مجلة الحقوق والحريات
المجلد 10، العدد 01
2022 ، ص829-ص854

تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تسوية منازعات عقود الاستثمار

Establishing the principle of the authority of the will in settling investment contracts disputes

مكيد نعيمة [1]

[1] جامعة البليدة 2 (الجزائر)

mekid.naima74@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر:
2022/01/05	2022/04/03	2022/04/23

الملخص:

من المسلم به أن العقود سواء كانت مدنية أو تجارية يحكمها مبدأ سلطان الإرادة، كما يعود للمحاكم الوطنية الاختصاص بالنظر في النزاعات الناشئة عنها.

غير أن عقود الاستثمار بالنظر لما تقوم به على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية والمساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني، وبالنظر إلى أن أحد أطرافها قد يكون الدولة، مما يجعلها لا تتمتع بالسيادة ذاتها عند التعاقد، خاصة إذا كان الطرف الثاني أجنبي.

فإنه لا يوجد ما يمنع من خضوع الشروط التعاقدية في عقود الاستثمار لمبدأ سلطان الإرادة، إذ يترك للأطراف حرية فرض ما تراه من شروط، خاصة ما تعلق بتحديد تحديد وسائل تسوية المنازعات التي تثور بين أطرافها.

الكلمات المفتاحية: مبدأ سلطان الإرادة - عقود الاستثمار - التوازن العقدي - شروط تعاقدية - المنازعات.

Abstract:

It is recognized that contracts civil or commercial, are governed by the principle of the authority of will, and national courts have jurisdiction over disputes.

Investment contracts because of their usefulness of economic and social development of the national economy, and given that one of

المؤلف المرسل : نعيمة مكيد

its parties may be the state, which makes it not the same sovereignty,if the second party is a foreigner.

There is nothing to prevent the contractual conditions in investment contracts to the principle of the authority of will, as it leaves the parties free to impose conditions, especially those related to settling disputes.

key words: The principle of the authority of will - Investment contracts - the contractual conditions - contractual balance – dispute.

مقدمة:

الإرادة هي المحرك الجوهري في إنشاء جميع العقود، حيث تقوم بإنتاج قانونها الخاص الذي تكون ملزمة بالتقيد به والخضوع له، ويعبر عن قدرة الإرادة في إنشاء العقود بسلطان الإرادة، والذي تتحقق أبعاده من خلال تكريس الحرية التعاقدية للأطراف.

إذ يعتبر مبدأ سلطان الإرادة الفكر القانوني السائد وحجر الزاوية في العقود، كما يحتل مكانة بارزة في مختلف التشريعات، باعتباره المبدأ الذي يحكم العقد من بداية تكوينه إلى تنفيذه و حل أي نزاع ينشأ عنه، غير أنه وبسبب التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية لم يعد تصور العقد يخضع لمبدأ سلطان الإرادة.

ذلك أن التوجيه التشريعي كان له الأثر العميق على النظرية العامة للعقد لاسيما ما تعلق بحماية المصلحة العامة، فلم تعد الحدود التي كانت في السابق تخيف الاقتراب من فرع قانوني معين ينتمي إلى أحد الفروع، سواء لفروع القانون العام أم لفروع القانون الخاص، إذ أصبحت هناك قوانين مختلطة يصعب فرزها وتصنيفها.

وباعتبار الاستثمار أهم أوجه النشاط التجاري بالنظر لما يقوم به على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، نجد معظم الدول تتسابق من أجل جذب الاستثمارات سواء كانت وطنية أو أجنبية لما لها من أثار إيجابية لهذه الدول.

فالاستثمار يمثل عصبا رئيسيا لاقتصاديات الدول خاصة الدول النامية، وحتى يأتي بثماره لابد من توفير بيئة استثمارية صحية تشجع على الاستثمار، من خلال توفير ضمانات قانونية وإقتصادية كفيلة بتوفير الأمان القانوني والاقتصادي للمستثمر.

لذلك سعت الجزائر كغيرها من الدول إلى وضع مجموعة من الآليات القانونية التي تفتح باب الاستثمار أمام الشركات الوطنية والأجنبية من أجل تشجيعها على

الاستثمار في عدة مجالات لتحقيق التنمية في مختلف القطاعات وخلق إستقرار إقتصادي.

وبالنظر لما تتمتع به عقود الاستثمار من تعقيدات بسبب تعدد أطرافها لاسيما ما تعلق منها بالاستثمارات الضخمة الخاصة بالركائز الاقتصادية الاستراتيجية، فإنه غالبا ما يثور بشأنها العديد من المنازعات مما يتطلب معالجتها بوسائل كفيلة تنسجم مع طبيعتها، وبما يحقق التوازن بين مصالح أطرافها.

ومن هنا تظهر أهمية البحث في أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية بسبب طبيعة أطرافها غير المتجانسة، فمن جهة نجد الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها، باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام وبما تملكه من سيادة، ومن جهة أخرى نجد طرفا خاصا وطني أو أجنبي.

وهو ما يثير مسألة الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة ومدى حريتهم في وضع مختلف الشروط التي تحكم عقدهم، لاسيما تلك الشروط الاتفاقية التي تتعلق بوسيلة حل أي نزاع قد يثور بينهم وإمكانية مراجعة العقد.

وعليه نطرح الإشكالية التالية: **ما مدى تجسيد مبدأ سلطان الإرادة في تحديد وسائل تسوية منازعات عقود الاستثمار؟**

سيتم الإجابة على هذه الإشكالية في إطار المنهج الوصفي، حيث ستقسم خطة البحث إلى مبحثين، سنتناول في المبحث الأول مدى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار، وفي المبحث الثاني مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار.

المبحث الأول : مدى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار

تجسد الإرادة الدور الأساسي في العقد، لأنه من نتائج مبدأ سلطان الإرادة أن المتعاقد له الحرية الكاملة في التعاقد، حيث يعتبر مجال الالتزامات التعاقدية هو الميدان الأوسع لهذا المبدأ.

وعقود الاستثمار كغيرها من العقود تقوم عند تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني، غير أن أنها تتميز بطبيعة خاصة بالنظر إلى أطرافها والغرض منها.

لذلك سنحاول في هذا المبحث تحديد خصوصية عقود الاستثمار في المطلب الأول، ثم سنتناول في المطلب الثاني مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار.

المطلب الأول : خصوصية عقود الاستثمار

إن عقود الاستثمار لها أهمية بالغة، بالنظر لغرضها المتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية، لذلك يتعين تحديد خصوصيتها مقارنة بالعقود في المجالات الأخرى.

يتم تحديد خصوصية عقود الاستثمار بالوقوف عند خصوصية تعريفها في الفرع الأول، ثم خصوصية أطرافها في الفرع الثاني، ثم خصوصية تكوينها في الفرع الثالث.

