جامعة محمد خيضر - بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الضمانات المقررة عن عقــود الاستثمار في الجزائر

مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون أعمال

إعداد الطالب:
طه بحــري

إشراف الأستاذ:
ياسيــن قرفي

الموسم الجامعي:2018/2017

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي:

إلى والدي الكريمين

وإلى إخوتي وأخواتي

وإلى أهلي وأقاربي

وإلى أحبابي وأصدقائي.

الشكر والعرفان

أتقدم بخالص الشكر إلى الأستاذ المحترم " ياسين قرفي " على ما قدمه لنا من مجهودات طيلة سنوات الدراسة كما لم يبخل علينا بوقته ونصائحه وتوجيهاته وبكل ما لديه من معلومات في إطار إنجاز هذه المذكرة.

كما أوجه شكري مسبقا إلى جميع أعضاء اللجنة الذين تشرفت بموافقتهم على مناقشة هذا العمل المتواضع.

كما أشكر كافة أساتذة الحقوق وكل موظفي وعمال الجامعة بدون أن أنسى زملائي الطلبة على تشجيعهم لي طيلة مشواري الدراسي.

وكل من مد لي يد المساعدة و ساهم في إنجاح هذا العمل من قريب أو من بعيد.

طه بحري

مقدمـــة

يعتبر الاستثمار شكلا من أشكال النشاط التجاري المعاصر وأحد أساليب التي تعتمد عليه الدول في تحقيق التنمية الاقتصادية، من خلال ما يقدمه لها من أصول متنوعة كالرأس المال والتكنولوجيا الحديث والقدرات والمهارات، إضافة إلى مساهمته في تطوير الصناعة والزراعة فضلا عن الآثار الإيجابية التي يرتبها كخلق مناصب شغل ورفع مستوى الإنتاج المحلي، وزيادة حجم الصادرات وتقليل نسبة الواردات، وفتح الأسواق والانفتاح على التجارة الخارجية.

وفي ظل التطور العلمي والانفتاح الاقتصادي الذي يشهده العالم والنمو الديموغرافي الحاصل في الدول النامية، ازداد وعي هذه الأخيرة بضرورة اللحاق بركب الدول المتطورة وتحقيق مستويات مشابهة لها، عن طريق جذب الاستثمارات الأجنبية.

ولما كانت الاستثمارات الأجنبية العامة التي تحصل عليها الدول النامية تخضع في الغالب لاعتبارات سياسية من حيث تدخل الحكومات و المؤسسات المانحة للقروض في الشؤون السياسية والاقتصادية للدول المقترضة وفرض عليها شروط تعسفية، فقد اتجهت الدول النامية من أجل تحقيق أهدافها وإنجاز برامجها التنموية إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة عن طريق إبرام العديد من العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية.

حيث تبرم عقود الاستثمار بين طرفين يحكم كل منهما نظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة كشخص من أشخاص القانون العام من جهة والمستثمر الأجنبي الخاص من جهة أخرى، فالدولة تسعى من خلال إبرام هذه العقود إلى تحقيق التنمية الاقتصادية مستعملة في ذلك سلطتها وسيادتها والامتيازات المخولة لها، في حين أن المستثمر الأجنبي يهدف إلى تحقيق الربح وبالرغم من قوته الاقتصادية والمالية إلا انه لا يتمتع بأي سلطة أو ميزة.

ونظرا لتفاوت أطراف العقد في المراكز القانونية، وتعارض الأهداف والمصالح لكلا الطرفين، فضلا على كون عقود الاستثمار تستغرق مدة طويلة وهو ما يجعلها عرضة للظروف والتغيرات التي تؤثر على تنفيذ العقد، أصبح ضروري بالنسبة للطرف الأجنبي القائم بالاستثمار أن يشترط على الدولة المتعاقدة مجموعة من الضمانات بهدف حماية حقوقه ومصالحه وهو ما يطلق عليها بالضمانات العقدية وهي عبارة عن بنود ترد في عقد الاستثمار تنظم حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين، وهو ما يشكل موضوع بحثنا.

ولما كان موضوع الضمانات العقدية التي يحاط بها الاستثمار الأجنبي المحور الرئيسي التي تدور حوله مختلف تشريعات الاستثمار والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا الصدد، كان من الطبيعي أن ينصب الاهتمام على تحليل تلك الضمانات من حيث أشكالها ومضمونها وآثارها القانونية المترتبة عنها لمعرفة مدى فاعليتها في جذب وتشيع الاستثمار لاسيما وأن تطبيق هذه الضمانات يمكن أن يثير العديد من الإشكاليات القانونية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة.

أهمية الموضوع:

يحتل موضوع الاستثمار أهمية بالغة على المستوى النظري والعملي.

الأهمية النظرية:

يعتبر موضوع الاستثمار من المواضيع الحديثة التي تُعنى باهتمام الباحثين والمختصين في مجال الاقتصاد والقانون.

الأهمية العملية:

يحتل موضوع الاستثمار مكانة هامة باعتباره الأداة الرئيسية التي يمكن من خلالها النهوض بالاقتصاد الوطني، حيث تسعى الدولة جاهدة في إطار تنفيذ سياستها التنموية إلى إبرام عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب من خلال تعهدها بتقديم ضمانات وامتيازات تشجيعا لهم للاستثمار داخل إقليم الدولة، وذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة.

أسباب الدراسة:

إن الخوض في موضوع الضمانات المقررة عن عقود الاستثمار راجع لعدة أسباب، تتمثل في:

بالنسبة للأسباب الذاتية:

- رغبة الباحث في الخوض في هذا الموضوع وزيادة التحصيل المعرفي والتعمق أكثر في مجال الاستثمار.

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية:

- التأكيد على أن نجاح الدولة في استقطاب الاستثمارات الأجنبية يرتبط ارتباطا وثيقا بمدى توفير القدر الكافي من الحماية والضمانات.
- المساهمة في إثراء موضوع الدراسة، خاصة وأن الدراسات والأبحاث التي الضمانات العقدية للاستثمار قليلة جدا.

أهداف الدراسة:

- إن الهدف من الدراسة هو تسليط الضوء على أهم الضمانات المقررة عن عقود الاستثمار.
- إبراز دور الضمانات العقدية في خلق مناخ استثماري ملائم.

الإشكالية:

لمعالجة الموضوع المتعلق بالضمانات المقررة عن عقود الاستثمار في الجزائر ارتأينا طرح الإشكالية التـــالية:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الضمانات الممنوحة في عقود الاستثمار كافية وفعّالة لجذب الاستثمار الأجنبي من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية ؟

وتتفرع عن الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية والتي سنحاول الإجابة عنها من خلال عناصر الموضوع وهي كالآتي:

- ما المقصود بعقود الاستثمار؟ ومن هم أطراف هذه العقود؟
- فيما تتمثل الضمانات الموضوعية والإجرائية الممنوحة في عقود الاستثمار؟
- ما هو دور هذه الضمانات في خلق مناخ استثماري ملائم؟

للإجابة عن هذه الإشكالية وغيرها من التساؤلات اتبعنا المنهج التحليلي القائم على المعالجة والتدقيق لمختلف عناصر الموضوع إلى جانب المنهج الوصفي.

الصعوبات:

في إطار إنجازنا لهذا البحث واجهتنا بعض الصعوبات والعقبات لعل أبرزها قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، بالإضافة إلى تَ فرع الموضوع وتشعبه وتعدد عناصره وأجزائه.

ولغرض الإلمام بالموضوع والوصول إلى إجابة عن الإشكالية والتساؤلات الفرعية المطروحة، ارتأينا تقسيم الخطة إلى فصلين مع تخصيص مبحث تمهيدي لماهية عقود الاستثمار

نتناول في الفصل الأول الضمانات الموضوعية المقررة عن عقود الاستثمار

أما الفصل الثاني نتناول فيه الضمانات الإجرائية المقررة عن عقود الاستثمار.

مبحث تمهيدي: ماهية عقود الاستثمار

في إطار تنفيذ السياسةالاستثمار ية تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود مع المستثمرين الأجانب وذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية، وتتعهد الدولة بموجبها بتوفير مجموعة من الضمانات، وهو ما يطلق عليها بالضمانات العقدية والتي تشكلموضوع بحثنا الموَسْوُمْ بـ"الضمانات المقررة عن عقود الاستثمار في الجزائر"، وقبل دراسة هذه الضمانات ارتأينا تقديم لمحة عن عقود الاستثمار كمدخل للموضوع، بحيث سنخصص هذا المبحث لتحديد ماهية عقود الاستثمار.

ولإيضاح ماهية عقود الاستثمار، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول نتناول فيه تعريف عقود الاستثمار وبيان أطرافها، أما المطلب الثاني فنتناول فيه أنواع عقود الاستثمار، وأخيرا المطلب الثالث نتطرق فيه إلى الطبيعة القانونية لهذه العقود ومعيار دوليتها.

المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار وبيان أطرافها

إذا كان عقد الاستثمار كباقي العقود الأخرى عبارة عن اتفاق إرادتين لإنشاء التزامات معينة،إلا أنه يختلف عنها من حيث الأهداف فهو يهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، ويختلف عنها كذلك من حيث الموضوع وطبيعة أطرافها.

لذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف عقود الاستثمار(أولا) ، ثم نأتي لتحديد أطرافها(ثانيا)

الفر ع الأول: تعريف عقود الاستثمار

يقتضي لتوضيح مدلول عقد الاستثمار أن نرجع إلى المعنى اللغوي وذلك بتعريف كل من: كلمة "عقد" وكلمة "استثمارعلى حـِ دَ ة، ثم نأتي إلى تعريف "عقد الاستثمار" فقهيا، وبعد ذلك نستنتج أهم خصائص عقود الاستثمار.

أولا-المعنى اللغوي لعقد الاستثمار:

يعرف العقد من الناحية القانونية على أنه اتفاق إرادتين لإحداث أثر قانوني ولتوضيح معنى عقد الاستثمار سوف نقوم بتعريف كل مفردة على حدة وذلك على النحو التالي:

1-العقد :

العَقْدُ والجمع عقود، وهي العُقُود، ويقال عهدت إلى فلان فيكَذاوكَذاَ وتأويله: ألزمته ذلك فإذا قلت : عاقدته أو عقدت عليهفتأويله أنك ألزمته باستِثاق وقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ "[1] أي بالعهود، وهكذا خاطب الله تعالى به المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يجب.[2]

2-الاستثمار:

الثَمَر أنواع المال،وجمع الثمر ثمار، وثَمَر جمع الجمع وقد يكون الثمر جمع ثمرة، الثمر المال المُثْمِر .[3]

وثَمَّرَ الرجلُ ماله إذا كثر ماله ، وثَمَّرَ الله حاله أي أكثره واستثمر:استخرج الغلات واستعملها ويأتي استثمر بمعنى استخدم ماله في مشروع ليدر ربحا أما الاستثمار فهو الإنفاق في وجه من الوجه لتحقيق ربحا في المستقبل البعيد أو القريب .[4]

ثانيا- التعريف الفقهي لعقد الاستثمار:

العقد كما بينا سابقا هو التقاء إرادتين لإحداث أثر قانوني، وعلى هذا الأساس سوف نعطي أهم التعاريف لعقود الاستثمار التي نحن بصدد دراستها.

حيث تُعرف عقود الاستثمار على أنها: " العقود التي تبرمها الدولة أو الهيئات التابعة لها مع شخص آخر أجنبي في مجال الاستثمار".[5]

---

(1) سورة المائدة، الآية (1).

(2) أبو الفضل جمال محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**- الجزء الثالث- الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت 1994، ص297.

(3) أبو الفضل جمال محمد بن مكرم بن منظور، المصدر نفسه-الجزء الرابع- ص ص،(106،107).

(4) إسماعيل بن حماد الجوهري، **الصحاح**- الجزء الأول- دار الحضارة العربية، بيروت 1974،ص 161.

(5) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة-ماهيتها،القانون الواجب التطبيق عليها،وسائل تسوية منازعتها**-منشورات حلبيي الحقوقية، 2006، لبنان، ص12.

وفي المقابل هناك من عرفها على أنها: "اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيفة لرؤوس الأموال ومستثمر أجنبي خاص، يلتزم بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني مقابل اعتراف الدولة له بضمانات ومزايا وحقوق معينة" .[1]

فالغرض من إبرام عقود الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من جهة وحصول المستثمر الأجنبي على الربح من جهة أخرى.

كما عرفها البعض الآخر بأنها: "عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتحتوي على نصوص تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وا إخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادة منفردة"[2].

فعقود الاستثمار تحتوي على بنود تعتبر بمثابة تعهدات تلتزم بها الدولة المضيفة، و من هذه البنود نذكر شرط إعادة التفاوض وشرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم وغيرها، والتي سنتناولها بالتفصيل في الفصول اللاحقة.

ومن خلال التعريفات المُقدمة يمكن أن نُرجح التعريف الآتي:

عقود الاستثمار هي طائفة من العقود التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، ويلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستعمالها في مشروعات على أرض الواقع وذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار والربح للمستثمر الأجنبي[3]، وتتعهد الدولة بموجبها بمنح ضمانات وامتيازات للمستثمر الأجنبي.

---

(1)بودالي منية، بوحار ة لامية، **(عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية ، تاريخ المناقشة:2017/06/17،ص 2.

(2) إبراهيم محمد القعود، "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون جامعة الزاوية،العدد السابع، السنة: الثانية، ليبيا، ديسمبر 2015 ص288.

(3) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص485.

ثالثا- خصائص عقود الاستثمار:

عَرَفْنا من خلال ما سبق أن عقود الاستثمار تبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي وذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة وحصول المستثمر على عائد.

بيد أن هذه العقود لها خصائص تميزها عن باقي العقود الأخرى، وذلك لأنها تضم أطراف يختلفون في المراكز القانونية، الدولة كشخص عام والمستثمر الأجنبي كشخص خاص هذا الاختلاف ينعكس بدوره على الأهداف المسطرة لكلا الطرفين، كما تتميز هذه العقود بطول لأجل مما يصاحبها تغيرات قد تؤثر على العلاقة العقدية، كما تعتبر عقود الاستثمار من العقود الدولية، وعليه فإن عقود الاستثمار لها خصائص عديدة منها:

1-اختلاف أطراف عقود الاستثمار من حيث المراكز القانونية:

تبرم عقود الاستثمار بين الدولة من جهة كشخص عام تتمتع بسلطات وامتيازات ممنوحة لها في إطار القانون الداخلي أوفي إطار القانون الدولي، وبين المستثمر الأجنبي كشخص خاص لا يتمتع برغم قوته الاقتصادية والفنية بأي سيادة أو ميزة[1].

2-اختلاف أطراف العلاقة التعاقدية من حيث الأهداف:

سبق وأن أشرنا إلى أن عقود الاستثمار تضم طرفين يحكم كل منهم نظام قانوني مختلف عن الآخر، هذا الاختلاف سينعكس على طبيعة الأهداف لكلا الطرفين، فالدولة المستقطبة لرؤوس الأموال أهدافها عامة يتمثل أساسا في تحقيق التنمية الاقتصادية، بينما المستثمر أهدافه خاصة والمتمثلة في تحقيق عوائد ربحية.

3-تُوْصَف عقود الاستثمار بأنها عقود طويلة الأجل:

يترتب عن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي انتقال قيم اقتصادية إلى إقليم الدولة المضيفة من أجل تجسيدها في مشاريع استثمارية، لكن هذه الأخيرة يستغرق تنفيذها مدة طويلة فقد يصاحبها عدة تغيرات في الأوضاع السياسية والاقتصادية والقانونية مما يؤثر على العلاقة التعاقدية بين الطرفين.

(1) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية،2011، لبنان،ص18.

4- تعتبر عقود الاستثمار من العقود الدولية:

يطلق على عقود الاستثمار وصف العقود الدولية استنادا إلى معيارين أساسيين وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، حيث تعتبر عقود دولية إذا كانت تتضمن على عنصر أجنبي في العقد وذلك لأن عقود الاستثمار تبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي (المعيار القانوني) ويترتب عن هذا العقد انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود الدولية (المعيار الاقتصادي).[1]

الفرع الثاني: أطراف عقود الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار كباقي العقود الأخرى على تلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني، بيد أن هذه العقود تتميز بطبيعة خاصة وذلك لأنها تضم طرفين مختلفين من حيث المراكز القانونية، الدولة من جهة باعتبارها صاحبة السيادة وشخص من أشخاص القانون العام والمستثمر الأجنبي كشخص من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى.

هذا الاختلاف يثير العديد من التساؤلات: فبالنسبة للدولة هل يشترط أن تقوم بإبرام العقد بشكل مباشر عن طريق الحكومة أم يمكنها القيام بذلك بشكل غير مباشر عن طريق المؤسسات أو الهيئات التابعة لها ؟

وأما المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة هل يشترط فيه أن يكون شخصا معنويا أم يمكن أن يكون شخصا طبيعيا، وما هو المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر المتعاقد؟

أولا-الدولة كطرف في العقد:

تقوم الدولة باعتبارها شخص معنوي عام بإبرام العديد من عقود الاستثمار مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب، بحسب ما تقتضيه خطط التنمية، وتتخذ طريقة إبرام الدولة لعقود الاستثمار صورتين: الصورة الأولى تتمثل في إبرام عقود الاستثمار بطريقة مباشرة عن طريق من يمثلها (رئيس الدولة، الوزير الأول، أحد الوزراء). [2]

أما الصورة الثانية فتكون عن طريق إحدى الهيئات أو المؤسسات العمومية التابعة لها وبهذا الصدد نصت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق،ص86.

(2) المرجع نفسه، ص15.

المادة 25 فقرة الأولى على أنه: (يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحدالاستثمار ات دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز). [1]

من خلال استقرائنا لهذه المادة نستخلص أن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يشمل المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تكون الدولة طرفا فيها، وأيضا المنازعات التي تكون إحدى أطرافها هيئة عمومية أو جهاز تابع للدولة، وهذا ما يدل على أن عقود الاستثمار يمكن أن تبرمها الدولة بنفسها أو عن طريق إحدى الهيئات أو المؤسسات التابعة لها.

ثانيا-المستثمر الأجنبي كطرف في العقد:

الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية هو المستثمر الأجنبي الذي يقوم بنقل قيم اقتصادية إلى إقليم الدولة المضيفة بهدف تحقيق عوائد ربحية ، فالمستثمر الأجنبي الخاص يكون إما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، لذلك أردنا معرفة المعيار الذي يعتد به لتحديد الصفة الأجنبية للمستثمر كشخص طبيعي،و أيضا تحديد الصفة الأجنبية للمستثمر كشخص معنوي.

1-الشخص الطبيعي الأجنبي:

يمكن أن يكون المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار شخصا طبيعيا، وهذا لا يؤثر على طبيعة العقد، حيث نصت اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في المادة 25على أنه: (يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين الدولة المتعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى...).

وبَ ينت هذه المادة المقصود بأحد رعايا الدول الأخرى، وذلك في فقرتها الثانية بحيث جاء فيها ما يلي: (يقصد بعبارة أحد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى ما يلي: كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف على الدولة الطرف في النزاع....).[2]

---

(1) المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 30أكتوبر 1995 المصادق في الجزائر على اتفاقية واشنطن لـ18 مارس 1965 **الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، 05 نوفمبر ،1995 الجريدة الرسمية عدد 66.

(2) المادة 25 من نفس الاتفاقية.

من خلال هذه المادة يتضح أن المستثمر الأجنبي الخاص المتعاقد مع الدولة يمكن أن يكون شخصا طبيعيا، لكن التساؤل الذي يطرح: ما هو الضابط الذي يمكن من خلاله اعتبار الشخص الطبيعي أجنبيا بالنسبة للدولة المتعاقدة ؟

إن المعيار المحدد في التفرقة بين المستثمر كشخص طبيعي أجنبي وبين المستثمر كشخص طبيعي وطني هو الجنسية[1]، والجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية الذي ينتمي بمقتضاها الشخص لدولة معين، ويكفي لمعرفة الأجنبي في أي دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يحدد الوطني حتى يمكن تحديد الأجنبي، وتكتفي التشريعات المنظمة للجنسية في مختلف الدول بتحديد من هو الوطني دون أن تهتم بتحديد من هو الأجنبي، فالوطني هو كل من يتمتع بجنسية الدولة والأجنبي هو من لا يتمتع بها.[2]

وعليه فإن المستثمر كشخص طبيعي يعتبر أجنبي إذا كان يحمل جنسية دولة أخرى خلاف الدولة المتعاقد معها.

بيد أنه يثور إشكال إذا كان هذا المستثمر يحمل أكثر من جنسية، وقد تكون إحدى الجنسيات التي يحملها هي جنسية الدولة المتعاقدة، ففي هذه الحالة هل يعتبر أجنبيا بالنسبة لهذه الدولة؟

لقد فصلت اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار ات في هذا الإشكال وذلك ما جاء في المادة 2/25 منها:(ويقصد بعبارة "أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى" ما يلي: كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم عل طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب....مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع).[3]

(1) عيبوط محند وعلي، **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة ، 2012، الجزائر، ص138.

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص(25،26).

(3) المادة25 الفقرة 2 من اتفاقية واشنطن، السابقة الذكر.

من خلال هذه المادة نستنتج أنه إذا كان المستثمر كشخص طبيعي يحمل أكثر من جنسية فوجب أن نعتد بالجنسية التي يحملها وقت إبرام عقد الاستثمار، وعليه يكون المستثمر أجنبيا إذا كان يحمل جنسية دولة أخرى خلاف الدولة المتعاقد معها وقت إبرام العقد.

