ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي

Host country law as a basis for settling foreign investment contract disputes

قصري ناسيم *
كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية
mimouplay@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2022/05/08 تاريخ قبول المقال: 2022/08/13 تاريخ نشر المقال: 2022/09/15

الملخص:

يعد التحكيم التجاري الدولي آلية لفض المنازعات ذات الصبغة الدولية، يتجلى إمافي نطاق تحكيم حر أو مؤسساتي،هذا الأخيريتجسد في إطاره المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدول و رعايا الدول الأخرى؛ الذي وجد خصيصـــــا لتسوية المنـــــــــازعات القائمة بيـــــــن الدولـــــــــــة و المستثمر الأجنبي بمناسبة إبرام و تنفيذ العقود الدولية.

إذا كان المركز الدولي قد حدد المبدأ في تسوية المنازعات باللجوء إلى إعمال قانون الأطراف، فإنه في حالة غيابه قد يتم إعمال قانون الدولة المضيفة، ذلك ما يثير عدةإشكالات تتمثل خاصة في كيفية الموازنة بين مقتضيات السيادة الوطنية من جهة و ضرورة حماية الاستثمارات الأجنبية من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية:منازعات الاستثمار، قانون الدولة المضيفة، المستثمر الأجنبي.

Abstract: International commercial arbitration is a mechanism for settling disputes of an international nature, which is manifested either in the framework of free or institutional arbitration, the latter embodied in its framework, the International Center for the Settlement of Foreign Investment Disputes between States and Nationals of Other States; Which was found specifically for settling disputes between the state and the foreign investor on the occasion of the conclusion and implementation of international contracts.

If the International Center has determined the principle of settling disputes by resorting to the implementation of the law of the parties, in the absence of it, the law of the host country may be implemented, which raises several problems, especially how to balance the requirements of national sovereignty on the one hand and the need to protect foreign investments on the one handOther.

Keywords: Investment Disputes, Host country law, foreign investor.

المقدمة

* المؤلف المرسل

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

لا شك أن رغبة الدول في تحقيق تنمية اقتصادية شاملة، تمر عبر تفعيل الشراكة على المستويين المحلي و الدولي، من خلال السماح بتدفق الاستثمارات الأجنبية، لتحقيق أهداف اقتصادية و اجتماعية تساهم في تحسين الوضع القائم في الدولة، و من بين الوسائل القانونية التي تضمن استقطاب الاستثمارات الأجنبية، توفير المناخ المحفز سواء من الناحية المالية الضريبية أو من ناحية النظام القانوني الملائم، و مدى السماح بتطبيق آلية التحكيم التجاري الدولي، التي تعتبر بمثابة أهم ضمانة للمستثمر الأجنبي لحماية مشاريعه التي يبرمها مع تلك الدول.

على هذا الأساس، كثيرا ما تلجأ الدول في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية و جذب الاستثمارات إلى إبرام عقود مختلفة سواء مع أشخاص طبيعية أو اعتبارية، محلية أو دولية، بغرض مساعدتها في الوصول للوثبة الاقتصادية و الاجتماعية، و التي تلقى قبولا من أطراف أخرى من مصلحتها توسيع استثماراتها بغرض تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح و تعظيم نشاطاتها و رقم أعمالها.

لكن و بما أنّ هذه العقود الدولية المتصلة بالاستثمار الأجنبي عادة ما تفرز عدة نزاعات أملتها تشابك هذه العقود بحد ذاتها و تشعبها مما يفرض العمل على تسويتها بحل عادل موافق لإرادة الأطراف، و عادة ما يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي باعتبارها الوسيلة الملائمة و المناسبة لحل هكذا منازعات تشتمل على عنصر أجنبي، لما يحمله التحكيم من مزايا و خصائص تجعله صاحب الريادة من دون منازع.