الفرع الأول : خصوصية تعريف عقود الاستثمار

خصوصية تعريف عقود الاستثمار يقتضي الوقوف عند معنى مصطلح الاستثمار، بسبب محوريته كفعل في إضفاء أوصاف جديدة على عقود مألوفة من قبل، أو بسبب مساهمته في تشكيل قوالب تعاقدية حديثة قائمة بذاتها، والتي أصبحت تتطلب إرساء أحكام قانونية خاصة بها تتماشى مع خصوصيتها[1].

الاستثمار لغة هو مصدر لفعل استثمر، وهو استخدام المال وتشغيله قصد تحقيق ثمرة هذا الاستخدام، عن طريق تنمية هذا المال على مدة زمنية[2].

أما اصطلاحا فقد تعددت تعاريفه في الاصطلاح الاقتصادي دون أن يتفقوا على تعريف محدد له، فقد عرف الاستثمار أنه التعامل بالأموال للحصول على ربح، كما عرف أنه إيجاد أصول أموال رأسمالية جديدة مثل إنشاء المصانع والمزارع وإنتاج الآلات والمعدات والتي تساعد على إيجاد مزيد من السلع والخدمات الاستهلاكية.

وبالمقابل انصب اهتمام المنشغلين في المجال القانوني حول تعريف أشكال الاستثمار، كتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر، والاستثمار غير المباشر، والاستثمار الوطني، والاستثمار الدولي، وغيرها من المصطلحات[3]، أكثر منها حول إيجاد تعريف جامع مانع للاستثمار.

---

1 - عائشة كاملي، **عقود الاستثمار العلمي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة العربي تبسي - تبسة، 2018/2017، ص 12.

2 - زواقري الطاهر و أوسن حنان و محمد شعيب توفيق، **الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد 3، سبتمبر 2014، ص 168.

3 - عائشة كاملي، المرجع السابق، ص 13 وما يليها.

ويمكن تعريف الاستثمار من الناحية القانونية أنه تقديم الأموال المادية والمعنوية من شخص طبيعي أو معنوي للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط إقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن.

والملاحظ أن قواعد القانون الدولي لم تتضمن تعريفا للاستثمار، بالرغم من ورود هذا المصطلح عدة مرات في بعض أحكام محكمة العدل الدولية، كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار، فنجد أنها لم تضع تعريفا جامعا مانعا لمصطلح الاستثمار[1]، منها اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، إذ لم تتضمن تعريفا واضحا للاستثمار للحيلولة دون قصر دور المركز على مجموعة محددة من المنازعات تاركة ذلك لاتفاق الأطراف[2].

أما بالنسبة لتعريف عقود الاستثمار فقد تعددت وجات النظر واختلفت المضامين الممنوحة لهذه العقود، وذلك بسبب خلطها مع عقود الدولة الأخرى، كما أنه لا يوجد عقد مسمى نستطيع أن نطلق عليه عقد الاستثمار، ففكرة هذه العقود أقرب إلى كونها فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوفر فيها خصائص معينة[3].

فالملاحظ أن القوانين الخاصة بالاستثمار لم تعرف عقد الاستثمار في إطار التعريف الفني كعقد، بل تعرف الاستثمار كمصطلح.

فنجد المشرع الجزائري يعرف الاستثمار في المادة 2 من القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار[4] أنه اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل، وكذا المساهمات في رأسمال شركة. والملاحظ

1 - زواقري الطاهر و أوسن حنان و محمد شعيب توفيق، المرجع السابق، 169.

2 - أحمد المصطفى محمد صالح، **الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار**، 2016، ص 7، تاريخ الاطلاع 2021/11/06 الساعة 14.00، http://hdl.Handle.net/123456789/357K

3 - عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2011/2010، ص 21.

4 - القانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 مؤرخة في 3 أوت 2016.

أن دلالة الاستثمار في هذا القانون غير واضحة، لأن هذا النص اقتصر على إيراد صوره فقط.

ويمكن تعريف عقود الاستثمار أنها كل إتفاق بين شخصين أو أكثر يكون محله إستثمار الطرف الأول لما أقره القانون من حقوق إستغلال للطرف الثاني، سواء كان المحل المراد إستغلاله ماديا أو معنويا، بمقابل يأخذه الأخير لقاء تنازله عن حقوق الاستغلال"[1].

وتعرف أيضا أنها تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع شخص عام أو خاص، طبيعي أو معنوي، وطني أو أجنبي، يلتزم بمقتضاها المستثمر أن ينقل قيم إقتصادية للدولة المضيفة لاستغلالها في مشاريع على أراضيها، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية والربح للمستثمر.[2]

من هذه التعاريف نلاحظ أن عقد الاستثمار أحد أطرافه يكون الدولة المضيفة للاستثمار، غير أن هذا لا يمنع أن يكون أحد الأشخاص التابعين لجنسية الدولة المضيفة طرفا في عقد الاستثمار مع مستثمر أجنبي في مجال معين من أجل تنمية وطنه ورفع إقتصادها الوطني[3].

وما تجدر الإشارة إليه أنه في الواقع لا يستطيع أحد الجزم أن المشروعات الصناعية الكبيرة لأي بلد وطنية بجميع عناصرها وأشكالها وتفاصيلها، إذ في الغالب لابد من توافر عنصر أجنبي أو أكثر في مثل هذه المشاريع، فقد يوفر العنصر الأجنبي التمويل سواء بوجود مساهمين أو خبرات أو براءة إختراع أو مادة أولية أو غير ذلك.[4]

1 - عائشة كاملي، المرجع السابق، ص 19.

2 - أحمد المصطفى محمد صالح، المرجع السابق، ص 14.

3 - يتم التفرقة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي وفق ضابط الجنسية، فالمستثمر الوطني هو كل شخص يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، أما المستثمر الأجنبي فهو كل شخص الطبيعي أو المعنوي لا يحمل جنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

4 - أحمد المصطفى محمد صالح، المرجع السابق، ص 12.

الفرع الثاني : خصوصية أطراف عقود الاستثمار

يختلف تكييف عقد الاستثمار بحسب أطرافه، الطرف الأول فيه قد يكون الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها، أو شخص وطني خاص، أما الطرف الثاني فهو المستثمر والذي قد يكون وطني أو أجنبي.

فالدولة كطرف في عقد الاستثمار الوطني قد تسلك أحد الطريقين، الطريق الأول يكون بتدخلها بنفسها، وهنا تظهر حكومتها كطرف في العقد، وهذا النوع من عقود الاستثمار هو الغالب، والطريق الثاني أن تترك مسألة التعاقد لمؤسسات القطاع الخاص، وفي هذه الحالة تكتفي بتنظيم المسألة قانونيا بتشريع القواعد القانونية اللازمة وفرض ما تراه من شروط لصحة ذلك، وبذلك تصبح دولة مضيفة للاستثمار.