2-الشخص المعنوي الأجنبي: كما يمكن للمستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار أن يكون شخصا معنويا، بحيث يتجسد في شكل شركة وهذه الشركة الأجنبية المتواجدة على الدولة المضيفة تكون في صورة شراكة أوفي صورة شركة متعددة الجنسيات[1]

ويمكن تحديد صفة الشخص المعنوي الأجنبي المتعاقد مع الدولة المضيفة من خلال ضابط الجنسية الذي نصت عليه اتفاقية واشنطن في المادة 25 فقرة 2 (كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع).

لذلك فإن الشركة الأجنبية هي كل شركة تتمتع بجنسية دولة أخرى خلاف الدولة الطرف في العقد، ويتم تحديد جنسية الشخص المعنوي استنادا إلى أربعة معايير وهي:

أ- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

يستند هذا المعيار في تحديد جنسية الشخص المعنوي المتجسد في صورة شركة إلى جنسية الأعضاء أو الشركاء المكونين لهذه الشركة، فتكون جنسية هذا الشخص المعنوي هي جنسية الدولة التي ينتمي إليها أغلب الأعضاء أو الشركاء إذا كانون مختلفي الجنسية.[2]

لكن يعاب على هذا المعيار كونه أنكر استقلالية الشخصية القانونية التي يتميز بها الشخص المعنوي، وأنه عديم الجدوى خاصة مع الشركات التي لا تقوم على الاعتبار الشخصي كشركات المساهمة[3]

ب- معيار التأسيس:

طبقا لهذا المعيار فإن تحديد جنسية الشخص المعنوي يرجع إلى جنسية الدولة التي تأسس فيها كشركة فقانون هذه الدولة هو الذي يمنحها الشخصية القانونية، ويتميز هذا المعيار

---

(1) علاوة الصادق، **(القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015 ، ص12.

(2) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص35.

(3) علاوة الصادق، المرجع السابق، ص13.

بطابع الثبات والاستقرار كون مكان التأسيس معيار مادي محدد من السهل معرفته، لكن ما يأخذ عليه هو أن تحديد جنسية الشركة تترك للمؤسسين إذ يمكن أن يختاروا مكان التأسيس وفق مصالحهم الشخصية.[1]

ج- معيار مركز الاستغلال:

بمقتضى هذا المعيار فإن الشركة تحمل جنسية الدولة التي تمارس فيها نشاطها الرئيسي باعتباره المكان الأكثر أهمية من الناحية الاقتصادية، فهذا المعيار يعبر عن الارتباط الفعلي بين الشخص المعنوي والدولة التي يحمل جنسيتها، وهو ما يقلل من فرص الغش والتحايل نحو القانون.

لكن هذا المعيار يثير العديد من الإشكالات خاصة إذا كان للشركة عدة مراكز استغلال تتساوى فيها الأنشطة من حيث الأهمية، بحيث يصعب تحديد الدولة التي يمكن اعتبار نشاط الشركة فيها رئيسيا.[2]

د- معيار مركز الإدارة الرئيسي:

يعتمد هذا المعيار في تحديد جنسية الشركة على مركز الإدارة الرئيسي للشركة التي تكون لها فروع في دول أخرى أي شركة متعددة الجنسيات، والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي هو مقر المركزي للشركة الذي تتواجد فيه أهم الأجهزة للشخص المعنوي، كمجلس الإدارة والجمعية العامة، والإدارة المالية وغيرها... .[3]

هـ- معيار الرقابة:

على أساس هذا المعيار، تعتبر الشركة أجنبية إذا كانت خاضعة لرقابة وسيطرة أجنبية، سواء من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث تمتع المسيطرين بجنسية دولة أجنبية، حتى ولو كان مركز الإدارة الرئيسي أو مركز الاستغلال أو مكان التأسيس في إقليم الدولة المتعاقدة.[4]

---

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق ص30.

(2) عدلي محمد عبد الكريم، **(النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة تلمسان- السنة الجامعية 2011/2010، ص ص، (100،101).

(3) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص31.

(4) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص105.

المطلب الثاني: نماذج عقود الاستثمار

مما لا شك فيه أن عقود الاستثمار لها أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية خاصة مع امتلاك الدول المتقدمة للتكنولوجيا والخبرة والأيدي العاملة المؤهلة، وحاجة الدول النامية لهذه المؤهلات، في ظل هذا الوضع ظهرت أنواع عديدة لعقود الاستثمار منها العقود المتعلقة بالثروات الطبيعية كعقود البترول، و العقودمتعلق بالجانب الصناعي و العقود التي تتعلق بالبنية التحتية وهي عقود الأشغال العامة الدولية.

الفرع الأول:عقود البترول

يعتبر البترول بين أهم الثروات التي تعتمد عليها جميع الدول في العالم، سواء من الدول المنتجة له وهي في الغالب تنتمي إلى الدول النامية أو من الدول المصنعة له والتي تنتمي إلى الدول الصناعية المتقدمة، فبالنسبة للدول المنتجة له يعتبر المصدر الرئيسي للدخل القومي فهي تعتمد على عوائد البترول لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، أما بالنسبة للدول المستهلكة له فتعتمد عليه في تقدمها الصناعي والتكنولوجي.

ويتطلب لاستغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها وبين شركة أجنبية مؤهلة ومتخصصة في هذا المجال.[1]

وقد أخذت عقود البترول عدة أشكال من عقود الامتياز إلى عقود المشاركة والمقاول.

أولا- عقود الامتياز:

تعتبر عقود الامتياز النموذج التقليدي لعقود البترول، حيث ظهر هذا النوع في أواخر القرن التاسع عشر، فعقود الامتياز تعني ذلك التصرف التي تمنح الدولة بموجبه للطرف الأجنبي الحق المطلق في البحث والتنقيب عن الموارد البترولية واستغلالها والتصرف فيها خلال فترة زمنية، مقابل حصول الدولة على حصص مالية معينة.[2]

وقد صاحبت الظروف التي أبرمت فيها عقود الاستثمار عدة عوامل أثرت على العلاقة التعاقدية، وهذا راجع لعدم دراية الدول المنتجة للبترول بأهمية هذه الثروة، وأيضا افتقارها

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص49.

(2) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ص، (37،38).

للتكنولوجي والخبرة الفنية والعمالة المؤهلة، بالإضافة إلى الأوضاع السياسية التي كانت تعيشها، هذا ما جعل الشركات الأجنبية تتعسف وتضر بمصلحة وحقوق الدولة صاحبة الثروة، لكن بعد تحسن الظروف السياسية والاقتصادية للدول المنتجة بدأت تدرك أهمية الثروات التي تمتلكها، وبالتالي اتجهت لتعديل عقودها على نحو يحقق مصالح كلا الطرفين.[1]

ثانيا - عقود المشاركة والمقاولة:

نتيجة لاختلال التوازن في العلاقة التعاقدية الذي كان يصب في مصلحة الطرف الأجنبي ويضر بالدولة صاحبة الثروة الذي كان سائدا في عقود الامتياز، أدى بالدولة لمراجعة عقودها فاتجهت إلى أشكال جديدة من عقود البترول تتمثل أساسا في عقود المشاركة والمقاولة.

1 - عقود المشاركة:

تعتبر عقود المشاركة نموذجا آخر من نماذج عقود البترول يتمثل هذا النوع من العقود في اشتراك الدولة صاحبة الثروة بجزء من رأسمال الشركة الأجنبية التي تقوم باستغلال البترول، بحيث تصبح الدولة مساهمة في هذه الشركة، ويمنح لها سلطة الرقابة وا إدارة المؤسسة.[2] وفي هذا النوع من العقود تتحمل فيه الشركة الأجنبية مسؤولية الكشف عن البترول، ففي حالة عدم اكتشافها للبترول فإن الخسارة تقع على الشركة الأجنبية فقط، أما إذا تم الكشف عن البترول فالدولة تحصل على نصيبها من الإنتاج تبعا لمساهمتها[3].

2 - عقود المقاولة:

يعرف عقد المقاولة من الناحية القانونية على أنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عمل مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر" [4]

---

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص52

(2) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**،المرجع السابق، ص59

(3) قصوري رفيقة، عيواج طالب، "**النظام القانوني لعقود الاستثمار**"، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم السياسية العدد الخامس، جامعة عباس لغرور، خنشلة ، 2016، ص198.

(4) الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44 المؤرخة سنة في 26 جوان 2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية رقم31 المؤرخة 13 ماي 2007.

بيد أن المقاولة التي ظهرت في عقود الاستثمار تختلف عن المقاولة التقليدية المعروفة في القانون المدني، بحيث تستعين الدولة أو الشركة المشرفة على البترول بمقاول أجنبي يتولى مسؤولية الكشف عن النفط وا ٍعداده للإنتاج ثم إنتاجه بالفعل ويتحمل كافة المصاريف والمخاطر التي تصاحب هذه العمليات منذ بداية المشروع إلى أن يصبح موردا للدخل، وذلك مقابل حصوله على نصيب من الإنتاج أو الأرباح.[1]

الفرع الثاني:عقود التعاون الصناعي

صاَحَ ب التطور الهائل الذي يشهده العالم في المجال الصناعي والتكنولوجي نتيجة ما توصلت إليه الدول الصناعية الكبرى، ظهور أشكال جديدة من عقود الاستثمار تتمثل أساسا في عقود التعاون الاقتصادي التي تتخذ أشكالا عديدة أبرزها:

أولا- عقود نقل التكنولوجيا:

أدركت الدول على كافة أشكالها قيمة التكنولوجيا وما يمكن أن تقدمه في دعم التنمية الاقتصادية للشعوب، فقد أضحت التكنولوجيا المحرك الرئيسي لتحقيق التغيير في الهيكل الاقتصادي والتحول من مجتمع استهلاكي إلى مجتمع مـُنتِج، ومن هنا حرصت الدول النامية على استيراد التكنولوجيا من البلدان الصناعية ونقل التكنولوجيا إليها عن طريق إبرام عقود تتعلق بهذا المجال، ومنه فإن عقد نقل التكنولوجيا يعني: " ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه مـُورِدْ التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مـُستورِد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيبها أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات".[2]

ويجب الإشارة إلى أن محل العقد يقتصر فقط على مجرد نقل المعرفة الفنية وهي الصورة البسيطة من صور عقود نقل التكنولوجيا.

ثانيا- عقود المساعدة الفنية:

ظهرت أنواع أخرى من عقود التعاون الصناعي والمتمثلة في عقود المساعدة الفنية فعقد المساعدة الفنية يعني ذلك الاتفاق الذي يلتزم بموجبه مورد التكنولوجيا إضافة إلى نقل المعرفة

---

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص54.

(2) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص ص،(63-65).

الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية إلى مستورد التكنولوجيا، لتشغيل الأجهزة والآلات المستعملة في الإنتاج وتزويد الشركة الوطنيةبعمال مؤ هلين، أو تدريب الأيدي العاملة الوطنية.[1]

ثالثا - عقود تسليم المفتاح في اليد:

يعتبر عقد المفتاح في اليد من العقود الدولية المعتمدة في المجال الصناعيويُقصد بعقد تسليم المفتاح في اليد " ذلك الاتفاق الذي يلتزم فيه المستثمر الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد والأجهزة اللازمة لعملية التشييد، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية وتسليمها جاهزة للتشغيل إلى الدولة المتعاقدة".[2]

وبهذا تنتهي التزامات الطرف الأجنبي بمجرد تشييد المصنع وتركيب الآلات والأجهزة وتجربتها، لذلك أضحت عقود تسليم المفتاح في اليد تحتل مكانا بارزا في مجال التصنيع، حيث تعتبر النموذج الأمثل لنقل التكنولوجيا وتنفيذ خطط التنمية.

رابعا - عقود تسليم المنتج في اليد:

يتضمن عقد تسليم المنتج في اليد التزام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بتشغيل المنشأة أو المصنع وقيادته فنيا وتقنيا خلال مدة متفق عليها، بشرط أن تصبح العمالة المحلية على درجة من الدراية الكافية التي تمكنها من استيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة واستخدامها حتى الإنتاج النهائي.[3]

الفرع الثالث:عقود الأشغال العامة الدولية:

نتَجَ عن التقدم الصناعي الذي تعيشه دول العالم ضرورة إنشاء بنية تحتية كالطرق الكبرى والمطارات والسدود والجسور ومحطات للكهرباء وغيرها، ولما كانت المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية تحتاج إلى تكاليف غالية وتقنيات ومؤهلات عديدة، فإن الدول المفتقرة لهذه المؤهلات لجأت إلى طريقة إبرام عقود مع شركات أجنبية عملاقة متخصصة في مجال البنية التحتية.[4]

---

(1) عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص42.

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص59.

(3) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص67.

(4) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص61.

ومنه فإن عقد الأشغال العامة الدولي هو" ذلك الاتفاق الذي يتم بين الدولة والمقاول الأجنبي الذي يتعهد بإنجاز أشغال على إقليم الدولة المتعاقدة، مقابل أجر تتعهد به وذلك وفقا لقواعد خاصة".[1]

ومن خلال التعريف السابق يتبين أن عقد الأشغال العامة الدولي لابد أن تتوافر فيه شروط معينة وهي:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار
- أن يكون الغرض من إنجاز الأشغال هو تحقيق المصلحة العامة
- يجب أن يقوم بتنفيذ الأشغال مقاول أجنبي لحساب شخص معنوي عام وهو الدولة
- أن يكون عقد الأشغال العامة ذو طابع دولي.[2]

(1) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص46.

(2) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق،ص69.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعيار دوليتها

عرفنا فيما سبق أن جوهر عقود الاستثمار على اختلاف أنواعها يتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة عن طريق قيام المستثمرين الأجانب بنقل القيم الاقتصادية إليها عبر الحدود لإقامة المشروعات التي تحتاجها خططها التنموية، ولاكتشاف خصوصية هذه العقود أكثر يتوجب علينا البحث عن الطبيعة القانونية لهذه العقود من خلال إبراز الاتجاهين السائدين وهما الرأي القائل بأن عقود الاستثمار عقود إدارية والرأي الآخر الذي يتمسك بأن عقود الاستثمار عقود تابعة للقانون الخاص، إضافة إلى ذلك فإن عقود الاستثمار تتجاوز النطاق الوطني، هذا ما يدفعنا أيضا للبحث عن معايير التي أضفت على عقود الاستثمار الصفة الدولية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار

لقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار حيث أن جانب منه يرى بأن عقود الاستثمار عقودا إدارية تخضع للقانون الإداري، بينما جانب آخر يرى أن عقود الاستثمار عقود خاصة تدخل في نطاق القانون الخاص وبالتالي تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص.

أولا- عقود الاستثمار عقود إدارية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع المستثمر الأجنبي هي عقود إدارية.

فالعقد الإداري هو "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتضمن العقد شروطا استثنائيا وغير مألوفة في القانون الخاص ويخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".[1]

من خلال هذا التعريف نستنتج أن العقد الإداري يتم إبرامه من طرف شخص معنوي عام وهي الدولة أو أحد الهيئات والمؤسسات الإدارية التابعة لها، وأن الغرض من إبرام العقد هو تسيير المرفق العام، ويطبق عليه قواعد وأحكام القانون العام ، ويتضمن شروط غير مألوفة في

(1) عمار عوابدي، **القانون الإداري، النشاط الإداري**-الجزء الثاني- ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، الجزائر،ص194.

القانون الخاص وهي سلطة الرقابة والإشراف، سلطة التعديل في دفتر الشروط، الفسخ الانفرادي من جانب واحد، وسلطة توقيع الجزاءات.

وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يستندون في دعم رأيهم إلى الحجج التـالية:

1-أن عقود الاستثماروا ٍن كان مظهرها الخارجي يهدف إلى تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أن من وجهة نظر الدولة المضيفة تهدف إلى تسيير مرفق عام حيوي.

2-أن أحد أطراف عقد الاستثمار هو شخص عام والمتمثل في الدولة أو الأجهزة والهيئات التابعة لها والقائمة على المشروعالاستثمار ي، في حين أن المستثمر الأجنبي يعتبر من أشخاص القانون الخاص وهو الطرف الثاني في العقد.

3-احتواء العقد على الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص.[1]

من خلال عرضنا لهذه الحجج يتبين أن أنصار هذا الرأي قد بالغو في إضفاء الصفة الإدارية على عقد الاستثمار، فقد أثبت الواقع العملي عدم توفر الشروط الأساسية للعقود الإدارية في عقود الاستثمار، وذلك أن هذه الأخيرة تبرم بين الدولة المستثمر والأجنبي، تتنازل الدولة بموجبها عن بعض سلطاتها وامتيازاتها لصالح المستثمر الأجنبي وذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية.[2]

ثانيا-عقود الاستثمار عقود خاصة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع مستثمر أجنبي هي عقود خاصة تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص، ويستندون في تبرير رأيهم إلى الحجج التاليـــة:

1-وجود قدر كبير من المرونة في عقد الاستثمار، لكي تستطيع الدولة المستقطبة الاستثمار التوفيق بين مصالحها ومصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما لا نجده في العقد الإداري.

2-هناك العديد من عقود الاستثمارلا تكون الدولة طرفا فيها، وا ٍنما تكون جهة إدارية معينة ومع ذلك لا يكون عقدا إداريا متى تصرفت الإدارة كشخص عادي لا شخص عام.

---

(1) عالية يونس الدباغ، وسن مقداد،"**عقد الاستثمار**"،مقال منشور صادر عن مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ،المجلد رقم 16، العدد 2، كلية القانون، جامعة الموصل، ،2009، العراق، ص367.

(2) علاوة الصادق، المرجع السابق، ص31.

3-كما يرى أصحاب هذا الرأي بأن الشروط الاستثنائية الموجودة في قانون الاستثمار إنما هي مقررة لمصلحة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة وليس العكس.

4-إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للمتعاقد وهو الطرف الأجنبي شأنها في ذلك شأن الشخص العادي كي تحقق أهدافها وتكسب علاقات اقتصادية كبيرة في الخارج.[1]

من خلال عرضنا للآراء السابقة نخلص إلى أن عقود الاستثمار تتميز بطبيعة خاصة وذلك راجع لطبيعة أطرافها وارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، الأمر الذي يستوجب الاعتراف لهذه العقود ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها، بصرف النظر عما إذا كان يتوافر في عقد الاستثمار عناصر العقد الإداري من عدمه، فالطبيعة الخاصة لهذه العقود كما نعتقد لا ترجع إلى كونها عقود إدارية أو عقود خاصة إنما تستمد هذه الخصوصية موضوعها وارتباطها بخطط التنمية قي الدولة المضيفة، حيث أن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.

الفرع الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار

يعتبر العقد توافق إرادتين من أجل إنشاء التزامات متعددة قد تتم داخل أنظمة قانونية داخلية لدولة معينة، وقد تتم عبر دول مختلفة لديها أكثر من نظام قانوني،وا ٍذا أقدمت الدولة على إبرام عقد الاستثمار مع المستثمر الأجنبي في مجال معين، فإنه يترتب على هذا العقد انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود الدولية حسب الهدف المراد منه، يدل هذا على أن العقد لم يقتصر على النطاق الوطني بل تجاوزه ليصبح عقدا دوليا، وهذا ما يدفعنا للبحث عن المعيار الذي يعتد به لإسباغ الصفة الدولية على عقد الاستثمار.

أولا-المعيار القانوني:

يقوم المعيار القانوني في تحديد دولية العقد على فكرة مفادها أن العقد يعتبر دوليا بمجرد تطرق الصفة الأجنبية في أي عنصر من العناصر العلاقة العقدية، لكن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا حول أهمية العناصر الفاعلة في الرابطة العقدية ودورها في إلحاق الصفة الدولية للعقد،

(1) عالية يونس الدباغ، وسن مقداد، المرجع السابق، ص،(367،368).

وهذا ما أدى إلى ظهور صورتين للمعيار القانوني وهما المعيار القانوني التقليدي والمعيار القانوني الحديث وذلك على النحو التالي:

1-المعيار القانوني التقليدي:

يذهب أنصار هذا المعيار على التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، بحيث يكتسب العقد الطابع الدولي بمجرد دخول صفة أجنبية في عنصر من عناصر الرابطة العقدية، كأن تكون جنسيات أطراف العقد مختلفة أو يكون مكان إبرام العقد مختلف عن دولة القاضي الذي يطرح له النزاع أو مكان التنفيذ غير هذه الدولة.[1]

ولقد تعرض هذا المعيار لانتقادات عديدة خاصة وأنه يتصف بالجمود، فهو يعتبر العقد دولي بمجرد تطرق الصفة الأجنبي فيه دون النظر في أهمية ذلك العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة، وهذا ما أدى إلى ظهور معيار آخر حديث.[2]

2-المعيار القانوني الحديث:

على خلاف المعيار القانوني التقليدي فإن أنصار هذا الاتجاه يفرقون بخصوص العناصر القانونية التي تتطرق إلى الصفة الأجنبية للعقد، بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة والمؤثرة في العلاقة التعاقدية، فلا يعتبر العقد دوليا بمجرد احتوائه على الصفة الأجنبية في أحد عناصر الرابطة العقدية سواء ما تعلق بالجانب الشخصي كجنسية الأطرف،أو بالجانب الموضوعي كمكان الإبرام أو مكان التنفيذ...،وإنما يجب أن تكون هذه الصفة الأجنبية فاعلة ومؤثرة من الناحية القانونية، وبناءا على هذا الرأي فإن عقد البيع الذي يبرم بين وطنيين يقيم أحدهما في الخارج يعد عقدا دوليا كأصل عام، حيث أن تسليم الشيء المبيع سيتم في دولة غير الدولة التي سيؤدى فيها الثمن لأن الطرفين يختلفان في محل الإقامة.[3]

(1) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص61.

