

Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human
and Social Sciences



مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية
والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

حل منازعات عقود الاستثمار الأجنبية السياحية بخصوص القانون الواجب
التطبيق -التجربة الجزائرية-

**Resolving foreign tourism investment contracts disputes regarding the
applicable law**

- Algerian experience -

وردة شرف الدين CHERFEDDINE Warda

جامعة محمد خيضر بسكرة، University Of Mohammed Kheider Biskra

cherfeddinewarda@gmail.com

تاريخ القبول : 2019-04-26

تاريخ الاستلام : 2019-03-01

ملخص:

من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي السياحي ترى الدول طالبة الاستثمار، أنه من الأحسن تطبيق قوانينها الداخلية وحل النزاعات على مستوى محاكمها الوطنية حفاظا على سيادتها وضمنا لامتيازاتها، في حين أن الدول المتقدمة (المستثمرة) تحاول الحد من تلك السيادة عن طريق اللجوء إلى حلول قانونية أخرى.

الكلمات المفتاحية:

العقد، الاستثمار، السياحة، عقد الاستثمار السياحي، عقد الاستثمار الأجنبي السياحي

Abstract :

In order to determine the law applicable to the contract of foreign investment tourism, countries seeking investment, it is better to apply their domestic laws and resolve disputes at the level of their national courts to preserve their sovereignty and guarantee their privileges, while developed countries (investors) try to limit that sovereignty by resorting To other legal solutions .

Keywords:

Contract, investment, tourism, tourism investment contract, foreign tourism investment contract.

على تطور حياة الشعوب والمجتمعات. فالعلاقة بين السياحة والاستثمار ليست مجرد علاقة نظرية فحسب، إنما هي علاقة يؤكد لها الواقع العملي. وتعد عقود الاستثمار الأجنبية السياحية أحد عقود الاستثمار الأجنبية وهي تخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من أحكام.

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية: أمام رغبة الدول طالبة الاستثمار في تطبيق قوانينها الداخلية وعرض النزاعات على محاكمها الوطنية حفاظا على سيادتها وامتيازاتها فيما يخص حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية السياحية، ورفض الدول المستثمرة ذلك، فما هي الحلول القانونية المقترحة لحل هذا الإشكال؟ وما موقف المشرع الجزائري؟

1. مقدمة:

يبرم عقد الاستثمار بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبيا⁽¹⁾. فإذا كانت البلدان النامية تتمسك بتطبيق قانونها الوطني على العلاقة العقدية من أجل ضمان امتيازاتها كسلطة عمومية والدفاع عن سيادتها، تحاول البلدان المتقدمة وشركاتها المتعددة الجنسيات وضع حدود لهذه السيادة وذلك من خلال تمسكها بشرط التجميد التشريعي أحيانا⁽²⁾. وأحيانا أخرى تحاول تفادي القانون الداخلي للدولة المضيفة والمحاكم الوطنية لهذه الدولة⁽³⁾.

ولقد حظيت السياحة في الوقت الراهن باهتمام كبير ووجه استثمار رؤوس الأموال في هذا المجال لما تحققه السياحة من تنمية اقتصادية وثقافية وبيئية وعمرانية واجتماعية كان لها أثر

1- التعريف اللغوي:

فكلمة الاستثمار في اللغة مشتقة من كلمة (ثمر) أي حمل الشجر وجمعه (ثمار)، وثمر الشجر بمعنى خرج ثمره ، والثمر بمعنى أنواع المال، أو بمعنى الذهب والفضة، ويقال ثمر ماله يعني نماء، وثمر الله مالك أي كثره⁽⁵⁾، وفي قوله تعالى: (وكان له ثمر فقال لصاحبه وهو يحاوره أنا أكثر منك مالا وأعز نفرا)⁽⁶⁾.

وقد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه: (استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات، والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر كسواء الأسهم والسندات)⁽⁷⁾

2- التعريف الاصطلاحي

أما المعنى الاصطلاحي للاستثمار فهو يعتبر عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية، أو بمعنى آخر أن للاستثمار وجهين، اقتصادي والآخر قانوني، لا يقل أهمية عن جانبه الأول، بيد أن مصطلح الاستثمار يرجع عموما أساسه إلى اللغة الاقتصادية أو القاموس الاقتصادي، لذلك كان محلا لاهتمام رجال الاقتصاد قبل أن يتصدى له فقهاء القانون بالبحث والتعريف والتحليل⁽⁸⁾.

أ- التعريف الاقتصادي:

يعرفه البعض بأنه " تخصيص رأسمال للحصول على وسائل إنتاجية جديدة أو لتطوير الوسائل الموجودة لغاية زيادة الطاقة الإنتاجية"⁽⁹⁾

كما يعرف كذلك بأنه: "نشاط اقتصادي يتخلى عن جزء من الاستهلاك اليوم، ويتطلع إلى زيادة المخرجات في المستقبل. وهو يتضمن رأسمال ملموس (أبنية ومعدات وبضائع مخزونة) واستثمارات غير ملموسة (التعليم ، والبحوث، والتطوير، والصحة)"⁽¹⁰⁾

ب- التعريف القانوني:

أما من الناحية القانونية فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 02 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار بأنه (يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يلي:

للإجابة على هذه الإشكالية لا بد من تقسيم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي السياحي

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي السياحي

2. المبحث الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي السياحي

تبذل الدول قسارى جهودها الرامية إلى تحقيق كل ما يؤدي إلى زيادة مواردها اللازمة لوضع خطط التنمية الاقتصادية فيها موضع التطبيق، عن طريق إيجاد البيئة الاستثمارية المناسبة التي تساعد على جذب رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية واستثمارها في البلاد، مما يحقق الفائدة لها سواء في الحصول على الاحتياجات المتزايدة لسكانها أم في ترخيص النشاطات الاقتصادية المختلفة بداعي زيادة التصدير والتقليل من الاستيراد، ناهيك عن خلق فرص العمل لمواطنيها⁽⁴⁾. ويعد عقد الاستثمار الأجنبي السياحي أحد عقود الاستثمار الأجنبية لذا سنتطرق إلى مفهوم الاستثمار الأجنبي السياحي أولا ثم عقد الاستثمار الأجنبي السياحي وذلك من خلال ما يلي:

