازع قائم بين قوانين دول وفقط[9]؛ أي بمفهوم الدولة في القانون الدولي العام متى توافرت أركانها الأساسية. ومن ثم فإن الشرائع التي لا تنتمي لسيادة إقليمية معينة كقواعد التجارة الدولية المستمدة من الأعراف التجارية، لا يمكن أن تكون محلا للتنازع بين القوانين؛ ومن ثم لا يمكن اختيارها للتطبيق، كما توجد بعض التشريعات التي حددت بصريح العبارة أن المقصود بالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة.

لقد ظل المفهوم السابق سائدا لفترة طويلة إلا أنه مع التطورات الحديثة في عالم التجارة الدولية وما نتج عن ذلك من قواعد قانونية ذات صبغة عالمية لا تنتمي لسيادة دولة وطنية معينة ساهم المحكمون في ظهورها وتطورها، أصبح من الجائز إخضاع عقود الاستثمار لقوانين لا تنتمي لقانون دولة معينة. أو اختيار تطبيق أحكام معاهدة دولية، أو إذا اقتضى الأمر تطبيق بعض المبادئ العامة للقانون[10].

المطلب الثاني

أهم تطبيقات قانون الإرادة في عقود الاستثمار

من بين أهم الخيارات المتاحة أمام الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، كما قد تلجأ الأطراف إلى اختيار قواعد القانون الدولي العام للتطبيق، أو اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية.

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار

يمكن للأطراف المتعاقدة أن تختار قانونا معينا للتطبيق على عقد الاستثمار؛ كالقانون الوطني مثلا[11]، ويختار هذا القانون في الغالب لأنه هو قانون محل الإبرام وقانون دولة التنفيذ، كما أنه يعتبر أكثر قانون له صلة جوهرية بالعقد ما دام الدولة طرفا في هذا العقد؛ وعليه فإن القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو الذي يطبق على عقد الاستثمار متى اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى ذلك.

أما إذا لم يعبروا صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الذي يحكم العقد فيتعين على القاضي استجلاء إرادتهم الضمنية من خلال ظروف العقد[12]. فلو اختار المتعاقدان تطبيق بنود عقد نموذجي وضعته دولة ما، دل ذلك على أنهما قصدا تطبيق ذلك القانون، ويمكن أيضا استخلاص هذه الإرادة الضمنية من خلال اللغة المستعملة في إبرام العقد أو تحديد نوع العملة التي يتم الوفاء بها أو تحديد مكان تنفيذ الالتزام[13].

ثانيا: اختيار الأطراف قواعد القانون الدولي العام

إن المقصود بقواعد القانون الدولي العام هنا هو:" مجموعة القواعد العرفية والمعاهدات، ولا سيما تلك التي تتصل بالتجارة الدولية واتفاقات حماية وتشجيع تبادل الاستثمارات الأجنبية في مختلف الدول"[14]. فإذا تم اختيار أحد قواعد القانون الدولي العام كالمعاهدات[15] مثلا للتطبيق على عقود الاستثمار، فلا يوجد ما يمنع خضوع

هذه العقود لهاته القواعد باستثناء بعض الصعوبات التي تواجه مسألة تطبيق القانون الدولي على عقود الاستثمارات والمتمثلة في كونه لا يحتوي على قواعد كاملة وشاملة لحكم هذه العقود. وهذا ما جعل البعض ينادي بتطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار على أن يبقى لقواعد القانون الدولي العام دور تكميلي أو تصحيحي[16]. وعليه فلا يتصور تطبيق قواعد القانون الدولي العام إلا بالاشتراك مع القوانين الوطنية للدولة المضيفة للاستثمار[17].

ثالثا: اختيار الأطراف قواعد قانون التجارة الدولية

يحق للأطراف المتعاقدة اختيار تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية[18] على عقد الاستثمار مع ضرورة مراعاة خصوصية عقود الاستثمار لارتباطها بتحقيق التنمية في الدولة المستضيفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذه القواعد هي الأخرى لم تكتمل بعد؛ ومن ثم فهي ليست كافية لحكم عقود الاستثمار.