تبرز في هذا الصدد مؤسسة تحكيمية تم وضعها خصيصا من أجل تسوية المنازعات التي تثور بين الدول و رعايا الدول الأخرى طرفا في النزاع، أصطلح عليه ب" المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، التي تستند على إعمال قواعدها من أجل الوصول لحل ملائم للنزاع؛ أين حددت الأحكام القانونية المنظمة لسير المركز، بالإضافة للاختصاص الشخصي، الموضوعي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم، أين تم تحديد هذا القانون وفق تدرج قاعدي يبدأ بالقانون الذي يختاره الأطراف، ثم قانون الدولة المضيفة ثم قواعد القانون الدولي.

اعتمادا على ما سبق بيانه، ونظرا لأن القانون الذي يحدده الأطراف أو ما يُعرف بمبدأ قانون الإرادة لا يشكل مبدئيا أي غموض أو إشكالات مؤثرة، نجد بأن تحديد قانون الدولة المضيفة لتسوية النزاع يثير الكثير من الإشكالات القانونية و العملية، باعتبار أنّه في الأصل تم توجيه المستثمر الأجنبي إلى تطبيق قانون الدولة الأخرى و هذا ما لا يبعث في نفسه راحة و اطمئنان، لأن المزايا التي يحققها من تكليف المركز الدولي تجعله في مأمن من أية تجاوزات قد تحدث في الواقع العملي.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

على هذا الأساس و بناء على ما سلف، يتم طرح إشكالية **مدى فعالية قانون الدولة المضيفة في تسوية عادلة للمنازعات التي تنشأ بين الدولة و المستثمر الأجنبي في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار؟.**

للإجابة على هذه الإشكالية بما تطرحها من علامات استفهام، يتم الاعتماد على أساسا على منهج استقرائي و تحليلي لمختلف جوانب الموضوع، و محاولة استنباط أهم المحاور المتعلقة به، و ذلك وفق تقسيم ثنائي للموضوع؛ أين يتم التعرض إلى تبيان إعمال قانون الدولة المضيفة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي(**المبحث الأول)** و من ثم الطرق إلى تبيان ضمانات حماية الاستثمارات الأجنبية أثناء تطبيق قانون الدولة المضيفة(**المبحث الثاني).**

المبحث الأول: إعمال قانون الدولة المضيفة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تنص المادة 42 فقرة أولى من اتفاقية واشنطن[1] على أنه: " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، و إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع".

يتبين من خلال استقراء نص المادة 42 السابقة الذكر، أنّ القانون الواجب التطبيق على النزاع يتمثل أصلا في قانون الإرادة ثم عند عدم الاتفاق على ذلك تقوم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة أو المضيفة، سواء كان عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف الأطراف سهوا أو نظرا للثقة التي يبديها المستثمر الأجنبي في القواعد الضابطة للعقود المبرمة بين الطرفين، أو لعدم توصلهم لاتفاق على تحديد قانون الواجب التطبيق على النزاع، و في ذلك تتمتع المحكمة المختصة في القضية بسلطة اعتماد قانون الدولة المضيفة لتسوية منازعات الاستثمار(**المطلب الأول)**، بالرغم من الإشكاليات التي تترتب على ذلك **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول: سلطة المحكمة في إقرار قانون الدولة المضيفة كمعيار لتسوية منازعاتالاستثمار

لا يمكن للمحكمة أن تقوم بتطبيق قانون الدولة المضيفة إلا إذا لم يتفق الطرفان على ذلك، و هذا ما يبين أن قانون الإرادة هو الأحق بالتطبيق في مجال المنازعات الدولية(**الفرع الأول)**، و في غيابه يمكن للمحكمة أن تطبق قانون الدولة المتعاقدة(**الفرع الثاني).**

الفرع الأول: قانون الإرادة كمانع لسلطة المحكمة في تحديد قانون الدولة المضيفة

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

طبقا للمبدأ المعروف في الشريعة العامة و الذي مفاده بأن العقد شريعة المتعاقدين[2]، فإنه إذا اتجهت إرادة أطراف عقد الاستثمار إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن المحكمة تكون مطالبة و بل مجبرة على الفصل بموجب القانون المختار من طرف الأطراف، دون قيد أو تمييز.