1.2. المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي السياحي

ان تحديد مفهوم الإستثمار الأجنبي السياحي يقتضي منا الوقوف على مفهوم الاستثمار، التعريف بالاستثمار السياحي، وأخيرا التعريف بالاستثمار الأجنبي السياحي وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: مفهوم الاستثمار

سنتطرق في تحديدا لمفهوم الاستثمار إلى تعريف الاستثمار وبيان أنواع الاستثمار، وذلك كالتالي:

أولا- التعريف بالاستثمار:

يقتضي الوصول إلى تعريف الاستثمار الوقوف على تعريفه اللغوي والاصطلاحي لدى كل من رجال الاقتصاد والقانون، وسنستعرض هذه التعريفات المختلفة من خلال ما يلي:

يتراوح زمنها بين خمس و عشر سنوات و أحيانا أكثر
كمشروعات التشجير و إنتاج الأخشاب أو إقامة السدود المائية
الضخمة أو برامج استحداث تقنيات جديدة بما في ذلك أعمال
البحث العلمي والتصميم ثم التطبيق العلمي إنتاج⁽¹³⁾

3- الاستثمارات المباشرة والاستثمارات الغير مباشرة:

ينقسم الاستثمار وفقا لهذا التقسيم الى استثمارات
مباشرة و أخرى غير مباشرة وفقا لما يلي:

أ- الاستثمارات المباشرة:

هي التي يجريها صاحب المال بنفسه لإقامة المشاريع
المختلفة.

ب- الاستثمارات الغير مباشرة:

يلجأ إليها المستثمر عندما تكون مدخراته قليلة أو درايته
محدودة أو أحواله مانعة فيقوم بشراء أسهم في مشروعات
استثمارية جديدة أو بالاشتراك في برامج استثمارية جديدة حيث
يكون للمشروع أو للبرنامج إدارة متخصصة ترعى حسن تنفيذه و
تشغيله و تقوم بتوزيع أرباحه السنوية على المساهمين.

الفرع الثاني: التعريف بالاستثمار السياحي

وفيما يتعلق بالاستثمار السياحي فيمكن تعريفه بأنه (ذلك
النشاط الخدمي المرتبط بالميادين المتعلقة بالنشاط السياحي
بداية بالفندقة إلى تنظيم الأسفار مرورا بوسائل الترفيه والزهرة
والخدمات الإضافية المرتبطة بها)⁽¹⁴⁾. كما يمكن تعريفه بأنه (كل
إقامة لمنشآت سياحية، وفق القواعد المتعلقة بالفندقة وأسس
الاستثمار بشكله العام، والتي تقام داخل مناطق التوسع السياحي
وتعتمد بشكل أساسي على العقار السياحي المهيأ لإنشاء هذه
البرامج المحددة في مخطط التهيئة السياحية)⁽¹⁵⁾. أو هو
(استغلال للموارد الطبيعية من مواقع مميزة ومناخ وإمكانيات
مختلفة وخدمات مميزة لكل زائر أو سائح، وجعل هذه المواقع
نقاط جذب وتأمين كافة المستلزمات لذلك بما فيها الترويج
والإعلام لتأمين استدامة هذه المواقع واستمرار الحفاظ على
أهميتها وتطويرها باستمرار، وقد أصبح قطاع السياحة من أهم

1- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات
جديدة، و توسيع قدرات الإنتاج، و/أو إعادة التأهيل.

2- المساهمات في رأسمال شركة⁽¹¹⁾.

ثانيا- أنواع الاستثمار

يميز المختصون و الخبراء بين العديد من أنواع الاستثمارات
نذكر منها الاستثمار الخاص والعام والاستثمار وفقا للمدة الزمنية
وكذا الاستثمار المباشر و الغير مباشر.

1- الاستثمار الخاص والاستثمار العام:

حيث سنتناول أولا الاستثمار الخاص، ثم الاستثمار العام
وفقا لما يلي:

أ- الاستثمار الخاص:

هو الاستثمار الذي يقوم به الأشخاص شكل فردي او
جماعي حسابهم الخاص و يحكم سلوكهم دافع الربح والمنفعة.

ب- الاستثمار العام:

هو مجمل ما نفقه الدولة القطاع العام على تكوين
رأسمال حقيقي جديد⁽¹²⁾

2- الاستثمار وفقا للمدة الزمنية:

هو أمر اعتباري يختلف من قطاع الى اخر فهناك من تأتي
اكلها في بضعة أشهر كنتائج الموسم الزراعي الواحد أو تركيب آلة
منتجة من بضع قطع سبق أن تم تصنيعها أو استيراد جهاز يوضع
مباشرة في تشغيل الإنتاجي ووفقا لهذا الأخير ينقسم الاستثمار
أيضا الى استثمار قصير الأمد و استثمار طويل الأمد.

أ- استثمارات قصيرة الأمد:

يتراوح زمنها بين عام واحد و ثلاثة سنوات حيث يصل
أحيانا إلى خمس سنوات كإشادة بناء أو استصلاح أرض أو
تأسيس مصنع أو إقامة مرفق.

ب- استثمارات طويلة الأمد:

مقومات الاقتصاد الوطني وهو قطاع إنتاجي يلعب دورا أساسيا في زيادة الدخل القومي⁽¹⁶⁾.

محلية لتغطية أعباء التسيير، وفي هذا النوع يمتلك الأفراد أو الشركات أو الهيئات بعض الأوراق المالية، دون ممارسة أي نوع من الرقابة، أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع، كما يعتبر هذا الاستثمار قصير الأجل مقارنة بالاستثمار المباشر²⁰.

تتنوع مجالات الاستثمار حسب أهدافها فمنها الاستثمارات العقارية والاستثمارات السياحية والاستثمارات الصناعية والاستثمارات الزراعية. الاستثمار المحلي والأجنبي وذلك طبقاً لرأس المال.