(2) بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**،المرجع السابق، ص80.

(3) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص ص،(62،63).

ثانيا-المعيار الاقتصادي

يَنظُر هذا المعيار للعقد من الناحية الاقتصادية فهو يعتبر عقد الاستثمار دوليا إذا تعلق بشؤون التجار ة الدولية، ويتخذ هذا المعيار صورتين الصورة الأولى تتمثل في معيار المد والجزر بينما الصورة الثانية تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

1-معيار المد والجزر:

يُعتبر العقد دوليا بموجب هذا المعيار إذا كان يحتوي على حركة مد وجزر أي ذهاب وإياب لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر، بمعنى أن ينشئ العقد عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود.[1]

ورغم حيوية هذا المعيار إلا أنه لم يعد قادرا على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية ولم يراع طرق الوفاء المتعددة، فليس كل ذهاب للبضائع يقابلها إياب متمثل في مبلغ الوفاء وقد يتم الوفاء بطرق أخرى، وهذا ما أدى إلى تطوير المعيار الاقتصادي إلى شكل آخر.

2-معيار مصالح التجارة الدولية:

بمقتضى هذا المعيار يمكن أن نطلق على عقد الاستثمار وصف العقد الدولي، إذا اتصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة للأموال والخدمات عبر الحدود حتى ولو كان في اتجاه واحد، دون انتظار رجوع تلك القيمة الاقتصادية للأموال والخدمات.

وقد ظهر هذا المعيار في مسألة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، حيث حدثت قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية تتمحور حول صلاحية شرط التحكيم في "عقد بيع القمح" وفقا لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تحتوي على شرط التحكيم، حيث تم العقد بين فرنسيين وقد أبرم العقد في فرنسا ومكان التنفيذ كان مزمع أن يتم تنفيذه في فرنسا أيضا، فأقرت محكمة النقض الفرنسية بصحة شرط التحكيم واعتبرته دوليا، وبهذا أخذت بمعيار مصالح التجارة الدولية في تحديد دولية التحكيم. [2]

ونجد أيضا المشرع الجزائري قد أخذ بمعيار مصالح التجارة الدولية في تحديد دولية التحكيم، حيث نصت المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:(يعد

---

(1) عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص65.

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص ص، (82،83).

التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل).[1]

ثالثا - المعيار الاقتصادي القانوني(المعيار المختلط):

يوفق هذا المعيار في تحديد الصفة الدولية للعقد بين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي بحيث لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الربطة العقدية (المعيار القانوني)، بل لابد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

بعد عرضنا للمعايير التي تم اقتراحها من قبل الفقه والقضاء المقارن لدولية العلاقة القانونية بصفة عامة، وبَ يّنا تطور هذه المعايير من المعيار القانوني إلى المعيار الاقتصادي ثم إلى المعيار المختلط الذي يجمع بين المعايير السابقين، فإنه لابد من بيان مدى توافر أي من هذه المعايير في عقود الاستثمار للقول بدوليتها.

فبالرغم من تطرق الصفة الأجنبية إلى هذه العقود من خلال أطرافها كونها تبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي وهو ما يعني توافر المعيار القانوني فيها، إلا أننا لا نحبذ انفراد المعيار القانوني في تقرير دولية هذه العقود، وعلى الرغم من كون انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود يعتبر عنصرا جوهريا في عقود الاستثمار، إلا أننا لا نميل أيضا إلى تقرير انفراد المعيار الاقتصادي في إضفاء الصفة الدولية على هذه العقود.[2]

وبناءا عليه فإننا نميل إلى تفضيل المعيار القانوني الاقتصادي كأساس لإسباغ الصفة الدولية على عقود الاستثمار.

---

(1) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص86.

الفصل الأول

الضمانات الموضوعية المقررة عن عقود الاستثمار

في إطار تنفيذ السياسة الاستثمارية تقوم الدولة بإبرام العديد من العقود مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خطط التنمية، ويتوقف انتقال الرأسمال الأجنبي عبر الحدود الدولية حسب المناخ الاستثماري السائد في الدولة المضيفة الذي يتضمن مجموع الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية إضافة إلى سياسية المشرع اتجاه العملية الاستثمارية التي تهدف إلى توفير مجموعة من الضمانات، ومن أهم هذه الضمانات نجد الضمانات العقدية وهي عبارة عن بنود يتفق عليها الأطراف وتدرج في عقود الاستثمار

وبموجبها أصبح ضروري بالنسبة للطرف الأجنبي القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه بعديد من الضمانات القانونية بهدف حماية حقوقه ومصالحه.

وعليه ستتمحور دراستنا في هذا الفصل حول الضمانات الموضوعية المقررة عن عقود الاستثمار.

سنتناول في المبحث الأول ضمان الحد من سلطات الدولة في المساس بالعقد، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه ضمان الحد من سلطات الدولة التشريعية.

المبحث الأول:ضمان الحد من سلطات الدولة في المساس بالعقد

يبرم عقد الاستثمار بين الدولة كشخص من أشخاص القانون العام و المستثمر الأجنبي كشخص خاص، ومركز الدولة في هذه العلاقة يجعلها تتمتع ببعض السلطات و 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.

ومن أجل تفادي الأخطار المختلفة الناتجة عن ممارسة الدولة لسلطاتها وصلاحياتها التشريعية وضمان الحماية اللازمة، يحاول المستثمر الأجنبي تأمين نفسه بمجموعة من الضمانات تهدف أساسا إلى الحد من سلطات الدولة في المساس بالعقد.

ومن بين هذه الضمانات التي يشترطها المستثمر الأجنبي في عقد الاستثمار، نجد شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة، وشرط إعادة التفاوض، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، وعليه ستتمحور دراستنا في هذا المبحث حول:

ضمان عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة (المطلب الأول)

ضمان شرط إعادة التفاوض (المطلب الثاني)

ضمان احترام الحقوق المكتسبة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ضمان عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة

أضحى شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة من أهم الضمانات التي يسعى المستثمر الأجنبي لإدراجها في عقد الاستثمار في مواجهة الدولة المتعاقدة من خطر التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد، ويتعين لدراسة هذه الضمانة، أن نبين أولا المقصود بمبدأ عدم تعديل شروط العقد بإدارة منفردة وا ٍبراز أهدافه (الفرع الأول)، ثم نقف عند الاختلافات الفقهية القائمة حول صلاحية الدولة في تعديل العقد بإرادة منفردة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تكريس مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة

يقتضي لتوضيح مبدأ عدم تعديل شروط العقد ضرورة تبيان المقصود منه وا ٍبراز أهم أهدافه.

أولا: المقصود بمبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة:

يعتبر مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة من القواعد العرفية الأساسية في القانون الدولي، يتم تضمينه كبند من بنود عقد الاستثمار ويطلق عليه "شرط الثبات" أو "عدم المساس بالعقد"(Clause d'intangibité).

ويعرف بعض الفقه شرط عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة على أنه: "شرط تتعهد بموجبه الدولة المضيفة بعدم إجراء تعديلات على العقد بصفة انفرادية مستخدمة في ذلك ما تتمتع به من امتيازات بوصفها سلطة تنفيذية أو باستخدامها لسلطة الإدارة".

في حين هناك من عرفه بأنه:" التزام الدولة بعدم تغيير أحكام العقد بدون موافقة الشريك الأجنبي".[1]

كما عرفه البعض على أنه:" اتفاق الأطراف على عدم جواز تعديل العقد بإرادة منفردة طوال مدة العقد إلا إذا تم ذلك بموافقة الطرفين".[2]

من خلال ما سبق نستنتج أن شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة هو عبارة عن شرط يرد في عقد الاستثمار تتعهد بموجبه الدولة بعدم المساس بالعقد سواء بتعديله أو نقضه أو إنهائه بصفة انفرادية مـ ُستغ ِلة في ذلك كل ما تتمتع به من امتيازات، وذلك طوال مدة العقد إلا إذا تم ذلك باتفاق الطرفين.

وبالتالي فإن هذا الشرط يشكل نوع من الحصانة يتمتع بها الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به من سلطات وامتيازات، وفي هذا الشرط تتعهد الدولة بعدم تعديل نصوص العقد، أو تغيير التزامات الأطراف بصفة انفرادية إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك.

---

(1) شوشو عاشور،**(الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر)**، مذكرة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -يوسف بن خدة- السنة الجامعية:2008/2007،ص ص،(81،82).

(2) جبايلي صبرينة،**"شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية"**، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 09،جامعة عباس لغرور،2018، خنشلة، ص264.

وبالنتيجة لذلك يترتب على العقود التي يدرج فيها هذا النوع من الشروط أن يمنع على الدولة اتخاذ أي موقف يكون نتيجته التأثير على العقد وعلى العلاقة التعاقدية.[1]

ثانيا: أهداف مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة:

يتمسك المستثمر الأجنبي بشرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة في مواجهة الدولة من خطر تعديل العقد أو إنهائه بإرادة منفردة، وعليه فإن تكريس هذا الشرط في عقود الاستثمار يحقق جملة من الأهداف ومن بينها:

- يشكل شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة نوعا من الحصانة للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة ضد ما تتمتع به من سلطات وامتيازات، ويهدف المستثمر من خلاله الحيلولة بين الدولة المضيفة للاستثمار وممارستها للأعمال ذات الطابع السيادي في تعديل العقد بإرادة منفردة.

- يوفر قدر كبير من الحماية باعتباره للمستثمر فهو يعتبر عنصرا مهما من عناصر الأمان التي تبحث عنه الشركات المتعاقدة، فهذه الشركات تتحصن ضد الإجراءات السيادية التي تقوم بها الدولة المضيفة.[2]

- يحافظ على استقرار وتوازن العلاقة التعاقدية بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي.

- له دور في الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي، بحيث تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند إحالة النزاع بشأن العقد إلى المحكمة أو إلى هيئة التحكيم حيث يمكن لهذا الشرط أن يمارس قوته القانونية من حيث كونه باعثا هاما في الوصول إلى حلول وسطية أو تسوية ودية. [3]

---

(1) شوشو عاشور، المرجع السابق، ص 82.

(2) محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد ،"**الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار**"، مجلة كلية الحقوق، العدد الثاني، المجلد:18، ، جامعة النهرين ،2016، العراق،ص46.

(3) جبايلي صبرينة، المرجع السابق،ص267.

الفرع الثاني: الاختلافات الفقهية حول صلاحية الدولة في تعديل العقد بإرادة منفردة

أضحى مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة من المسائل المختلف فيها في مجال عقود الاستثمار، خاصة مع وجود الدولة كطرف في العقد التي تستند إلى مبدأ السيادة ومقتضيات المصلحة العامة، وعلى هذا الأساس اختلف الفقه حول صلاحية الدولة في تعديل شروط العقد بإرادة منفردة .

وفي هذا الصدد ظهرت ثلاثة اتجاهات وهي كالآتي:

أولا-الرأي المؤيد لصلاحية الدولة في تعديل شروط العقد بإرادة منفردة:

أنصار هذا الاتجاه يقرون بصلاحية الدولة المضيفة للاستثمار في تعديل العقد بصفة انفرادية وذلك لوجود الدولة كطرف في عقد الاستثمار وارتباط هذا الوجود بالمصالح العليا للمجتمع، يجعل مسألة مراجعة العقد أو إلغائه أمرا مستساغا إذا كان ذلك يرمي لتحقيق المصلحة العامة، حيث يمكن للدولة إصدار تشريعات تقضي بتعديل العقود المبرمة بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها بغض النظر عن وجود شرط عدم المساس بالعقد لأن هذا الشرط لا يشكل قيدا على إرادة الدولة وسلطتها في تعديل العقد، كذلك فإن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي تستغرق مدة طويلة فقد تكون عرضة لعدة تغيرات في الأوضاع السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية مما يتطلب تدخل الدولة لإجراء تعديلات على العقد بما يتناسب مع هذه التغيرات.

لقد تعرض أصحاب هذا الرأي للنقد مفاده أن التصرف التي تقدم عليه الدولة بتعديل العقد دون موافقة الطرف الأجنبي قد يزعزع الثقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي ويؤثر بشكل كبير على استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية.[1]

أولا- الرأي الرافض لصلاحية الدولة في تعديل شروط العقد بإرادة منفردة:

وفي المقابل فإن أنصار هذا الاتجاه ينكر حق الدولة قي تعديل شروط العقد بإرادة منفردة، على أساس أن شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة المدرج في عقود الاستثمار صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية والمتمثلة في عدم جواز لجوء الدولة المتعاقدة إلى تعديل العقد أو

(1) جبايلي صبرينة، المرجع السابق،ص265.

إنهائه بصفة انفرادية، وبالتالي على الدولة المتعاقدة أن تحترم هذا الشرط، ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير رأيهم على أن هذا المبدأ مستمد من قاعدة أساسية في القانون التي تقوم على تقديس العقد وعدم المساس به وهي قاعدة " **العقد شريعة المتعاقدين**"

التي تقضي بعدم جواز تعديل العقد أو إنهائه إلا باتفاق الطرفين، وبالتالي فإنه يترتب على عقود الاستثمار التي تدرج فيها هذا النوع من الشروط أن يمنع على الدولة اتخاذ أي موقف يكون نتيجته التأثير على العقد أو العلاقة العقدية، فحق الدولة في تعديل العقد ليس له وجود في هذا النوع من الشروط.[1]

وهذا الاتجاه هو الآخر لم يسلم من النقد خاصة و أن فكرة اعتبار عقود الاستثمار من العقود التقليدية التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ قدسية العقد و بقائها جامدة وثابتة مع عدم إمكانية تعديلها أمر غير مبرر،وبالتالي يجب هجر مبدأ القوة الملزمة للعقود.[2]

ثالثا - التوفيق بين الآراء المتعارضة:

أمام الجدل الفقهي القائم حول مدى صلاحية الدولة المضيفة في المساس بالعقد، نادى جانب من الفقه بضرورة تعويض وظيفة شرط عدم تعديل العقد بإرادة منفردة ببدائل تتماشى و مصلحة كلا الطرفين:

مصلحة الدولة في تأكيد سيادتها على مواردها الاقتصادية وتوجيه هذه الموارد إلى الاستغلال الأفضل يخدم المصلحة العامة التي تبرر حق المساس بالتوازن العقدي من جهة، ومن جهة أخرى مصلحة الطرف الخاص الأجنبي الذي يستثمر أمواله الضخمة في ظل ثبات العقد عدم المساس به حتى لا ينهار التوازن المالي والاقتصادي للعقد الذي دفعه للتعاقد.

ومن هذه البدائل: شرط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد، أو شرط الجزائي الذي يقرر التعويض ضد الطر ف الذي أخل بالتزامه أو لم ينفذه.

حيث تسمح هذه الشروط بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه من جديد عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين.[3]

---

(1) شوشو عاشور، المرجع السابق، ص82.

(2) المرجع نفسه، ص91.

(3) جبايلي صبرينة، المرجع السابق،ص ص،(266،267).

المطلب الثاني: ضمان شرط إعادة التفاوض

إن ضخامة المشاريع التي تحتويها عقود الاستثمار كعقود الأشغال العامة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا، تجعل مسألة تنفيذها تحتاج إلى وقت طويل، ما يجعل عقود الاستثمار عرضة لبعض للظروف والمتغيرات التي تطرأ على العقد مما تؤدي إلى إخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين، خصوصا وأن إذا سلمنا بأن أحد أطراف العقد هو الدولة التي تتمتع بمركز سيادي يجعلها أقوى من المستثمر المتعاقد وبالتالي فإن هذا المركز السيادي يبيح للدولة باعتبارها حامية للمصلحة العامة أن تتخذ بعض الإجراءات من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، ومن هنا ظهرت أهمية إدراج شرط يعيد التوازن العقدي ألا وهو شرط إعادة التفاوض.[1]

ولغرض الإحاطة بشرط إعادة التفاوض سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول نتناول فيه تكريس شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار والفرع الثاني نتناول فيه الآثار المترتبة على شرط إعادة التفاوض.

الفرع الأول: تكريس شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار

لابد أن نبين شرط إعادة التفاوض كبند مقرر في عقد الاستثمار وذكر الشروط الواجب توافرها لإعماله.

أولا: المقصود بشرط إعادة التفاوض

إن شرط إعادة التفاوض ليس له مفهوم محدد مستمد من قانون معين لكن قد عرفه الفقه على أنه: " شرط يتم إدراجه من قبل أطراف العلاقة العقدية يتفقون بموجبه على إعادة التفاوض فيما بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة من شأنها أن تحدث إخلالا بالتوازن العقدي، وتصيب أحد المتعاقدين بضرر جسيم.[2]

---

(1) محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد، المرجع السابق، ص 51.

(2) أسيل باقر جاسم،"**النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض-دراسة في عقود التجارة الدولية**"،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العدد1،المجلد 3، ،جامعة بابل، 2011، العراق ص117.

كما عُرف أنه:" التزام الأطراف في حال تغير الظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض من جديد حول مصير عقدهم وذلك بهدف مراجعة العقد وخلق توازن تعاقدي جديد".[1]

وعليه فإن شرط إعادة التفاوض ليس له مفهوم محدد مستمد من تشريع معين، بل يعتمد في تحديد مفهومه وفي تطبيقه على ما اتفق عليه الأطراف في العقد.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نستنتج عدة أمور وهي:

- أن شرط إعادة التفاوض هو شرط اتفاقي إذ أن مضمونه يتوقف على ما اتفق عليه الأطراف في العقد، وهذه الخاصية تفرض على الأطراف التحديد الدقيق لمختلف عناصر الشرط حتى يتم إعماله دون حصول خلاف فيما بينهم،ليتم إعمال شر ط إعادة التفاوض يجب توافر شرطين: الأول: أن تحدث أمور استثنائية غير متوقعة وذلك لارتباط عقود الاستثمار بالتقلبات الاقتصادية، الثاني: أن يترتب عليها خلل في التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يجعل تنفيذ هذا الالتزام مرهقا.
- شرط إعادة التفاوض يختلف حسب نوع العقود والظروف أي أن مضمون الشرط ليس واحدا في كل العقود، بل إنه يتخذ صورا متعددة تبعا لرغبات أطراف العقد وطبيعة الظروف المرافقة لإبرام وتنفيذ العقد
- أن شرط إعادة التفاوض لم يخرج عن القواعد العامة في القانون المدني وهي قاعدة"العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، ومنه يلتزم أطراف العقد بإعادة التفاوض وفقا لمبدأ حسن النية الذي يتخذ صورا متعددة من بينها الالتزام بالتعاون والنزاهة والأمانة وا ٍعلام كل منهما للآخر عما لديه من بيانات وحقائق تتعلق بموضوع التفاوض[2].

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص303.

(2) حسين عيسى عبد الحسن، "**الضمانات العقدية للاستثمار -دراسة مقارنة**-"مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ، العدد:21،المجلد السابع، جامعة الكوفة، بابل، 2014،العراق ، ص ص،(184،185).

ولأهمية شرط إعادة التفاوض فقد نصت عليه المبادئ المتعلقة بالتجارة الدولية، وذلك ما تضمنته القواعد الموحدة لعقود التجارة الدولية (Unidroit) في المادة 06 الفقرة 02 على أنه:(في حال شرط الصعوبة تغير الظروف يكون للطرف المتضرر طلب فتح باب المفاوضات ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير و أن يكون مسببا).[1]

ثانيا-دور شرط إعادة التفاوض:

يهدف شرط إعادة التفاوض بشكل رئيسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد، حيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الأداءات العقدية، فوجود مثل هذا الشرط يقدم ميزتين: الميزة الأولى أنه يسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة النتائج الضارة التي سببها تغير الظروف، والميزة وثانية أنه يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه.[2]

وا ٍن إدراج شرط إعادة التفاوض يعني التزام كل من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الطرف في العقد بمبدأ حسن النية، ويكون من خلال إيجاد نوع من التعاون المشترك بين أطراف هذا العقد والالتزام بالأمانة ونزاهة طيلة فترة التفاوض مما يؤدي إلى نجاح العملية التفاوضية وبالتالي إعادة التوازن العقدي[3]، كما يجنب شرط إعادة التفاوض المنازعات التي من المحتمل أن تثيرها عقود الاستثمار وذلك من خلال إحداث ثبات في العقد دون التقييد الواضح لممارسة الدولة المضيفة لسيادتها ومن ثم تفادي أي تعطيل مفاجئ.[4]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن وقوع شرط إعادة التفاوض

إذا تحقق الاختلال في توازن العقد المبرم بين المستثمر والدولة المضيفة والذي بدوره يؤدي إلى إعمال شرط إعادة التفاوض من أجل التوصل إلى اتفاق جديد بحيث يصبح ملائما

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**،المرجع السابق، ص304.

(2) المرجع نفسه، ص ص، (306،307).

(3) محمد عامر شنجار،علي غسان أحمد، المرجع السابق،ص53.

(4) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص310.

مع الظروف المستجدة، وعليه يترتب على إعمال شرط التفاوض أثرين، الأول: وقف تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم العقدية، و الثاني الالتزام بإعادة التفاوض.