يتم في غالب الأحيان اعتماد قانون الإرادة كأساس في تسوية المنازعات القائمة بين الدولة من جهة و المستثمر الأجنبي من جهة أخرى، في حين أن إعمال قانون الدولة المضيفة أمر نادر في مجال تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، و هذا راجع لكون أن الأصل من لجوء الأطراف – في غالب الأحيان المستثمر الأجنبي– إلى طلب اللجوء للتحكيم التجاري الدولي و خاصة المؤسساتي – الذي يبرز فيه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى– هو تفادي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة الطرف في عقد الاستثمار في تسوية منازعاتها، نظرا للسلبيات و النقائص الكثيرة التي يتميز بها.

يرى البعض[3] في هذا الصدد، أنه و مع وجود الدولة طرفا في عقد الاستثمار فإن المستثمر الأجنبي يكون في حاجة إلى ضمانات إجرائية تتصدى لأي نزاع قد يقع أثناء تنفيذ عقد الاستثمار أو حتى تفسيره، إذ عادة لا يرتاح المستثمر إلى قضاء الدولة المضيفة و يشكك في حياده، لذلك فقد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا بديهيا في منازعات الاستثمار.

الفرع الثاني: التزام المحكمةبتطبيق قانون الدولة المضيفة عند غياب إرادة الأطراف

إذا كانت المحكمة تستمد سلطتها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع كأصل عند غياب قانون الاتفاق بين الأطراف المتنازعة، فإن مضمون نص المادة 42 من اتفاقية واشنطن ألزمتها بتطبيق قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية منازعات الاستثمار، بغض النظر عن الإشكالات التي يثيرها سواء من الناحية القانونية أو العملية.

إذا كان القاضي الوطني أو المحكم في التحكيم الداخلي يمارس العدالة باسم الدولة التي ينتمي إليها أو التي يمارس التحكيم على أرضها[4]، فإنه في إطار تسوية منازعات الاستثمارات الدولية يقوم بالفصل في النزاع بكل حيادية و استقلالية[5] سواء عن الأطراف المتنازعة أو القانون المحدد لتسوية النزاع، خاصة إذا كان القانون المختار راجع لإرادة الأطراف أو مبادئ القانون الدولي.

أما إذا كان القانون المحدد للفصل في النزاع هو قانون الدولة المضيفة فإن المحكم أو المحكمة التابعة للمركز الدولي، تقوم بالفصل بمقتضى قواعد قانونية تابعة لأحد الأطراف في النزاع يتعلق

الأمر بالدولة المضيفة؛ مما يفسح المجال لتضييق حرية المحكم و الدور الخلاق و الإبداعي لمحكمة المركز الدولي، و هو ما يؤثر سلبا على فعالية الحكم الفاصل في النزاع.

يرى أحد الباحثين[6] أنّه يظهر في هذا الخصوص أنّ أحكام المادة 42 من اتفاقية واشنطن تحد من حرية المحكم الدولي بهذا الشأن، و توجب عليه تحديد قانون دولة معينة بما فيها قواعد تنازع القوانين فيها، عند غياب إرادة الخصوم و عدم اتفاقهم على القانون الواجب تطبيقه، و هو المعنى الذي أخذت به المادة 16 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، و المادة 19 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي.

المطلب الثاني: الإشكاليات المميزة عند تقرير تطبيق قانون الدولة المضيفة لتسوية نزاعات الاستثمار

قد يبدو نظريا و من الوهلة الأولى أنّ تطبيق قانون الدولة المضيفة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي يشكل قاعدة ملائمة و مناسبة من أجل حل النزاع،و بموافقة الدولة المتعاقدة و كل من المستثمر الأجنبي و المحكمة التابعة للمركز الدولي؛ إلا أنه تتخلل هذا القانون عدة نقائص و إشكالات تحد من فعاليته كحل ملائم يحظى بقَبول الأطراف المتنازعة، سواء لعدم نص قانون الدولة المضيفة على قواعد حلالمنازعة(**الفرع الأول**) أو لعدم تقرير الدولة عدم إدراج المنازعة على المركز لتسوية النزاع بعد التصديق على الاتفاقية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: عدم نص قانون الدولة المضيفة على قواعد حل المنازعة