بإسقاط كل ما سبق يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي السياحي بأنه: تدفق رؤوس الأموال أيا كان شكلها بين دولتين بغرض إقامة شركات جديدة أو المساهمة في رؤوس أموال شركات قائمة أو تطويرها في مجال النشاط الخدمي المرتبط بالمياطين المتعلقة بالنشاط السياحي بداية بالفندقة إلى تنظيم الأسفار مرورا بوسائل الترفيه والزهوة والخدمات الإضافية المرتبطة بها، بغية تحقيق المستثمر من ورائها عائدات مالية تفوق تلك المتوقعة في بلده الأم.

2.2. المطلب الثاني: مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي

السياحي

فقد وصف أحد الأساتذة عقود الاستثمار بأنها (العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع طرف خاص أجنبي في حقل الاستثمار). أو هي: (كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي، والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار خطط التنمية الاقتصادية للبلاد)⁽²¹⁾.

تبرم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية. وهي قد تقوم بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة- رئيس الوزراء-أحد الوزراء) بإبرامها، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق قيام إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرامها).

وأن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا منتما لدولة أجنبية أخرى، ويستوي في ذلك أن يكون هذا المستثمر شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا⁽²²⁾.

يعتبر الاستثمار أجنبيا متى كان المستثمر -شخصا طبيعيا أو معنويا- لا يتمتع بجنسية البلد المضيف للاستثمار، وإذا كان من السهل تحديد جنسية المستثمر إذا كان شخصا طبيعيا، فإنه من الصعب تحديدها إذا كان المستثمر شخصا معنويا كشركات المساهمة، ذلك أنه غالبا ما تتعدد جنسيات المساهمين في هذه الشركات. ويميل الاجتهاد القضائي إلى الأخذ والاعتداد بجنسية الشركة على حساب جنسية المساهمين وعليه فالمستثمر الأجنبي هو الذي لا يحمل جنسية الدولة التي يعمل على الاستثمار فيها⁽¹⁷⁾.

الفرع الثالث: التعريف بالاستثمار الأجنبي السياحي

والاستثمار الأجنبي هو: " تدفق رؤوس الأموال أيا كان شكلها بين دولتين بغرض إقامة شركات جديدة أو المساهمة في رؤوس أموال شركات قائمة أو تطويرها لإنتاج سلع أو خدمات، وتحقيق عائد يفوق ما يتوقعه المستثمر في دولته الأم وسواء صاحب هذا التدفق جيدا بشريا أم لم يصاحبه"⁽¹⁸⁾

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن الاستثمار الأجنبي نوعان مباشر وغير مباشر. فالاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على تملك المستثمر الأجنبي لجزء أو كل الاستثمارات في المشروع المعين هذا بالإضافة إلى قيامه بالمشاركة في إدارة المشروع مع المستثمر الوطني في حالة الاستثمار المشترك أو سيطرته الكاملة على الإدارة والتنظيم في حالة ملكيته المطلقة لمشروع الاستثمار فضلا عن قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدولة المضيفة⁽¹⁹⁾.

أما الاستثمار الأجنبي غير المباشر فيعرف باسم استثمار المحفظة أي استثمار في الأوراق المالية عن طريق شراء السندات الخاصة لأسهم الحصة، أو سندات الدين، أو سندات الدولة من الأسواق المالية، كما يمكن أن يكون في شكل قروض تقدم للدول من أجل مساعدتها على اقتناع السلع والخدمات أو تقدم كذلك على شكل تسهيلات مصرفية لتغطية العجز في النقد، ومنها أيضا الإقراضات الدولية التي يحولها المقترض إلى عملات

المعارضة⁽²⁴⁾. ولحل النزاع المعروض بين أطراف عقد الاستثمار، يلجأ المحكمين إلى ضرورة معرفة القانون الواجب التطبيق على الواقعة. وسنتكلم في هذا المطلب على مفهوم التحكيم، ثم القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المحكم وأخيرا نتحدث عن القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باعتباره هيئة مؤسساتية للتحكيم، وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: مفهوم التحكيم

التحكيم هو: (نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل، بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي، والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها وإصدار قرار قضائي ملزم)⁽²⁵⁾. وللتحكيم شكلين⁽²⁶⁾:

الأول- شرط التحكيم: وهو نص وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي قد تثور بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه.

الثاني مشاركة التحكيم: أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال عرض

النزاع على المحكم

اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الاختيار يمكن أن يكون صريحا، وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذا يلجأ المحكم أو هيئة التحكيم إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد للقانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح إمامه، وفي حالة انعدام الاختيار فإن فقه القانون الدولي الخاص يطرح نظريتين وهما نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المميز. وسنتطرق جيدا لهذين النظريتين عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق أمام المحاكم الوطنية في المطلب الثاني من هذه الدراسة.

والسؤال المطروح هنا وفي حال عدم نص الأطراف في اتفاق التحكيم، على القانون البلد الذي سيبحث المحكم في إطار قوانين تنازعه على القانون الواجب التطبيق على النزاع، فأى قانون سيلجأ له المحكم في هذه الحالة؟

بإسقاط التعريفات السابقة لعقد الاستثمار يمكن باختصار تعريف عقد الاستثمار الأجنبي السياحي بأنه العقود المبرمة من قبل الدولة أو الهيئات التابعة لها مع مستثمرا أجنبيا منتميا لدولة أجنبية أخرى في مجال قطاع السياحة.

3. المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد

الاستثمار الأجنبي السياحي

من المتوقع أن ينشأ نزاع بين أطراف عقد الاستثمار الأجنبي السياحي وتعرى أسباب النزاع بين هؤلاء الأطراف إما إلى إخلال أحد الأطراف بالتزاماته في عقد الاستثمار وإما إلى التفسير الخاطئ لأحد العاقدين الأمر الذي يتطلب معه وجود وسائل لحل النزاع عند حدوثه بين طرفي عقد الاستثمار.

لا شك أن هذا النزاع قد يتم تسويته بينهما وديا وبشكل

مباشر ولكن قد يصر كل طرف من أطراف العقد على رأيه من دون التوصل إلى حل لهذا النزاع الأمر الذي يستدعي عرض النزاع على القضاء⁽²³⁾.