وتفاديا لهذا النقص، يتعين دائما الرجوع إلى قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتبار قواعد هذا القانون أكثر ارتباطا بموضوع العقد[19]. خاصة وأن الجدل الفقهي لا زال قائما حول إضفاء الصفة القانونية على ما يسمى بـ " قواعد التجار"، فذهب اتجاه فقهي إلى القول بأن هذه القواعد ليست كافية لتكوين نظام قانوني وأن المعنى الاصطلاحي لكلمة قانون ينصرف فقط إلى القوانين الداخلية. وبالمقابل برز توجه جديد يعترف بالصفة القانونية لقانون التجار باعتباره نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية[20].

المطلب الثالث

التجميد الزمني لقانون الإرادة (شروط الثبات التشريعي)

لقد ظلت الدول النامية حريصة لفترة طويلة على تطبيق قوانينها الوطنية ما أمكن على عقود الاستثمار مراعاة لسيادتها وحماية لمصالحها العامة الأمر الذي يتعارض مع مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة؛ والتي رأت في إخضاع هذه العقود ذات الطابع الدولي لقوانين وطنية بأنه لا ينسجم ولا يتلاءم مع خصوصية العلاقات الدولية. وقد ينجر عن ذلك إلحاق أضرار اقتصادية كبيرة تمس بمصلحة هؤلاء المستثمرين والذين حاولوا حمايتها من خلال تكريس تفوقهم في اشتراطات عقدية حتى يتهربوا أو يتفادوا تغيير المشرع الوطني للقوانين الناظمة للاستثمار وخضوعهم لأحكام جديدة لا تراعي مصالحهم السابقة[21]. وتطبيقا لذلك، يتم الاتفاق في العقد على تجميد القانون الوطني المختار من حيث الزمان، وتفادي تطبيق التعديلات المستقبلية لقانون العقد[22].

الفرع الأول

مفهوم شروط الثبات التشريعي

يقصد بشروط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة تلك الشروط التي يتفق الأطراف على إدراجها في العقد والتي تقضي باستبعاد كافة التعديلات المحتملة التي يمكن أن تطرأ على القانون المختار في المستقبل؛ وهذا يقتضي تطبيق قانون الإرادة المختار على عقد الاستثمار وقت إبرام العقد وليس في مرحلة تنفيذه.

ويتم الاعتراف بهذا الأمر على وجه الخصوص في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمرين الأجانب[23]. وقد نتج عن ذلك إفراغ قانون الإرادة من مضمونه بتحويل العقد الدولي إلى عقد حر أو طليق[24].

وتنقسم شروط الثبات التشريعي إلى قسمين: تعاقدية وأخرى تشريعية

أ-الشروط التعاقدية أو الاتفاقية: يتم النص من خلالها على تجميد قانون الإرادة زمنيا بموجب شروط أو بنود العقد الدولي ذاته.

ب-الشروط التشريعية: ترد هذه الشروط في النصوص القانونية للدولة الطرف في العقد، وتلتزم بمقتضاها للمستثمر الأجنبي بألا تعدل أو تلغي القانون الواجب التطبيق على العقد[25].

1-تكريس شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار

إن الهدف من وراء إدراج شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو ضمان تحقيق التوازن العقدي واستقرار التعاملات وتجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين الأجانب، وذلك بمنع الدولة من استغلال سلطتها التشريعية في فرض قواعد تحقق مصالحها على حساب الحقوق الاقتصادية للمستثمرين الأجانب. وهذا ما يحقق نوعا من الأمان التشريعي الذي يعتبر ضمانا إضافيا لاستثمار الطرف الآخر الذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص في مواجهة الدولة بصفتها شخص عام وما تتمتع به من مزايا استثنائية[26].