أثبت الواقع العملي أنه و في كثير من الحالات التي يتقرر فيها تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، يتبن فيما بعد عدم قدرته على إيجاد حل فعال للنزاع؛ و ذلك بسبب عدم تنظيم التشريع الداخلي للقواعد الكفيلة بتنظيم تلك المنازعات.

تطبيقا لما سبق، و في هذه الحالة، إما أن يكون عدم وجود الحل في المنازعة وفق قانون الدولة المضيفة، راجع لعدم النص عليه أصلا في القانون الداخلي لتلك الدولة، و إما يكون راجع للنقص أو القصور أو عدم مسايرة تشريعاتها الداخلية للتطورات الاقتصادية في مجال العقود الدولية؛ ففي الكثير من الدول خاصة النامية منها، نجد بأنها تتعامل بعقود عدة موجودة على أرض الواقع، لكن دون تنظيم تشريعي، مما يجعل تقرير اللجوء لتطبيق قانون الدولة المضيفة كأساس لحل النزاع غير عملي و لا يفيد في أي شيء؛ بل قد يعطل من مصلحة المستثمر الأجنبي و يجعل الإجراءات أكثر طولا و تعقيدا.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

الفرع الثاني: تقرير الدولة عدم إدراج المنازعة على المركز لتسوية النزاع بعد التصديق على الاتفاقية

منحت المادة 25 في فقرتها الأخيرة من الاتفاقية المنظمة للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، لكل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق، أن تبلّغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدّر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم.

بالتالي قد تقرر الدولة المضيفة عدم إدراج منازعة على المركز لتسويتها، و هذا بعد أن تم إبرام عقد استثمار مع أحد رعايا الدول الأخرى، بما أنّ أحكام المادة أوردت عبارة " أو في أي وقت لاحق" مما يفتح المجال واسعا لاتخاذ الدولة قرار بقائمة المنازعات الخارجة عن النظر فيها من طرف المركز، و هو ما يضر بمصلحة المستثمر الأجنبي الذي كان يعتقد أنّه بمجرد انضمام أو تصديق الدولة على الاتفاقية فإنها تقبل بعرض النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة على المركز لتسويتها.

بل أكثر من هذا، يؤكد البعض[7] أنه و لما كان اتفاق التحكيم للجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يشكل الأداة القانونية لإعمال إجراءات التحكيم، حرصت اتفاقية واشنطن على بيان أهمية ذلك، إذ توضح أحكامها في هذا الشأن، أنه لا يقع على الأطراف أي التزام على اللجوء إلى تحكيم المركز، فصياغة النصوص في هذا الصدد جاءت بشكل يجعل كل شيء اختياريا، فإن الدولةتستطيع أن تكون طرفا في الاتفاقية دون أن تلتزم بعرض أي منازعة أمام المركز، نظرا لما يترتب على الموافقة على التحكيم من آثار قانونية في إعمال إجراءات التحكيم لدى المركز الدولي و بالتالي تسوية النزاع القائم بين الطرفين.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الاستثمارات الأجنبيةأثناء تطبيق قانون الدولة المضيفة

إنّ وجود المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كإطار محايد و الذي صمم خصيصا كي يتعامل مع منازعات استثمارات ذات خصوصية بين المستثمرين من القطاع الخاص، و الدول المضيفة ساهم في تعزيز و تشجيع الاستثمارات الخاصة، لاسيما في الدول ذات الاقتصاديات النامية؛ باعتباره الضمان الحقيقي لجميع الأطراف[8].

