

عقد الاستثمار: بين القانون الداخلي والقانون الدولي

د. عيبوط محند وعلي

أستاذ محاضر

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري

تيزي وزو

مقدمة

يبرم عقد الاستثمار بين دولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبي ومركز الدولة في هذه العلاقة العقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها مستمدة من سيادتها الإقليمية، خاصة وأن تنفيذ العقد يتم في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية.

من أجل تفادي الأخطار المختلفة الناتجة عن ممارسة الدولة لسلطاتها وصلاحياتها التشريعية وضمان الحماية اللازمة، يحاول المستثمرون الأجانب فرض بعض الشروط من أجل الحد من سلطات الدولة سواء منها تلك التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها

في إطار صلاحياتها التشريعية أو تلك التي تندرج في إطار سيادتها الإقليمية.

فإذا كانت الدول المستوردة لرؤوس الأموال تتمسك بضرورة خضوع الاستثمارات الأجنبية لقانونها الداخلي احتراماً لسيادتها ومركزها في القانون الدولي، فإن المستثمرين الأجانب يرفضون الخضوع للقانون الداخلي الذي لا يمنح لهم الحماية القانونية المناسبة ويطالبون باحترام مبادئ وقواعد القانون الدولي في مجال المعاملة والحماية لضمان استقرار العلاقة العقدية. فخدمة لمصالح الطرفين، يطرح التساؤل حول كيفية التوفيق بين ضرورة خضوع الاستثمارات الأجنبية للتشريعات الداخلية وحثمية توفير الحماية القانونية اللازمة من خلال احترام مبادئ وقواعد القانون الدولي في هذا المجال؟

إن الجنسية الأجنبية للمستثمر ووجود أشخاص القانون العام كطرف في العلاقة العقدية، جعلت مسألة القانون الواجب التطبيق (قانون داخلي أو قانون دولي) أكثر تعقيدا ومحل خلاف سواء في الفقه أو في القانون الاتفاقي أو القضاء، خاصة وأن السلطات العمومية تساهم بشكل فعال في عملية التنمية في البلدان النامية.

لذلك، سنتناول بالدراسة على التوالي: خضوع عقد الاستثمار لقانون الدولة المضيفة (أولا) ومحاولات تدويل عقد الاستثمار (ثانيا) ثم القانون الواجب التطبيق في التجربة الجزائرية (ثالثا).

أولا: خضوع عقد الاستثمار لقانون الدولة المضيفة

مبدئياً، يخضع النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية لتشريع الدولة المضيفة التي تتمتع بحرية كاملة في مجال تحديد شروط الاستثمار وحقوق والتزامات المستثمرين والضمانات المعترف بها والقطاعات المعنية إلى جانب طريقة تسوية المنازعات. فمن حق الدولة تجسيد مبدأ حرية الاستثمار وتخصيص بعض القطاعات لمواطنيها أو منح تفضيلات لمواطني بعض الدول على حساب مواطني دول أخرى نظراً لمركزها في القانون الدولي¹ (1) أو لاعتبارات تتعلق بالسيادة التي تتمتع بها الدولة في مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها (2).

1/ اختلاف المراكز القانونية لطرفي العلاقة العقدية

يرى أصحاب هذه النظرية بأن عقد الاستثمار المبرم بين دولة ومستثمر أجنبي ليس له أية علاقة بالقانون الدولي، بحيث يستمد هذا العقد قوته الإلزامية من النظام القانوني الوطني للدولة المتعاقدة الذي يحكم مختلف الجوانب العقدية، بما في ذلك الآثار المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها العقدية². نتيجة لذلك، فإن عدم احترام بنود العقد لا يترتب عنه التزام دولي وأي خلاف بين الطرفين يجب أن يخضع للقانون الوطني في

¹Cf. Institut des Hautes Etudes Internationales : « Un accord multilatéral sur l'investissement, d'un forum de négociation à l'autre ? », p 13.

²د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة

1990، ص 55 إلى 65.

جميع عناصره مادامت العلاقة بين الأطراف واقعة في النظام القانون الداخلي أساساً¹.

إذا كان المستثمر الأجنبي يبحث عن قانون آخر لأسباب مختلفة (أسباب أمنية، جهل التشريع الداخلي للدولة وعدم ملاءمته....) فإنه من الصعب على الدولة الدخول في علاقة عقدية غير خاضعة لقانونها الوطني وذلك لأسباب تتعلق بالسيادة.

« Un Etat souverain... ne peut être présumé avoir soumis la substance de sa dette et la validité des engagements pris par lui à ce sujet à une loi autre que sa loi propre »².