أولا: وقف تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم العقدية:

يقصد بوقف التنفيذ توقف الأطراف عن تنفيذ التزاماتهم لمدة يتوقعها المتعاقدين كافية لحين البت في مصير العقد عن طريق إعادة التفاوض، ويمكن للأطراف الاتفاق على جعل وقف التنفيذ يبدأ بعد وقوع الحدث في الفترة التي تسبق عملية إعادة التفاوض، كما يمكن أن يقع أثناء عملية إعادة التفاوض.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في تحديد نطاق الوقف، فقد يتم الاتفاق على أن وقف التنفيذ يشمل الالتزامات الرئيسة الناجمة عن العقد والتي تأثر تنفيذها بتحقق الحدث وكذلك الالتزامات الفرعية إذا كانت لها علاقة وسبب مباشر بالالتزامات الرئيسية

وتشير مبادئ العقود التجارية الدولية (Unidroit) إلى نظام وقف تنفيذ العقد، إذ تنص المادة 06 على أنه: (لا يخول طلب إعادة التفاوض في حد ذاته، الطرف الذي اختل التزامه بالحدث الحق في التوقف عن التنفيذ، بل يجب تنظيم ذلك بشكل صريح).

ومفاد النص أعلاه أن طلب إعادة التفاوض لا يمنح للمتعاقد المضرور حق الوقف في تنفيذ التزاماته مباشرة، بل عليه الاستمرار في التنفيذ إلا إذا وجد اتفاق صريح يخول للمضرور حق التوقف الفوري عن تنفيذ الالتزامات وبمجرد وقوع الحدث.[2]

والجدير بالذكر أن الوقف يمتد ليشمل التزامات المتعاقد الآخر، فلا يقتصر على التزامات المدين الذي تأثرت قدرته نتيجة اختلال توازن العقد، فمادام الدائن لا يملك إجبار المدين على تنفيذ التزامه خلال مدة الوقف فإن المدين لا يملك هو أيضا ذلك الحق.

بالإضافة إلى ذلك فقد يتفق الأطراف على إضافة مدد متساوية لمدة الوقف تتناسب مع الظروف إلى مدة تنفيذ العقد الأصلية وتستكمل بعد إنهاء المفاوضات.[3]

---

(1) حسين عيسى عبد الحسن، المرجع السابق، ص 186.

(2) أسيل باقر جاسم،المرجع السابق، ص130.

(3) حسين عيسى عبد الحسن، المرجع السابق، ص186.

ثانيا: الالتزام بإعادة التفاوض:

يعتبر هذا الشرط الهدف من إنشاء عملية التفاوض، بحيث يمثل النقطة الجوهرية التي يسعى المتعاقدين إلى تحقيقها بعد حصول اختلال في التوازن العقدي. [1]

حيث يلتزم المتعاقدين بإعادة التفاوض بشأن العقد وفقا لمبدأ حسن النية، وتتضمن سير عملية إعادة التفاوض ضرورة التعاون بين الأطراف، وذلك بالاتفاق على الآليات المناسبة، وضبط مواعيد الجلسات من أجل مناقشة أنسب الإجراءات اللازم اتخاذها، والعمل على بذل المجهدات للوصول إلى اتفاق معقول والبحث المشترك عن الوسائل اللازمة لمعالجة الاختلال الذي طرأ على العقد، كما يلتزم الأطراف أيضا بإعلام بعضهم البعض وذلك بتبادل المعلومات والحقائق والمستجدات حول موضوع التفاوض، ومراعاة ضرورة الالتزام بالسرية وذلك بالحفاظ على الأسرار الخاصة بهم وعدم إفشائها للغير أثناء التفاوض. [2]

ويظهر هنا تساؤل عن ما هو مصير تنفيذ عقد الاستثمار في حال فشل عملية إعادة التفاوض؟

حيث يرى جانب من الفقه على أنه إذا انتهت عملية إعادة التفاوض بالفشل فإن لطرفي عقد الاستثمار اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الناشئ بينهما.

في حين يذهب رأي آخر من الفقه إلى أن يستمر الأطراف بتنفيذ العقد بذات الشروط التي كان يسري بها قبل حدوث التغيير في الظروف ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

ونحن نرجح الرأي الأول وذلك لأنه يعطي للأطراف الحق في اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الحاصل بينهما، لأن استمرارية تنفيذ العقد بشروطه الأصلية في حالة فشل إعادة التفاوض قد يسبب ضررا كبيرا لأحد طرفي عقد الاستثمار. [3]

---

(1) المرجع نفسه، ص187.

(2) هني عبد اللطيف،(**حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد -دراسة مقارنة -**)أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،السنة الجامعية 2016/2015 ص120.

(3) حسين عيسى عبد الحسن، المرجع السابق،ص ص،(187،188).

المطلب الثالث: ضمان احترام الحقوق المكتسبة

يعتبر مبدأ الحقوق المكتسبة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العرفي، تتمسك به الدول المصدرة للرأس المال لحماية رعاياها المستثمرين في الخارج من خطر الإجراءات التي تقوم بها الدول النامية في إطار ممارسة سيادتها على ثرواتها.

الفرع الأول: تكريس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في عقود الاستثمار

سنتناول في هذا الفرع تعريف الحق المكتسب (أولا) ثم تعريف مبدأ احترام الحقوق المكتسبة المقررة في عقود الاستثمار(ثانيا) وبعدها نتناول أنواع الحقوق المكتسبة المقررة في عقود الاستثمار(ثالثا).

أولا-تعريف الحق المكتسب:

يـُعرف الحق المكتسب بأنه:" الحق الذي لا يجوز للقاضي أن يمسه بسوء أو يسلبه من صاحبه بحجة تطبيق قانون مستجد".

يلاحظ على هذا التعريف أنه قد عـَرف الحق المكتسب بالأثر أو بالنتيجة وهذا ما يجعله تعريفا معيبا لأن من شروط التعاريف أن تعرف بحقيقتها لا بالآثار المترتبة عليها.[1]

كما يـُعرف على أنه" ذلك الحق الناشئ عن تصرف قانوني والذي ينشئ مركزا قانونيا".[2]

هذا التعريف لم يبين لنا نوع الحق المكتسب هل هو حق مادي أم حق معنوي.

أو يعني " تلك الحقوق التي يستفيد منها شخص ما في إطـار نظام قانوني معين والتي لا يمكن المساس بها بموجب قانون جديد ".[3]

من خلال ما سبق نستنتجأن الحق المكتسب هو ذلك الحق المادي أو المعنوي الذي يـُمنح للشخص الطبيعي أو المعنوي في إطار نظام قانوني معين، إذ بموجبه لا يمكن المساس بحقوقه عند تعديل أو إلغاء القانون وينتج عنه امتلاك صاحب الحق المكتسب مركزا قانونيا.

---

(1) زياد خالد المفرجي،"**الحق المكتسب في القانون الإداري**"، مجلة الحقوق، العدد السادس عشر والسابع عشر، المجلد الرابع، ، كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، 2012،العراق، ص2.

(2) حمدي أبو النور السيد عويس، **مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري**، دار الفكر الجامعي،2011، مصر، ص11.

(3) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص211.

ثانيا-تعريف مبدأ احترام الحقوق المكتسبة المقررة في عقود الاستثمار:

يعتبر مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي العرفي المستمد من القوانين الداخلية.

ويقصد بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة هو " أن الدولة المضيفة للاستثمار لها كل الحرية في أن تغير من أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل بشرط عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون القديم".[1]

أو يعني "مجموع الحقوق العينية والشخصية لها قيمة مالية والتي اكتسبت بطريقة صحيحة ومشروعة وفقا للقانون الوطني للدولة المضيفة وتجسدت على أرض الواقع والتي لا يمكن المساس بها مع تغير الأوضاع في تلك الدولة المضيفة".

من خلال ما سبق يتضح أنه يتوجب لتقرير مبدأ احترام الحقوق المكتسبة توافر الشروط التالية:

- أن يكون الحق المكتسب حقا عينيا أو شخصيا ذو قيمة مالية للشخص الطبيعي أو المعنوي، وبهذا تستبعد الحقوق السياسية والاجتماعية كما أن هذا الحق لصيق بصفة الشخص، ذلك أنه لا يجوز لأي شخص المطالبة بالحقوق المكتسبة على أموال لا يثبت صفته عليها
- أن تكون الحقوق قد اكتسبت بطريقة صحيحة ومشروعة وفقا للقانون الوطني للدولة المضيفة، أما الحقوق التي يحصل عليه الأجنبي ولا تكون مبنية على أساس قانوني أو تكون غير مشروعة لا يجوز المطالبة بها.

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص 170.

- وأن تكون الحقوق المكتسبة المطالب بها قد تجسدت فعليا على أرض الواقع وليست مجرد وعود أو أماني.[1]

ثالثا-أنواع الحقوق المكتسبة المقررة في عقود الاستثمار:

هناك أنواع عديد من الحقوق المكتسبة المنصوص عليها عقود الاستثمار، وسنقتصر على أهم هذه الحقوق.

1-الحق في تحويل رؤوس الأموال والمداخيل الناتجة عنها:

يعتبر الحق في تحويل الأموال وعائدات الاستثمار من بين أهم الضمانات التي تحرص الدولة المستقطبة للاستثمارات الأجنبية منحها للمستثمرين الأجانب، ويشمل هذا الحق بصفة عامة رأس المال المستثمر والعائدات الناتجة عنه والمداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية.[2]

ولقد أُدرج حق المستثمر في تحويل رؤوس الأموال وعائدات الناجمة عنها في العديد من الاتفاقيات الدولية، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية مع دول الإتحاد المغرب العربي بشأن تشجيع وضمان الاستثمار بين هذه الدول، حيث تنص المادة 11 منها على أنه:(يسمح لكل طرف متعاقد بحرية التحويل وبدون آجال رأس المال وعوائده أو أي دفوعات أخرى متعلقة بالاستثمار...)[3].

2-الحق في التعويض عن المخاطر غير التجارية:

وهو حق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض ملائم وفعال في حالة قيام الدولة المضيفة بإجراءات من شأنها أن تحرم المستثمر الأجنبي من حقوقه الجوهرية على استثماره.

---

(1) كعباش عبد الله، **(الحماية الوطنية والأجنبية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية)**، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002/2001، ص ص،(105،106).

(2) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق،ص85.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، **يصادق على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي**، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، الجريدة الرسمية عدد06 الصادر في 06 فيفري 1991.

ولقد كرس المشرع الجزائري حق المستثمر في الحصول على تعويض نتيجة الإجراءات التي تباشرها الدولة، وذلك بموجب القانون الداخلي وفي ظل الاتفاقيات الدولية، وهذا ما سنتطرق له في الفصل اللاحق.

3-الحق في معاملة عادلة ومنصفة وغير تمييزية:

ويقصد به تمكين المستثمر الأجنبي من الاستفادة من الحقوق والامتيازات المنصوص عليها في القانون الاستثمار للدولة المضيفة، على قدم المساواة مع المستثمر الوطني.

فالمعاملة الوطنية نظام قانوني تلتزم بموجبه الدولة المضيفة للاستثمار بمنح المستثمر الأجنبي معاملة لاتقل تفضيلا عن المعاملة الممنو حة للمستثمرين الوطنيين.[1]

وقد تم النص على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على معاملة عادلة ومنصفة في إطار قانون الاستثمار الجزائري وفي إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وذلك ما جاء في المادة03 من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار بين الجزائر وفرنسا

حيث نصت المادة على ما يلي:(يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين طبقا لقواعد القانون الدولي بضمان على إقليمه ومنطقته البحرية معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر).[2]

4-حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي:

يعتبر التحكيم التجاري الدولي من بين العوامل المشجعة للاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة نظرا للمزايا والضمانات التي يقدمها للأطراف خصوصا الحياد والاستقلالية، لذلك يفضل المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة

---

(1) قدواري فاطمة الزهرة، **(ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة-السنة الجامعية 2016/2015،ص ص،(35،36).

(2) المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 20جانفي 1994، **يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما**، الموقعين في الجزائر في 13 فيفري 1993، الجريدة الرسمية، العدد الأول سنة 1994.

ولقد تبنى المشرع الجزائري نظام التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار، وذلك في إطار القانون الداخلي وفي إطار الاتفاقيات الدولية.[1]

الفرع الثاني: الاختلافات الفقهية حول مبدأ احترام الحقوق المكتسبة

لقد اختلف الفقه حول الاعتراف بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة و قيمته القانونية، فالبعض يتمسك به باعتباره من المبادئ العامة للقانون، والبعض الآخر يرى عدم وجود مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الدولي، وعليه سنَذُبرز الاتجاه المؤيد والاتجاه الرافض لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة.

أولا-الاتجاه المؤيد لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة:

يعتبر هذا الاتجاه أن فكرة احترام الحقوق المكتسبة من مبادئ القانون الدولي، حيث مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الخاصة المملوكة للأجانب هو مبدأ مسلم به ومستقر تماما ويجد هذا الرأي تأييدا في بعض أحكام التحكيم الدولي، حيث جاء في بعضها " أن احترام الملكية الخاصة والحقوق المكتسبة للأجانب يعُتبر بغير منازع جزءا من المبادئ العامة التي يَعترف بها قانون الشعوب"

إذن فإن أنصار هذا الاتجاه يقرون بمسؤولية الدولة المضيفة عن عدم احترامها للحقوق المكتسبة وعن إخلالها المترتب عن تعديل أو إلغاء تشريعها.

لكن قد تعرض هذا الاتجاه للنقد، مفاده أن فكرة الحقوق المكتسبة لا تعدو أن تكون مجرد تكريس لإرادة الأقوياء على الضعفاء لأنها تتنافى ومبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فمن غير المعقول أن تُجبر الدول على الاعتراف بشيء لم ترتضيه ولم تكن يوما طرفا في إنشائه، فهذه القاعدة وجدت في ظروف تاريخية معينة ويفترض زوالها بزوال تلك الظروف.[2]

(1) للمزيد من التفاصيل ارجع إلى المبحث الثاني من الفصل الثاني.

(2) كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص107.

ثانيا-الاتجاه الرافض لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة:

وفي المقابل يرى أنصار هذا الاتجاه أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمكنه أن ينتمي إلى القانون الدولي فهو غير معترف به في جميع الدول مما يؤدي للتشكيك في دوليته، ويعتبر أيضا مبدأ غامض ومبهم ومرتبط بالاعتبارات السياسية، وأن القول بخلاف ذلك يناقض تماما مبدأ تقرير المصير ومبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية إضافة إلى ذلك فإن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة لم يكتسب قوة القاعدة العرفية الدولية.

لذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يخلصون إلى عدم الاعتراف بالصفة الدولية للحقوق المكتسبة، ومن ثم لا يمكنها أن تكون كأساس للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأجانب من خلال التعديلات التي تجريها الدولة على تشريعاته.[1]

وعليه من خلال عرضنا للاتجاهين السابقين يتبين أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ليس له تطبيقات مباشرة في مجال الاستثمار على الصعيد الدولي، ولكي يكون لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة الأثر القانوني، يجب أن يستند إلى الالتزامات الصريحة المعبر عنها في الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية بالاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة ومصالح الأجانب بصفة عامة.[2]

(1) المرجع نفسه، ص107.

(2) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص213،214.

المبحث الثاني: ضمان الحد من سلطات الدولة التشريعية

أكثر ما يميز عقود الاستثمار هي تفاوت الأطراف في المراكز القانونية ، الدولة بوصفها سلطة تشريعية تتمتع بمزايا استثنائية من جهة، والمستثمر الأجنبي الذي لا يتمتع بهذه المزايا والذي يعتبر شخص من أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى، ينجم عنها حقيقة هامة وهي محاولة المستثمر الأجنبي اشتراط العديد من الضمانات القانونية خشية من أن تضيع حقوقه أو يختل التوازن التعاقدي، نتيجة تدخل الدولة ككيان عام في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة، ومن أبرز الضمانات التي يسعى المستثمر الأجنبي إلى اشتراطها في عقد الاستثمار من أجل الحد من سلطات الدولة التشريعية، نجد شرط الثبات التشريعي واختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وعليه ستتمحور دراستنا في هذا المبحث حول:

شرط الثبات التشريعي(المطلب الأول).

القانون الواجب التطبيق(المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضمان شرط الثبات التشريعي

لما كانت عقود الاستثمار تتَسِم بعدم المساواة في المراكز القانونية بين أطرافها، ويستغرق تنفيذها مدة طويلة تكون فيها عرضة للعديد من التغيرات، أصبح ضروري على الطرف الأجنبي القائم بالاستثمار أن يؤمن نفسه بعديد من الضمانات القانونية، بهدف حمايته من سلطة الدولة في إصدار تشريعات أو إجراء تعديلات تجديد على القانون الذي أبرم في ظله عقد الاستثمار، ومن أبرز هذه الضمانات نجد ضمان ثبات التشريعي الذي أضحى من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار الأجنبي.

ولغرض الإلمام بهذا الموضوع أكثر سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، وفي الفرع الثاني نتناول موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار

يسعى المستثمر الأجنبي من خلال عقد الاستثمار إلى تضمين شرط الثبات التشريعي بهدف حمايته من التعديلات أو التغييرات التي تقوم بها الدولة المتعاقدة على تشريعاتها،

ولتوضيح هذا الشرط أكثر سنقوم بتبيان المقصود بشرط الثبات التشريعي(أولا)، ثم أهداف شرط الثبات التشريعي(ثانيا).

أولا: المقصود بشرط الثبات التشريعي :

يقصد بشرط الثبات التشريعي: " ذلك الشرط الذي تتعهد بموجبه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع أو قانون أو لائحة أو نظام آخر جديد على العقد الذي أبرم مع المستثمر الأجنبي".

ويعرف أيضا على أنه:" الشرط التعاقدي الذي يتم الاتفاق عليه بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، والذي يتفق بموجبه الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق للتعاقد على العلاقة التعاقدية". [1]

من خلال التعريفين السابقين يتبين أن شرط الثبات التشريعي هو التزام الدولة المتعاقدة بوصفها سلطة تشريعية بعدم إدخال أي تشريعات أو تعديلات جديدة على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد والإضرار بالطرف الأجنبي المتعاقد معها.[2]

فالقاعدة العامة هي أن صلاحية الدولة في إطار ممارستها لسلطتها التشريعية تقوم بسن قوانين وأنظمة جديدة أو تعديل وا لغاء تشريعات قديمة، إلا أن وجود شرط الثبات التشريعي يقيد سلطة الدولة في تطبيق التشريعات الجديدة على العقد المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي وبالتالي يعتبر هذا الشرط بمثابة تنازل عن بعض من سيادتها لصالح المستثمر الأجنبي فشرط الثبات التشريعي يهدف دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد وفي الوقت نفسه من منعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد .[3]

وتجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه يقسم شروط الثبات التشريعي إلى شروط تعاقدية أو اتفاقية وشروط تشريعية، فبالنسبة لشروط الثبات العقدية فيقصد بها " الشروط التي ترد

---

(1) محمد فياض، "**دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بينفرضيات وا إشكاليات التطبيق**"، مداخلة ألقيت بالمؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون و الاقتصاد" بتاريخ 20-21 ماي 2013، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص ص،(606،607).

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص163.

(3) قدواري فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص42.

ضمن بنود عقد الاستثمار وتنص على أن القانون الذي يسري على العقد هو ذلك القانون بأحكامه وقواعده السارية فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل أو تغيير لاحق يطرأ على ذلك القانون".

أما شروط الثبات التشريعية هي "نصوص تشريعية وردت في صلب قانون الدولة الجاذبة للاستثمار والتي ستدخل كطرف في عقد الاستثمار مع شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعيا أو معنويا، بمقتضاه تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بأن لا تعدل أو تلغي القانون الواجب التطبيق على الاستثمار".

ورغم اختلاف شروط الثبات التشريعي يبقى هدفها هو تقييد سلطة الدولة في تطبيق قوانين جديدة على العقد، لذلك أضحت شروط الثبات التشريعي من أهم الضمانات القانونية الجاذبة للاستثمار، التي يسعى المستثمر الأجنبي إلى اشتراطها في عقد الاستثمار من أجل درء المخاطر الناتجة عن عدم الاستقرار التشريعي في الدولة المضيفة. [1]

ثانيا- أهداف شرط الثبات التشريعي:

يعتبر شرط الثبات التشريعي من أبرز الضمانات التي يسعى المستثمر الأجنبي لإدراجها في عقد الاستثمار بهدف تفادي التعديلات التي يمكن أن ترد على القانون الواجب التطبيق على العقد، والتي تقوم بها الدولة تحقيقا لأهدافها الاقتصادية ومسايرة تطوراتها في مختلف المجالات فالثبات التشريعي يجعل المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تبقى تنظم علاقته العقدية مع الدولة المضيفة للاستثمار، مما سيمنح له بضمان أمن الاستثمار ومردوديته[2]

فعادة ما يطمئن المستثمر الذي يريد نقل قيمه الاقتصادية إلى إقليم الدولة المضيفة إذا علم أن التشريعات الوطنية السارية وقت نفاذ العقد هي التي ستحكم نشاطه الاستثماري طوال فترة العقد وهذا لا يتحقق إلا من خلال ضمان عدم تطبيق أية تشريعات لاحقة، ويبقى الهدف

---

(1) حسين عيسى عبد الحسن، المرجع السابق، ص ص،(188،189).

(2) سامية كسال، "**دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي-عقود البترول نموذجا**"،مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص180.

من إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو منح ضمانة إضافة للطرف الأجنبي القائم بالاستثمار ولإحداث توازن لكلا الطرفين، وهذا ما يؤدي إلى استقرار العلاقة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار.[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي

في إطار تشجيع وجذب الاستثمارات الأجنبية كرس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في القانون المتعلق بالاستثمار ولم يكتف بذلك بل كرسه أيضا في الاتفاقيات الدولية المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمارات، وعليه سنبين موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في القانون الداخلي وفي الاتفاقيات الدولية.