ومن أمثلة شروط الثبات التشريعي، الشرط الذي يقضي بإعفاء المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة من الخضوع لتشريعات ضريبية جديدة؛ ومن ثم فإن القانون الجديد الذي يرفع من الضرائب والذي يصدر في مرحلة تنفيذ العقد لا يسري على عقد الاستثمار والذي يبقى خاضع فقط للقانون المتفق عليه وقت إبرام العقد[27]. ومن التطبيقات الشهيرة لهذا المبدأ اتفاقية الامتياز المبرمة بين إيران وشركة النفط الانجلو-إيرانية، حيث ألزمت هذه الاتفاقية القوانين الوطنية بعدم تغيير الامتياز أو شروطه[28].

وقد اختلفت آراء الفقه حول الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي؛ فذهب اتجاه فقهي إلى القول بأنها ذات طبيعية تحويلية؛ لأن القانون المختار اندمج في العقد وأصبح بندا من بنوده؛ ومن ثم لا يكون لذلك القانون إلا اسمه فقط ويفقد صفته القاعدية، فشروط الثبات الزمني تمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار وذلك بالاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة[29]. ويكون هذا الأثر التحويلي فقط في الحالة التي تتفق فيها الأطراف المتعاقدة صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا بخلاف ما لو تم تحديد القانون من قبل القاضي في حال غياب إرادة الأطراف، فإن الطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر[30].

أما الاتجاه الفقهي الثاني، فيرى بأن لشروط التجميد أثر توقيفي لقوة سريان قانون العقد في تعديلاته اللاحقة على العقد، وعليه لا تطبق النصوص القانونية الجديدة؛ ولا يترتب على ذلك أي تغيير لطبيعة القانون[31].

2-موقف قانون الاستثمار الجزائري من شروط الثبات التشريعي

لقد أقر قانون الاستثمار الجزائري[32] هذا المبدأ حيث نص في المادة 15 منه على أنه:" لا تطبق المراجعات أو الإعفاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

إن الغرض من إدراج شروط الثبات التشريعي هنا هو تحفيز المستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعاتهم الاقتصادية ذات الأثر المباشر في تحقيق التنمية الاقتصادية.

إن الأساس الذي قام عليه مبدأ الثبات التشريعي هو احترام مبدأ سلطان الإرادة بالإضافة إلى مسألة مراعاة الحقوق المكتسبة، إلا أن الجدل ثار حول هذا القيد الذي يمنع الدولة من تعديل تشريعاتها.[33] وفي حقيقة الأمر، فإن التجميد الزمني لقانون الإرادة لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية في تعديل القوانين التي تقتضيها المصلحة العامة مرتكزة على سيادتها[34].

ولكن ينبغي عدم المساس بالمصالح الاقتصادية للمستثمر الأجنبي، وإلا كانت الدولة ملزمة بتعويض الطرف الآخر عن زيادة الأعباء الجديدة[35].

ولكن السؤال الذي يثار هنا: ما هو الحل الذي يتبناه القاضي الجزائري إذا عرض عليه نزاع يتعلق بعقد الاستثمار، ووجد أن القانون الذي تم الاتفاق من قبل الأطراف على تجميده من حيث الزمان قد تم إلغاؤه، فهل يطبق القانون الذي ألغي أم يطبق القانون الجديد؟

في الواقع، إن القاضي ملزم بتطبيق القانون الوطني فهو يراعي إرادة الأطراف وفقا لما ينص عليه القانون، لأن من يأمر القاضي بتطبيق القانون هو المشرع، أما المتعاقدان فليست لهما أية سلطة عليا، ولكن إذا وجد أن التزامات العقد قد أصبحت مرهقة بالنسبة لأحد الأطراف بسبب التعديلات التشريعية[36]، جاز للقاضي تبعا للظروف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[37].

الفرع الثاني

الانتقادات الموجهة لمبدأ الثبات التشريعي

لقد تعرض هذا المبدأ لعدد من الانتقادات أهمها مخالفة الأصول الفنية للقانون؛ ذلك أن منح الأطراف سلطة تحديد سريان التعديلات التشريعية التي تطرأ على قانون الإرادة يشكل تعديا على مبدأ سيادة الدولة واستقلالها في إصدار التشريع[38]. ومن جهة أخرى فإن عقد الاستثمار بعد خضوعه لقاعدة قانون الإرادة يصبح كأحد العقود الداخلية، ومن ثم تسري عليه أحكامها؛ ولا يسمح إلا باستبعاد القواعد الجديدة المكملة ما لم يقر القانون خلاف ذلك[39].