هذه النظرية تبنتها محكمة العدل الدولية الدائمة (CPJI) في

قضية (Les emprunts Serbes) بحيث وضعت المحكمة مبدأ مفاده:

« Tout contrat qui n'est pas un contrat entre les Etats en tant que sujet de droit international a son fondement dans une loi nationale »³.

لذلك، فإن عقد الاستثمار مستبعد من مجال القانون الدولي بالنظر

إلى طرفي العلاقة العقدية، بحيث أن وجود شخص خاص طرف في هذه العلاقة يجعلها خاضعة للقانون الداخلي.

¹Cf. ALRUWAIS (Khalid), Le statut juridique des investissements étrangers en ARABIE SAOUDITE. Thèse de doctorat, faculté de droit, Univ. de Rennes I, 1994, pp. 327 et ss.

² CPJI, Affaire des Emprunts Serbes. In : <http://www.icj-cij.org/cij/www/cdecisions/ccpji>

³ Ibidem.

ولقد تم التأكيد على ذلك في بعض الاتفاقيات الدولية، بحيث تنص

المادة 42/فقرة 01 من اتفاقية واشنطن لعام 1965¹ على ما يلي:

« Le tribunal statue sur de différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. faute d'accord entre les parties, le tribunal applique le droit de l'Etat contactant partie au différend... »

هذه النظرية دافعت عنها الدول النامية استناد إلى سيادتها التشريعية والقضائية بحيث رفضت كل أشكال التدخل الأجنبي مهما كانت طبيعته. فمن المستحيل التوفيق بين السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية (norme de jus cogens) وإخراج العقد من الاختصاص الإقليمي سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو وسيلة تسوية المنازعات².

بصفة عامة، يعتبر القانون الاتفاقي عقود الاستثمار بأنها تصرفات قانونية خاضعة أولاً وقبل كل شيء للقانون الداخلي للدولة التي تم الاستثمار على إقليمها، ومعظم الاتفاقيات الثنائية تشير إلى خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي بشكل صريح³.

¹ Texte de la convention publié in :

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-fra/partA.htm>

² MAUREL (Alexandra) : Contrat d'Etat et souveraineté étatique. Mémoire de D.E.A de droit international public , Université Paris II , 2001, (Mémoire non publié), p.17.

³ Cf. BETTEMS (Denis) : Les contrats entre Etats et entreprises étrangères .

Perspectives internationales, le Moni – Sur – Lausanne, Meta Editions sa , 1989, p. 80.

تعتبر اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI) ، الاتفاقية الوحيدة التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق¹. فهي تقوم على أساس "إرادة الأطراف" وبالتالي فإن اللجوء إلى القانون الدولي يخضع لموافقة الدولة المتعاقدة وفي حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، يطبق قانون الدولة المتعاقدة بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي. هذه الاتفاقية تعطي ضمانات لعقود القانون الداخلي ولكن لا تنشئ " تصرفات قانونية دولية "، كما تشير إلى إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف إذا ما اتفق الطرفان على ذلك². وإذا كانت الاتفاقيات الدولية لا تستبعد تطبيق القانون الدولي على العلاقة العقدية فيجب أن يكون ذلك نتيجة إرادة الأطراف.

كما أن معظم الأحكام الصادرة عن الهيئات القضائية الدولية لا تركز فكرة " تدويل العقد " بحيث تعتبرها تصرفات قانونية داخلية، والحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية الدائمة (CPJI) في قضية (Les Emprunts Serbes) لأحسن دليل على ذلك، بحيث أكدت على أن القانون الدولي لا ينظم سوى العلاقات بين أشخاص القانون الدولي³.

¹ م 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 (CIRDI).

² Cf. BETTEMS (D), Les contrats entre Etats ...Op. Cit, p. 79.

³ Cf. BETTEMS (D), Les contrats entre Etats ...Op. Cit, p. 88.

أما هيئات التحكيم فلم تهتم بالقانون الواجب التطبيق، بحيث تعتبر عقود الاستثمار بأنها تصرفات قانونية داخلية ولا يوجد أي قرار يعتبر العقد بأنه تصرف قانوني دولي¹.

2/ الأساس القانوني لخضوع عقد الاستثمار للقانون الداخلي

إن خضوع العلاقة العقدية لقانون الدولة المضيفة يجد أساسا له في المبادئ الأساسية للقانون الدولي للتنمية، خاصة منها "مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية" الذي تعتبره الدول النامية شرطا أساسيا لممارسة سيادتها الاقتصادية.

واستناد إلى "مبدأ عدم التدخل" الوارد في ميثاق الأمم المتحدة، أكدت التوصية رقم 2625 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 24 أكتوبر 1970 على ما يلي :

« ...Aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains ou pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit ».