أولا- إبراز موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في القانون الداخلي:

لقد نص المشرع الجزائري على شرط الثبات التشريعي في المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار، على أنه: (لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون....)[(2)]

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الجزائري ضمن للمستثمر الاستقرار التشريعي من خلال التزامه بعدم تطبيق أي تعديل أو إلغاء للقانون الذي أنجز في ظله المشروع الاستثماري، ولم يقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل منح ضمانة أوسع تتمثل في إمكانية استفادة المستثمر من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات أو ضمانات إضافية وهو ما يطلق عليه شرط التدعيم التشريعي، حيث نصت المادة 22 من القانون 16-09 السابق الذكر بأنه: (لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة).[3]

فبعد ضمان شرط الثبات التشريعي يستمر المستثمر في الاستفادة من أحكام القانون الساري المفعول عند الشروع في إنجاز مشروعه بالرغم من إعادة النظر في النظام القانوني،

---

(1) بشار محمد الأسعد، عقود **الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص164.

(2) القانون 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، **المتعلق بترقية الاستثمار**، الجريدة الرسمية ، العدد 46، المؤرخة 3 أوت 2016.

(3) القانون 16-09 **المتعلق بترقية الاستثمار**، السابق الذكر.

للاستثمارات بحيث لا تطبق عليه هذه التعديلات إلا إذا وافق على ذلك صراحة إذا كانت هذه التعديلات تتضمن على مزايا وحوافز إضافية في المجال الضريبي أو النقدي أو الجمركي.[1]

ثانيا- إبراز موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي في الاتفاقيات الدولية:

في إطار سياسة المشرع الجزائري لتشجيع الاستثمارات الأجنبية باشرت الدولة الجزائرية في لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار، وتضمنت هذه الأخير شرط الثبات التشريعي.

حيث جاء في المادة 6 فقرة 1 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمار ودعمها ومتابعتها (APSI) المتصرفة باسم وحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيلكوم القابضة (ش.م.م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيلكوم الجزائر في 5 أوت 2001 على أنه:(تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ إزاء الشركة أية ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية). [2]

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد أكد على شرط الثبات التشريعي من خلال تعهد الدولة الجزائرية بعد التوقيع على الاتفاقية بعدم مراجعة أو تعديل أو النظر في الحقوق والضمانات والامتيازات التي منحت بموجب هذه الاتفاقية.

هذا ولم يكتف المشرع الجزائري بضمان الاستقرار التشريعي من خلال الامتناع عن تطبيق أي تعديل أو إلغاء للقانون على الاستثمارات التي تم الشروع فيها، وا ٍنما أضاف ضمانة أخرى وهي تتمثل في منح المستثمر الأجنبي إمكانية الاستفادة من التشريع الجديد إذا كان يتضمن امتيازات إضافية ، وهو ما جاء في المادة 2/6 من الاتفاقية السابقة الذكر على ما يلي: (إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من

(1) قدواري فاطمة الزهرة، المرجع السابق،ص43.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، **يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر**، الجريدة الرسمية، العدد 80.

النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمكن الشركة أن تستفيد من هذا النظام، شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية).[1]

نلاحظ أيضا أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات اعترفت بحق المستثمر من الاستفادة من التشريع الذي يضمن له امتيازات وضمانات إضافة ، والهدف من ذلك هو ضمان معاملة تفضيلية للمستثمرين الأجانب.[2]

(1) الفقرة 2 من المادة 6 من **الاتفاقية الموقعة بين وكالة الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر،السابقة الذكر.**

(2) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق،ص222.

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

إن خصوصية عقود الاستثمار التي تمتاز بها والناجمة عن طبيعة أطرافها المتفاوتة في المراكز القانونية، وكذلك الصفة الدولية التي تميز هذه العقود وأيضا ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة للاستثمار تجعل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها من المسائل الشائكة، وتثير العديد من التساؤلات حول النظام القانوني الذي يحكم هذه العقود.

فهل تخضع عقود الاستثمار لقاعدة قانون الإرادة أم أن وجود الدولة كطرف في العقد يخرجها من نطاق إعمال هذه القاعدة؟ وا ٍذا كانت تخضع لقاعدة قانون الإرادة فكيف يتم تحديد هذا القانون؟ وما هي الخيارات المتاحة أمام الأطراف في العقد؟

وا ٍذا سكت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فما هو القانون الذي يتعين تطبيقه عليها، فهل تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة أم يتعين تحرير هذه العقود من سلطان القانون الوطني للدولة المضيفة؟ وما هو دور المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات سنقوم بدراسة كل حالة بالتفصيل:

الحالة الأولى تتمثل في اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار (الفرع الأول) والحالة الثانية انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

من المتعارف عليه بخصوص قواعد تنازع القوانين فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار يستلزم اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص من بينها مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة حيث يعتبر من أهم قواعد تنازع القوانين وأكثرها شيوعا، فإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تعتبر ضابط الإسناد الأصلي في قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية،[1]

وعلى هذا النحو سنقوم بتوضيح قانون الإرادة والخيارات المتاحة أمام أطراف العقد.

---

(1) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص119.

أولا: خضوع عقود الاستثمار لقانون الإرادة:

تخضع عقود الاستثمار كأصل عام لقانون الإرادة ويقصد به القانون الذي اختاره الأطراف لتطبيقه على علاقتهم العقدية، فإرادة الأطراف تمثل ضابط الإسناد الأصلي الذي يمكن بمقتضاه أن يختاروا النظام القانوني الأنسب على عقدهم. [1]

ولقد كرس المشرع الجزائري قاعدة قانون الإرادة من خلال ما جاء في المادة 18 من القانون المدني الجزائري في الفقرة 01 على أنه: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد). [2]

يستنتج من نص هذه المادة أنه يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم إذا كان له علاقة بالمتعاقدين أو العقد، وذلك من غير المعقول أن يختار المتعاقدين قانونا يحكم عقدهما ليس له علاقة بهما ولا بالعقد.

حيث أن اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف يكون في صورتين إما عن طريق الإرادة الصريحة وا ٍما في عن طريق الإرادة الضمنية، فالأولى لا تثير أية صعوبة طالما أن الأطراف قد أعلن عن رغبتهم صراحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقدوا ٍنما يثور الإشكال في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح للقانون أي أن الأطراف لم يحددوا صراحة القانون الواجب التطبيق.

إذن ففي هذه الحالة ما هي المؤشرات التي يمكن من خلالها التعرف على رغبة الأطراف الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق؟

وبهذا الخصوص أشارت بعض التشريعات الداخلية أنه يجب على القاضي التركيز على الرابطة العقدية واستنادها للقانون الأوثق صلة به، دون البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف

في حين ذهبت أغلب التشريعات الوطنية والدولية بالاعتداد بالإرادة الضمنية في حال غياب الإرادة الصريحة، وذلك باستنتاج العوامل المحيطة بالعقد، أو باستخلاص ذلك من ظروف العقد ومن الإرادة الضمنية للأطراف كوجود اختيار للمحكمة المختصة أو شرط التحكيم

---

(1) علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 46.

(2) القانون المدني الجزائري، السابق الذكر.

يشير إلى دولة كمكان للتحكيم أو مكان تنفيذ العقد وكذلك استخدام لغة معينة في العقد أو نحو ذلك. [1]

ونحن بدورنا نرى أنه يمكن أن يكون اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق في شكل صريح وهذا هو الأهم تحاشيا للمشاكل التي قد يثيرها غياب هذا الاختيار ويمكن أيضا أن يكون الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق ضمنيا متى وجدت قرائن ومؤشرات وظروف محيطة بالعقد.

أما عن وقت اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق فيكون عند إبرام العقد. [2]

و علاوة على ما تقدم يمكن للأطراف اختيار أي قانون يرونه مناسبا ليحكم علاقتهم العقدية في إطار عقود الاستثمار، وبالنسبة لهذه الطائفة من العقود هناك عدة اختيارات متاحة عملياً أمام الأطراف، وهذا ما سنتعرض له في العنصر التالي.

ثانيا: الخيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار:

يعتبر الاتفاق المسبق للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد أمرا في غاية الأهمية وذلك تجنبا للمشاكل والصعوبات التي قد تحدث عن عدم اتفاقهم.[3]

وبخصوص عقود الاستثمار أفرز الواقع العملي خيارات عديدة أمام الأطراف لاختيار القانون الأنجع على عقدهم ومنها:

1-اختيار الأطراف لأحد القوانين الداخلية:

يمكن لأطراف عقد الاستثمار أن يختاروا القانون الأنسب الذي يحكم علاقتهم العقد من بين أحد القوانين الوطنية، حيث يمكن أن ينصب اختيارهم على قانون الدولة المضيفة للاستثمار باعتباره القانون الأكثر صلة بالعقد، كما يمكنهم أن يختاروا القانون الوطني للدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي خاصة وأنه متخوف وغير مطمئن لقانون الدولة المضيفة،

---

(1) جلال حسين عنز، "**عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها**"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد:1، العدد: 2، كلية الحقوق، ،جامعة كركوك ،2012 ،العراق، ص (94،95).

(2) علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 54.

(3) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص149.

ويمكن للأطراف أيضا أن يختاروا قانون دولة ثالثة محايدة عن العقد إذا كان يتضمن قواعد وأحكام أفضل تناسب مع عقود الاستثمار.[1]

نظرا للخيارات المتاحة أمام الأطراف نرى أن وجود الدولة كطرف في العقد يجعل قانونها الوطني هو الأقرب للاختيار، نظرا لاعتباره قانون دولة التنفيذ وغالبا ما يكون قانون محل الإبرام.

2-اختيار الأطراف للقانون الدولي العام:

من بين الاختيارات الممنوحة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الدولي العام، ويقصد به:" مجموع القواعد العرفية والمعاهدات الدولية التي تتعلق بالتجارة الدولية واتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية".

وعليه يمكن لأطراف العقد اختيار القانون الدولي العام كنظام قانوني يحكم عقدهم بشرط أن لا يكون القانون الدولي العام مخالفا للقواعد القانونية الآمرة.[2]

3-اختيار الأطراف للقانون التجارة الدولية:

يمكن أيضا للأطراف اختيار قانون التجارة الدولية ويقصد به:" مجموع القواعد عبر الدولية المستقلة عن القوانين الوطنية الداخلية وعن القانون الدولي العام وهي مستمدة من الأعراف التجارية الدولية، والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية".[3]

وبرغم من تمتع قواعد قانون التجارة الدولية بالصفة القانونية إلا أنها لا تزال كافية لتغطية كافة المسائل التي يمكن أن تثور في إطار العلاقات الدولية الخاصة.[4]

الفرع الثاني: انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار

في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وفي حال تعذر المحكم الدولي المعروض أمامه النزاع، الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين من خلال

---

(1) علاوة الصادق، المرجع السابق،ص75.

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص ص،(132-134).

(3) المرجع نفسه، ص 245.

(4) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق، ص185.

الظروف المحيطة بالعقد، فإنه يتوجب تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال آلية تنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص وفي شأن عقود الاستثمار ظهرت عدة اتجاهات وهي كالآتي:

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة:

يرى هذا الاتجاه أن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار هو القانون الوطني للدولة المضيفة، ويستند أصحاب هذا الاتجاه في تبرير رأيهم إلى عدة أسس:

فكرة الموافقة المفترضة للمستثمر لأنه اختيار إراديً ا أن يكون طرفافي العقد، و هذا ما يؤدي افتراض أنه سيخضع نفسه لاختصاص قانون الدولة المضيفة.[1]

ويستندون إلى تكييف عقود الاستثمار كعقود إدارية استنادا إلى فكرة السيادة للدولة المضيفة، والتي يقضي بعدم خضوعها لقانون غير قانونها، ويستند هذا الاتجاه إلى أنه تتوافر في عقود الاستثمار نفس المعايير المميزة للعقود الإدارية وهي كون الدولة طرفا في العقد واتصال العقد بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويستندون كذلك إلى القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة والتامة للدول على مواردها الطبيعية.

لقد تعرض هذا الاتجاه للعديد من الانتقادات خاصة وأن عقود الاستثمار ليست من طبيعة واحدة بل ذات طبيعة خاصة، فأحيانا قد تكون عقود إدارية وأحيانا أخرى تكون عقود عادية أي أنها غير تابعة للقانون العام ولا للقانون الخاص بصورة بحتة، وأن القرارات التي تصدرها الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تخرج من طبيعتها القانونية عن كونها مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء ولا تحمل الصفة الإلزامية لأنها غير مصادق عليها من الدول الأعضاء. [2]

(1) علاوة الصادق، المرجع السابق، ص 99.

(2) جلال حسين عنز،المرجع السابق، ص ص، (96،97).

ثانيا: تحرير العقد من قانون الدولة المضيفة:

ويتضمن تدويل عقد الاستثمار وا إخراجه من القانون الوطني الداخلي وذلك بتطبيق عليه أحد القوانين التالية:

أ-تطبيق قواعد القانون الدولي العام:

يذهب جانب من الفقه المدافع عن مصالح الدول الغربية والشركات المتعددة الجنسيات المتمركزة فيها إلى أن القانون الدولي العام هو القانون الذي يجب تطبيقه على عقود الاستثمار لاسيما إذا تخلف الاختيار الصريح، وذلك من أجل ضمان حماية المستثمر الأجنبي وعدم خضوعه لسيطرة الدولة المضيفة بوصفها سلطة عامة، فيمكن أن تقوم بتعديل العقد أو إنهائه بإر ادة منفردة، ولتجنب هذه التهديدات يجب تطبيق القانون الدولي العام.[1]

ب-تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية:

ينادي أصحاب هذا الاتجاه بضرورة إبعاد عقود الاستثمار من قواعد القانون الدولي العام وتحريرها من سيطرة القانون الوطني للدولة المضيفة، والبحث عن نظام قانوني ملائم ومستقرة ليحكم عقود الاستثمار، فاهتدى أصحاب هذا الرأي إلى قواعد التجارة الدولية ليكون النظام القانوني الأنسب ليحكم عقود الاستثمار في حال غياب الإرادة الصريحة والضمنية، فقواعد قانون التجارة الدولية هي مجموعة من القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية.[2]

لكن على الرغم من الاعتراف لقواعد قانون التجارة الدولية بالصفة القانونية، لكنها مع ذلك لا تزال غير كافية للمسائل التي يمكن أن تثور في إطار عقود الاستثمار.[3]

---

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق،ص ص،(230،231).

(2) جلال حسين عنز، المرجع السابق، ص99.

(3) بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، المرجع السابق،ص 185.

ثالثا: تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص:

في غياب الإرادة الصريحة الصادرة من المتعاقدين في بنود العقد وا ٍذا تعذر على القاضي أو المحكم التعرف على إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، هنا يتعين الرجوع إلى المبادئ العامة للتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص.

1-الإسناد الجامد للرابطة العقدية:

وهي إسناد الرابطة العقدية بمقتضى ضوابط جامدة ومعلومة مسبقا، كقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة، أو قانون بلد الإبرام.

وقد نصت على ذلك المادة 18 من القانون المدني الجزائر ي على أنه:

(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). [1]

من خلال نص المادة نستنتج أنه في حال عدم اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

يمكن تطبيق قواعد الإسناد الجامدة على عقود الاستثمار، كتطبيق قانون الموطن المشترك وا ٍذا تعذر ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، أما فيما يخص العقود المتعلقة بالعقار فإنه يطبق قانون موقع العقار، ويستثنى منها فقط ضابط الجنسية المشتركة لأن عقود الاستثمار تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي وهم مختلفي الجنسية.

أما باقي قواعد الإسناد الجامدة يمكن للقاضي أو المحكم الأخذ بهم على سبيل الإحتياط التشريعي لخلو العقد من التعبير الصريح لاختيار القانون الواجب التطبيق أو عدم إمكانية التعرف على إرادتهم الضمنية.[2]

---

(1) المادة 18 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر.

(2) جلال حسين عنز، المرجع السابق، ص 101.

2-الإسناد المرن للرابطة العقدية "نظرية الأداء المميز":

يعتبر إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به من خلال نظرية الأداء المميز من أحدث الاتجاهات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ويعرف الأداء المميز للعقد بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود" وتقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل فئة متماثلة من العقود حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء والالتزام الأساسي في العقد، فمهما تعددت الالتزامات في العقد الواحد إلا أنه يبقى أحد الالتزامات هو الذي يعبر عن جوهر العقد وتتميز هذه النظرية بالمرونة وملائمة كل أنواع العقود بالإضافة إلى سهولة العلم المسبق بها.[1]

وبالتالي يمكن الأخذ بنظرية الأداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار في حالة سكوت أطراف العقد عن اختيار هذا القانون، وذلك للمزايا العديدة التي تتميز بها هذه النظرية والتي من أهمها مراعاة الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية على نحو يجعلها أقرب المناهج ملائمة لهذه العقود.[2]

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص259.

(2) المرجع نفسه،ص 264.

الفصل الثاني

الضمانات الإجرائية المقررة عن عقود الاستثمار

تبرم عقود الاستثمار بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر الدولة صاحبة السلطة والسيادة على إقليمها وثرواتها من جهة، والمستثمر الأجنبي الخاص صاحب القيم الاقتصادية من جهة أخرى، فالدولة تسعى من خلال إبرام هذه العقود إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، بينما المستثمر الأجنبي هدفه خاص و هو تحقيق الربح.

ولما كانت العلاقة العقدية غير متساوية من حيث المراكز القانونية والأهداف المرجوة، فضلا عن طول المدة التي تستغرقها عقود الاستثمار، كان لابد على الطرف الأجنبي القائم بالاستثمار داخل إقليم الدولة المضيفة أن يؤمن نفسه بعديد من الضمانات القانونية، بغرض حمايته بقدر كافي من الأوضاع والأحداث التي قد تحدث في إقليم الدولة المضيفة أو في حالة تدخل الدولة كسلطة عامة في فرض إجراءات جديدة أو قيام بإجراءات قضائية دون أدنى احترام لحقوق المستثمر.

وعليه ستتمحور دراستنا في هذا الفصل حول الضمانات الإجرائية المقررة عن عقود الاستثمار والمتمثل في: ضمان حماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية(المبحث الأول) وضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي(المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضمان حماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية

عند اتخاذ المستثمر الأجنبي قرار بشأن الاستثمار في قطر معين وفي نشاط محدد، فإنه مما لاشك فيه قد تواجهه مخاطر معينة وهي على نوعان:

مخاطر تجارية والتي تتمثل في الصعوبات المحتملة التي تدخل في إطار الحياة الاقتصادية ولا دخل لإرادة الدولة فيها، ومن بين هذه المخاطر: المنافسة، تقلب الأسعار، انخفاض العملة، التضخم وغيرها، وتعتبر هذه المخاطر ظرفية وليس للدولة أي مسؤولية فيها وبالتالي لا تلتزم الدولة بمنح أية ضمانات ضد هذه المخاطر.

والنوع الثاني من المخاطر التي تواجه المستثمر الأجنبي هي المخاطر غير التجارية وهي عبارة عن مجموع الأحداث السياسية الواقعة في إقليم الدولة المضيفة والتي تؤثر بشكل مباشر على الاستثمار الأجنبي، إضافة إلى الإجراءات التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها والتي تلحق أضرارا بملكية وحقوق المستثمرين الأجانب، وتلتزم الدولة المضيفة بضمان حماية المستثمرين من المخاطر غير التجارية في إطار قوانينها الداخلية وبموجب الاتفاقيات الدولية.

لذلك ستتمحور دراستنا في هذا المبحث حول ضمان حماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية، من خلال إبراز المخاطر غير التجارية الصالحة للضمان(المطلب الأول) وضمان حماية الاستثمار عن طريق التعويض(المطلب الثاني).

المطلب الأول: المخاطر غير التجارية الصالحة للضمان

تلتزم الدولة المضيفة بضمان حماية الاستثمارات الأجنبية المنجزة في إقليمها من المخاطر غير التجارية، ويقصد بهذه الأخيرة الأوضاع السياسية والأمنية المتدهورة التي تشهدها الدولة المستقطبة للاستثمار إضافة إلى الإجراءات الانفرادية التي تباشرها في إطار ممارستها لسلطتها وسيادتها والتي تؤثر بشكل كبير على حقوق المستثمرين، وعلى هذا النحو فإن المخاطر غير التجارية تنقسم إلى قسمين: مخاطر سياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة، وا ٍجراءات انفرادية التي تقوم بها بطريقة مباشرة

وعليه سنتناول في هذا المطلب ضمان حماية الاستثمار من المخاطر السياسية(الفرع الأول) وضمان حماية الاستثمار من الإجراءات الانفرادية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضمان حماية الاستثمار من المخاطر السياسية

يترتب عن عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمر والدولة انتقال قيم اقتصادية إلى إقليم الدولة المضيفة من أجل تجسيدها في مشاريع استثمارية، لكن هذه الأخيرة قد تكون عرضة للعديد من المخاطر خصوصا المخاطر السياسية الناتجة عن تدهور الأوضاع الأمنية والسياسية في الدولة المضيفة، وعليه سنقوم بتعريف المخاطر السياسية التي تواجه المستثمرين الأجانب، ثم أنواع هذه المخاطر.

أولا-مفهوم الخطر السياسي:

لقد اختلف الفقه في تحديد مفهوم الخطر السياسي، فالبعض يعرفه بأنه:" مجموع العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والإدارية التي تعترض المستثمر الأجنبي أثناء تواجده في الدولة المضيفة."[1]

يلاحظ على هذا التعريف أنه جاء عام يشمل كل المخاطر التجارية وغير التجارية بما فيها المخاطر السياسية والإجراءات الانفرادية.

في حين عرفه البعض الآخر بأنه:" تلك الخسارة الناشئة عن عمل أو امتناع صادر من حكومة الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة ويسبب ذلك ضررا للمستثمر الأجنبي"[2].