إن الأثر المترتب على إقرار شروط الثبات التشريعي هو عدم تطبيق النصوص القانونية الجديدة على عقد الاستثمار؛ وهذا يعتبر مخالفة صريحة لقواعد تنازع القوانين بسبب تجاوز الأطراف لحدودهم، فمن الواجب عليهم أن يتوقفوا فقط عند

عملية تحديد القانون الواجب التطبيق وليس إعماله، لأن ذلك من اختصاص القاضي والذي يستمده من قاعدة الإسناد وليس من إرادة الأطراف؛ ومنه ينتفي على الأطراف المتعاقدة أي دور للقيام بمسألة تقرير تطبيق الأحكام الجديدة على عقد الاستثمار من عدمه[40].

لقد انتقد البعض فكرة خضوع العقد الدولي لقانون وطني وضع أصلا للتطبيق على العقود الداخلية، فهذه القواعد لم تعد تتماشى مع خصوصية عمليات التجارة الدولية المتطورة ومن هنا بدأ الاتجاه نحو تطبيق قواعد موضوعية أكثر ملائمة وانسجاما كالعقود النموذجية[41] والأعراف التجارية التي أرساها قضاء التحكيم[42]. وبالفعل، فإن المحكم يطبق القانون الذي اختاره الأطراف ولا يأخذ بعين الاعتبار مسألة التشريع المجمد أو الساري المفعول، فبإمكانه أن يفصل في النزاع على هذا الأساس مراعيا النظام العام الدولي[43].

إن الاتجاه الحديث يميل إلى إخضاع هذه العقود إلى قانون التجارة الدولية باعتباره البديل الملائم بما يتضمنه من حلول جاءت بها قواعده المادية لضبط تعاملات التجارة الدولية[44]. وهذا يعني أن لقضاء التحكيم دورا هاماً في بلورة وإرساء قواعد مادية تشكل نظاما قانونيا خاصا للتطبيق على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى[45].

ولكن هذا لا يعني إهمال دور قاعدة الإسناد (قانون الإرادة) في تحديد القانون الواجب التطبيق، فلا زالت هي المهيمنة على تنظيم العقد الدولي، وإذا كان هناك قصور فسببه مضمون القوانين الوضعية الذي أصبح لا يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية[46].

لقد أثبت الواقع فشل شروط الثبات التشريعي في تحقيق الهدف الذي وضعت من أجله لاعتبارات عدة، أهمها كون الدولة طرفا في العقد الأمر الذي يفرض على الدولة أن تتدخل تشريعيا لمواكبة التغيرات الحاصلة مراعاة للمصلحة العامة، وليس

تغليب للمصلحة الخاصة للأفراد كما يطمح إلى ذلك المستثمرين الأجانب الذين يختارون هذه الشروط محاولة منهم للهروب من تطبيق أحكام القانون المختار للتطبيق على عقد الاستثمار الذي غالبا ما يكون هو القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار.

وتفاديا لهذا الوضع، ظهرت بدائل أخرى أكثر توافقا وانسجاما مع طبيعة عقود الاستثمار مثل شروط المراجعة أو إعادة التفاوض؛ فيتم اللجوء إلى هذه الوسائل كلما تغيرت الظروف التي تم فيها إبرام عقد الاستثمار من أجل خلق توازن عقدي جديد[47].

خاتمة

لقد أبرزنا من خلال هذه الدراسة مدى إمكانية تطبيق قاعدة الإسناد التي تحكم العقود الدولية (قانون الإرادة) للتطبيق على عقود الاستثمار، وتبين لنا أن صفة الدولة أو أحد مؤسساتها لا يؤثر على تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة. ومن أهم الخيارات المتاحة أمام الأطراف المتعاقدة؛ تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار باعتباره قانون محل الإبرام ومكان تنفيذ العقد، كما أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على إخضاع عقود الاستثمار للمعاهدات الدولية باعتبارها أحد أهم قواعد القانون الدولي العام، ومن التطبيقات المتاحة أيضاً للأطراف تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية مع ضرورة مراعاة خصوصية عقود الاستثمار.