ولقد وضعت التوصية رقم 3201 المؤرخة في 01 ماي 1974

كشرط لاقامة نظام اقتصادي دولي جديد (NOEI) ما يلي :

« La réglementation et supervision des activités des sociétés multinationales par l'adoption de mesures

1 Ibid, pp. 89 et ss.

propres à servir l'intérêt de l'économie nationale des pays ou des sociétés internationales exerçant leurs activités sur la base de la souveraineté entière du pays. »

أما فيما يخص أساليب تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد يتضمن العقد ذلك صراحة، وفي غياب إرادة صريحة لأطراف العلاقة العقدية، تتمسك الدول النامية "بفرضية خضوع العقد للقانون الوطني" « Présomption de soumission de l'acte à leur droit ». هذا

ما تم التأكيد عليه في قضية ARAMCO :
« Est universellement admis en droit international privé qu'un Etat souverain est présumé, jusqu'à preuve du contraire, avoir soumis les engagements qu'il a conclu à sa loi propre »¹.

نتيجة لهذه الفرضية، فإن أية إشارة إلى القانون الدولي العام أو المبادئ العامة للقانون أو التحكيم غير كاف لتدويل العقد². لكن تؤكد هيئات التحكيم الدولية وجود بعض الصعوبات في القانون الواجب التطبيق خاصة في مجال عقود البترول، لأن القانون الداخلي يتضمن بعض النقائص من الناحية التقنية، كما أنه لا يوفر الحماية اللازمة ولا يشجع على الاستثمار. لذلك، يجب تكملة هذا القانون الداخلي للدولة المتعاقدة

1 Sentence ARAMCO, reproduite in : RCDIP, 1963 pp. 272 et ss et citée par RANOIL (Véronique), « Remarques sur le droit applicable aux contrats de développement » in : Contrats internationaux et pays en développement. Sous la direction de Hervé cassan , Collection « perspectives économiques et juridiques, Economica, PARIS 1989, p. 41
2 Cf. RANOUIL (V) : « Remarques sur le droit applicable... », Op. Cit, p 41.

بالمبادئ العامة للقانون والأعراف المعمول بها في مجال الصناعة البترولية¹.

وبعدما كان الأمر يقتصر على " الجانب الإجرائي"، تم لأول مرة وضع حكم خاص بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في " المعاهدة الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي" الموقعة بجنيف (GENEVE) يوم 21 افريل 1961²، ثم جاءت معاهدة واشنطن لعام 1965 التي تناولت في المادة 42 منها مسألة القانون الواجب التطبيق من طرف هيئة التحكيم .

تأخذ هذه النظرية بعين الاعتبار مبدأ السيادة الذي يشترط خضوع الاستثمار لقانون الدولة المضيفة والمبدأ الذي أكدت عليه محكمة العدل الدولية الدائمة (CPJI) والمتمثل في خضوع العقد للقانون الداخلي بالنظر

1 Cf. GOLDMAN (Berthold), « Le droit applicable selon la convention de la RIRD du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats », in : Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privés, la convention BIRD du 18 mars 1965, Editions A. Pédone, Paris 1969, p. 135.

2 L'art. 7 stipule : « 1- les parties sont libres de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige .A défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce dans les deux cas les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce .

2- les arbitres statueront en « amiables compositeurs » si telle est la volonté des parties et si la loi régissant l'arbitrage le permet ». Le texte de la convention publié in : <http://www.cc.lu/docdownload.php?id=317>

إلى أطراف العلاقة العقدية، بحيث تقتصر أحكام القانون الدولي على العلاقات بين أشخاص القانون الدولي. لذلك، فإن هذه النظرية لا توفر الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي الذي يتمسك بضرورة خضوع العقد لقواعد القانون الدولي.

ولم يتم الاتفاق حول إمكانية خضوع العلاقة العقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي للقانون الدولي نظرا للآثار القانونية المترتبة عن الاعتراف للخواص بحقوق في النظام الدولي، لذلك بقيت الاستثمارات الأجنبية خاضعة لنفس الأحكام الخاصة بحماية الأجانب المعترف بها في القانون الدولي العام¹.

في مثل هذه الظروف بقيت العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة خاضعة للقانون الداخلي للدولة استنادا إلى سلطاتها وسيادتها داخل حدود إقليمها المعترف بها في القانون الدولي، واستبعدت أحكام القانون الدولي من مجال تنظيم عقود الاستثمار.

لذلك حاول المستثمر الأجنبي البحث عن الوسائل القانونية التي تضمن له الحماية اللازمة والتقليل من الأخطار المترتبة عن عدم المساواة في المراكز القانونية بينه وبين الدولة المتعاقدة معه.