إلا أنه و نظرا للإشكالات و النقائص التي تتعلق بتطبيق قانون الدولة المضيفة، قد تحد من فعالية هذا المركز كآلية لتسوية فعالة للمنازعات، و بل قد تعجل بنفور المستثمرين الأجانب على إبرام

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

عقود الاستثمار في الدول، مما يجعل مسألة البحث عن حماية المستثمر و معه الاستثمارات الأجنبية أكثر من ضرورة عند الإقرار بتطبيق قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية منازعات الاستثمار.

لا يجب أن تكون هذه الحماية مصدر إضرار بمصلحة الدولة المضيفة، بل يجب أن تكون مشمولة بضمانات تأخذ بعين الاعتبار تحقيق المصلحة المشتركة بين الطرفين المتنازعين، مما يفترض الأخذ بأنجع القواعد و المبادئ الفعالة على غرار إمكانية استبعاد قانون الدولة المضيفة من طرف المحكمة(**المطلب الأول**)، و تجسيد العمل بشرط الثبات التشريعي كقيد على تعديل قانون الدولة المضيفة للاستثمار(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:إمكانية استبعاد قانون الدولة المضيفة من طرف المحكمة

إذا كانت المحكمة ملزمة بالنص على أن قانون الدولة المضيفة هو الذي سيطبق – في حالة عدم تحديد الأطراف القانون الواجب التطبيق على النزاع– فإنه لا يوجد ما يمنعها من تقرير استبعاد تطبيق هذا القانون تبعا لعدة ظروف و مستجدات قانونية و عملية.

فبالرغم من كون القانون الوطني قد يكون قانون الإرادة إلا أنّ هيئات التحكيم قد تنتهي إلى استبعاد القانون الوطني تماما إذا وقفت على عدم ملائمته لقانون التجارة الدولية، أو لقصور قواعده، أو لتعارضه مع المبادئ العامة للقانون الدولي، فقد كشف الواقع العملي عن إعمال و تجسيد استبعاد قانون الدولة المضيفة و الذي كان مقررا لتسوية المنازعات القائمة بين الأطراف المتخاصمة، مثل تحكيم إمارة أبو ظبي و شركة development ltd petrolen، إذ رغم أنّ قناعة المحكمة بأن القانون الواجب تطبيقه على العقد هو قانون أبو ظبي باعتباره قانون محل الإبرام و التنفيذ، إلا أنّ المحكمة استبعدته[9]، سواء كان استبعاد القانون بصفة جزئية (**الفرع الأول**) أو استبعاد بصفة كلية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الاستبعاد الجزئي لقانون الدولة المضيفة

يمكن للمحكم أن يقوم باستبعاد جزئي عند تقرير قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية منازعات الاستثمار، و يتم إعمال هذا الاستبعاد خاصة في حالة كون أن قانون الدولة المضيفة يقدم حلا جزئيا لتسوية النزاع، بينما يكون الجزء الأخر غير منصوص عليه في قانونها الداخلي ليس بسبب عدم تنظيمه قانونا و إنما لكون القانون في جزئه الآخر لا يتلاءم مع مقتضيات عقود التجارة الدولية عموما و خصوصية عقود الاستثمار التي تعرف تطورا مطردا و تقنيات حديثة يعجز القانون الوطني عن حلها، بالتالي يقوم المحكم بالبحث عن الأساس الذي يمكن من خلاله إيجاد حل للجزء الباقي؛ الذي يتم عادة بالبحث في قواعد و مبادئ التجارة الدولية.

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

إذن يتبين أن المحكمة في هذه الحالة تقوم بتطبيق جزء من قانون الدولة المضيفة و تستبعد جزء أخر بسبب عدم صلاحيته و عدم نصه على قواعد لحل المنازعة.

الفرع الثاني: الاستبعاد الكلي لقانون الدولة المضيفة

يتم استبعاد قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية المنازعة بصفة كلية، في حالة ما إذا كان هذا القانون مخالف للنظام العام، أو يحمل قواعد تتميز بالانحياز التام للدولة المضيفة على حساب مصلحة المستثمر الأجنبي.