لقد طبق مبدأ التجميد الزمني لقانون الإرادة بشكل خاص في مجال العقود الدولية وتحديدا عقود الاستثمار، إن الأثر المترتب على ذلك هو توقيف سريان العقد من حيث الزمان، فلا تسري على هذه العقود إلا الأحكام النافذة لقانون الإرادة وقت إبرام العقد، ومن ثم تستبعد التشريعات اللاحقة التي قد تطرأ عليه في المستقبل من أجل تحقيق الحفاظ على مبدأ استقرار العلاقة التعاقدية.

إن تطبيق التعديلات الجديدة على المتعاقدين يشكل مخالفة لإرادتهم الفعلية؛ لأن اختيار الأطراف كان قد انصب على القواعد التي كانت وقت إبرام العقد دون القواعد المستقبلية؛ وهذه الأخيرة لم يخترها الأطراف ولم تتصرف إليها نيتهم. وعليه يتعين احترام إرادتهم التي اتجهت نحو تطبيق القانون الذي تم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد.

ولقد وجهت إلى هذا المبدأ انتقادات كبيرة، أهمها: أن إدراج شروط الثبات التشريعي يتعارض مع احترام مبدأ سيادة الدولة المضيفة للاستثمار، وأن ذلك يشكل تعديا على الأصول والمبادئ القانونية الثابتة وكذا قواعد تنازع القوانين؛ لأن من يملك تحديد سريان القانون الوطني هو قاعدة الإسناد وليس أطراف العقد.

ولكن بإمكان الدولة أن تتراجع عن شروط الثبات الزمني، لأنها تملك الحق في تعديل العقد مراعاة للمصلحة العامة على أن تتحمل مسؤوليتها بتعويض المستثمر الأجنبي المتضرر.

وقد توصلنا في نهاية هذه الورقة البحثية إلى عدد من الاستنتاجات، منها خاصة:

1-يجب تفادي إدراج شروط الثبات التشريعي متى كان الهدف من وضعها هو الهروب من القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار. ولا يمكن إطلاق العنان لقانون الإرادة تفاديا لمشكلة تحول عقد الاستثمار الدولي إلى عقدا حر أو طليق.

2-التأكيد على أهمية إدراج البدائل الأخرى مثل المراجعة أو إعادة التفاوض في حالة تغير ظروف العقد وانعدام التوازن العقدي في الحفاظ على استقرار العلاقة التعاقدية ومن ثم الاستفادة اقتصاديا واجتماعيا من هذا الاستثمار الأجنبي الخاص.

3-إن من شأن قضاء التحكيم الإسهام بشكل كبير في مد قوانين الدول بأحكام موضوعية للتطبيق على عقود الاستثمار وغيرها من العقود الأخرى المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الأخرى.

الهوامش

[1] انظر، عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2010-2011، ص20.

[2] انظر، بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص91، 92.

[3] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، 2001، ص156، 157.

[4] انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص363.

[5] انظر، أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

[6] انظر، محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص181.

[7] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص102، 103.

[8] انظر، بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص113.

[9] من الشروط الأساسية لقيام تنازع بين القوانين أن يكون هناك تزاحم قوانين دول متعارضة لحكم العلاقة القانونية المتنازع عليها؛ انظر، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع القوانين)، مطبعة الفسيلة، الدويرة، 2008، ص52.

[10] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص115، 116.

[11] انظر، عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين)، دار هومه، الطبعة الثانية، 2007، ص344.

[12] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص120، 121.

[13] انظر، محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص182.

[14] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص132.