لذلك اتجهت في الآونة الأخيرة معظم الدول المضيفة إلى إشراك القطاع الخاص في تنميتها، فقد كان سابقا لا يقوم القطاع الخاص بإبرام مثل هذه العقود، غير أنه ظهرت الحاجة للسماح للقطاع الخاص للقيام بذلك، وأصبحت تظهر مشاركة المستثمرين في الدولة في تنميتها وتنفيذ خططها الاقتصادية.

أما الطرف الثاني في عقد الاستثمار فقد يكون كذلك دولة أجنبية أو إحدى المؤسسات التابعة لها، وفي هذه الحالة يكون كلا الطرفين من أشخاص القانون العام، مما يعني أن القانون الإداري هو الذي سيطبق، وبالتالي القضاء الإداري هو من سيفضل في أي نزاع يقوم بينهم.[1]

كما قد يكون الطرف الثاني الذي تتعاقد معه الدولة شخص خاص لدولة أجنبية، والذي عادة ما تكون شركة متعددة الجنسيات، وفي هذه الحالة أيضا تظهر الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها بصورتين، فقد يكون العقد ذو طبيعة إدارية وقد يكون ذو طبيعة خاصة شأنه شأن جميع العقود الخاصة.

وما تجدر الإشارة إليه أن أغلبية عقود الاستثمار بالرغم من أن الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها طرف فيها، فإنه من غير المتصور أن لا تكون هذه العقود من العقود الخاصة، بحكم أن المستثمر سيكون في مركز قوة يسمح له بإبداء ما يشاء من شروط، مما يعني في المقابل عدم إمكانية فرض الدولة لشروطها المعتادة في العقود الإدارية.

1 - عائشة كاملي، المرجع السابق، ص 102.

وقد اختلف حول الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار فقد اعتبرها البعض عقود إدارية، مؤسسا موقفه على أن الدولة أو أحد المؤسسات التابعة لها طرفا فيها، كما أنه غالبا ما بتضمن شروط غير مألوفة، وأنها تتعلق عادة بمرفق عام في الدولة، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتبارها عقودا خاصة لأن الطرف الثاني قد يكون خاص.[1]

غير أنه بالنظر لكون هذه العقود فعالة في إطار القيام بالسياسات الإنمائية للبلاد، خاصة تلك المتعلقة بالصناعات الاستراتيجية فيها فإنها تخضع لتطبيق قوانين الاستثمار للبلد المضيف، أي أنها تخضع في الجزائر للقانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

حيث نصت المادة1 من القانون 09/16 أنه :" يهدف هذا القانون إلى تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات".

الفرع الثالث : خصوصية تكوين عقود الاستثمار

عقود الاستثمار لا تخرج في سياقها العام عن الخصائص العامة للعقود، إلا أن لها خصائص تتميز بها عن غيرها من العقود.

إذ تتوفر عقود الاستثمار على أركان العقد الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب، كما أنه لا يتصور عدم تطلب هذه العقود لشكل معين، إذ من غير المعقول انعقادها بالرضا وحده، غير أنه وإن كان من السهل توفر ركني الرضا والسبب، ذلك أن العقد لا ينعقد إلا برضا الطرفين، وبسبب مشروع، فإن تحديد ركن المحل ليس بالبساطة ذاتها.

إذ أن مضمون عقود الاستثمار يحتاج للكثير من التفاصيل، بسبب تعدد أنواعها، وكذا كثرة تشابهها، مما يستدعي تحديد المحل بدقة كبيرة بحيث لا يختلط مع غيره، وهذا الأمر لن يتم إلا بالدراية الكافية في الشخص المقبل على الاستثمار[2].

إذ أن مجال عقود الاستثمار يتحدد بحسب خطة التنمية للدولة المضيفة للاستثمار، فبعضها يتمثل في تشييد أعمال البناء، والبعض الآخر يتمثل في مشروعات

---

1 - لمزيد من التفصيل أنظر: إبراهيم محمد القعود، **الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، جامعة الزاوية ليبيا، العدد 7، 2015، ص 301 وما يليها.

2 - عائشة كاملي، المرجع السابق، ص 32.

الهندسة المدنية كشق الطرق أو السكك الحديدية، بينما يتمثل البعض الآخر في تشييد مشروعات صناعية أخرى كشبكات الاتصال والوحدات الكيميائية والمصانع الكاملة.[1]

وبمأن الالتزامات في عقود الاستثمار متبادلة بين الطرفين، إذ يقوم كل طرف بأداء معين لمصلحة الطرف الآخر، فإن عقود الاستثمار تتميز بأنها من العقود الملزمة للجانبين، كما تتميز بأنها عقود معاوضة، حيث يأخذ كل طرف مقابل لما يقدمه للطرف الآخر.

كما تتسم هذه العقود بأنه طويلة الأمد ومتعددة العمليات، إذ تتعلق باستثمارات ضخمة، تتم خلال فترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشآت وتجهيزات دائمة تظل مملوكة للمستثمر طيلة مدة العقد.

تتميز هذه العقود أنها تخضع في جانب منها للقانون العام، بينما يسري القانون الخاص على بعض جوانبها، إذ لم تعد الحدود التي كانت في السابق تخيف الاقتراب من فرع قانوني معين ينتمي إلى أحد الفروع، سواء لفروع القانون العام أم لفروع القانون الخاص، إذ أصبحت هناك قوانين مختلطة يصعب فرزها وتصنيفها.

تتميز هذه العقود أيضا أنها تمنح إمتيازات وضمانات للمستثمر[2]، إذ تتضمن شروط ومزايا غير مألوفة، كون أن غالبية الدول النامية تسعى بموجب هذه العقود إلى إستغلال القدرات التكنولوجية والمالية والإدارية للمستثمر.

كما تثير بعض عقود الاستثمار سواء من حيث إبرامها أو تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها المستثمر، هذا إلى جانب إمكانية استبعاد تطبيق قانون الدولة المضيفة للاستثمار وحتى إختصاص محاكمها[3].

من خلال ما تقدم يتضح أن عقود الاستثمار تحمل خصائص العقد الإداري، كما أنها ليست عقدا من عقود القانون الخاص، لأنها ليست عقود بيع أو إيجار، فالموضوع الجوهري لها يتمثل أساسا في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

ومن ثم عقود الاستثمار تجمع بين خصائصها شروطا جديدة تختلف على العقود بصفة عامة، هذه الخصائص هي المحفز والمشجع للمستثمر على المساهمة في

1 - حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، دار هومة – الجزائر، 2010، ص 26.

2 - راجع المواد من 5 إلى 25 من القانون 09/16 المتضمن ترقية الاستثمار.

3 - أحمد المصطفى محمد صالح، المرجع السابق، ص 47.

التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة للاستثمار، وهو أمر لن يتحقق إلا بترك الحرية للأطراف في وضع ما تراه مناسبا من شروط وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني : مكانة مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار

يعرف مبدأ سلطان الإرادة على أنه قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيانه من العقود وعلى تحديد أثارها، كما عرف على أنه قدرة الإرادة على إنشاء ما تريد من العقود والتصرفات ما دامت تلتزم حدود النظام العام والآداب[1].