مهما كانت الآلية التي اتبعها أطراف عقد الاستثمار لتسوية نزاعهم، فإن حل النزاع تتطلب الوقوف على القانون الواجب التطبيق على الواقعة، والصعوبة التي تقف أمام المحكمين والقضاة هو التوصل إلى هذا القانون نظرا لوجود الطرف الأجنبي في عقد الاستثمار.

وعليه يمكن القول بأن القانون الواجب التطبيق على النزاع المتعلق بعقد الاستثمار يختلف على حسب آلية تسوية النزاع الذي تم اللجوء إليها من قبل الطرفين، لذا سنتكلم عن القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على التحكيم، وعلى القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المحاكم الوطنية.

1.3 المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في حال

عرض النزاع على التحكيم

يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، ليس فقط للمزايا العديدة التي يقدمها وإنما، في الأساس، لأسباب تتعلق بذات عقود الاستثمار، ما يدفع أطراف عقود الاستثمار إلى اللجوء إلى التحكيم باعتباره قضاء محايدا يسعى إلى التوفيق بين مصالحهم

منازعات الاستثمار المباشر التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار. ويساهم المركز بدوره في تشجيع الاستثمار الأجنبي من خلال إتاحة سبل للتحكيم والمصالحة في النزاعات الدولية المتعلقة بالاستثمار بين الحكومات والمستثمرين الأجانب من القطاع الخاص في البلدان المضيفة⁽²⁸⁾. ومن الجدير بالذكر أن المركز المذكور قد أحدث وضعا جديدا في مجال التحكيم الدولي، إذ أنه لأول مرة يعطي أشخاص القانون الخاص (الطبيعية والمعنوية) الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون الحاجة للجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم⁽²⁹⁾.

ثانيا- القانون الواجب التطبيق من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

تعتبر اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات الاتفاقية الوحيدة التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق⁽³⁰⁾، ولقد نصت المادة 42، من الاتفاقية على ذلك، وفقا لما يلي:

1- القانون الذي يتفق عليه الطرفان:

إن الاتفاقية أعطت لأطراف النزاع حرية كاملة في اختيار القانون الذي يطبق على النزاع بينهما من قبل هيئة التحكيم، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ التي تحكم القانون الواجب التطبيق.

واستنادا إلى هذا المبدأ وإلى نص المادة (1/42) من الاتفاقية فإن في قدرة الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع الناشئ بينهم سواء كان هذا القانون هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بالعلاقة التعاقدية بينهم، أو القانون الدولي إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، مع إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف حسب الاتفاق بينهم⁽³¹⁾.

2- خلو العقد من القانون الواجب التطبيق:

في حالة خلو الاتفاقية المبرمة بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار من النص على القانون الواجب التطبيق، وذلك بإيراد قاعدة احتياطية ألزمت فيها هيئة التحكيم بتطبيق إما قانون الدولة المضيفة للاستثمار شاملا قواعده الخاصة بتنازع القوانين، وإما قواعد القانون الدولي الواجبة التطبيق على الوقائع المعروضة⁽³²⁾.

أ- تطبيق قانون الدولة المضيفة:

اختلف الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال، فمنهم من ذهب إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد الذي يجري فيه التحكيم. وذهب اتجاه آخر إلى تطبيق قواعد تنازع القوانين للبلد المحكم وهذا مرجعه إلى أن أطراف عقد الاستثمار السياحي عند اختيار هيئة التحكيم أو المحكم يكونون قد اختاروا ضمنا قانون بلد المحكم

وذهب آخرون إلى تطبيق قواعد التنازع في بلد التنفيذ لاعتبارات عملية...بيد أن اتصال الحكم بأكثر من دولة يجعل من الصعوبة تحديد مكان التنفيذ.

ويذهب اتجاه إلى إخضاع عقود التجارة الدولية وأهمها عقود التنمية الاقتصادية (ومنها عقد الاستثمار السياحي) للقانون الدولي العام.

وأخيرا يرى جانب من الفقه إعطاء هيئة التحكيم البحث عن قواعد التحكيم التي تراها مناسبة دون التقييد بقواعد تنازع القوانين في قانون معين أو من خلال ربط النزاع بقواعد الإسناد التي تعتبر أكثر اتصالا به⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال عرض

النزاع على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

إن الاتجاه الآخر لتسوية منازعات الاستثمار، عن طريق التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ICSID، الذي أنشأ سنة 1965، وسنعتي لمحة موجزة عن المركز، ثم نعرض القانون الواجب التطبيق على نزاعات الاستثمار المعروضة على المركز.

أولا- لمحة موجزة عن المركز الدولي لتسوية منازعات

الاستثمار:

تميل الحكومات بناء على سيادتها إلى أن تفرض قوانين بلدها على العقود وعلى متابعة التحكيم، ومن جانب آخر يبحث المستثمرون الأجانب على الدوام عن أوثق طريق ممكن خوفا من سلطات الحكومات وتغيير القوانين.

إضافة إلى أن الدعاوى التجارية ولاسيما الخلافات الناشئة عن استثمار رؤوس الأموال الأجنبية هي نوع خاص من الدعاوى التي تتمتع بميزاتها الخاصة لهذا يتطلب حل هذه الخلافات بطريقة سلسلة وقواعد مناسبة فضلا عن قضاة متخصصين ملتزمين بالحياد. لذا يعد مركز تسوية منازعات الاستثمار في واشنطن المركز الوحيد في العالم والذي يختص بالفصل في

تأميم ومصادرة المشروعات الاستثمارية طبقا لهذا القانون، فالقانون الدولي يعمل على ضمان احترام الدولة المضيفة لاتفاقية الاستثمار التي أبرمتها مع المستثمر الأجنبي، وعدم مخالفتها أو النكوص عنها إعمالا للقاعدة المعروفة في القانون الدولي وهي أن (العقد شريعة المتعاقدين).