و قد نصت أحكام اتفاقية واشنطن على حرية المحكمة في عدم تطبيق القانون المقرر لتسوية النزاع – سواء تم وفقا لإرادة الأطراف أو تم بناء على اختيار المحكم– إذا تبين فيما بعد أن هذا القانون غير صالح أصلا و لا يستجيب لمقتضيات التجارة الدولية، و لا يحقق مصلحة كلا الطرفين بحيث نصت المادة 42 من اتفاقية واشنطن في فقرتها الثالثة على ما يلي: " و لا تحل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة إذا ما اتفق الطرفان على ذلك في الحكم بموجب مبادئ العدالة و الإنصاف".

يبين من خلال هذه المادة أن المحكمة إذا رأت أن قانون الدولة المضيفة غير ملائم لتسوية النزاع، فتقوم بالحكم بمبادئ العدالة و الإنصاف بشرط أن يتم باتفاق الطرفين على ذلك صراحة، إذ أنّ حرية المحكمة بإعمال قواعد العدالة و الإنصاف معلقة على شرط قبولها من طرف المتنازعين.

المطلب الثاني: شرط الثبات التشريعي كقيد على تعديل القانون الدولة المضيفة

يشكل شرط الثبات التشريعي أهم الضمانات القانونية و الإجرائية المكرسة على المستوى الدولي، بحيث يكون مصدر اطمئنان بالنسبة للمستثمر الأجنبي و وسيلة لحماية المصالح الاقتصادية الفردية و الجماعية، إذ تعتبر وسيلة هامة من أجل جذب الاستثمارات نظرا للاستقرار التشريعي الذي يميز مناخ الأعمال بصفة عامة و عقود الاستثمار على وجه الخصوص، و هذا نتيجة لما يتضمنه هذا الشرط **(الفرع الأول)**و نظرا للوظيفة التي يؤديها**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مضمون شرط الثبات التشريعي

تتميز عقود الاستثمار بطول المدة، و على هذا الأساس يسعى الطرف المتعاقد مع الدولة إلى تأمين نفسه من مخاطر التعديلات التشريعية و المشاكل التي تستنجد خلال التنفيذ طويل المدة، و ذلك من خلال شرط الثبات التشريعي الذي تعمل الأطراف المتعاقدة على إدراجه في عقود الاستثمار[10].

ردمد ورقي: 9971 - 2571 المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية ردمد إلكتروني: 2661-7404
السنة: 2022 المجلد: السادس العدد: الثاني ص.ص: 1826-1837.

يقصد بشرط الثبات التشريعي في نص الأطراف صراحة على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه و قواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق، من الشروط المألوفة في عقود الاستثمار[11] ، و في هذا يرى البعض[12] أنه وفق لشروط الثبات التشريعي، تتعهد الدولة المتعاقدة بموجب هذا الشرط بوصفها سلطة تشريعية في ذات الوقت، بعدم إصدار أية تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها و بين الطرف الأجنبي المتعاقد معها، على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، و الإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها.

الفرع الثاني: وظيفة شرط الثبات التشريعي

تعتبر الدولة متحكم في التشريع الوطني، و من ثم فبإمكانها أن تعدل فيه، بحيث تبطل بل تعدم التزاماتها التعاقدية، إضافة إلى أن الدولة المتعاقدة قد ترهق الطرف الثاني بل تعجزه بالتغيير المستمر، و أحيانا المتعارض- في تشريعاتها و من ثم يصير القانون الواجب التطبيق معلق على أحد أطراف النزاع، و هو ما دفع في كثير من الأحيان بالمحكمين إلى التهرب من تطبيق هذه القوانين الوطنية[13]، خاصة أن مسألة سيادة الدولة تفرض عدم انصياعها لقرارات المحكم الذي يعتبر شخصا أجنبيا عنها[14].

بالتالي جاء مبدأ الثبات التشريعي ليتجاوز مسألة عدم الاستقرار التشريعي و القانوني الذي يميز القوانين الوطنية و التي تؤثر سلبا على استثمارات الأجنبية، و يحقق ما يعرف بمقتضيات الأمن القانوني.