ثانيا: محاولات تدويل عقد الاستثمار

ILAVIEC (Jean – pierre) : Protection et promotion des investissements. étude de droit international économique. Publication de l'institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, Presse Universitaire de France (PUF), 1986, p. 266.

إذا 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، وأحيانا أخرى تحاول تفادي القانون الداخلي للدولة المضيفة والمحاكم الوطنية لهذه الدول، فتتمسك بضرورة خضوع العقد للقانون الدولي (1) أو قانون عبر دولي (2) نظرا لما يترتب عن ذلك من مسؤولية دولية للدولة في حالة إخلالها بالتزاماتها العقدية.

1/ خضوع عقد الاستثمار للقانون الدولي

يرى أصحاب هذه النظرية بأن مشروع الاستثمار يدخل في إطار السياسة الاقتصادية التنموية للبلاد، أي أن عقود الاستثمار تدخل في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة العقدية للنظام القانوني الدولي. ومن أجل ربط العلاقة العقدية بالقانون الدولي، يقترح أصحاب هذه النظرية وسيلتين : الأولى تتمثل في الاعتراف للشركة الأجنبية بالشخصية القانونية الدولية عند التعاقد معها، والثانية تتمثل في اعتبار العقود الاقتصادية بأنها اتفاقيات دولية¹.

1 Cf. ALRUWAIS (K), Le statut juridique des investissements...Op. Cit, pp. 131 et ss.

ولقد طبقت نظرية تدويل العقد في قضية (TEXACO) بحيث أكدت هيئة التحكيم على ما يلي:

« Dès lors que l'Etat contractant accepte de le soumettre, non plus à l'application exclusive et non limitée dans le temps de son droit interne....., mais à des règles relevant au moins en partie du droit international ou des principes généraux de droit »¹.

ونظرا لعدم المساواة الموجودة بين أطراف العلاقة العقدية (دولة ومستثمر أجنبي)، يحاول البعض التأكيد على أن التدويل لا يخص سوى العقود المبرمة بين دولة ومؤسسة خاصة موجودة في "حالة احتكار" أو "مركز قوة"².

لكن هذه النظرية وجهت لها عدة انتقادات منها :

- أن تشبيه العقد بالاتفاقية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية.
- أنها تجسد فكرة تنازل الدولة عن سيادتها واختصاصاتها في المجال التشريعي.
- تعتمد على فكرة " التنمية" وهذا العنصر الاقتصادي غير محدد.
- أن القانون الدولي ليس له القواعد القانونية الكافية لتنظيم العلاقة العقدية .

1 Sentence Texaco Calasiatic contre gouvernement Libyen.

2 Cf. ALRUWAIS (K), Le statut juridique des investissements ...Op. Cit, p. 334.

- أن العديد من الدول ترفض تطبيق هذه النظرية¹.

نظرا للانتقادات الموجهة لهذه النظرية، يحاول البعض الاعتماد على فكرة "عدم المساواة" بين الأطراف من أجل تدويل العلاقة العقدية. بحيث يرون ضرورة إبرام اتفاقية بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر الهدف منها تحويل المسؤولية العقدية إلى مسؤولية دولية أو إخضاع العلاقة العقدية لقواعد القانون الدولي وإجراءات دولية في مجال تسوية المنازعات²، ويؤكدون على أن الهدف من التدويل ليس تحويل العقد إلى اتفاقية ولا تحويل المستثمر إلى دولة³.

يرى أصحاب نظرية "تدويل العقد" بأن تحقيق ذلك يكون بشكل صريح أو ضمني أو بشكل طبيعي. يتم ربط العقد بقواعد القانون الدولي عندما يشير العقد إلى عرض النزاع على هيئة تحكيم دولية يشير قانونها الأساسي إلى تطبيق قواعد القانون الدولي مثل المادة 42/فقرة 1 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بمركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)، إلى جانب وجود بعض العبارات التي يمكن تفسيرها طبقا لقواعد القانون الدولي. كما أن بعض العبارات الواردة في العقد تؤكد ضمنا على استبعاد القانون الوطني مثل: حسن النية

1 ALRUWAIS (K), Le statut juridique des investissements ...Op. Cit, pp. 336 et ss.

2 Cf. TORTORICI (Antoine) : La Tunisie et le droit international des investissements. Thèse de doctorat en droit, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne mars 1992, (Thèse non publiée), pp. 174 et ss.

3 Lui reconnaître des : « capacités qui lui permettent d'agir au plan international pour faire valoir les droits résultant pour lui d'un contrat internationalisé ». Sentence Texaco- Calasiatic c/ Gouvernement Libyen.