2.3. المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في حال

عرض النزاع على المحاكم الوطنية

قد يعبر أطراف عقد الاستثمار الأجنبي السياحي عن إرادتهم المتجهة نحو تحديد قانون معين بذاته لينظم علاقتهم التعاقدية وما ينشأ عنها من آثار، ويحدث في بعض الأحيان أن يغفل المتعاقدان التعبير عن هذه الإرادة في صورة واضحة، فيبرم عقدهم دون تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد ينشأ بينهم⁽³⁶⁾. وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب من خلال ما يلي:

الفرع الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

قانون الإرادة يحكم بصفة عامة كل المسائل المتعلقة بتكوين العقد، وآثاره، وأوصاف الالتزام، وإذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق يستند إلى اختيار الأطراف، فإن هذا الاختيار يمكن أن يكون صريحا، وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لذا يلجأ المحكم أو هيئة التحكيم أو القاضي إلى البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه.

أولا- الإرادة الصريحة⁽³⁷⁾:

يكون الاختيار صريحا إذا ما تم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط عقد الاستثمار السياحي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه ويثار التساؤل عن مدى اشتراط توافر الصلة بالعقد بالقانون المختار من عدمه؟

1- هناك من يذهب إلى أنه يشترط أن يكون القانون المختار ذا صلة بالعقد... إذ لا يعقل أن ينصاع القاضي وراء أهواء الخصوم أو رغباتهم غير المشروعة ليبارك اختيارهم المخطئ الذي خرجوا به عن أهداف قاعدة الإسناد التي منحهم حق الاختيار مقيدا بضرورة تحقيق غايتها وإدراك مقاصدها في حل مشكلة تنازع

إن الأساس القانوني في تفضيل واختيار قانون الدولة المضيفة حسب ما ذهب إليه الفقه يرجع إلى أنه القانون الأكثر صلة بالعلاقة موضوع النزاع، حيث أن الاستثمار وما ينتج عنه يتواجدان ماديا على إقليم الدولة المضيفة، كما أن هذه الدولة غالبا هي مكان إبرام العقد ولعل من الحكمة عند نشوب أي نزاع عن هذا العقد أن تبحث المحكمة أولا عن مدى ارتباطه بقانون الدولة المضيفة، إضافة إلى أن المستثمر عندما أقدم على الاستثمار في هذه الدولة فقد رضى ضمنا تطبيق قوانينها الخاصة بالجوانب المتعلقة بالعملية الاستثمارية.

إلا أنه قد تثور الصعوبة في حالة عدم وجود نص يحكم العلاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار، وقد بدا ذلك في بعض أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات البترولية⁽³³⁾، حيث انتهى المحكم إلى تطبيق مبادئ العدل والإنصاف⁽³⁴⁾.

ب- تطبيق القانون الدولي:

بالرجوع إلى ما قرره الاتفاقية في المادة 2/42 من عدم جواز رفض المحكمة الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية صالحة للتطبيق على النزاع أو نتيجة قصور هذه القواعد على حكم العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وذلك من أجل تجنب إنكار العدالة وإصدار الحكم العادل في النزاع.

ومن أجل ذلك فقد أضافت المادة 1/42 من الاتفاقية قواعد ومبادئ القانون الدولي الصالحة للتطبيق لترجع إليها المحكمة بعد البحث في قانون الدولة الطرف في النزاع، وذلك لتكملة النقص والقصور وسد الثغرات الموجودة في قانون الدولة المضيفة.

وهذا ما ذهب إليه محكمة التحكيم في قضية بقولها إن المادة 1/42 من اتفاقية واشنطن، تخول محكمة التحكيم الحق في تطبيق مبادئ القانون الدولي، لسد النقص في القوانين الداخلية، وله الأولوية في حالة وجود تنازع بين تلك المبادئ والقانون الداخلي، وتسمو أحكامه على قوانين الدولة الطرف في النزاع، وحكمت على إندونيسيا بالتعويض لأنها أنكرت العدالة وأثرت بلا سبب وكلا المبدأين من مبادئ القانون الدولي⁽³⁵⁾.

إن تطبيق القانون الدولي على النزاع فيه حماية لمصلحة المستثمر في حالة قيام الدولة المضيفة بإصدار قانون تجيز فيه

ويمكن القول بوجود عدد من المؤشرات العامة التي يتفق الفقه والقضاء على الأخذ بها في هذا الصدد، ومنها وجود اختيار للمحكمة المختصة أو وجود شرط للتحكيم يشير إلى دولة يعينها كمكان للتحكيم، وكذلك مكان تنفيذ العقد، أو استخدام لغة معينة في العقد أو مكان إقامة الطرفين وأحيانا جنسيتهم المشتركة، ومن المؤشرات الأخرى تضمين العقد أحكام مستمدة من قانون دولة معينة لتنظيم جانب مهم من العقد، وهي في كل الأحوال مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع وتتمارس عليه المحكمة العليا (التمييز) رقابة للتأكد من صحة الاستخلاص.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة غياب

الإرادة

إذا سكت الأطراف عن اختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد، وتعد على القاضي أو المحكم الكشف على نحو مؤكد عن إرادتهم الضمنية، فإنه يتعين على القاضي أو المحكم أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد بالاستناد إلى القواعد العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص، وهناك اتجاهان في ذلك اتجاه يذهب إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية وآخر يذهب إلى تطبيق القواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، وستنكلم في هذا الفرع عن نظرية التركيز الموضوعي ونظرية الأداء المميز وفقا لما يلي⁽³⁹⁾:

أولا- نظرية التركيز الموضوعي:

يتمثل هذا الاتجاه في ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العلاقة إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة.

ويتفق هذا الإسناد المرن مع ما تسير عليه المحاكم في البلاد الانكلوسكسونية في تحديد القانون (الملائم) عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني لهذا القانون، إذ يعمل القاضي في هذه البلاد على تحديد القانون الملائم من خلال وضع نفسه محل الشخص المعقول ثم يحاول التحقق ليس فقط من نية الطرفين وإنما بما يحمله الشخص المعقول من اهتمام لحل المشكلة، وإلى مجمل المسائل التي يأخذها بالحسبان، وبصفة أساسية محل التعاقد، محل التنفيذ، محل الإقامة أو محل أعمال الطرفين، وطبيعة ومحل العقد، كما يعتمد أيضا على أسس الاقتناع وأن يكون

القوانين الموضوعية للعقد، كمحل الإبرام أو محل التنفيذ أو قانون موطن الأطراف أو قانون جنسيتهم.