[15] غالبا ما تكون هذه الاتفاقيات ثنائية فقد تبرم بين دولة متقدمة مصدرة للاستثمار ودولة في طريق النمو مستضيفة للاستثمار، كما توجد اتفاقيات ثنائية أخرى تبرم بين الدول النامية فيما بينها. ويكون الهدف من وضعها هو ترقية وحماية الاستثمار؛ وتحتوي هذه الاتفاقيات على مبادئ أساسية حول المعاملة والحماية والضمان يتعهد من خلالها طرفي الاتفاقية على احترام بنودها وأحكامها؛ انظر، علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي" دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008، ص57.

[16] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص143، 144.

[17] انظر، رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد" دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة قدمت خلال أشغال المؤتمر العلمي السنوي العاشر تحت عنوان:" الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية"، والمنظم بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر، في الفترة من 01 إلى 02 أبريل 2009، ص34.

[18] يقصد بقانون التجارة الدولية مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التجارية بين دولتين أو أكثر والمتصلة بالقانون الخاص، وتستمد مصدرها في غالب الأحيان من الأعراف التجارية والعادات المهنية، والمبادئ القانونية المشتركة بين الدول، ويرجع الفضل الأساسي في بلورة هذه القواعد إلى قضاء التحكيم؛ انظر، رشا علي الدين، المرجع السابق، ص31.

[19] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص158، 159.

[20] انظر، رشا علي الدين، المرجع السابق، 32.
[21] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص160.
[22] انظر، عبده حميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص659.
[23] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص162.
[24] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص303.
[25] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع، ص307، 308.
[26] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص164.
[27] انظر، عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد11، 2011، ص59.
[28] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص165.
[29] انظر، عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص148.
[30] انظر، سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الشلف، السنة الجامعية 2008/2007، ص56.
[31] انظر، سعد الدين أمحمد، نفس المرجع، ص57.
[32] أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد47، 2001. المعدل والمتمم بالأمر رقم 06- 08 مؤرخ في 2006/07/15.
[33] انظر، بشار محمد الأسعد، الرجع السابق، ص170.
[34] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص354.
[35] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص178
[36] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص356.
[37] انظر، المادة 107 من القانون المدني الجزائري.
[38] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص352.
[39] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص17، 180.
[40] انظر، بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص181.
[41] لقد أوجد تجمع المهنيين في مجال الاستيراد والتصدير صيغ تعاقدية يتم التعامل بواسطتها كل في مجاله الخاص وتبعاً لصنف السلعة التي يتم تداولها؛ فمثلا النموذج 730 يتعلق بالشروط العامة للمبيعات عند الاستيراد والتصدير، النموذج 410 للتعامل في مختلف أصناف الخشب، النموذج 151 للتعامل في منتوج البطاطس؛ انظر، محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، (بدون تاريخ)، ص64، 65.
[42] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص177.
[43] انظر، عليوش قربوع كمال، المرجع السابق، ص356، 357.
[44] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص389.
[45] انظر، عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص375.
[46] انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 392.
[47] انظر، بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص182، 183.

المراجع

- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد47، 2001. المعدل والمتمم بالأمر رقم 06- 08 مؤرخ في 2006/07/15.

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

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

– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، 2001.

– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

– محمد وليد المصري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

– الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (تنازع القوانين)، مطبعة الفسيلة، الدويرة، 2008.

– عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين)، دار هومه، الطبعة الثانية، 2007.

– عبده حميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

– محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، (بدون تاريخ)،

– عدلي محمد عبد الكريم، تكييف بنود الاستقرار التشريعي وتقييم دورها في عقود الدولة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد11، 2011.

– عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية، 2010–2011.

– علة عمر، حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي" دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2008.

– سعد الدين أمحمد، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة الشلف، السنة الجامعية 2008/2007،

– رشا علي الدين، سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد" دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، مداخلة قدمت خلال أشغال المؤتمر العلمي السنوي العاشر تحت عنوان:" الجوانب

القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية"، والمنظم بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر، في الفترة من 01 إلى 02 أبريل 2009.