الإنصاف ويرى البعض مثل P.WEIL بأن الإشارة إلى المبادئ العامة لقانون كاف لتدويل العقد. أما التدويل الطبيعي فليس له علاقة بإرادة لأطراف حسب P.WEIL الذي يرى بأن "عقود التنمية الاقتصادية" جب أن تدرج في إطار النظام القانوني الدولي وطبيعتها الخاصة تظهر ن خلال " شروط التجميد الواردة فيه"، أما التشريع الذي يختاره لأطراف فلا يطبق إلا بشكل احتياطي¹.

أما غيره من الفقهاء، فيحاولون التمييز بين العقود التي تخضع لقانون الدولي وتلك التي تخضع للقانون الداخلي، إذ يعتبر العقد دوليا إذا توفرت فيه الخصائص التالية:

- أن يبرم من طرف السلطات العليا للدولة حسب إجراءات مشابهة لإبرام الاتفاقيات.

- أن يكون ذا أهمية للتطور الاقتصادي للدولة.

- أن يحيل للقانون الدولي أو المبادئ العامة للقانون أو القانون الوطني وقت إبرام الاتفاق.

- أن يمنح للفرد امتيازات مشابهة لتلك الممنوحة للدول الأجنبية.

- أن يتضمن خضوع النزاعات للتحكيم الدولي².

1 Cf. RANOIL (V), « Remarques sur le droit applicable... » .Op. Cit, pp. 42 et ss.

2 Cf. BETTEMS (D), Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, Op. Cit, p. 123.

إذا كان البعض يكتفي بتدويل عقود الاستثمار دفاعاً عن مصالح المستثمرين الأجانب، فإن البعض الآخر يذهب إلى أبعد من ذلك ويتمسك بخضوع العقد لقانون غير دولي أو قانون الغير.

2/ خضوع عقد الاستثمار لقانون عبر دولي أو قانون الغير

بالنسبة لأصحاب هذه النظرية، فإن العقود المبرمة بين الدول والشركات الأجنبية تخضع لنظام قانوني مستقل ومتميز عن القانون الداخلي أو القانون الدولي على حد سواء يسمى "قانون عبر دولي"¹ أو "قانون الغير"، أي أن كل عقد يخضع لقانون خاص به Lex (Contractus). هذا النظام القانوني الجديد يقوم على أساس " مبدأ استقلالية الإرادة " وقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " (Pacta Sunt Servanda) مثل عقود البترول الكلاسيكية التي تنظم العلاقة العقدية من كل الجوانب².

هذا النظام القانوني يتكون من " المبادئ العامة للقانون " المعترف بها دولياً والتي تسمح بتحقيق توازن في العقد، فتلتزم بها الدولة رغم عدم النص عليها صراحة في العقد. هذه المبادئ العامة المعترف بها من قبل البلدان المتقدمة والمكرسة في المادة 38/فقرة 01 من القانون الأساسي

1 Selon PHILIPP .C. JESSUP : « L'expression transnationale désigne l'ensemble des règles gouvernant les actes et les situations « transcendant les frontières » qu'elles soient nationales ou internationales, de droit public ou de droit privé ». Cité par BETTEMS (D), in : Les contrats entre.. Op.Cit, p. 128.

2 Cf. ALRUWAIS (D), Le statut juridique ...Op. Cit, p. 141.

محكمة العدل الدولية (C.I.J) يعتبرها البعض مثل (Mc. Nair et Zweigert) بأنها تشكل نظاما قانونيا متطورا وكافيا لتنظيم العلاقات بين الأطراف المتعاقدة¹. كما يمكن للأطراف إخضاع العلاقة العقدية للقواعد المنظمة للعلاقات الاقتصادية الدولية (Lex Mercatoria)² أي قانون التجار (La loi des marchands)³.

وكما هو الشأن بالنسبة لتدويل العقد، فإن خضوع العقد لأعراف وممارسات التجارة الدولية يتم صراحة أو بشكل ضمني أو بشكل طبيعي. قد ينص العقد صراحة على أعراف التجارة الدولية مثل عقود البترول.

1 Cf. BETTEMS (D), Les contrats entre Etats ... Op. Cit, p. 141.

2 La « Lex Mercatoria ou la loi des marchands » engloberait outre les usages des commerçants proprement dits , les conventions internationales , les lois uniformes , les principes généraux issus des lois de commerce des différents Etats les règles mises sur pied par des associations internationales à vocation économique et la jurisprudence arbitrale » Lando, ICLQ, 1985, pp. 749 et ss. Cité par BETTEMS (D), in :Les contrats entre Etats ... Op. Cit, p. 140.

3 Cf. TORTORICI (A), La Tunisie et le droit ... Op. Cit, p. 172.

حول فكرة (Lex Mercatoria)، أنظر د. أبوريد رضوان، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، دراسة لفكرة (Lex Mercatoria)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 35، 1993، ص 02 إلى 25.