كما عرف على أنه:" مجموعة الأحداث السياسية التي تؤثر بشكل ظاهر على التوقعات الربحية للاستثمارات الأجنبية التي تقوم بها الشركات في الدولة المضيفة"[3]

من خلال ما سبق يتضح أن الخطر السياسي يشمل كل الأحداث السياسية الواقعة في إقليم الدولة المضيفة وتشمل الحروب والاضطرابات الداخلية وأعمال العنف والتخريب ، مما يترتب عنها المساس بالحقوق الجوهرية المستثمر الأجنبي.

ويتميز الخطر السياسي بأنه فجائي لا يمكن للمستثمر التنبؤ به ولا يستطيع القيام بأي شيء لمواجهة هذا الحدث، ويعتبر هذا الخطر من أهم المخاطر التي تواجه المستثمرين في

(1) كعباش عبد الله، المرجع السابق،ص47.

(2) قدواري فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص46.

(3) كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص49.

البلدان النامية، كما أن الخطر السياسي يمكن أن يمس بملكية المستثمر وبالمستثمرين الأجانب.[1]

ثانيا-أنواع المخاطر السياسية:

تعد المخاطر السياسية من أهم العقبات التي تحول دون تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول النامية، وعليه سنقوم بعرض أهم المخاطر السياسية التي تواجه المستثمرين الأجانب داخل إقليم الدولة المضيفة.

1-الحرب الأهلية والدولية:

الحرب هي "نزاع بين فريقين تستخدم فيه الأسلحة والقوات المسلحة وكل الوسائل التي من شأنها أن تلحق ضررا بالطرف الآخر، وذلك وفق تسيير منظم ومخطط" ،وتتخذ الحرب عدة أشكال فقد تكون حرب أهلية أو حرب دولية.

فالحرب الأهلية عبارة عن "نزاع بين فصائل وطنية تكون إحداهما على الأقل غير خاضعة لرقابة السلطة الشرعية، ويتم فيها تقسيم الإقليم إلى مناطق سيطرة ومناطق محررة وذلك راجع لأسباب سياسية أو دينية أو عرقية، ويترتب عنها المساس بحياة الأشخاص والممتلكات".

أما الحرب الدولية هي "التي تكون بين دولتين أو أكثر وتشمل الاعتداء والهجوم الذي تشنه دولة أجنبية أو مجموعة من الدول على دولة واحدة".[2]

و على هذا الأساس يمكن تعريف خطر الحرب على أنه "كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف للاستثمار تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشرا".

(1) عيبوط محند وعلي ، المرجع السابق، ص174.

(2) المرجع نفسه، ص175.

فالحروب بوجه عام لها بالغ الأثر على اقتصاد الدولة المتعرضة لها، ويتجسد ذلك في خراب المؤسسات والمنشآت والبنية التحية مما يؤدي إلى شلل تام لاقتصاد الدولة. [1]

لذلك فإن الحرب سواء كانت حرب أهلية أو حرب دولية من أهم المخاطر والهواجس التي تعكر المناخ الاستثماري في الدولة المضيفة وتثير الخوف في نفوس المستثمرين.

ومن أجل ضمان حماية الاستثمارات الأجنبية تكفلت بعض الاتفاقيات الدولية بتغطية الخسائر المترتبة عن الحرب الأهلية والدولية إذا توافرت بعض الشروط الأساسية، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي صادقت عليها الجزائر.

حيث نصت في المادة 1/18/د بأنه:(يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:...كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضا مباشر). [2]

حيث اشترطت هذه الاتفاقية تعرض أصول المستثمر تعرضا مباشرا، وبالتالي لا يشمل الأصول الغير مادية كالحسابات والأوراق التجارية.

2-الاضطرابات المدنية:

يقصد بالاضطرابات المدنية أعمال التخريب والعنف المنظمة والموجهة ضد الحكم، والتي يكون لها غرض سياسي وهو الإطاحة بالحكم وتشمل الثورات والانقلابات والفتن والعصيان المدني وأعمال العنف والأعمال التخريبية، والهدف منها تحقيق أهداف سياسية وأيديولوجية من خلال معارضة السلطة المحلية. [3]

---

(1) بكتاش عبد الحفيظ، عطوش بوليفان، **(تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة: 25-06-2015،ص ص، (19،20).

(2) الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، **يتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار**، الجريدة الرسمية العدد رقم 53 المؤرخة في 04 جويلية 1972.

(3) -عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص177.

إن الأحداث الواقعة في إقليم الدولة المضيفة تخلف آثار محدقة منها انتشار ظاهرة الإرهاب والقتل وتخريب الممتلكات سواء العمومية أو التابعة للخواص وهذا ما يؤدي إلى تغيير الجو العام في كل المجالات، مما ينعكس أثره سلبا على اقتصاد الدولة على وجه العموم وفي مجال تدفق الاستثمارات على وجه الخصوص.

لذلك فإن الاضطرابات المدنية تعتبر من أخطر المخاطر التي تواجه المستثمرين، فتدفعهم للابتعاد عن المناطق المتوترة وقد يضطرون لسحب وتصفية مشاريعهم الاستثمارية في تلك المنطقة المتوترة.[1]

ومن أجل استقطاب الاستثمارات الأجنبية تسعى الدول لتوفير مناخ استثماري ملائم، وهذا ما فعلته الدولة الجزائرية بتكريس مبدأ التعويض عن الخسائر الناجمة عن الحروب والاضطرابات ولغرض طمأنة المستثمرين الأجانب وتشجيعهم على الاستثمار في الجزائر، وذلك بإبرامها العديد من الاتفاقيات تتعلق بتشجيع وضمان الاستثمارات، وهذا ما جاء في الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات، حيث نصت المادة 5 منها على ما يلي: (يستفيد مستثمرو أحد الطرفين المتعاقدين الذين لحقت باستثماراتهم خسائر على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بسبب حرب أو أي نزاع مسلح آخر أو ثورة أو حالة طوارئ وطنية أو انتفاضة أو عصيان أو شغب على إقليم الطرف المتعاقد الأخير، من قبل هذا الأخير، فيما يخص الاستعادة والإصلاح والتعويض أو تسوية أخرى).[2]

3-عدم الاستقرار السياسي:

إن عدم الاستقرار السياسي يؤثر سلبا على تدفق الاستثمارات الأجنبية، فالتغييرات المفاجئة في الأنظمة السياسية للدول المستوردة لرؤوس الأموال الأجنبية تتبع في الغالب بقرارات سياسية إدارية هامة تؤثر على السياسة الاقتصادية العامة للدولة، فقد تتحول من نظام محفز ومشجع للاستثمار الأجنبي إلى نظام معادٍ ومعرقل له.

---

(1) بكتاش عبد الحفيظ، عطوش بوليفان، المرجع السابق، ص15.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 02-226 المؤرخ في 22 جوان 2002، **يتضمن التصديق على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات**، الموقع بالجزائر في 21 مارس 2000، الجريدة الرسمية، العدد45 المؤرخة 30 جوان 2002.

فأي تغيير سياسي سينجر عنه تبعات تؤثر على الوضع الاقتصادي للبلاد بصفة عامة لأنها تمس بمجالات هامة مثل: تحويل رؤوس الأموال والضرائب والقيود الإدارية ومنافسة القطاع العام ورقابة الأسعار والقيود على الاستيراد والتصدير، لذلك فإن الإجراءات الإدارية والتجارية والمالية المترتبة عن التغيير في نظام الحكم تمس بمصالح المستثمرين وتؤثر على وضع مؤسساتهم.[1]

الفرع الثاني: ضمان حماية الاستثمار من الإجراءات الانفرادية

في إطار تنفيذ السياسةالاستثمارية تقوم الدولة المضيفة للاستثمار بإجراءات وا إصلاحات على النظام القانوني المتعلق بالاستثمارات الأجنبية خدمة لأهدافها التنموية، بيد أن هذه الإجراءات والإصلاحات تمس بالسير العادي للمؤسسة كما يترتب عنها الإضرار بالفوائد الناتجة عنها وحرية التصرف فيها وبالامتيازات والضمانات الممنوحة للمستثمرين[2] ومن هذه الإجراءات:

أولا- التأميم:

يعتبر التأميم من أخطر الإجراءات الانفرادية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة، إذ يعرف التأميم على أنه :"الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسسة خاصة تابعة لشخص طبيعي أو معنوي إلى الدولة مقابل تعويض عادل ومنصف".

وقد يعرف على أنه:" إجراء سيادي تقوم به الدولة عن طريق إصدار تشريع أو قرار إداري يقضي بنقل ملكية المشروعات الخاصة تابعة لتصبح ملكا للدولة مقابل تعويض مناسب".

فالتأميم يتم بموجب قر ارات عمدية قانونية مدروسة مسبقا تنتج عنه نتائج ذات طابع سياسي واقتصادي تمس بحقوق المستثمر الأجنبي وهي حرمانه من ملكيته.[3]

---

(1) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص175.

(2) المرجع نفسه ، ص178.

(3) حسين نوارة، **(حماية ملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر)**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون،كلية الحقوق جامعة مولود معمري- تيزي وزو، تاريخ المناقشة 16 ماي 2013، ص ص، (39،40).

من خلال التعريفات السابقة نستنتج أن التأميم يقوم على ثلاث عناصر أساسية :

- من حيث الشكل: يجب أن يصدر التأميم بقرار أو على شكل قانون من قبل السلطة العامة في الدولة سواء كانت تنفيذية أو تشريعية.
- من حيث الموضوع: فالتأميم يرد على الأموال الخاصة سواء عقارية كانت أو منقولة ولا يمكن تصور أن يرد التأميم على أموال عام تملكها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.
- من حيث الهدف: فالغاية من التأميم هو تحويل الملكية الخاصة إلى الدولة ويكون ذلك بوضع الأموال تحت سيطرة الدولة سيطرة كاملة.

لذا فقد أضحى التأميم من الإجراءات التي يخشاها المستثمرين الأجانب لأنه يمس جميع الأملاك العقارية والمنقولة للأجانب. [1]

ثانيا-نزع الملكية للمنفعة العامة:

كذلك مما يتعرض له المستثمر داخل إقليم الدولة المضيفة إلى إجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، فقد عرفه البعض على أنه: " ذلك الإجراء الإداري بمقتضاه يحرم الشخص من ملكيته وحقوقه جبرا من أجل المصلحة العامة مقابل تعويض عادل ومنصف".[2]

في حين عرفه آخرون بأنه: " تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة ".[3]

من خلال ما سبق يتضح أن نزع الملكية هو إجراء إداري يتم بموجب قرار على أساسه يتم نقل الملكية إلى ملكية، بحيث يهدف إلى تمليك الدولة لدواعي المصلحة العامة وذلك دون تمييز بين الوطنيين والأجانب وتلتزم الإدارة النازعة للملكية مقابل ذلك بأداء تعويض في كل الحالات.

---

(1) بكتاش عبد الحفيظ، عطواش بوليفان، المرجع السابق، ص30.

(2) قدواري فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص49.

(3) آيت شعلال وردية، **(ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية)**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة-بومرداس- تاريخ المناقشة:21 جوان 2006، ص96.

هذا ويختلف إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة عن التأميم كون أن نزع الملكية يتم بموجب قرار إداري ينصب على عقار وا ٍجراءاته تكون طويلة ومعقدة ليكتسي الطابع القانوني وتسير العملية في إطارها الشرعي وهو قابل للطعن أمام القضاء، أما التأميم فهو إجراء يصدر عن السلطة العليا للدولة ويكون غير قابل للطعن ومحله ينصب على المشاريع الاستثمارية.[1]

لقد نصت معظم التشريعات على حق السلطة العامة في نزع الملكية لصالح المصلحة العامة مقابل دفع تعويض عن هذا الإجراء، كما ورد في المادة 677 من القانون المدني الجزائري، التي نصت على أنه :(لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل).

من خلال النص السابق يتضح أن نزع الملكية وا ٍن كان يرد على الحقوق الفردية إلا أنه يخضع لمقتضيات الصالح العام، وأن النزع لا يرد إلا على العقارات وتستبعد من دائرته الأموال المنقولة، ويكون في جميع الحالات مصحوبا بالتعويض.[2]

ثالثا -الاستيلاء:

يعرف الاستيلاء على أنه: " إجراء مؤقت تمارسه السلطة العامة المختصة في حالات الاستعجالية والضرورية يحصل بمقتضاه الانتفاع ببعض الأموال الخاص وذلك لضمان حاجات البلاد وضمان سير المرفق العام مقابل تعويض لاحق".[3]

وقد نص المشرع الجزائري عن هذا الإجراء في المادة 679 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء في الفقرة 2 ما يلي:

(إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء).

من خلال ما سبق نستنتج أن الاستيلاء إجراء استثنائي يتعلق بظرف معين و يشمل كل الأشخاص بما فيهم المستثمرين وطنيين كانوا أو أجانب، ويتميز عن باقي الإجراءات الأخرى

(1) حسين نوارة، المرجع السابق، ص ص، (45-47).

(2) كعباش عبد الله، المرجع السابق، ص56.

(3) حسين نوارة، المرجع السابق، ص 53.

كونه لا يقتصر على العقار فقط بل يشمل كل الأموالو لا يجرد المستثمر من ملكيته بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه الجوهر ية على استثماره لحين زوال السبب.[1]

هذا وقد التزم المشرع الجزائري بدفع تعويض للمستثمرين في حال تعرضهم للاستيلاء، حيث نصت المادة 23 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على ما يلي:

(زيادة عن القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يترتب عن هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف).

رابعا - المصادرة:

يمكن تعريف المصادرة على أنها:" إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل".[2]

أو هي: "إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة بغرض الاستيلاء على أموال بعض الأشخاص سواء كانوا وطنيينأو أجانب ودون دفع تعويض، وتتخذ شكلا قضائيا وا ٍداريا"، والبعض يصنفها إلى مصادرة قضائية ومصادرة إدارية [3]

فالمصادرة القضائية هي إضافة مال يملكه الجاني إلى ملك الدولة دون أي مقابل، وهي تصدر عن المحاكم كعقوبة تكميلية لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون، وذلك بمقتضى حكم قضائي.[4]

أما المصادرة الإدارية فهي التي تتم بموجب قرار إداري، وهي إجراء ذو طابع وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة، وفق للشروط المحددة في القانون دون الحاجة إلى إصدار قرار أو حكم قضائي يقضي بها.[5]

---

(1) آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 97.

(2) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق،ص 276.

(3) آيت شعلال وردية، المرجع السابق، ص 95.

(4) بكتاش عبد الحفيظ، عطواش بوليفان، المرجع السابق، ص31.

(5) حسين نوارة، المرجع السابق، ص50.

وبصفة عامة فإن المصادرة تختلف عن التأميم من حيث أن سبب نزع الملكية في المصادرة هو نتيجة لارتكاب جريمة بينما سبب نزع الملكية في التأميم هو رغبة الدولة في إحداث اقتصادي.[1]

ولقد نصت الاتفاقيات المتعلقة بحماية الاستثمار ات التي صادت عليها الجزائر على المصادرة كصورة من صور نزع الملكية التي تقوم بها الدولة، من بين هذه الاتفاقيات نذكر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وذلك ما جاء في نص المادة 1/18:(يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة...الخسائر المترتبة على...اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة..).[2]

خامسا-خطر العجز عن التحويل:

من بين المخاطر التي يتخوف منها المستثمر الأجنبي تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة بعد إنشاء المشروع الاستثماري، بهدف تقييد وعرقلة المستثمر الأجنبي على تحويل وا ٍعادة تحويل أصول استثماره إلى الخارج، ويتمثل هذا الخطر في حالة اتخاذ الدولة المضيفة للاستثمار إجراءات من شأنها تعجيز قدرة المستثمر على تحويل أصول استثماره وفوائد مشروعه الاستثماري إلى الخارج، ويتم التقيد بصفة مباشرة أو غير مباشرة وسواء تم فرضها بواسطة إجراءات قانونية أو عن طريق تماطل وتراخي الدولة المضيفة على الموافقة لطلب التحويل المقدم من قبل المستثمر، وقد يكون بواسطة عراقيل بيروقراطية، ويتخذ خطر العجز عن التحويل صورتان أساسيتان وهما: رفض إعادة التحويل وفرض سعر صرف تمييزي.

- رفض إعادة التحويل:

يكون ذلك بفرض الدولة المضيفة قيود تحول دون قدرة المستثمر على تحويل أمواله إلى الخارج ويكون الرفض صريحا عندما تعبر الدولة عن نيتها في التقييد التام لحرية المستثمر في التصرف في أمواله، ويكون الرفض ضمنيا في حالة سكوت الدولة وعدم الرد على الطلب الذي

(1) قدواري فاطمة الزهرة، المرجع السابق،ص51.

(2) المادة 18 من **الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار**، السابقة الذكر.

قدمه المستثمر بشأن إعادة التحويل، أو تأخرها عن إعلان موافقتها خلال فترة معقولة.

- فرض سعر صرف تمييزي:

يتحقق ذلك عندما تقوم السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار بفرض سعر صرف تمييزي ضد المستثمر الأجنبي تمييزا واضحا، كتلاعب الدولة بمعدلات وأسعار الصرف.[1]

المطلب الثاني: ضمان حماية الاستثمار عن طريق التعويض

فإذا كان للدولة الحق في تجريد وحرمان المستثمر الأجنبي من مشروعه الاستثماري لاعتبارات المنفعة العامة وفي إطار ممارسة امتيازات السلطة العامة، فإن المستثمر الأجنبي له الحق في المطالبة بالتعويض استنادا للقانون الداخلي للدولة المضيفة وفي إطار الاتفاقيات الدولية.

لذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم التعويض(الفرع الأول) وذلك من خلال تعريفه وذكر خصائصه، وسنتعرض إلى طرق تقدير قيمة التعويض وأساليب دفعه(الفرع الثاني)،وأخيرا لموقف المشرع الجزائري من التعويض(الفرع الثالث).

الفر ع الأول: مفهوم التعويض

أصبح من الثابت حصول المستثمر الأجنبي على التعويض في حالة قيام الدولة بإجراءات تمس بمشروعه الاستثمار، وعلى هذا النحو سنقوم بتعريف التعويض، ثم نبين خصائص التعويض المكرسة في القانون الجزائري.

أولا- تعريف التعويض:

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية إذا قامت بإنهاء اتفاقية الاستثمار بسبب التأميم الذي تجريه على المشروع الاستثماري أو بسبب نزع الملكية للمنفعة العامة أو بسبب إجراء آخر له نفس النتائج بالتعويض المادي للمستثمر الأجنبي.

(1) بكتاش عبد الحفيظ، عطواش بوليفان، المرجع السابق،ص ص،(34،35).

ويقصد بالتعويض "الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة المضيفة بسبب الإجراءات التي قامت بها من شأنها أن تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره".[1]

وعليه فقد وقع خلاف بين الدول المصدرة للرأس المال والدول المستوردة له حول مضمون هذا التعويض، فالدول المصدرة لرؤوس الأموال ترى أن التعويض حق ممنوح للمستثمر نتيجة لإخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها، ففي هذه الحالة تكون مجبرة بأداء تعويض يشترط فيه أن يكون فوري وملائم وفعال وذلك وفقا للقواعد المعمول بها في قانون الدولي، أما الدول المستوردة لرؤوس الأموال تعترف كذلك بحق المستثمر في التعويض في حال قيامها بإجراءات من شأنها أن تحرم المستثمر من حقوقه الجوهري على استثماره، وهذه الإجراءات التي تقدم عليها الدولة المضيفة يجب أن تكون مبررة كتحقيق المصلحة العامة، فإذا تحققت هذه الشروط وجب على الدولة أن تدفع للمستثمر تعويضا بشرط أن يكون عادلا ومناسبا وفقا للقواعد المعمول بها في القانون الداخلي للدولة المضيفة.[2]

من خلال ما سبق يمكن القول بأن مسألة التعويض يتعين تسويتها وفق التشريع الداخلي للدولة صاحبة الإجراء، وحسب الظروف التي تقدرها تلك الدولة والتي تراها مناسبة، وليس كما يطلبها المستثمر الأجنبي والدولة التابعة له.[3]

ثانيا-خصائص التعويض:

يحظى التعويض في مادة الاستثمار بأهمية بالغة، ولقد استعملت عبارات كثيرة لخصائص التعويض تختلف باختلاف المصالح السياسية والاقتصادية[4]، إلا أن المشرع الجزائري قد تبنى قاعدة التعويض العادل والمنصف.

---

(1) حسين نوارة، المرجع السابق،ص93.

(2) بكتاش عبد الحفيظ، عطواش بوليفان، المرجع السابق، ص ص،(44،45).

(3) كعباش عبد الله، **(مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه أموال المستثمر الأجنبي)**، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق "بن عكنون" جامعة الجزائر(1)، السنة الجامعية 2013/2012، ص339.

(4) قدواري فاطمة الزهرة، مرجع سابق، ص54.

1-التعويض العادل:

إن الحماية القانونية للاستثمار الأجنبي تكمن في منح التعويض للمستثمر الأجنبي في حال تعرضه للمخاطر غير التجارية في إقليم الدولة المضيفة، سواء كانت مخاطر سياسية أو إجراءات انفرادية، وذلك إذا استدعت ضرورة المصلحة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 22 من الدستور الجزائري بأنه:(لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض **عادل** ومنصف).[1]

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن المشرع الجزائري كرس فعلا التعويض العادل للمستثمر الأجنبي، وهذا ما يخلق نوع من الثقة و الاطمئنان في نفسية المستثمر، والتعويض العادل يجب أن يغطي كل الأضرار التي لحقت بالمستثمر الذي انتزعت ملكيته وأن يكون مساويا للقيمة الحقيقية للمشروع الاستثماري[2]، وهذا ما أكدته المادة 21 من القانون رقم 91-11 على أنه: (يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية **عادلا** ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية)[3]

من خلال هذه المادة يتبين لنا أن الدولة الجزائرية في حالة ما إذا قامت بإجراء نزع الملكية للمستثمر الأجنبي، وهذا الأخير تعرض لخسارة سوف تعوض له ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب أي تضمن له كافة المخاطر التي مست به جراء هذا الإجر اء.