فالعقد وعلى خلاف العديد من النظم القانونية لا يستلزم لوجوده تدخل أية سلطة خارجية أو نظامية، فهو تصرف إرادي يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدها[2].

وللبحث عن مكانة مبدأ سلطان الإرادة ضمن عقود الاستثمار، سيتم تبيان إقرار مبدأ سلطان الإرادة في العقود بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة.

الفرع الأول : إقرار مبدأ سلطان الإرادة في العقود

يرجع فضل استحداث مبدأ سلطان في إطار القانون الوضعي لقانون الروماني، ثم ازدهر هذا المبدأ في القرن الثامن عشر والتاسع عشر بسبب الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي.

وترتب على إقرار مبدأ سلطان الإرادة حرية التعاقد فلكل شخص الحرية في التعاقد، إذ أن أساس القوة الملزمة هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهما، وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخلا في العقد،

وترتب على إقرار هذا المبدأ كذلك مبدأ نسيبة أثر العقد، فلا يرتب العقد حقوق والتزامات إلا على أطرافه ولا يمتد إلى الغير. كما يجب تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.[3]

---

1 - عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص 258.

2 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، 346.

3 - علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر – الجزائر، 2010، ص 38 وما يلها.

ولقد نص المشرع الجزائري على مبدأ سلطان الإرادة في المادة 106 من القانون المدني والتي جاء فيها أن :" العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[1].

إلى جانب ذلك تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العقود التي يكون أحد أطرفها أجنبي وفق قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني، حيث تنص المادة 18 من هذا القانون أنه :" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

قاعدة الاسناد هذه مقتضاها حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم التصرفات القانونية التي تبرمها، ولا يحد من هذه الحرية سوى فكرة النظام العام، وهو ما يعبر عنه بعض الفقه بنظرية قانون الإرادة.

ولقد ساعد تطور أساليب التعاقد وخاصة في المجال الالكتروني الذي يقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها على توسيع الفجوة القائمة من حيث عدم المساواة في البنية القانونية بين المنتجين والمستهلكين، الأمر الذي استدعى ضرورة تقليص هذه الفجوة وتحقيق المساواة في القوة الاقتصادية بين المراكز القانونية لأطراف العقد الاستثماري[2].

وعليه فإنه وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ينبغي أن تنظم عقود الاستثمار وفق مبدأ واحد، وهو أن العقد هو القانون الذي يرجع إليه في حل المنازعات، فلا يرجع للقوانين الوطنية للمتعاقدين أو القانون الدولي إلا إحتياطيا وبقدر ما يفوضه قانون المتعاقدين.

وفي هذا الصدد نصت لمادة 17 من قانون ترقية الاستثمار أن إتفاقية الاستثمار تبرم على أساس التفاوض بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار التي تتصرف باسم

1 - أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية في التعاقد، حيث يتمتع المتعاقدين بحرية كاملة في طريقة التعبير عن إرادتهما أثناء تكوين العقد طبقا لنص المادة 60 من القانون المدني.

2 - خضراوي الهادي وحعيرن بشير، **اختيار قانون الإرادة وتحديد مدة ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 9، العدد 1، مارس 2016، ص 131.

الدولة والمستثمر بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، فهذه الاتفاقية عبارة عن عقد مكتوب بين الدولة ممثلة بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والمستثمر، وتحدد فيه الحقوق والالتزامات التي سيحظى بها كلا الطرفين والمدة المحددة لذلك.

ذلك أنه نتيجة عدم التكافؤ في المركز القانوني بين أطراف عقد الاستثمار، غالبا ما يلجأ الطرف الضعيف إلى إلتماس كافة السبل التي توفر له الحماية وتحقق التوازن العقدي، وهو ما يتم عبر مفاوضات حرة وعادلة بين الأطراف، إذ أن كل بند من بنود العقد تمت مناقشته والتفاوض بشأنه[1].

الفرع الثاني : خضوع عقود الاستثمار لمبدأ سلطان الإرادة

لقد استقر الحال على اعتراف جميع القوانين بمبدأ سلطان الإرادة رغم اختلافها في تحديد نطاقه، وبالنظر للانتقادات التي واجهها هذا المبدأ من طرف الذين نادوا بنبذه، وتمسك المؤيدين له إلى أوسع الحدود، وجد فريق معتدل أعاد لهذا المبدأ اعتباره وبأسس جديدة[2].

ذلك أن تطور المجتمع وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، بسبب تطور وظيفة الدولة وتدخلها في الميدان الاقتصادي وتحكمها في تسيره وتوجيهه من جهة، وتطفلها بحماية الفئة الضعيفة إجتماعيا وإقتصاديا وثقافيا من جهة أخرى، أصبح العقد وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام[3].

فقد لاحظ الفقه منذ وقت طويل أن هناك تداخل فيما كان يسمى بفروع القانون العام وفروع القانون الخاص، لأنه الآن لم تعد هناك حدود فاصلة بينهما، وهو ما فسرته التشريعات الحديثة التي هي مزيج بين خصائص قواعد القانون العام وخصائص القانون الخاص، وهذا هو الحال بالنسبة للقوانين المتعلقة بسلطات الضبط الاقتصادي[4].

---

1 - بلحسان هواري، **تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، جامعة مستغانم، 2017، ص 73.

2 - عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، المرجع السابق، ص 266.

3 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 51 وما يليها.

4 - بعجي أحمد، **تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، جامعة الجزائر 1، 2019/2018، ص 6.

فمبدأ سلطان الإرادة هو سلطة معترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لتلك المراكز الوجود، أو لوجدت ولكن في صور مختلفة.

فالواقع أن السلطة المعترف بها للأفراد في ظل نظام قانوني معين بإنشاء مراكز قانونية معترف بها داخل هذا النظام هي جوهر مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم فإن هذا المبدأ يستهدف تأكيد وضمان إحترام التوقعات المشروعة للمتعاقدين.

ولا خلاف بين العقد المدني والعقد الإداري في خضوعهما من حيث الأصل لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وقيامهما على توافق إرادتين، فكل طرف يقبل مختارا الالتزام بما يفرضه العقد من التزامات، وهذا جوهر الرابطة العقدية، ويتم التعبير عن الإرادة في العقود بصفة عامة إما صراحة أو ضمنا.

فعقد الاستثمار كغيره من العقود مبني على إرادة الأطراف، والتي قد تتضمن النص صراحة حول إرادة الأطراف في مسائل مهمة تحكم عقدهم، بأن يتضمن بندا من بنود عقدهم ذلك، أو قد يكون وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي.

لذلك وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف في إدراج ما تراه مناسبا من شروط تعاقدية، لا يوجد ما يمنع أطراف عقد الاستثمار من تضمينه بنود تؤمن لهم حل أي نزاع يقع أثناء التنفيذ، وهذا بعيدا عن السلطة المطلقة للدولة المضيفة للاستثمار[1].