KAHN (Philippe), « Droit international économique, droit du développement, Lex mercatoria : Concept unique ou pluralismes des ordres juridiques ? ». In : Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Editions Litec, Paris, 1987, pp. 97 - 107 ; LAGARDE (Paul), « Approche critique de la Lex mercatoria » In : Le droit des relations économiques internationales....Op. Cit, pp. 125 - 150 ; VIRALLY (Michel), Un tiers ordre ? Réflexion théorique . In : Le droit des relations économiques internationales...Op. Cit, pp. 373 -385.

أحيانا توجد ملامح لربط العقد بأعراف التجارة الدولية مثل: الإشارة الى المبادئ العامة للقانون الذي يمثل بالنسبة للبعض مثل WEIL إحالة إلى القانون الدولي العام¹. عندما لا يتضمن العقد أية إشارة إلى القانون الواجب التطبيق، يتم تطبيق أعراف التجارة الدولية وذلك لعدة أسباب منها: ارتباط العقد بعدة أنظمة قانونية واختلاف النظام القانوني للعقد، كما هو معمول به في القانون الداخلي مثل: عقود البترول ونقل التكنولوجيا، هذه العقود يعتبرها البعض مثل M. KAHN " دولية بطبيعتها"²

ولقد انتقدت هذه النظرية من عدة نواحي أهمها :

- من الصعب من الناحية العملية قبول أنظمة قانونية متنوعة وما يترتب عن ذلك من خلط وغموض وعراقيل في مجال التنمية للدول المعنية.
- إن محتوى هذا النظام القانوني غير محدد وبالتالي فإن مهمة القضاء والتحكيم ستزداد تعقيدا.
- أن العلاقات الاقتصادية الدولية تخضع بصفة ضمنية للقوانين الداخلية وتتم في منطقة جغرافية خاضعة لسيادة الدولة.
- إذا افترضنا وجود ما يسمى " بقانون التجار، فلا يمكن أن يشكل نظام قانوني قادر على تنظيم العلاقات التجارية من كل جوانبها³.

¹WEIL (Prosper), « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », In : Le droit des relations économiques internationales...Op. Cit, pp. 387 - 414.

² Cf. RANOIL (V), *Remarques sur le droit*...Op. Cit, pp. 45 et ss.

³ Cf. VIRALLY (M), *Un tiers ordre ? Réflexions théoriques* , in : Le droit des relations économiques internationales, Op. Cit, pp.377 et ss ;

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق في التجربة الجزائرية

إن العقود التي أبرمتها الجزائر بعد الاستقلال كانت خاضعة لانون البترول الصحراوي الذي وضع من قبل السلطات الفرنسية في تفاقيات افيان التي نظمت التعاون الجزائري الفرنسي، والمبادئ العامة لقانون. هذا ما أكدته المادة 06 من الاتفاق الجزائري الفرنسي المؤرخ ي 26 جوان 1963 الذي كان يهدف إلى إخراج العلاقات البترولية مع لشركات الفرنسية من السيادة الجزائرية وإخضاعها لقانون البترول لصحراوي و للأحكام الواردة في تصريح 15 جوان 1962، وفي حالة عدم النص على القانون الواجب التطبيق يتم الاستعانة بالمبادئ العامة لقانون¹.

هذا الوضع قد أثر على مصالح الجزائر إلى غاية عام 1971 تاريخ تأميم المصالح البترولية الفرنسية، فأصبحت عقود الدولة كمبدأ عام خاضعة للقانون الجزائري سواء بشكل صريح أو مباشر أو بشكل نسبي(1) مع الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي (2).

ALRUWAIS (K). Le statut juridique des investissements.... Op. Cit , pp. 340 et ss ;TORTORICI (A). La Tunisie et le droit ...Op.cit, p173.

¹ انظر م 6 من المرسوم رقم 364 /63 المؤرخ في 14 سبتمبر 1963 المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي الخاص بالتحكيم والملحق الموقع بباريس يوم 26 جوان 1963، ج.ر.ج.ج عدد 67 مكرر، الصادرة بتاريخ 17 سبتمبر 1963.

1/ المبدأ العام : تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار

إن علاقة الجزائر بالشركات الأجنبية تتدرج في إطار مبدأ سيادة الدولة على الثروات الطبيعية الذي أكدته العديد من المواثيق الدولية والتوصيات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وبعد تأميمات عام 1971، تؤكد كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية والنشاطات المنجمية على تطبيق القانون الجزائري¹.

من أجل التأكيد على تطبيق القانون الجزائري، تتضمن بعض العقود عبارات واضحة وصريحة مثل: " أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري " أو " أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الساري المفعول في الجزائر"². في هذا الإطار، تنص المادة 8 من الاتفاقية بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر السالف ذكرها على ما يلي : " يعترف الطرفان أن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"³.