2-التعويض المنصف:

إن تحديد التعويض **المنصف** يقتضي الأخذ بعين الاعتبار حقوق المستثمر الذي انتزعت ملكيته وما لديه من ديون في مواجهة الدولة المضيفة، أي حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين (الدولة والمستثمر الأجنبي) في نفس الوقت عند تحديد مقدار التعويض المستحق، فمن حق الدولة الأخذ بعين الاعتبار الديون الضريبية التي تتجاوز مقدارها أحيانا مبلغ التعويض، وبعض

(1) الأمر رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، **يتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية عدد14 المؤرخة في 7 ماس 2016.

(2) بكتاش عبد الحفيظ، عطواش بوليفان، المرجع السابق،ص49.

(3) القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 **يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية**، الجريدة الرسمية، العدد 21 سنة 1991.

الدول ذهبت إلى أبعد من ذلك فأخذت بعين الاعتبار الفوائد المبالغ فيها التي تحصلت عليها الشركة الأجنبية.[1]

إن المشرع الجزائري أكد في العديد من النصوص القانونية على ضرورة دفع التعويض المنصف، وهذا ما نجده في نص المادة 22 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، التي تنص على أنه: (....لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليه في التشريع المعمول به، ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل و**منصف**).[2]

عند استقرائنا لهذه المادة يتبين لنا أنه يترتب على كل إجراء تقوم به الدولة ويمس بالمشروع الاستثماري للمستثمر الأجنبي تقديم تعويض منصف، أي يقوم التعويض في هذه الحالة على أساس الإنصاف.

الفرع الثاني: تقدير قيمة التعويض وأساليب دفعه

تعتبر مسألة تقدير التعويض ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي لأنها تتضمن حقوقه ومصالحه الاقتصادية، لذلك فقد اختلفت تقدير قيمة التعويض وأساليب دفعة نتيجة لقيام الدولة بإجراءات تمس بحقوق المستثمر على استثماره.

وسنتناول تقدير قيمة التعويض(أولا) وأساليب دفع التعويض(ثانيا).

أولا-تقدير قيمة التعويض:

هناك عدة طرق لتقدير التعويض عن الإجراءات التي باشرها الدولة من نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأميم أو التدابير المماثلة.

1-طريقة القيمة الحالية للمشروع:

حسب هذه الطريقة يشمل التعويض كافة مبالغ الاستثمارات والأرباح التي كانت متوقعة مع خصم مبالغ الإهلاك المحققة،[3] وهي طريقة تقوم على أساس الرفع من قيمة التعويض وذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار "الفوائد المحتملة" خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات

(1) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص345.

(2) القانون 16-09 **المتعلق بترقية الاستثمار**، السابق الذكر.

(3) حسين نوارة، مرجع سابق، ص215.

التأميم أو نزع الملكية، ولقد تبنت هذه الطريقة قضية(Aminoil) بحيث أخذت بعين الاعتبار الفوائد المحتمل تحقيقها من قبل المؤسسة، كما طبقتها الجزائر عند تأميم مصالح الشركات الأمريكية والانجليزية[1]

2-طريقة القيمة الحسابية الصافية:

تسمى بطريقة الحصيلة، تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة في حصيلة الشركة المؤممة أو المسخرة مقارنة مع معدل الأرباح التي تحققها شركة أخرى شبيهة وفي بلد آخر.[2]

لكن هذه الطريقة رفضت من قبل المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية لأنها تقلل من قيمة التعويض، خصوص وأنها تعتمد على فكرة المقارنة الأمر الذي يجعلها تفقد نوعا من الموضوعية.[3]

3-طريقة قيمة السوق:

تعتمد هذه الطريقة في تقدير التعويض عن ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة، مع الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة، وذلك استنادا إلى معطيات السوق الأمر الذي يجعلها تحقق نوعا من العدل بالنسبة للطرفين لأنه تقدير فعلي للقيمة الحقيقية للأموال المنزوعة أو المؤممة، فحسب هذه الطريقة يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض يغطي كافة الأضرار التي لحقت به[4].

وتعتبر هذه الطريقة الأكثر استعمالا لأنها تقوم على أساليب موضوعية وواقعية في تقدير قيمة التعويض، وقد تم تجسيد هذه الطريقة في العديد من الاتفاقيات الدولية من بينها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصت في المادة 2/4 ما يلي: (إن مبلغ التعويض يجب

(1) عيبوط محند وعلي ،مرجع سابق، ص327.

(2) حسين نوارة، مرجع سابق، ص 216.

(3) عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 328.

(4) حسين نوارة، مرجع سابق، ص217.

أن يساوي القيمة السوقية للاستثمار المعني مباشرة، قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأول)[1].

4-طريقة المقاصة :

تعتمد طريقة التعويض عن طريق المقاصة على الموازاة بين الأرباح التي تحققها الشركة وقيمة رأس مال المستثمر وبين الأضرار التي تمس بالاقتصاد الوطني من جراء عدم الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية، أو نتيجة التسرع في تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحققة إلى الخارج بشكل لا يخدم أهداف الدولة.[2]

فأهم ما يؤخذ بعين الاعتبار في هذه الطريقة هي الأرباح التي تحققها المؤسسة بشكل غير متناسب مع قيمة الاستثمارات المنجزة، مقارنة مع أرباح التي تحققها مؤسسة نفسها في بلد آخر وهو ما يجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة.[3]

5-طريقة قيمة المشروع في البورصة:

تهدف هذه الطريقة إلى تقدير قيمة التعويض على أساس قيمة أسهم الشركة المؤممة في البورصة، فهي تخص سوى الشركات التي لها قيمة في البورصة، وهي طريقة تعرض الأطراف المعنيين بالإجراء إلى نوع من المخاطرة نظرا لسرعة التقلبات التي تتعرض لها الأسهم في البورصة مما يجعلها نادرة الاستعمال.[4]

ونظرا لتعدد الحلول المقترحة لتقدير التعويض أصبح من الصعب التوصل إلى قاعدة دولية متفق عليها، إذ يحاول كل طرف فرض الطريقة التي تخدم مصالحه فالدول المصدرة لرأس المال تسعى إلى الرفع من قيمة التعويض لتغطية الأضرار الملحقة بها، في حين تسعى الدول المستقطبة لرؤوس الأموال الأجنبية التخفيض من مقدار التعويض لتفادي آثاره السلبية

---

(1) المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 28 ماي 2005، **يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات**، الموقعة بلشبونة يوم 15 سبتمبر2005، الجريدة الرسمية العدد:37.ص18.

(2) عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص328.

(3) حسين نوارة، المرجع السابق، ص 218.

(4) حسين نوارة، مرجع سابق، ص218.

على اقتصادها، وذلك بالاعتماد على وسائل مختلفة مثل تخفيض الديون الضريبية من مقدار التعويض أو بالاعتماد على "الفوائد المبالغ فيها" التي سبق للمؤسسة الأجنبية تحقيقها قبل الشروع في إجراءات التأميم[1].

ثانيا- أساليب دفع التعويض:

تختلف أساليب دفع التعويض وذلك حسب الطريقة المتفق عليها بين المستثمر و الدولة المضيفة.

1- دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل:

إن القانون الدولي لا يلزم الدولة المستقطبة للاستثمار بدفع تعويض للمستثمر بعملة مختلفة عن عملتها الوطنية، لكن في إطار تشجيع الاستثمارات الأجنبية استجابت البلدان النامية لرغبة المستثمر في حصوله على تعويض بعملة أجنبية قابلة للتحويل ولا يشترط أن تكون من نفس عملة البلد المصدر للاستثمار، إذ يكفي أن يتم التعويض بعملة صعبة مع العلم أن معظم الدول المستقطبة لرؤوس الموال الأجنبية تملك عُملات غير قابلة للتحويل، وقد تم تكريس هذا الحق في العديد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمارات التي أبرمتها الجزائر[2] منها الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال حيث جاء في المادة 2/4 ما يلي:(....إن مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية للاستثمار المعني مباشرة.... ويدفع التعويض بعملة قابلة للتحويل طبقا لتشريع الصرف لدى الطرف المتعاقد المعني بدفع التعويض...)[3].

2- دفع التعويض عينا:

بالإضافة إلى التعويض النقدي قد تلجأ بعض الدول المضيفة للاستثمار إلى وسيلة التعويض العيني الذي يتم عادة في شكل كمية من المواد الأولية المتوفرة لديها بحيث تسلمها إلى الطرف المتضرر، هذا الأسلوب تستعمله الدول بسبب الصعوبات المالية التي تواجهها في بعض الحالات، وقد نص المشرع الجزائري على إمكانية حلول التعويض العيني محل التعويض

(1) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 329.

(2) عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 351.

(3) الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والبرتغال **حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات**، السابقة الذكر.

النقدي في التعويض، وذلك ما نصت عليه 2/25 من القانون 11/91 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، على ما يلي:(يبلغ القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل إلى كل واحد من المالك أو من ذوي الحقوق العينية أو المنتفعين.

ويرفق إذا أمكن باقتراح تعويض عيني يحل محل التعويض النقدي المنصوص عليه أعلاه)[1]، لكن الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي في مجال التعويض في البلدان النامية جعلت دولهم الأصلية تلجأ إلى تقنية الحلول.

3-تقنية الحلول:

في هذه الطريقة تتدخل الدولة التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي من خلال الضمانات التي تمنحها لرعاياها الذين يقومون بإنجاز مشاريع استثمار في الخارج، ويتم ذلك في شكل عقود تأمين ضد المخاطر غير التجارية التي يواجهها مستثمروها في الخارج، فهذه الوسيلة من شأنها أن توفر حماية إضافية للمستثمر نظرا لحلول الهيئة المؤمنة في كل الحقوق التي يتمتع بها المستثمر مما يسمح له الحصول على تعويض مقابل كل الأضرار اللاحقة به بسبب تصرفات الدولة المضيفة ولا يمكن للدولة الأصلية أن تحل محل المستثمر إلا بعد التأكد من دفع التعويض[2].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض

سنتناول موقف المشرع الجزائري في القانون الداخلي وفي ظل الاتفاقيات الدولية.

أولا-موقف المشرع الجزائري من التعويض في القانون الداخلي :

من المستقر عليه في القواعد العامة المعمول بها أن يلتزم كل شخص يسبب بخطئه ضررا للغير بدفع تعويض، ولقد أجمعت مختلف التشريعات على ضرورة دفع تعويض للمستثمر في حال تعرضه لإجراءات تؤدي إلى حرمانه من أمواله.[3]

ولقد اعترف المشرع الجزائري بحق المستثمر الأجنبي في الحصول على تعويض نتيجة للإجراءات التي تقوم بها الدولة المضيفة و التي من شأنها تجرد المستثمر من ملكيته، وعلى ذلك

---

(1) القانون 11/91 **يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة**، السابق الذكر.

(2) عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص ص،(352،353).

(3) حسين نوارة، المرجع السابق، ص95.

فقد نص الدستور الجزائري في المادة 22: (لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف)

كما أكد أيضا المشرع الجزائري حق أي شخص في التعويض في حال تعرضه لإجراءات تقوم بها الدولة وتمس بملكيته، وذلك ما نصت عليه المادة 677 من القانون المدني الجزائري بأنه:(لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل).

من خلال نص المادتين السابقتين يتبين أن سلطات الدولة لا تقدم على أي إجراء يحرم المستثمر أو المالك من مشروعه أو ملكيته إلا إذا كان ذلك مبررا قانونا ويترتب عن نزع الملكية ضرورة دفع تعويض عادل ومنصف للشخص الذي انتزعت ملكيته.

ثانيا-موقف المشرع الجزائري من التعويض في الاتفاقيات الدولية:

لقد أكدت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمارات الأجنبية التي صادقت عليها الجزائر على وجوب دفع التعويض عن الإجراءات التي تقوم بها الدولة كنزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء آخر من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوق العقارية والمادية والمعنوية[1]، وقد تكفلت الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر و المتعلقة بحماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية بدفع التعويض للمستثمرين الأجانب وذلك عن طريق إنشاء مؤسسات أنشئت لهذا الغرض من بينها اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[2] وكذا الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات[3]، حيث تلتزم هذه المؤسسات في حال تحقق

(1) حسين نوارة، المرجع السابق، ص102.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر1995، **يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار**، الجريدة الرسمية العدد66 الصفحة:3 الصادرة في 5 نوفمبر 1995.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أفريل 1996، **يتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات**، الجريدة الرسمية عدد 26 الصادرة في 24 أفريل 1996.

الخطر غير التجاري المضمون بتعويض المستثمر عن الخسائر الناتجة عن هذا الخطر طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الضمان الذي يربط الطرفين.

حيث تنص المادة 1/2 من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن (الغرض من المؤسسة هو تأمين المؤمن له العربي بتعويضه تعويضا مناسبا عن الخسائر الناجمة عن المخاطر المحددة في هذه الاتفاقية وذلك عن طريق التأمين المباشر أو إعادة التأمين).

كما نصت أيضا الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ومصر على دفع التعويض، وذلك ما جاء في المادة 2/5 منها :(....يجب أن تصاحب إجراءات نزع الملكية إذا اتخذت تدابير دفع تعويض مناسب وفعلي....).[1]

وكذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا حيث نصت المادة 1/4/ج منها على مايلي:(...تكون التدابير المتخذة مزودة ومصحوبة بأحكام تنص على دفع تعويض حقيقي وملائم وكذلك طرق دفع هذا التعويض)[2].

يستفاد مما سبق أن الدول تسعى لإبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمار وذلك لخلق نوع من الضمان والحماية للمستثمر الأجنبي من خلال تكريس مجموعة من القواعد، لذلك قد أضحت الاتفاقيات الدولية من أفضل وسائل التعاون على المستوى الدولي بين الدول المصدرة للرؤوس الأموال والدول المستوردة لها.

---

(1) المرسوم رئاسي 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998، **يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات**، الموقعة في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، الجريدة الرسمية العدد 76 المؤرخة في11 أكتوبر 1998.

(2) المرسوم رئاسي94-328 المؤرخ في 22 أكتوبر 1994، **يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا**، الموقعة بالجزائر يوم 28 جوان 1994، الجريدة الرسمية العدد:28 المؤرخة في 26 أكتوبر 1994.

المبحث الثاني: ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

لما كانت عقود الاستثمار تبرم بين الدولة صاحبة السلطة والسيادة وبين المستثمر الأجنبي كشخص خاص، وتميز موضوعها بطبيعة خاصة، فضلا عن التركيبة الفنية المعقدة لهذه العقود هذه الخاصية التي تتميز بها عقود الاستثمار دفعت بالمستثمرين الأجانب للبحث عن الوسائل المحايدة والفعالة لتسوية المنازعات التي قد تثور بينهم وبين الدولة المضيفة، وعلى الرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم إلا أن التحكيم أضحى الطريقة المثلى لتسوية منازعات عقود الاستثمار نظرا لما يوفره من ضمانات قضائية خصوصا الحياد والاستقلالية، وهو ما يجعل التحكيم التجاري الدولي القضاء الطبيعي في هذا المجال، لذلك فإن التحكيم يعد ضمانة قضائية له طبيعة خاصة، وهذا ما يدفعنا لإثارة العديد من التساؤلات:فيما تكمن خصوصية التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار؟ وما هو الدافع وراء لجوء الأطراف إلى التحكيم؟ وكيف نظم المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

في المطلب الأول سنتناول الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعات عقود الاستثمار، أما في المطلب الثاني سنتناول تفعيل اتفاق التحكيم لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول: الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

على الرغم من أهمية الوسائل البديلة عن التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار وخاصة التوفيق والصلح، فإنه لا يزال التحكيم الطريق المثلى لتسوية هذه المنازعات، ويمكن القول بأن عقود الاستثمار أصبحت لا تتم بغير وجود اتفاق التحكيم من شأنه أن يحيل المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم، إلا أن التحكيم في عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى ويرجع ذلك لنوعية المشاكل التي

يجب على هيئات تحكيم عقود الاستثمار التصدي لها، والتي تتبع أساسا من كون أحد أطراف هذه العقود يمثل شخصاً عاماً يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص[1].

الفرع الأول: الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار

يتسم التحكيم في عقود الاستثمار بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، ويرجع ذلك لاختلاف نوعية المشاكل التي تعرض على هيئات التحكيم، والتي تتبع أساسا من كون أحد أطراف هذه العقود يمثل شخصا عاما يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص، ولما كان للتحكيم دورا بارزا في حسم منازعات عقود الاستثمار فضل الأطراف اللجوء إليه وذلك راجع لعدة أسباب.

أولا-خصوصية اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار:

تكمن خصوصية الاتفاق على التحكيم في منازعات عقود الاستثمار في صفة أطرافه المختلفين في المراكز القانونية، الدولة كشخص من أشخاص القانون العام من جهة والمستثمر الأجنبي كشخص خاص من جهة أخرى.

1-الدولة كشخص عام:

تكون الدولة طرف في اتفاق التحكيم عن طريق المؤسسات العامة أو الهيئات التابعة لها وذلك بإقرار صادر من الدولة على شكل مصادقة من السلطة المخولة قانونا، ويتم ذلك بنصوص تشريعية تجيز للهيئة العامة المتعاقدة الموافقة على عرض النزاع على التحكيم[2].

وكما هو منصوص عليه في التشريع الجزائري أنه لا يمكن للأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي إلا في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أو في مجال الصفقات العمومية[3].

---

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص349.

(2) حمداني محمد، **(التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال،جامعة محمد خيضر -بسكرة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية:2016/2015، ص14.

(3) الفقرة 3 من المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر.

2-المستثمر الأجنبي كشخص خاص:

الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة قد يكون شخص طبيعي أو شخص معنوي، فالمستثمر كشخص الطبيعي يكون حاملا لجنسية دولة أخرى خلاف الدولة المتعاقدة في تاريخ إبرام عقد الاستثمار أو تاريخ الاتفاق على التحكيم[1]، لكن نادرا ما يكون الطرف الأجنبي شخصا طبيعيا وذلك لأن عقود الاستثمار تتطلب خبرات فنية وتقنية ومواد مالية عملاقة قد لا تتوافر إلا لدى الأشخاص المعنوية ومع ذلك لا مانع لأن يكون الطرف الأجنبي المتعاقد شخصا طبيعيا

أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي كشخص معنوي فهو من يحمل جنسية دولة أخرى خلاف الدولة المتعاقد في تاريخ الاتفاق على التحكيم.

وا إذا كان الشخص المعنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة في تاريخ الاتفاق على التحكيم، فيعتبر أجنبيا من خلال الرقابة التي تمارس عليه من طرف المصالح الأجنبية[2]

ثانيا-مبررات اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار:

يلعب التحكيم دورا هاما في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار، لذلك يفضل أطراف عقد الاستثمار اللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي قد تنشأ بينهم، ويرجع ذلك لعدة أسباب منها: المزايا التي يتمتع بها التحكيم التي تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، وكذلك تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم، وأيضا اعتبار التحكيم ضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار.

1-مزايا التحكيم تتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار:

تتسم عقود الاستثمار بخصوصية معينة والناجمة عن طبيعة أطرافها، الدولة من جهة والمستثمر الأجنبي من جهة أخرى والعملية موضوع العقد، حيث يتعلق العقد بمشروع ضخم يستغرق تنفيذه عدة سنوات ويتطلب تكاليف وخبرات فنية عالية، ومع تلك الخصوصية فإن التحكيم يتمتع بالعديد من المزايا، منها السرعة في الإجراءات فهو قضاء مرن في إجراءاته بحيث يوفر الكثير من الوقت ويقلص الجهد مع ما يتناسب من ضخامة الاستثمارات والمبالغ

(1) المادة 2/25/أ من اتفاقية واشنطن، السابقة الذكر.

(2) المادة 2/25/ب من اتفاقية واشنطن السابقة الذكر.

المالية و الخبرات الفنية، والتحكيم يضمن للأطراف السرية خاصة وأن الجلسات تكون غير علانية والأحكام الصادر لا يتم نشرها مما يضمن الأسرار المرتبطة بالعقد والاختراعات السرية، كذلك يمنح التحكيم الحرية للأطراف كما أنه قضاء متخصص يكفل المعرفة والخبرة القانونية الفنية المتخصصة اللازمة لتسوية منازعات عقود الاستثمار.

2-تمسك المستثمر الأجنبي بشرط التحكيم:

نظرا لأن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة ذات سيادة من ناحية والمستثمر الأجنبي الخاص من ناحية أخرى، فإن قضاء الدولة المضيفة لا يقابل بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي بسبب الصعوبات التي قد يواجهها عند اللجوء إليه، لذلك يحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند النظر في المنازعات التي تطرح على محاكمها فضلا على أنه لا يثق في عدالة ونزاهة محاكم الدولة المضيفة.[1]

3-التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار:

من أجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية إلى إقليم الدولة المضيفة، لابد من توفير الحماية الكافية لتأمين الاستثمارات الأجنبية، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنينته، فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى توفير أكبر قدر من الضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق من نفسه، ومن أهم هذه الضمانات توفير ضمانات قضائية لحماية استثماراته، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ويتوقف وجوده على نقل رؤوس أموالهم عبر الحدود الدولية، لذلك حرصت الدول المضيفة على تكريس التحكيم في مختلف تشريعاتها وكذلك بموجب الاتفاقيات الدولية.[2]

---

(1) بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية** منشورات الحلبي الحقوقية،2009، لبنان، ص ص،(18،19،20،21).