ومن ثم يلعب مبدأ سلطان دور هام في الاتفاق على الشروط التعاقدية في عقود الاستثمار، إذ يترك للأطراف حرية وضع الشروط التي تناسبهم، ومنها إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، كما يحق لهم تعديل إختيارهم متى اتضح لهم أنه لا يتفق مع إقتصاديات العقد أو طبيعة محله.[2]

غير أنه قد يعمد أطراف عقد الاستثمار إلى إغفال ذكر القانون الواجب التطبيق خوفا أن يكون هذا سببا في فشل إبرام العقد، خاصة وأن إبرام مثل هذه العقود قد

1 - بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، **دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16، جانفي 2017، ص 186.

2 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 207.

يعهد به إلى فنيين أكثر منهم قانونيين، مما يبرر إغفال الإشارة للقانون الذي يحكم عقدهم.

وفي هذه الحالة تؤول مهمة تحديده للقاضي أو المحكم والذي سيستدل عليه من خلال تحليله المنطقي لظروف وملابسات العقد، حيث توجد عدة مؤشرات يستطيع من خلالها القاضي أو المحكم الكشف على الاختيار الضمني، ويقيم بذلك القرينة على اتجاه إرادة الأطراف، كل ذلك مع مراعاة دراسة كافة ظروف العقد[1].

المبحث الثاني : مظاهر تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تسوية منازعات عقود الاستثمار

من الثابت أن منازعات عقود الاستثمار تتمتع بخصوصية بسبب طبيعة أطرافها غير المتجانسة الطبيعة، إذ قد نجد من جهة الدولة أو إحدى المؤسسات العمومية التابعة لها، ومن جهة أخرى نجد طرفا خاصا وطني أو أجنبي، وهو ما يثير التساؤل عن طريقة الموازنة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتضاربة.

فمن جهة تسعى الدولة لتحقيق إحدى خططها التنموية الاقتصادية، وبالمقابل يسعى الطرف الثاني إلى تحقيق مصالحه الخاصة، والتي هي تحقيق الربح المالي، وهو ما يجعل تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار لا تتحقق إلا من خلال وسائل محايدة وفعالة.

ومن ثم كان لمبدأ سلطان الإرادة الدور البارز في الاتفاق على الشروط التعاقدية في عقود الاستثمار، حيث تعترف جل التشريعات في الدول بهذا المبدأ، كما أعطت غالبية المعاهدات والاتفاقات الدولية هذه الإرادة الدور المهم والحاسم في تحديد الهيئة المختصة بالفصل في منازعات الاستثمار، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق.

لذلك سنتناول في المطلب الأول من هذا المبحث شرط إختيار الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، ثم سنتناول في المطلب الثاني شرط الثبات التشريعي وإعادة التفاوض

المطلب الأول : شرط إختيار الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق

إن العلاقة بين أطراف عقد الاستثمار وإن كانت حسنة في بدايتها، فإنها سرعان ما تتغير، خاصة وأن مصالح الطرفين لا تسير في اتجاه واحد.

1 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 217.

لذلك فإن المشكلة الأساسية التي تلازم هذه العقود تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة لتحقيقها من خلال فتح الباب للاستثمار، والأهداف التي يسعى إليها المستثمر، وهو ما يعطي الأهمية البالغة لمسألة تسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الأول : حرية إختيار الجهة المختصة بتسوية منازعات عقود الاستثمار

إن المستثمر وإن كان يحرص على القواعد الموضوعية التي على أساسها يتم معاملته، فإنه يحرص أشد الحرص على وجود وسائل تضمن تسوية المنازعات التي تحدث بينه وبين الدولة باعتبارها قد تكون الطرف الثاني في عقود الاستثمار.

ذلك أن مناخ الاستثمار يتأثر كذلك بطرق وأساليب التسوية عند تنفيذ عقود الاستثمار، خاصة وأن هذه التسوية قد تواجهها صعوبات بسبب إختلاف المركز القانونية لأطراف النزاع، والتي قد يكون أحد أطرفها ذو سيادة.

ومن ثم يكون القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار كقاعدة عامة صاحب الاختصاص الأصيل في تسوية منازعات عقود الاستثمار، وهو ما يجعل المستثمر الأجنبي في وضع مماثل مع المستثمر الوطني، لذلك يلجأ المستثمر لاسيما الأجنبي للطرق البديلة والتي تكون أكثر مرونة وضمانا حسب إعتقاده.[1]

كما أن اللجوء إلى القضاء الوطني في مجال عقود الاستثمار يعترضه العديد من المآخذ سواء كان المستثمر وطني أو أجنبي، بسبب بطء الإجراءات القضائية، نتيجة تراكم القضايا المعروضة على القاضي وتعدد درجات التقاضي، وهو ما لا يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار التي تقتضي السرعة في الفصل، كما أن الفصل في هذا النوع من المنازعات تحتاج إلى خبراء ذو تقنيات عالية في مجال الاستثمار، إضافة إلى أن موقف القضاء الوطني قد لا يكون حياديا بشكل كامل في مواجهة المستثمر الأجنبي[2].

لذلك يتم اللجوء إلى وسائل ودية محايدة وفعالة لتسوية منازعات عقود الاستثمار كالوساطة والتوفيق والتحكيم، غير أنه في الغالب يفضل المستثمر اللجوء إلى

1 - هوام علاوة وقروي سميرة، **أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 3، العدد 2،جوان 2016، ص 122.

2 - سلامي ميلود، **الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة1، العدد 6، مارس 2015، ص 84.

التحكيم، وقد يحرص المستثمر على إدراج هذا الشرط ولو على حساب عدم إتمام عقد الاستثمار.

ففي ظل سعي الدول النامية إلى إستقطاب الاستثمارات، خاصة الأجنبية منها قد وضعها أمام واقع إما تقبل التحكيم أو تتبخر كل أحلامها التنموية، على أساس أن هذا البند يعتبر من أهم الضمانات الاستثمارية، لذلك نجدها تقبل التحكيم على مضض، كونه يعتمد آليات تختلف مع تلك المتعمدة من طرف القضاء الوطني[1].

لذلك وحرصا من الدول على جذب الاستثمارات فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، وهو ما تبناه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 24 من قانون ترقية الاستثمار والتي تنص أنه :" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود إتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".

فوفقا لهذا النص فإنه من حيث الأصل يرجع الاختصاص للجهات القضائية الجزائرية بالنظر في منازعات عقود الاستثمار، غير واستثناء لا يكون الأمر كذلك في حالة وجود اتفاقات مبرمة بين الدولة الجزائرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو كانت الدولة الجزائرية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفا في اتفاقية مشتركة.

وفي هذا الصدد صادقت الجزائر على إتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأجنبية[2]، والتي تعتبر أن التحكيم هو الوسيلة الوحيدة لحل منازعات الاستثمار في الحالة التي لا تشترط فيها الدول المنظمة لهذه الاتفاقية إستيفاء طرق التسوية الداخلية قبل اللجوء للتحكيم.