¹ Cf. BEKHECHI (A), *Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'Etat*, in : Contrats internationaux et pays en développement. Economica, Paris 1989, pp. 235 et ss.

² Ibid, p. 236.

³ نفس الأحكام واردة في المادة 16 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للأسمنت (ACC) Algerian Cement Company السلف ذكرها.

أحيانا تلتزم الدولة أو الهيئات التابعة لها بعدم تعديل التوازن العقدي من خلال ممارستها لسلطاتها التشريعية والتنظيمية وذلك بإدراج ما يسمى بشرط "التجميد التشريعي" المكرس في المادة 15 من الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار. نتيجة لذلك، فإن الأحكام التشريعية والتنظيمية الجديدة الموضوعة من قبل الدولة لا تنطبق على العلاقة العقدية التي تبقى خاضعة للنظام القانوني الساري المفعول أثناء إبرام العقد، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة خاصة عندما تتضمن هذه الأحكام الجديدة امتيازات إضافية. كما يطبق القانون الجزائري بشكل نسبي عند الاستعانة " بالأعراف التجارية " في تكملة القانون الداخلي لإيجاد حلول للنزاع المطروح¹.

2/ الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي

إذا كان العقد يخضع من حيث الشكل للقانون محل إبرامه طبقا للمادة 19 من القانون المدني، فإن المادة 18 من نفس القانون تسمح للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول القانون الواجب التطبيق إلا إذا كان العقد ينصب على عقار، مما يؤكد تكريس القانون الجزائري لمبدأ الاستقلالية، أما إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فإن نفس المادة تشير إلى تطبيق قانون مكان إبرام العقد. لكن تطبيق القانون الأجنبي

¹ Cf. ISSAD (Mohand), « L'arbitrage en Algérie . Revue de l'arbitrage », 1977, pp. 3 et ss.

يجب ألا يتعارض مع قوانين الشرطة والأمن¹ ومقتضيات النظام العام أو الآداب العامة²، مما يؤثر على استقلالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق³.

كما أن بعض الأحكام الاتفاقية تدل على إمكانية تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ولكن دون التأكيد على موقف واضح ومحدد. فالاتفاقيات البترولية الأولى مع الشركات الفرنسية لعام 1963 كانت خاضعة لقانون البترول الصحراوي واتفاقيات ايفيان والمبادئ العامة للقانون.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1965 فكانت خاضعة " للأحكام التشريعية والتنظيمية والاتفاقية السارية المفعول "، وعلى سبيل الاحتياط " للمبادئ العامة للقانون " خاصة تلك التي تنص على التحكيم الإجمالي.

كما أن بعض العقود تنص على إمكانيات اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في النزاع أو " أعراف التجارة الدولية " خاصة في مجال البترول⁴.

¹ م 5 من القانون المدني.

² م 24 من القانون المدني.

³ BENCHENEB (Ali), « Aspects caractéristiques du droit Algérien des contrats d'affaires » R.D.A.I, n° 01 /2001, pp 33 - 34.

⁴ Cf. BEKHECHI (Abdelwahab), : Quelques éléments de réflexion sur la pratique algérienne du contrat d'Etat. In : Contrats internationaux et pays en développement, Sous la direction de Hervé Cassan , Collection « perspectives économiques et juridiques », Economica, Paris 1989, pp. 231 et ss.

أما اتفاق التحكيم الجزائري الفرنسي لعام 1983 فينص على أن المحكمين سيطبقون " قانون مكان تنفيذ العقد مع الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في العقد والأعراف التجارية " .

أما في ظل مرحلة الإصلاحات الاقتصادية ، إذا كان المشرع لم يتخذ أي موقف واضح بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار والذي اكتفى بتحديد وسائل تسوية المنازعات في المادة 17، فإن الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية المبرمة في السنوات الأخيرة تتضمن تفاصيل حول مسألة القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع، بحيث تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي للدولة المضيفة، ويلاحظ بان بعض الاتفاقيات تشير إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي أولاً ثم القانون الوطني للدولة¹.

وفي حالة اتفاق أطراف العلاقة العقدية على التحكيم كوسيلة لتسوية النزاع المطروح بينهما، منح المشرع الجزائري للأطراف في التحكيم التجاري الدولي حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة

¹ مثلاً فإن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية تنص في م 8 / ف 4 على أنه عند حل النزاع : "يجب الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي وأحكام هذا الاتفاق إلى جانب القانون الوطني للطرف المتعاقد". ج.ر.ج. ج. عدد 1 الصادرة بتاريخ 2 جانفي 1994. هذا ما أكدته أيضاً الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال في مادتها 09 / ف 4 ج.ر.ج. ج. عدد 37 الصادرة بتاريخ 29 ماي 2005 .