2- وبالمقابل، يذهب اتجاه آخر إلى القول بأن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هي حرية مطلقة، وليس للقاضي تغيير القانون المختار بادعاء أنه يفتقد الصلة المزعومة بينه وبين الرابطة العقدية.

ما مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

1- يرى جانب من الفقه أن التنازع لا يقوم إلا بين قوانين دول تتمتع كل منها بصفة الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام، ومن ثم فإن فكرة الإرادة لا تعني غير اختيار المتعاقدين في العقد الدولي لقانون وطني لدولة معينة.

2- وبالمقابل يرى جانب من الفقه، واستنادا إلى التطورات وحاجات التجارة الدولية، إلى تصور قيام التنازع بين شرائع لا تنتهي لسيادة اقليمية، وبناء عليه يمكن للمتعاقدين، عملا بقاعدة التنازع التي تخولهم حق اختيار قانون العقد، الإختيار بين قواعد مأخوذة من نظام وطني معين وكذلك قواعد ذات صبغة عالمية لا تنتهي لسيادة إقليمية معينة، كالاعراف الجارية في ميدان التجارة الدولية.

3- إلا أن الفقه الغالب، يرى، مع ذلك أن تدويل العقد، لا يتصور إلا أمام قضاء التحكيم أما القضاء الداخلي فلا يقبل خضوع العقد إلا للقانون الوطني لدولة ما.

ثانيا- الإرادة الضمنية⁽³⁸⁾:

إن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يمكن أن يكون صريحا. وقد لا يعبر أطراف النزاع صراحة عن إرادتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد...تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى له استخلاص تلك الإرادة بطريقة مؤكدة، وان الطريقة المؤكدة تعني أن تكون هناك جملة من مؤشرات أو قرائن تدل بما لا يقبل الشك على اتجاه الإرادة نحو قانون معين يكون واجب التطبيق على عقدهم.

بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص⁽⁴⁰⁾.

لم ينص المشرع الجزائري ضمن قانون الاستثمار صراحة على القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع حول الاستثمار الأجنبي، إلا أنه يلاحظ أن المشرع بموجب المادة السابقة اكتفى فقط بتنظيم طرق تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وهي المصالحة والتحكيم في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص، وفي حالة عدم وجود ذلك، يمكن اللجوء إلى المحاكم القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً. وعليه فالقانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف آلية تسوية النزاع، لذا سننظر في هذا المطلب إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية السياحية، في حال عرض النزاع على التحكيم، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على المحاكم القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً.

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق في حال عرض النزاع على التحكيم:

عندما يتضمن عقد الاستثمار شرط التحكيم، فإن المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تنص على القانون الواجب التطبيق وهو: إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً.

بالتصديق على اتفاقية واشنطن لعام 1965، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى⁽⁴¹⁾، تلزم الجزائر في حال عرض النزاعات الخاصة بالاستثمار على المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، بالقانون الواجب التطبيق المحدد في المادة 42 من هذه الاتفاقية والتي تشير على تطبيق القواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وفي حالة عدم الاتفاق يطبق قانون الدولة المتعاقدة بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي، كما تؤكد على

القانون (الملائم) هو القانون الذي يضي على العقد (الصفة العملية).

وتختلف القوانين الوطنية في تحديد العنصر الأهم من بين عناصر الإسناد الذي يعول عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في غيبة قانون الإرادة.

ومن جانب آخر، تقضي قواعد التنازع في معظم الدول العربية، بإخضاع العقد إلى قانون الدولة التي يبرم العقد على أراضيها، ما لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك أو الجنسية المشتركة.

ثانيا- نظرية الأداء المميز:

1- المدين بالأداء المميز (المستثمر): وفي تحديد المدين بالأداء المميز في عقد الاستثمار السياحي، يذهب الرأي السائد في الدول المتقدمة إلى القول بأنه هو المستثمر ورتب على ذلك إن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة موطن أو محل الإقامة العادية أو مركز إدارة منشأة المستثمر السياحي.

2- مكان تنفيذ الأداء المميز (طالب الاستثمار): ونذهب مع جانب من الفقه إلى أن الأداء المميز في عقد الاستثمار السياحي يجب النظر إليه في المكان الذي يتجسد فيه، ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، فضلا عن كون الدولة طالبة الاستثمار غالبا ما تكون من الدول النامية مما يجعلها في موقف الطرف الضعيف والمستحق للحماية، وتشريعاتها، في هذا الخصوص، تهدف إلى حمايتها اقتصاديا. وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي بها مركز نشاط أو موطن أو محل الإقامة العادية لطالب الاستثمار، وهو الحل الذي يؤيده أن طالب الاستثمار هو الطرف الأضعف اقتصاديا فضلا عن وجوب مراعاة حماية النظام الاقتصادي للدولة التي يتبعها هذا الأخير.

3.3. المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق من خلال

التجربة الجزائرية

نصت المادة 24 من قانون رقم 16-09 المؤرخ في 03 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الاستثمار أنه: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون

وفي المادة 23 مكرر 2 ق.م.ج فإنه (تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين)⁽⁴⁷⁾.

أما المادة 24 ق.م.ج فتتضمن: (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة)⁽⁴⁸⁾.

4. خاتمة:

تحظى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بصورة عامة، وعلى عقد الاستثمار الأجنبي السياحي، بصورة خاصة، بأهمية بالغة، لما يترتب عنه من آثار قانونية مهمة، تتمثل في تقدير مدى صحة العقد من جهة، ومعرفة حقوق والتزامات أطرافه من جهة أخرى.

وفي ختام دراستنا هذه توصلنا إلى جملة من النتائج نوجزها في التالي:

- إن وجود العنصر الأجنبي في المستثمر جنسية المستثمر، جعل تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار بصفة عامة وعقد الاستثمار الأجنبي السياحي بصفة خاصة، أمر صعب، واستخلصنا من دراستنا أن القانون الواجب التطبيق يحدد أولا عند معرفة الآلية التي لجأ إليها أطراف عقد الاستثمار لتسوية النزاع القائم بينهما وذلك حسبما يلي:

* إذا تم عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار: فقد حددت المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965، على أن القانون الواجب التطبيق هي القواعد القانونية التي اختارها صراحة المتعاقدين، فإن لم يتفقا فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة بما فيها قواعد التنازع، أو القانون الدولي.