ونصت المادة 25 من إتفاقية واشطن على أنه:" 1- يمتد إختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين

1 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 180.

2 - مرسوم رئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأجنبية، ج ر عدد 66 مؤرخة في 5 نوفمبر 1995.

دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة أخرى متعاقدة، والتي تتصل إتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده...".

إلى جانب ذلك نظم المشرع الجزائري أحكام الطرق البديلة لحل النزاعات في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] في المواد 990 إلى 1061، والمتمثلة في الصلح والوساطة والتحكيم، فقد نصت المواد من 990 إلى 993 على أحكام الصلح، ونصت المواد من 994 إلى 1005 على أحكام الوساطة، كما نصت المواد من 1006 إلى 1061 على التحكيم، وقد خصص المشرع الجزائري المواد من 1039 إلى 1061 لأحكام التحكيم الدولي.

كما أنظمت الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار، كل ذلك بهدف تشجيع الاستثمارات، وإدخال الطمأنينة وعدم التردد لدى المستثمرين[2].

ذلك أن التحكيم أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار، بما يمثله من ضمانة للمستثمرين، فبمقدار ما يكون التحكيم سهلا وميسرا تنتعش حركة الاستثمار، وبالعكس بقدر ما يكون التحكيم عسيرا تكون حركة الاستثمار بطيئة.

فمن بين الأسباب التي تدفع المستثمر إلى اللجوء للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات، ما يتمتع به من حرية لا تتحقق في ظل القضاء الوطني، وتستمر هذه الحرية منذ لحظة الاتفاق على ا لتحكيم ذاته، إلى حين صدور حكم التحكيم[3].

ومن هنا وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة يتعين على أطراف عقود الاستثمار حماية مصالحها بتحسن صياغة العقود، وذلك باعتماد صيغ دقيقة بدلا من الصيغ العامة، والنص بعبارات صريحة وواضحة حول وسائل تسوية منازعاتها خاصة.

1 - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

2 - بودلال فطومة، **التحكيم في العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2016/2015، ص 143.

3 - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 191.

الفرع الثاني : حرية إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار

إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستثمار يبدو أمر منطقي، إذ يملك أطراف هذه العقود لاسيما إذا كان أحد الأطراف أجنبي الحرية في إخضاع عقدهم للقانون الذي تتجه إليه إرادتهم المشتركة، ذلك أن حتى مع وجود الدولة كطرف لا يؤثر على خضوع العقد لقانون الإرادة.

فكما أن للدولة أو أحد الهيئات التابعة لها السلطة في أن تلتزم بموجب عقد، فإنه يجب أن يكون لها بالضرورة سلطة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق وكذا الجهة التي تفصل فيه، وإلا فإنها لن تستفيد من الاستثمارات التي تطمح لها[1].

وما تجدر الإشارة إليه أن العقود الوطنية في جميع عناصرها لا تثير تنازعا في القوانين، وبالتالي لا مجال لتدخل إرادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[2]، فبخلاف المستثمر الوطني الذي يفترض علمه بالقواعد القانونية الداخلية لبلده واتقانه التعامل بها، فإن المستثمر الأجنبي قد لا يتقبل الوضع مما يخلق لديه الأعذار للتهرب من هذا القانون.

لذلك نجد المستثمر الأجنبي يلجأ إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على عقده تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، هذا القانون المختار يشكل الأساس الذي يتم فيه تحديد حقوق والتزامات الأطراف، كما مسألة أولية لازمة للفصل في كل منازعة تثار بشأنه[3].

وما تجدر الإشارة إليه أن غالبية عقود الاستثمار تشير إلى إختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار، كما هو الحال بالنسبة لقانون ترقية الاستثمار في الجزائر، لكن من المفروض أن توجد محفزات وضمانات قانونية دفعت المستثمر للاستثمار في تلك الدولة.

ذلك أنه في أغلب الحالات عندما تكون الدولة طرفا في عقد فإن إختيار الإرادة يتجه نحو تبني قانونها الوطني ليطبق على منازعات العقد، خاصة في حالة غياب الإرادة

1 - خضراوي الهادي و حعيرن بشير، المرجع السابق، ص 135.

2 - حسين أحمد الجندي، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965**، دار النهضة العربية – مصر، 2005، ص 171.

3 - هوام علاوة وقروي سميرة، مرجع سابق، ص 114.

الصريحة أو الضمنية للأطراف، وهذا الخيار قائم على أساس قواعد الاسناد، باعتباره قانون موطن إبرام العقد أو موطن تنفيذه.

كما أقر مجمع القانون الدولي مبدأ حرية أطراف عقود الاستثمار، عند تناوله لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، وذلك في دورة أثينا 1979، حيث جاء في نص المادة 1 من التوصيات أنه : "تخضع العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الخاصة الأجنبية للقواعد القانونية المختارة بواسطة الأطراف"[1].

وإلى جانب نص المادة 18 من القانون المدني، أكد المشرع الجزائري على حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يحكم عقدهم بنص صريح في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية، والتي جاء فيها :" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة".

ذلك أنه في حالة سكوت الأطراف عن تعين القانون الذي سيحكم موضوع النزاع أو أن أحكام القانون المختار غير كافية لحكم المسألة محل النزاع، فإنه يرجع للقاضي أو المحكم تحديد هذا القانون، أو الفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون والأعراف المناسبة.

وعليه فإن كل من التشريعات الوطنية والدولية كرست قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة وعقود الاستثمار بصفة خاصة[2]، إذ لا يمكن أن تنشأ عقود الاستثمار في ظل فراغ قانوني بل يتعين أن تستند إلى نظام قانوني معين، فلا يكفي إستنادها إلى فكرة العقد شريعة المتعاقدين لأن هذه المبادئ القانونية في حد ذاتها في حاجة إلى نظام قانوني ما تستند إليه يحدد لها معالمها وتستمد منه قوتها.[3]

1 - خضراوي الهادي و حعيرن بشير، المرجع السابق، ص 136.

2 - سي فضيل الحاج، **آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر**، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم، 2019/2018، ص 195.

3 - حسين أحمد الجندي، المرجع السابق، ص 189.

المطلب الثاني : شرط الثبات التشريعي و إعادة التفاوض

إنه إلى جانب حرية أطراف عقد الاستثمار في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، وحريتهما في إختيار الجهة التي يعهد لها تسوية أي نزاع ينشأ بينهما، تم تكريس حقهم في فرض شرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض.

الفرع الأول : شرط الثبات التشريعي (التجميد الزمني لقانون الإرادة)

بالنظر لطبيعة عقود الاستثمار، والتفوق الذي قد يتمتع به طرف على حساب الآخر، قد تجد الدولة المضيفة للاستثمار ورغبة منها في الحصول على إستثمار في قطاع معين أن تذعن لشروط المستثمر، لاسيما المستثمر الأجنبي لما يملكه من تكنولوجيا، ومن بين هذه الشروط، نجد شرط الثبات التشريعي.