عدم الاتفاق على ذلك تطبق قواعد القانون والأعراف التي يراها الأطراف ملزمة¹.

وبالتوقيع على اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI)، تلتزم الجزائر بالقانون الواجب التطبيق المحدد في المادة 42 من هذه الاتفاقية والتي تشير إلى تطبيق القواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، وفي حالة عدم الاتفاق يطبق قانون الدولة المتعاقدة بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي، كما تؤكد على إمكانية تطبيق مبادئ العدل والإنصاف في حالة اتفاق أطراف النزاع على ذلك.

لذلك نلاحظ تطورا في موقف المشرع الجزائري، بحيث أنه باستثناء العقود المبرمة مع الشركات الفرنسية في مجال البترول بعد الاستقلال مباشرة، والتي كانت خاضعة لقانون البترول الصحراوي والأحكام الواردة في اتفاقية ايفيان بالإضافة إلى المبادئ العامة للقانون، فإن كل النصوص القانونية الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية والنشاطات المنجمية تؤكد على تطبيق القانون الجزائري وذلك تجسيدا لسيادة الدولة في المجال الاقتصادي.

لكن بعد الشروع في مرحلة الإصلاحات الاقتصادية، وافق المشرع الجزائري على بعض التنازلات في هذا المجال، بحيث أكدت

¹ م 1050 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية .

مختلف الاتفاقيات الموقعة في هذا المجال على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الوطني.

خاتمة

نحن نعتقد بأنه من الطبيعي أن تخضع عقود الاستثمار للقانون الداخلي للدولة المضيفة بالنظر إلى كون أحد أطراف العلاقة العقدية هو شخص من أشخاص القانون الدولي. فتمتع الدولة بهذه الصفة بسلطات وامتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها، وكذا ارتباط الاستثمار بالإقليم الذي ينجز فيه والخاضع لسيادة الدولة، وهو الموقف الذي أكدته مختلف الاتفاقيات الدولية والأحكام الصادرة عن المحاكم وهيئات التحكيم الدولية.

أما قواعد القانون الدولي أو ما يسمى بالقانون عبر الدولي، فإنها غير كافية لتنظيم العلاقة العقدية من كل جوانبها والنقائص الموجودة فيها تقتضي العودة إلى القانون الداخلي خاصة ما يتعلق منها بالأهلية وعيب الرضا وسلطة تمثيل الشركات التجارية ...

لكن قواعد القانون الداخلي لا تسير التطورات الاقتصادية على المستوى الدولي من كل جوانبها، والنقائص الموجودة فيه لا تسمح بتنظيم عقود الاستثمار بشكل كامل وفعال ولا تتضمن الحلول لكل للمشاكل المطروحة في هذا المجال. بالإضافة إلى ذلك، فإنها لا توفر الحماية القانونية اللازمة للمستثمر الأجنبي.

لذلك، رغم خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي، يمكن الاستعانة في نفس الوقت بالمبادئ العامة للقانون المنصوص عليها في المادة 38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية (CIJ) والأعراف التجارية الدولية والتي من شأنها إيجاد حلول للنقائص الموجودة في القانون الداخلي في مجال العقود الاقتصادية، وفي نفس الوقت توفير الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين الأجانب.

إن البعض من هذه المبادئ العامة والأعراف التجارية متفق عليها دولياً، وبإمكانها التوفيق بين مصالح الطرفين المتناقضة بحيث توفر ضمانات للمستثمر الأجنبي، وفي نفس الوقت تسمح بجذب رؤوس الأموال الأجنبية الضرورية لتحقيق الأهداف الاقتصادية للبلدان النامية. وخلافاً لما ذهب إليه أصحاب " نظرية التدويل "، فإن الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون لا يترتب عنه إنشاء "تصرفات قانونية دولية" ولا يمكن تحقيق " تدويل العقد " إلا بناء على موافقة الأطراف في العلاقات العقدية، لأن التدويل لا يخص سوى العلاقات بين الدول كأشخاص القانون الدولي. لذلك، فإن تدويل العلاقة العقدية يقتضي إدراج الأحكام الواردة فيها في اتفاقية دولية.

لذلك، أصبحت الاتفاقيات الثنائية وسيلة دولية من شأنها توفير الحماية القانونية نظراً لمسؤولية الدولة المترتبة عنها، خاصة وأن القواعد الواردة فيها متفق عليها بين دولتين بكل حرية، مما يسمح لها القيام بدور حمائي لاتفاقيات أو عقود الاستثمار في النظام الدولي.