* أما إذا تم عرض النزاع على محكم: فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة، أو ضمنا. أما في حالة سكوت الأطراف وعدم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق من ظروف وملابسات العقد، فيتم الرجوع إلى قواعد التنازع للقانون الدولي الخاص، وهناك نظريتان، نظرية

إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف في حالة اتفاق أطراف النزاع على ذلك.

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال عرض النزاع على المحاكم القضائية الجزائرية المختصة إقليميا

لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار الأجنبية السياحية في حال عرض النزاع على المحاكم الوطنية، فإنه يتم اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين من حيث المكان المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري إذا لم يكن هناك نص على خلاف ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 21 ق.م.ج بقولها (لا تسري أحكام المواد السابقة إلا من حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر)⁽⁴²⁾.

ونص المشرع الجزائري في المادة 18 من قانون المدني (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه)⁽⁴³⁾. بينما تنص المادة 22 ق.م.ج على أنه: (في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى الدولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون المواطن أو محل الإقامة)⁽⁴⁴⁾.

ووفقا للمادة 23 مكرر ق.م.ج فإنه (يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه)⁽⁴⁵⁾.

وتنص المادة 23 مكرر 1 من ق.م.ج (إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص)⁽⁴⁶⁾.

إلى قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في المواد 18، 22، 23، 23 مكرر 1، 23 مكرر 2، و24 من القانون المدني.

كما نقترح من خلال هذا البحث ما يلي:

نظرا لأن الدولة طالبة الاستثمار ترى من الأحسن تطبيق قوانينها الداخلية وحل النزاعات على مستوى محاكمها الوطنية حفاظا على سيادتها وضمانا لامتيازاتها، في حين أن الدول المتقدمة وشركاتها المتعددة الجنسيات (المستثمرة) تحاول الحد من تلك السيادة وعدم تطبيق القوانين الوطنية للدول المضيفة واللجوء إلى محاكمها الوطنية، فإننا نرى أن أوفق طريقة تريح الطرفين هو:

- إبرام الدول اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف في مجال الاستثمار تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

- كما نقترح أيضا على الأطراف لحل النزاعات الخاصة بالاستثمار بما فيها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الأجنبية السياحية، اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار كنوع من التحكيم المؤسسي، لما يضمنه هذا المركز من حياد ومن تخصص في النظر في منازعات الاستثمار وحلها.

- أو أن ينص الأطراف في عقد الاستثمار صراحة على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة وطنية محايدة أو مبادئ القانون الدولي أو مبادئ العدالة والإنصاف أو قوانين غير دولية كالأعراف التجارية المتعلقة بالتجارة الدولية.

5. قائمة المراجع:

* الآيات القرآنية:

- سورة الكهف

* التشريعات:

- قانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 غشت سنة 2016 يتعلق بترقية الإستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة والخمسون، العدد 46، الصادرة في 03 غشت سنة 2016.

التركيز الموضوعي، ونظرية الأداء المميز، وتقضي النظرية الأولى: أن يتم إسناد العلاقة إلى الدولة التي يكون قانونها أوثق صلة به، سواء محل إقامة، الموطن المشترك، الجنسية المشتركة، محل إبرام العقد، محل تنفيذ العقد، أما نظرية الأداء المميز: فيكون قانون الواجب التطبيق إما قانون المدين بالأداء المميز (المستثمر)، أو قانون مكان تنفيذ الأداء المميز (قانون طالب الاستثمار). فقانون المدين بالأداء المميز (المستثمر)، يكون إما قانون محل إقامته أو قانون موطنه أو قانون مركز منشأته، أما قانون تنفيذ الأداء المميز (قانون طالب الاستثمار) فيكون بقانون موطنه أو قانون محل إقامته، أو محل مركز نشاطه.

- أما عن موقف الدولة الجزائرية فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار الأجنبي السياحي، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 24 من قانون رقم 09-16 المؤرخ في 03 غشت سنة 2016 المتعلق بترقية الإستثمار على أن: (يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص). ولم يحدد المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق واكتفى فقط ببيان طرق تسوية النزاعات الخاصة بالاستثمار، إلا أننا نستخلص بأن القانون الواجب التطبيق يختلف باختلاف آلية تسوية النزاع الخاص بالاستثمار.

* فإذا عرض النزاع على التحكيم، فيكون القانون الواجب التطبيق حسب المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

* أما إذا عرض النزاع على المركز الدولي لتسوية النزاعات كنوع من التحكيم المؤسسي، فيكون القانون الواجب التطبيق وفقا لما نصت عليه المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 (وفقا لما سبق بيانه).

* في حين إذا عرض النزاع على المحاكم الوطنية الجزائرية المختصة إقليميا، فيتم تحديد القانون الواجب التطبيق بالرجوع

- مرتضى حسين إبراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة تحليلية مقارنة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011.

- زاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سبل استقطابه وتسوية منازعاته، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011.

- محمد عبد العزيز عبد الله عبد، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، الأردن، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2005.

- عبد السلام أبو قحف، السياسات والأنشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية الإسكندرية - مصر، مؤسسات شباب الجامعة، 1989.

* المجالات:

- سعيداني رشيد، أهمية الاستثمار السياحي في التنمية الاقتصادية، دراسة حالة الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جوان 2017.

* الرسائل الجامعية:

- عينين فضيلة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بالبيدة. - مازن سمان، الاستثمار السياحي وأثره على البيئة العمرانية في المدن التاريخية، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير في قسم التخطيط العمراني والبيئة، كلية الهندسة المعمارية، جامعة حلب، 2009.

- عبد الكريم بعداش، الإستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005، رسالة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008.