حيث يعتبر هذا الشرط من أهم الضمانات القانونية التي يحرص المستثمر على توفرها باعتبارها أداة فعالة لحماية مشروعه الاستثماري، وهذا من خلال إبقاء القانون الذي أبرم العقد في ظله عقد الاستثمار ثابتا حتى ولو تم تعديل أو إلغاء هذا القانون.[1]

فالمستثمر الأجنبي قد يجد نفسه مجبر على إختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار كقانون يحكم عقده، لذلك يسعى من خلال هذا الشرط إلى تفادي المخاطر الناجمة على هذا الاختيار، والتي تتمثل في خضوعه لكافة التعديلات التي قد تلحق بهذا القانون، لاسيما تلك التعديلات التي تعمد الدولة إلى إجراءها للإخلال بالتوازن العقدي، وذلك بتأكيد عدم سريان أي تعديل أو تغيير تجريه على قانونها الوطني.[2]

يقصد إذن بشرط الثبات التشريعي 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 الإرادة المختارة على عقد الاستثمار وقت إبرام العقد وليس في مرحلة تنفيذه.

والأساس الذي يقوم عليه مبدأ الثبات التشريعي هو احترام مبدأ سلطان الإرادة، بالإضافة إلى مراعاة الحقوق المكتسبة، غير أن هذا لا يعني منع الدولة المضيفة

---

1 - يوسفي عبد الهادي، **شرط الثبات التشريعي صمام للاستثمار في الجزائر على ضوء القانون رقم 16-09**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 9، العدد 2، 2021، ص 1399.

2 - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 54.

للاستثمار من ممارسة سلطتها التشريعية في تعديل القوانين التي تقتضيها المصلحة العامة.

ويهدف إدراج مثل هذا الشرط إلى ضمان تحقيق التوازن العقدي واستقرار المعاملات وتجنب إلحاق الضرر بالمستثمرين الأجانب، من خلال منع الدولة المضيفة للاستثمار من إستغلال سلطتها التشريعية وفرض قواعد تحقق مصالحها على حسابه.

ومن شروط الثبات التشريعي، أن يتفق أطراف عقد الاستثمار صراحة على أن القانون الذي يسري على عقدهم عند ظهور أي نزاع هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة وقت إبرام العقد مع إستبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ في وقت لاحق[1].

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ صراحة في نص المادة 22 من القانون رقم 09/16 المتضمن ترقية الاستثمار[2]، حيث تم ادراج هذا الشرط في تشريع الاستثمار نفسه من خلال التزام الدولة بعدم المساس بجميع مزايا عقد الاستثمار ما لم يطلب المستثمر ذلك ، ويستوي في ذلك المستثمر الوطني أو الأجنبي لأن المادة لم تفرق بينهم[3].

ومن ثم يتمتع المستثمر بحق الاحتفاظ بسريان القوانين التي تم إبرام عقد الاستثمار في ظلها، وله الاستفادة من الامتيازات التي أقرها القانون الجديد متى رغب في ذلك، لذا يتم النص على هذا المبدأ في الاتفاقيات للتأكيد عليه أكثر ولطمأنة المستثمر[4].

وما تجدر الإشارة إليه أن الواقع قد أثبت فشل شروط الثبات التشريعي في تحقيق الهدف الذي وضعت من أجله لعدة إعتبارات أهمها أن الدولة باعتبارها قد تكون طرفا في العقد، الأمر الذي يفرض عليها أن تتدخل تشريعيا لمواكبة التغيرات الحاصلة مراعاة للمصلحة العامة، وليس تغليب المصلحة الخاصة للمستثمر.

1 - سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 1400.

2 - تنص المادة 22 من القانون رقم 09/16 المتضمن ترقية الاستثمار أنه :" لا تسري الأثار الناجمة عن مراجعة أو الغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

3 - سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 1401.

4 - نسرين بوعكاز، **مبدأ الثبات التشريعي آلية لتحقيق الأمن القانوني في عقود الاستثمار**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة المجلد 6، العدد 2، 2021، ص 74.

الفرع الثاني : شرط إعادة التفاوض

إن طول مدة تنفيذ عقود الاستثمار تجعلها عرضة لعدة تغيرات قد تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد أو ترهق كاهل أطرافه، وهو ما ينجر معه نزاعات بين أطرافه، ومن هنا تظهر أهمية إدراج شرط إعادة التفاوض، والذي بمقتضاه تتجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى إعادة التفاوض حول منشأ النزاع وتسويته.

لذلك من بين الشروط التي يمكن إدراجها في عقود الاستثمار نجد شرط إعادة التفاوض لما له من فوائد، فتتجسد الفائدة العملية من خلال ارتباطه بعقود تزداد يوما بعد يوم في حياة الدول، كما أن هذا الشرط يعتبر ضمانة عقدية أو تقنية وليدة ممارسات عقدية، إلى جانب دوره في خلف جو استثماري مناسب.[1]

ويعرف شرط إعادة التفاوض أنه شرط يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار، يتفقون بموجبه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد، سواء في ذات عقد الاستثمار في صورة شرط من شروطه، أو في اتفاق مستقل عن عقد الاستثمار.

كما يعرف أنه الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفان بتعديل العقد، الذي يربطهما إذا حدث تغير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها، وأدت لتغير توازن العقد.

ومن ثم يتصف شرط إعادة التفاوض أنه شرط إتفاقي محض، لأن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في العقد المبرم بينهما، حيث يحدد بدقة عناصر الشرط، ومنها تحديد الأحداث التي تستوجب تطبيق الشرط، أي الأحداث التي تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، هذه الأحداث قد تكون وطنية أو دولية أو إقتصادية أو سياسية أو مالية، وهي خارجة عن إرادة الأطراف وغير متوقعة منهم وقت إبرام عقد الاستثمار.[2]

وتضمين عقد الاستثمار شرط إعادة التفاوض سيكون منشأ لالتزام عقدي بذمة الأطراف، والذي يقضي بضرورة إعادة التفاوض لمعالجة مشكلة تغيير الظروف عند

---

1 - بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض : **آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو – الجزائر، المجلد 1، العدد 3، ديسمبر 2018، ص 176 – 196، ص 177.

2 - بلحسان هواري، المرجع السابق، ص 84.