الخاتمة:

إذا كان التحكيم التجاري الدولي يلعب دور كبير في فض المنازعات التي تكون بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، فإنه في مجال منازعات الاستثمار يبرز التحكيم المؤسساتي و الذي يقوم بالفصل في المنازعات القائمة حول عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نظرا لما يتمتع به من خصوصية و فعالية إجرائية و تنظيم مسبق لكل قواعد تسوية النزاعات.

يعتبر أهم عنصر في سبيل معالجة منازعات الاستثمار في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و في حالة غياب إرادة الأطراف، يفتح المجال لتطبيق قانون الدولة المضيفة كأساس لتسوية منازعات الاستثمار، بما له و ما عليه من إيجابيات و سلبيات قد تؤثر على مصلحة المستثمر الأجنبي، بسبب النقائص و الإشكالات التي يتميز بها عادة القانون الوطني للدولة المتنازعة.

من أجل هذا تم التوصل إلى ضرورة وضع ضمانات تحمي الاستثمار الأجنبي من عدم ملائمة قانون الدولة المضيفة لتسوية النزاعات حول عقود الاستثمار الدولية، عن طرق تقرير إما استبعاده و تطبيق قانون آخر أو وضع شرط الاستقرار التشريعي تجنبا للمفاجئة غير السارة و المؤثرة على مصالح المستثمر الأجنبي.

لكن إذا كان المركز الدولي يعمل على تسوية منازعات الاستثمار عن طرق هيئاتها و إجراءاتها المنظمة بموجب قواعد قانونية؛ إلا أنه تتخلل أحكامه في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بعض النقص و الغموض؛ لذا وجب إسداء بعض التوصيات التي تساهم في تكملة النقص و إزاحة الغموض فيما يلي:

– منح حرية أكبر للمحكمة في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع دون التقيد بنص المادة 42 من الاتفاقية؛

–وضع مدونة ذات بعد دولي تحدد معايير تطبيق قانون الدولة المضيفة بما يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية؛

– تخويل حق الطعن للمستثمر الأجنبي عند تقرير تطبيق قانون الدولة المضيفة استنادا لأسباب موضوعية و واقعية؛

– ضرورة تحديث و تحيين القوانين الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار بما يتماشى مع قواعد القانون الدولي و خصوصية عقود الاستثمار الدولية؛

– ضمان تنفيذ الأحكام الفاصلة في النزاعات الاستثمار من طرف الدولة المضيفة؛

– التقليل من التعديلات التشريعية بعد إبرام عقود الاستثمار تحقيقا للتوازن بينها و بين مصلحة المستمر الأجنبي.

الهوامش

[1]-اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج ر ج ج عدد 66،مؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1995.

[2] – راجع نص المادة 106 من الأمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل و متمم.

[3] – زغدودجغلولوبوجدير سيف الدين ، ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي و الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، عدد 11، 2017، ص. 603.

[4] – راجع: ديب فؤاد،" المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، مجلد 24 ،2008 عدد 02، ص.36.

[5] – يُقصد باستقلال المحكم انعدام أية صلة أو مصلحة بموضوع النزاع أو ارتباط بأحد الأطراف أو ممثليهم، فالطبيعة القضائية لاختصاص محكمة التحكيم لا تجيز للمحكم أن يكون طرفا في النزاع، أو له مصلحة فيه من أي نوع كانت، و يجب أن يكون استقلال المحكم قائما حتى صدور الحكم"، أنظر:

- بوالصلصال نور الدين، " التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد و نظام اليونسترال– دراسة مقارنة " مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، عدد 10، 2015، ص.108.

– بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014، ص.147.

[6] – علاء حسين علي، القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية– دراسة تحليلية مقارنة– مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، عدد41، 2016، ص ص. 16 و17.

[7] – قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص ص. 11 و12.