* المواقع الإلكترونية:

- عبده حسن (2017)، مفهوم الاستثمار ومحددات الاستثمار، موقع موسوعة العلوم، من خلال الموقع الإلكتروني:

<http://www.ar-science.com/2015/02/Investment.html>

6. هوامش:

- المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 66، السنة الثانية والثلاثون، الصادرة في 5 نوفمبر سنة 1995.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975.

- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، الصادرة في 26 يونيو سنة 2005.

* القواميس:

- أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، بيروت، لبنان، دار المعارف للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1997.

- محمد بشير علي، القاموس الإقتصادي، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بدون سنة نشر.

- المعجم الوجيز، منشورات مجمع اللغة العربية، مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، باب الناء طبعة 1995.

* الكتب:

- حيبوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2014.

- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

- دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي- المعوقات والضمانات القانونية، بيروت، مركز الدراسات، الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2006.

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

مع الدولة، مما يسمح له بضممان مردودية وأمن الاستثمار الذي يبقى خاضعا للشروط التي أنجز فيها. أنظر في ذلك: المرجع نفسه، ص 2016-2017.

³- المرجع نفسه، ص 223-224.

⁴- مرتضى جمعة عاشور، عقد الاستثمار التكنولوجي، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 6.

⁵- أبي الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، بيروت، لبنان، دار المعارف للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 1997، ص 346.

¹- حيبوط محمد وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2014، ص 203.

²- يتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي لتفادي التعديلات في القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية والتي تقوم بها الدولة تحقيقا لأهدافها الاقتصادية ومسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات. بحيث يكون المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقاته

- ⁶ - سورة الكهف الآية 34.
- ⁷ - المعجم الوجيز، منشورات مجمع اللغة العربية، مصر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، باب الفاء طبعة 1995، ص 87.
- ⁸ - دريد محمود السامرائي، الإستثمار الأجنبي- المعوقات والضمانات القانونية، بيروت، مركز الدراسات، الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 2006، ص 47، 48.
- ⁹ - محمد بشير علي، القاموس الإقتصادي، بيروت، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بدون سنة نشر، ص 32.
- ¹⁰ - عبد الكريم بعداش، الإستثمار الأجنبي المباشر وآثاره على الإقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996-2005، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 31.
- ¹¹ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة والخمسون، العدد 46، الصادرة في 03 غشت سنة 2016، ص 18.
- ¹² - عبده حسن (2017)، مفهوم الاستثمار ومحددات الاستثمار، موقع موسوعة العلوم، من خلال الموقع الإلكتروني: <http://www.ar-science.com/2015/02/Investment.html>
- ¹³ - المرجع نفسه.
- ¹⁴ - عينين فضيلة، النظام القانوني للاستثمار في الجزائر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق بالبلدية، ص 21.
- ¹⁵ - سعيداني رشيد، أهمية الاستثمار السياحي في التنمية الاقتصادية، دراسة حالة الجزائر، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جوان 2017، ص 07.
- ¹⁶ - مازن سمان، الاستثمار السياحي وأثره على البيئة العمرانية في المدن التاريخية، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير في قسم التخطيط العمراني والبيئة، كلية الهندسة المعمارية، جامعة حلب، 2009، ص 17.
- ¹⁷ - محمد عبد العزيز عبد الله عبد، الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول الإسلامية في ضوء الاقتصاد الإسلامي، الأردن، دار النفائس، الطبعة الأولى، 2005، ص 16-17.
- ¹⁸ - عبد الكريم بعداش، المرجع السابق، ص 48.
- ¹⁹ - المرجع نفسه، ص 49.
- ²⁰ - عبد السلام أبو جحف، السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية الإسكندرية - مصر، مؤسسات شباب الجامعة، 1989، ص 38.
- ²¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 12.
- ²² - المرجع نفسه ص 15، أنظر كذلك:
- ²³ - مرتضى حسين إبراهيم السعدي، النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي، دراسة تحليلية مقارنة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص 130-131.
- ²⁴ - المرجع نفسه، ص 418-419.
- ²⁵ - المرجع نفسه، ص 422.
- ²⁶ - المرجع نفسه، ص 424.
- ²⁷ - أنظر في ذلك: المرجع نفسه، ص 468-472.
- ²⁸ - زاد شكور صالح، الاستثمار الأجنبي، سيل استقطابه وتسوية منازعاته، مصر، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2011، ص 135-136.
- ²⁹ - المرجع نفسه، ص 138.
- ³⁰ - حبيبوت محند وعلي، المرجع السابق، ص 237.
- ³¹ - زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 213-214.
- ³² - المرجع نفسه، ص 214.
- ³³ - المرجع نفسه، ص 215-216.
- ³⁴ - ومن ذلك النزاع الذي نشب بين حاكم قطر والشركة البحرية الدولية للبترول international marine oil company بمناسبة عقد امتياز البترول المبرم بينهما عام 1935، أنظر وقائع هذه القضية، زاد شكور صالح، المرجع السابق، ص 216.
- ³⁵ - المرجع نفسه، ص 217-218.
- ³⁶ - مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 477.
- ³⁷ - المرجع نفسه، ص 480، 491.
- ³⁸ - المرجع نفسه، ص 491-495.
- ³⁹ - المرجع نفسه، ص 499-517.
- ⁴⁰ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة والخمسون، العدد 46، الصادرة في 03 غشت سنة 2016، ص 22.
- ⁴¹ - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 66، السنة الثانية والثلاثون، الصادرة في 5 نوفمبر سنة 1995، ص 24-37.
- ⁴² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975، ص 990.
- ⁴³ - هذه المادة معدلة وفقا للقانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، الصادرة في 26 يونيو سنة 2005، ص 20.
- ⁴⁴ - هذه المادة معدلة وفقا للقانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السابق ذكره، ص 20.
- ⁴⁵ - هذه المادة أضيفت وفقا للقانون رقم 10-05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السابق ذكره، ص 20.
- ⁴⁶ - هذه المادة أضيفت وفقا للقانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السابق ذكره، ص 20.
- ⁴⁷ - هذه المادة أضيفت وفقا للقانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السابق ذكره، ص 20.
- ⁴⁸ - هذه المادة معدلة وفقا للقانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السابق ذكره، ص 20.