تحقق شروط تطبيقه، وبذلك في حالة تضرر المستثمر جراء أي عمل أو جراء تغير ظروف العقد، يستلزم التفاوض وبحسن نية وعلى أساس الحرية الواسعة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

وما تجدر الإشارة إليه أن شرط إعادة التفاوض لا يخرج عن القواعد العامة في معظم التشريعات، حيث نصت المادة 106 من القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، مما يعني أنه لا يجوز لأحد الأطراف تعديله بإرادته المنفردة، إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين المتعاقدين.[1]

خاتمة :

من خلال بحثنا هذا نخلص إلى أنه من أجل تحقيق سياسة الاستثمار الوطنية والاستفادة مما يقدمه المستثمر من موارد مالية وتكنولوجيا متقدمة تساهم في تطوير الاقتصاد الوطني، يتم إبرام عقد الاستثمار بعناية فائقة وتضمينه مختلف الضمانات والامتيازات الممنوحة للمستثمر بموجب قوانين الاستثمار، وهو ما يتم بوضع شروط إتفاقية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة.

ومن ثم تجسد الإرادة الدور الأساسي في عقد الاستثمار، لأنه من نتائج مبدأ سلطان الإرادة أن المتعاقد له الحرية الكاملة في التعاقد، حيث يعتبر مجال الالتزامات التعاقدية هو الميدان الأوسع لهذا المبدأ، إذ تستطيع أن تكون مصدر للكثير من الحقوق، وترتب أثار ضمن حدود النظام العام والآداب.

ولقد عرف مبدأ سلطان الإرادة رواجا في العقود لاسيما الدولية منها، إذ إلى جانب الاعتراف للأطراف بحرية إبرام مختلف العقود التي تخدم مصالحهم، اعترف لهم في إطار عقود الاستثمار باختيار القانون الذي يحكم العقد سواء بإخضاعه إلى حكم قانون وطني معين أو خضوعه لأكثر من قانون، كما لهم الحق في تحديد الجهة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن تنفيذ العقد من منازعات.

وفي الجزائر أحاط المشرع الاستثمار لاسيما الاستثمار الأجنبي بضمانات في قانون ترقية الاستثمار، أهمها ما تعلق بتسوية ما قد يطرأ من منازعات بين أطرافه بإخضاعها للشروط المتضمنة في العقد، وهذا بإيجاد نظام قانوني قادر على تحقيق ما يصبوا إليه

1 - بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 179.

كلا الطرفين، وهو ما سيساهم في ازدهار رابطة الاستثمار سواء بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار أو بالنسبة للمستثمر.

لذلك نرى من الضروري أن ينصب إهتمام المكلفين بإعداد عقود الاستثمار والتفاوض مع المستثمرين خاصة الأجانب منهم، وأن تتم صياغة شروط عقود الاستثمار بعناية فائقة، بحيث تكون الصياغة قانونية شاملة ومحكمة، تشير إلى جميع عناصر العقد بوضوح لاسيما ما تعلق بوسائل تسوية النزاعات، وبما يحقق حماية للطرفين.

وذلك باعتبارها أن الشروط التعاقدية ستكون أساس الفصل في أي نزاع يثور بين أطرافه، لاسيما الشروط العقدية المتعلقة بتحديد القانون الذي سيحكم عقدهم، والجهة التي ستفصل في النزاع.

إذ لا يمكن أن تنشأ عقود الاستثمار في ظل فراغ قانوني بل يتعين أن تستند إلى نظام قانوني معين، فلا يكفي استنادها إلى فكرة العقد شريعة المتعاقدين وحرية إرادة أطرافها لأن هذه المبادئ القانونية في حد ذاتها في حاجة إلى نظام قانوني ما تستند إليه يحدد لها معالمها وتستمد منه قوتها.

لذلك يتعين على المشرع الجزائري النص في قانون الاستثمار صراحة على حق أطراف الاستثمار في تضمين عقدهم مختلف الشروط التي تضمن إستقرار وإستمرارية العلاقة التعاقدية بينهم، مع مراعاة تحقيق نوع من التوازن بين الطرفين، ومنها كذلك النص صراحة في قانون الاستثمار على شرط إعادة التفاوض لما له من فائدة،

وكذا تحقيق إستقرار في المنظومة القانونية للإستثمار، وهذا من أجل خلق مناخ أعمال ملائم للاستثمار في بيئة تسودها الثقة، وتحقيق تنمية إقتصادية حقيقية.

قائمة المصادر والمراجع :

أولا / قائمة المصادر:

أ- الاتفاقيات:

1 - اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأجنبية، المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 346/95 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، جريدة رسمية عدد 66 مؤرخة في 5 نوفمبر 1953.

- القوانين:

1- القانون رقم 58/75 المؤرخ في26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 - - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

3 - القانون رقم 09/16 المؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار، جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 3 أوت 2016.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1 - حسان نوفل، **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، دار هومة – الجزائر، 2010.

2 - حسين أحمد الجندي، **النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965**، دار النهضة العربية – مصر، 2005.

3 - علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر – الجزائر، 2010.

ب- الرسائل الجامعية:

1 - بعجي أحمد، **تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2019/2018.

2 - بلحسان هواري، **تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون العلاقات الاقتصادية الدولية، جامعة مستغانم، 2017.

3 - بودلال فطومة، **التحكيم في العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2016/2015.

4 - عائشة كاملي، **عقود الاستثمار العلمي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة العربي تبسي- تبسة، 2018/2017.

5 - عدلي محمد عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، 2011/2010.

6 - سي فضيل الحاج، **آليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر**، أطروحة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم، 2019/2018.

ج- المقالات في المجلات:

1 - إبراهيم محمد القعود، **الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، جمعة الزاوية ليبيا، العدد 7، 2015، ص ص 283 – 317.

2 - بوخالفة عبد الكريم وخويلدي السعيد، **دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار**، دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 16، جانفي 2017، ص ص 185 – 194.

3 -خضراوي الهادي وحعيرن بشير، **اختيار قانون الإرادة وتحديد مدة ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد 9، العدد1، مارس 2016، ص ص 129 – 138.

4 - زواقري الطاهر و أوسن حنان و محمد شعيب توفيق، **الاستثمار الأجنبي في التشريع الجزائري**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد 3، سبتمبر 2014، ص ص 167 – 183.

5 - سلامي ميلود، **الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة1، العدد 6، مارس 2015، ص ص 64 – 90.

6 - عبد الرؤوف دبابش وحملاوي دغيش، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد 44، جوان 2016، ص ص 257 - 273.

7 - نسرين بوعكاز، **مبدأ الثبات التشريعي آلية لتحقيق الأمن القانوني في عقود الاستثمار**، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، المجلد 6، العدد 2، 2021، ص ص 71 – 82.

8 - هوام علاوة وقروي سميرة، **أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 3، العدد 2، جوان 2016، ص ص 113 - 128.

9 - يوسفي عبد الهادي، **شرط الثبات التشريعي صمام للاستثمار في الجزائر على ضوء القانون رقم 16-09**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، المجلد 9، العدد 2، 2021، ص ص 1397 – 1415.

د- المقالات على مواقع الانترنت:

1 - أحمد المصطفى محمد صالح، **الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار**، 2016، تاريخ الاطلاع 2021/11/06 الساعة 14.00، http://hdl. Handle.net/123456789/357K.