[8] - أنظر كل من:

–الجازي مشهور حديثة عمر ، " التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين، الأردن، عدد 9 و 10، 2002، ص.11.

– العبيدي وديان خالد عوده، التحكيم في منازعات الاستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار–دراسة مقارنة–، المركز العربي للنشر، القاهرة، 2019، ص.13.

[9] – هوام علاوة و قروي سميرة ، " أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي"، مجلة العلوم و الحقوق السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة خنشلة، عدد6، 2016، ص. 115.

[10] – بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، "دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 16، 2017، ص. 187.

[11]– سلامة أحمد عبد الكريم ،" شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار و التجارة الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي،عدد43، 1987، ص. 68.

[12] – كاسب خليفة محمد أحمد، عقود الاستثمار في إطار المبادئ و و الضمانات و القانون الواجب تطبيقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020، ص. 217.

[13]– بقنيش عثمان و بلحسان هواري، " القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، عدد 5، 2015، ص.50.

- [14] « La souverainetéimplique l´autorité politique et juridique ultime sur un territoire. Ceci englobe notamment l´autoritéjudiciaire. Dans le domaine de l´arbitrage d´investissement mettant en cause un Etat, la question dela souveraineté nationale se pose avec une acuité toute particulière. Comment un Etat peut-il êtrejugé par un tribunal arbitral qui lui est étranger et être encore considéré comme souverain? Et celatoutspécialement dans des matières qui touchent au domaine et patrimoine publics et non pasfinanciers de l´Etat, comme l´environnement, la santé publique, les services postaux, lestélécommunications, l´électricité, etc. », voir : BESSON Samantha, « la

légitimité de l'arbitrage international d'investissement », Jusletter 25, Editions Weblaw, 2005,disponible sur : https://hal.archives-ouvertes.fr , consulté le : 15/04/2021.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الاتفاقيات و النصوص القانونية

- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج ر ج ج عدد 66،مؤرخ في 5 نوفمبر سنة 1995.
- أمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج عدد 78،مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل و متمم.

ثانيا: الكتب

- العبيدي وديان خالد عوده، التحكيم في منازعات الاستثمار في ضوء أحكام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار–دراسة مقارنة–، المركز العربي للنشر، القاهرة، 2019.
-كاسب خليفة محمد أحمد، عقود الاستثمار في إطار المبادئ و و الضمانات و القانون الواجب تطبيقه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020.

ثالثا: الرسائل والمذكرات

- قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- بوختالة منى، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2014.

رابعا: المقالات

- الجازي مشهور حديثة عمر، " التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين، الأردن، عدد 9 و 10، 2002.
- بقنيش عثمان و بلحسان هواري، " القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة منازعات الأعمال، المغرب، عدد 5، 2015.
- بوخالفة عبد الكريم و خويلدي السعيد، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، عدد 16، جانفي 2017.
- بوالصلصال نورالدين، " التسوية التحكيمية في كل من نظام الأوكسيد و نظام اليونسترال– دراسة مقارنة–" مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، عدد 10، 2015.
- ديب فؤاد، " المحكم الدولي و نظم تنازع القوانين الوطنية "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، مجلد 24 ،عدد02، 2008.
- زغدود جغلول و بوجدير سيف الدين، " ضمانات الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري (وفقا للتشريع الداخلي و الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف)"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، عدد 11، جوان 2017.

- سلامة أحمد عبد الكريم،" شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار و التجارة الدولية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، عدد43، 1987.
- علاء حسين علي، " القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية– دراسة تحليلية مقارنة–" مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، عدد41، 2016.
- هوام علاوة و قروي سميرة ، " أطر فض منازعات الاستثمار الأجنبي"، مجلة العلوم و الحقوق السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، عدد6، 2016.

- خامسا: المواقع الإلكترونية

- BESSON Samantha, « la légitimité de l'arbitrage international d'investissement », Jusletter 25, Editions Weblaw, 2005,disponible sur : https://hal.archives-ouvertes.fr , consulté le : 15/04/202