(2) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص355.

الفرع الثاني: صور وآثار الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

إن العلاقة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أساسها عقد الاستثمار المبرم بينهما، فهي بذلك علاقة عقدية ينظمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حيث يتم الاتفاق على كل المسائل الجوهرية المتعلقة بحقوق والتزامات الطرفين، ومن بين هذه المسائل طرق تسوية النزاعات التي قد تنشأ بينهم والتي غالبا ما يتم الاتفاق على تسويتها عن طريق التحكيم التجاري الدولي، والاتفاق بين الدولة والمستثمر الأجنبي على التحكيم يشكل عقدا قائما بذاته، حيث يبرمه الأطراف بكامل حريتهم ويضمنون فيه من الشروط ما يؤدي إلى تنفيذه بحسن النية المطلوبة.

وعليه فإن اتفاق التحكيم يتخذ صورا عديدة كما يترتب عنه مجموعة من الآثار، حيث سنتناول صور الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في عقود الاستثمار(أولا) وآثار الاتفاق على التحكيم (ثانيا).

أولا-صور الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار:

طبقا للمواد 1006 و 1007 و1011 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن اتفاق التحكيم يكون إما شرطا في عقد لتسوية النزاعات التي قد تثور بين الطرفين وهذا ما يسمى بشرط التحكيم ، وا ٍما يكون اتفاق منفصل لتسوية نزاع سبق نشوءه وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم.

1-شرط التحكيم:

شرط التحكيم هو الاتفاق الوارد في بند من بنود عقد الاستثمار، يلتزم بمقتضاه الطرفان بعرض النزاع الذي قد ينشأ بينهم بشأن ذلك العقد على التحكيم، ويكون سابقا لحدوث النزاع. [1]

ويشترط في شرط التحكيم تحت طائلة البطلان أن يكون مكتوب وأن يتضمن تعيين المحكم أو المحكمين أو الطريقة التي سيتم تعيينهم بها[2]

ويتميز شرط التحكيم بالاستقلالية عن العقد الأصلي، بحيث لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي[3]

---

(1) حمداني محمد، المرجع السابق، ص ص،(30،31).

(2) المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2-مشارطة التحكيم:

مشارطة التحكيم هي الاتفاق على تسوية النزاع سبق نشوءه عن طريق التحكيم[1]، وقد أطلق عليه المشرع الجزائري اسم اتفاقية التحكيم في المادة 1011 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة على مايلي:(اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم).

وهو بذلك يكون منفصلا عن العقد الاستثمار الأصلي، ويشترط لصحته توافر ركنا الرضا والمحل والسبب، وتحصل مشارطة التحكيم كتابيا وتتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكيفية تعيينهم[2]، ويجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية .[3]

3-الاتفاق على شكل التحكيم:

مما لاشك فيه أن إرادة الأطراف هي المهيمنة على صيرورة التحكيم منذ بدايته إلى غاية نهايته بصدور الحكم، وعليه فقد منحت مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري الحرية المطلقة للأطراف في اختيار شكل المحكمة التحكمية التي سيعرض عليها النزاع، وهذا الاختيار يكون في صورة التحكيم الحر أوفي صورة التحكيم المؤسسي.

أ- التحكيم الحر:

التحكيم الحر أو التحكيم الخاص هو التحكيم الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة عقد الاستثمار خارج إطار أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم، بحيث يتولى الأطراف بأنفسهم تشكيل هيئة التحكيم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة أو الإحالة إلى قواعد التحكيم توضع لأجل هذا الغرض، فالتحكيم الحر هو تحكيم أُعد لحالة خاصة بعينها سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، لذلك فهو يحتاج ممن يختاره من الأطراف عناية كبيرة في تحديد كافة القواعد التي تنظمه في كافة مراحله،

(1) حمداني محمد، المرجع السابق، ص34.

(2) المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويتميز التحكيم الخاص بأنه أقل تكلف وأكثر مرونة وسرعة، ويسود اللجوء إليه في بعض المنازعات كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين.[1]

ب- التحكيم المؤسسي:

التحكيم المؤسسي أو التحكيم النظامي هو الذي يختار فيه الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكمية معينة وبمساعدتها، بحيث تضع مكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع وقد تحتفظ لنفسها باختصاصات معينة في تطبيق لوائحها المذكورة، ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكمية التي سيتم اللجوء إليها ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد أو في مشارطة التحكيمالتي يُ قعها الأطراف في شكل مستقل عن العقد، وقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات التجارة الدولية و الاستثمار ومن أهم مؤسسات التحكيم: محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريسICC، والمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطنICSID والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA.[2]

ثانيا-آثار الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

سبق وأن أشرنا إلى أن الاتفاق بين الدولة والمستثمر الأجنبي على التحكيم يشكل عقدا قائما بذاته كما يترتب عليه آثار عديدة، بيد أن هذه الآثار تختلف عن تلك الآثار المعهودة في القانون الخاص، وعليه فإنه يترتب على اتفاق التحكيم الآثار التالية:

1-القوة الملزمة لاتفاق التحكيم:

يقصد بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم تلك الرابطة الإلزامية التي ينشئها الاتفاق بين طرفيه والتي توجب على كل منهما تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ولكن هذه القوة الملزمة لا تخص سوى أطراف التحكيم وهي لا تلزمهم إلا بمضمون الاتفاق، إذا قام اتفاق التحكيم صحيحا بتوافر

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص359.

(2) المرجع نفسه، ص ص، (361،362).

جميع شروطه فإنه يكتسب ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد أي أنه يصبح منتج لآثاره[1]، ويرتب التزاما على عاتق الأطراف وهو الامتثال لإجراءات التحكيم وباقي المسائل المتعلقة به والامتناع عن عرض النزاع على قضاء الدولة[2].

2-استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي:

يعتبر اتفاق التحكيم المقرر كبند في العقد الأصلي مستقل عن هذا الأخير، وتتضمن استقلالية اتفاق التحكيم في اعتبار هذا الاتفاق يشكل عقدا ضمن العقد الآخر، أي أن اتفاق التحكيم يشكل عقدا معادلا للعقد الأساسي ويرجع ذلك أن لكل من العقدين موضوعا مختلف عن الآخر فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي يتعلق بحسم النزاعات الناشئة عن العقد الأصلي، أما العقد الأصلي فمحله تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، وعلية يترتب عن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أثرين وهما:

- عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي: بمعنى أن وجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نفاذه لا تتوقف على مصير العقد الأصلي، فإذا كان العقد الأصلي لم يدخل حيز النفاذ أو كان باطلا أو تم فسخه أو الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، فهذا لا يؤثر على فاعلية اتفاق التحكيم.
- الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي: ويعني خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فاستقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى نفس القواعد التي تحكم العقد الأصلي.[3]

3-الاختصاص بالاختصاص:

يقصد بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" هو أن يختص المحكم بتحديد اختصاصه والمنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطته، فإذا طعن أحد الأطراف في اختصاص

---

(1) مها عبد الرحمن الخواجا، **(امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير-دراسة في التشريع الأردني-)**، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2013/2012، ص66.

(2) لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة،2012، الجزائر، ص70.

(3) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص ص، (393،394،395).

هيئة التحكيم ودفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع أو دفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فهيئة التحكيم هي من لها سلطة الفصل في ذلك، ويترتب عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي.

فالأثر الإيجابي يعني السماح للمحكم للبت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية دون أن ينتظر من القضاء أن يمنحه هذا الاختصاص

أما الأثر السلبي فهوالسماح للمحكم ليس فقط للبت في مسألة اختصاصه وا ٍنما للفصل فيها أولا وقبل أي جهة أخرى، بمعنى أنه يمتنع على قضاء الدولة البت في المسائل التي تدخل في اختصاص المحكم وهو ما يعرف بالأثر المانع لاتفاق التحكيم.[1]

المطلب الثاني: تفعيل اتفاق التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

إن إعمال قواعد التحكيم التجاري الدولي تقتضي نشوء نزاع بين الطرفين يربطهما اتفاق أو شرط تحكيم وضع مسبقا أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى التحكيم، حيث تنشأ هذه المنازعات في عقود الاستثمار بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته العقدية، أو بسبب قيام الدولة بإجراءات انفرادية، تشريعية أو تنظيمية تؤثر بصورة كبيرة على عقد الاستثمار الذي يربطها بالمستثمر الأجنبي وخاصة على إمكانية تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، ولضمان فعالية التحكيم فقد ارتكزت مختلف التشريعات والنظم المنظمة له على إرادة الأطراف في سير إجراءات التحكيم، سواء في اختيار المحكمين أو تحديد القانون الواجب التطبيق على المحاكمة التحكمية، هذا ويتمتع حكم التحكيم بقوة الأمر المقضي فيه فور صدوره ولكن نفاذه يحتاج إلى إجراءات معينة عن طريق تدخل قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم على إقليمها وذلك بالاعتراف به ومهره بالأمر بالتنفيذ.

الفرع الأول:إجراءات التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

إجراءات التحكيم هي مجموع القواعد الإجرائية والتي ترمي للوصول إلى حكم صادر من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، فهي إجراءات يتعين إتباعها لسير المحاكمة التحكمية بما يترتب عن ذلك من بدء إجراءات التحكيم وطرح النزاع

(1) بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، المرجع السابق، ص ص،(400،401).

على هيئة التحكيم بعد تشكيلها، وتتابع الإجراءات من عقد جلسات التحكيم وتمكين الخصوم من عرض دفاعهم في سبيل الفصل في النزاع إلى غاية صدور الحكم.[1]

أولا-تشكيل المحكمة التحكمية:

إن تكوين محكمة التحكيم يتخذ عدة أشكال حسب ما يقرره أطراف النزاع في اتفاق التحكيم، وبالرجوع إلى نظام التحكيم التجاري الدولي نجد تركيبة كلاسيكية معروفة وهي التشكيل الثلاثي على أن يختار كل طرف محكم ثم يختار المحكمان محكم ثالث ويستوي في ذلك التحكيم الحرو التحكيم المؤسسي، ومهما يكن في الأمر فإن الأصل أن يتم اختيار المحكم أو المحكمين وفقا لإرادة الأطراف دون صعوبة، وا ٍذا اعترض هذا الإجراء بعض الصعوبات يمكن للأطراف الاستنجاد بجهة أخرى توكل لها مهلة استكمال هذا الإجراء.

وا ٍذا كان التحكيم يعتمد في جوهره على اتفاق الأطراف، نجد أن أغلب التشريعات تتفق على إخضاع لإجراءات التحكيم لقانون الإرادة، غير أن إرادة الأطراف قد تختلف أو يشوبها قصور لذا كان لابد من البحث عن ضوابط أخرى يتم بها تحديد القانون الواجب التطبيق.[2]

1-تعيين المحكمين:

إن من شروط اتفاق التحكيم أن يتضمن تعيين المحكمين بالاسم أو بالطريقة التي سيتم تعيينهم بها وتتشكل المحكمة التحكمية من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي[3]، وللأطراف حرية تحديد عدد المحكمين فإن لم يتفق على ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة.

و يمكن للأطراف تعيين المحكم أو المحكمين بإرادتهم أو بالرجوع إلى النظام التحكيم لإحدى المؤسسات التحكمية، وفي غياب التعيين أو في حال ظهور صعوبة في التعيين أو مماطلة من الطرف الآخر، فوجب أن تقوم بتعيينه بناءا على الطرف الذي يهمه التعجيل المحكمة أو السلطة المختصة في الدولة التي يتم التحكيم فيها.[4]

---

(1) لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص267.

(2) حمداني محمد، المرجع السابق، ص47.

(3) المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(4) حمداني محمد، المرجع السابق، ص48.

وتوكل مهمة التحكيم للشخص الطبيعي إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية، وقد توكل أيضا إلى الشخص المعنوي في شكل مؤسسة أو مركز الذي بدوره سيُعين عضو أو أكثر تتوفر فيه شروط الشخص الطبيعي بصفة محكم، ولا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا بعد أن يقبل المحكمون للمهمة المسندة إليهم[1].

إجمالا يمكن القول أن شروط تعيين المحكم تتلخص في أن تكون لديه أهلية أداء، الحياد والاستقلالية، وقبوله المهمة المسندة إليه.

ويجوز رد المحكم عندما لا تتوفر في المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف أو يكون سبب الرد منصوص في النظام التحكيم الموافق عليه من قيل الأطر اف، وكذلك إذا تبين أن هناك شبهة مشروعة، وعلى كُلٍ إذا نظرنا إلى أسباب الرد التي تبرر لأحد الخصوم طلب رد المحكم، حيث نجدها ترجع في مجملها في الخشية من تحيز المحكم إلى جانب أحد الأطراف بعيدا عن وجه الحق بما يفقد المحكم ركن الحياد الذي يعد أساس العدالة وقوامها.[2]

2-القانون الواجب التطبيق:

لقد منحت مختلف التشريعات وكذا النظم التحكمية المختلفة للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق، ولم تتدخل إلا في حال غياب الاتفاق على بين المتعاقدين على ذلك، حيث يمكن للأطراف أن يضبطوا الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المحكمين أثناء سير المحاكمة التحكمية، وذلك بالنص على أحكامها مباشرة في اتفاق التحكيم أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي لإحدى المؤسسات التحكمية، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات لقانون دولة معينة يحدده الأطراف، وعلى المحكمة التحكمية أن تفصل في موضوع النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف[3].

وعلاوة على ما سبق فإنه لا يثور أي إشكال في حال اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، وا ٍنما المشكل يكن في عدم تحديده من قبل الأطراف في إنفاق التحكيم، فهذه الحالة تتصدى هيئة التحكيم لاختيار القانون والقواعد التي تراها أكثر ارتباطا بالعقد والأكثر

(1) المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) حمداني محمد، المرجع السابق، ص51.

ملائمة لحل النزاع، فقد نصت على هذه الحالة المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها ما يلي:(...وفي حال غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة).

ثانيا-سير المحاكمة التحكمية:

تبدأ إجراءات المحاكمة التحكمية بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى المدعى عليه أو إلى مركز التحكيم المنتظم المتفق عليه، ويخطره فيه برغبته برفع النزاع إلى التحكيم ويطلب منه اتخاذ الإجراءات اللازمة.[1]

وما يمكن استخلاصه من المواد 1015 و 1018 من القانون السابق ذكره، أن الخصومة التحكمية تبدأ من يوم قبول المحكم أو المحكمين للمهمة المسندة إليهم هذا بالنسبة للتحكيم الحر، أما التحكيم المؤسسي فإن بداية إجراءات التحكيم تحددها لوائح المركز أو المؤسسة المخولة بالتحكيم.[2]

حيث تفتتح إجراءات التحكيم بجلسة تمهيدية يتفق فيها الطرفان على المراحل الإجرائية والمسائل المتعلقة بالخصومة التحكمية، منها: لغة التحكيم ومواعيد وأماكن الجلسات، تحديد ممثل كل طرف وعنوانه تحديد المسائل التي تحتاج إلى خبرة فنية، تحديد ميعاد التحكيم وسلطة هيئة التحكيم في مده ونحو ذلك.

ثم يقوم الطرف الذي بادر بطلب التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه وا لى هيئة التحكيم المذكرة المكتوبة خلال الميعاد المتفق عليه، تتضمن بياناته الشخصية وتحديد بيانات المدعى عليه، وتفصيل وقائع الدعوى وبيان مسائل موضوع النزاع وكافة البيانات التي نص اتفاق الأطراف على ذكرها، ليقوم المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بإعداد مذكرة مكتوبة تتضمن رده على ما تضمنه بيان المدعي وعرض كافة أوجه دفاعه وطلباته المتعلقة بموضوع النزاع ، وعليه يجب أن تلتزم هيئة التحكيم باحترام المبادئ الأساسية في التقاضي التي تتمثل

(1) لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 272.

(2) خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة، 2014، الأردن، ص 257.

في المساواة بين الخصوم، مبدأ الوجاهية، ضرورة احترام حقوق الأطراف في الدفاع ووجوب النظر في النزاع من جميع أعضاء هيئة التحكيم.[1]

ولقد أعطى المشرع الجزائري لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تحقيق أدلة الإثبات، حيث نصت المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:(تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة).

ومن بين سلطات المحكم في الإثبات إلزام الأطراف بتقديم مستندات ويمكن لهيئة التحكيم طلب مساعدة القضاء في تقديم الأدلة إذا اقتضت الضرورة[2]، وللمحكم الاختصاص في تحقيق الخطوط عندما ينكر أحد الأطراف نسبة إحدى المستندات إليه أو في حالة التوقيع عليها أو عندما يدعي التزوير في إحدى المحررات.

ويمكن لهيئة التحكيم الانتقال لمعاينة محل النزاع، كأن تقوم بمعاينة العقارات والأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع، ولها أن تقوم بسماع الشهود واستجوابهم ويمكن لها الاستعانة بالخبراء المختصين في مجال الاستثمار، وتملك هيئة التحكيم سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية تجنبا لأضرار قد تصيب أحد الطرفين نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة.[3]

الفرع الثاني: حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار

إن الغاية من العملية التحكمية برمتها هو صدور حكم يفصل في موضوع النزاع بصفة حاسمة ونهائية، والحكم يعتبر حصيلة ما بذله الأطراف والمحكمون طيلة فترة النظر في النزاع، وحكم التحكيم يعني القرار الصادر من المحكم يفصل في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة أو بمسألة تتعلق بالإجراءات، ويشترط في حكم التحكيم ضرورة توافر بيانات وشروط معينة من أجل الاعتراف به وتنفيذه، ليبادر من يهمه التعجيل من الأطراف بطلب الاعتراف بحكم التحكيم من القضاء ومهره بالصيغة التنفيذية، ويتم الاعتراف بالحكم دون مماطلة إلا في حالة ما إذا كان الاعتراف مخالف للنظام العام الدولي، ويمكن

(1) لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص285.

(2) المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص ص،(291،292،293).

استئناف الأمر برفض الاعتراف والتنفيذ، وكذلك الأمر القاضي برفض الاعتراف ولكن بشروط تتعلق بصحة الاتفاق وقانونية الإجراءات، وهي نفس الشروط التي تبيح الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر في الجزائر.

أولا-حكم التحكيم الفاصل في النزاع:

بعد قفل باب المرافعات تنسحب هيئة التحكيم للتداول في القضية وا إصدار حكم الفاصل في النزاع المعروض عليها طبقا لإجراءات وشكليات معينة، ويتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه غير أنه يمكن تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية أو الإغفالات التي تشوبه، ويخضع تنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره لإجراءات محددة في الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية للدولة التي سيتم التنفيذ على إقليمها، وبالتالي فإن تنفيذ أحكام التحكيم التي تفصل في النزاعات التي تكون الدولة الجزائرية طرفا فيها يخضع لقانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، ويتم تنفيذها في الجزائر.[1]

1-صدور حكم التحكيم:

يدخل المحكم أو المحكمين في مداولة تكون سرية حيث تعقد في جلسة أو في عدة جلسات، يناقشون فيها موضوع النزاع والإدعاءات والدفوع المقدمة من الأطراف، وفحص الأدلة والمستندات والخروج في النهاية بقرار يفصل في موضوع النزاع.[2]

هذا ويشترط في حكم التحكيم من الناحية الموضوعية :

- أن يكون قطعيا أي أنه يفصل في كل النزاع أو في جزء منه
- أن يكون الحكم نهائيا وحائز لحجية الأمر المقضي فيه
- أن يكون الحكم قابلا للتنفيذ.

أما فيما يخص الشروط الشكلية للحكم فإنه يشترط فيه الكتابة طبقا للمواد (1029،1028،1027) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

- التوقيع: بحيث يوقع من طرف أغلبية المحكمين
- التسبيب: وذلك ببيان الحجج والأدلة القانونية والواقعية التي أسس عليها المحكم حكمه

(1) حمداني محمد، المرجع السابق، ص ص، (65،64).

(2) المرجع نفسه، ص66.

- وجوب ذكر بيانات الحكم، من أسماء وألقاب المحكمين، تاريخ ومكان صدور الحكم، أسماء وألقاب الأطراف و موطنهم وتسمية الأشخاص المعنوية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك أحكام تصدر قبل الفصل في موضوع النزاع وبعده، ومن الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع النزاع هي الأحكام الجزئية التي تفصل في جزء من النزاع، كمسألة الاختصاص، والأحكام التحضيرية التي تأمر بإعداد خبرة أو تقديم مستندات.

وهناك أحكام تصدر بعد الفصل في موضوع النزاع وتعتبر أحكام تفسيرية أو تصحيحية في حال وجود غموض أو خطأ مادي يستوجب تصحيحه.[2]

2-تنفيذ حكم التحكيم:

لكي يكون حكم التحكيم نافذا في الدولة يجب الاعتراف به من قبل السلطة القضائية ومنه يصدر الأمر بالتنفيذ، وطبقا للمادة من قانون1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يشترط في للاعتراف بأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، إذا أثبت من تمسك بها وبوجودها (اتفاقية التحكيم)، وأن لا يكون الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

وعليه فكل من حصل على حكم التحكيم الواجب التنفيذ في الجزائر أن يطلب الاعتراف به من قبل رئيس المحكمة التي سيتم التنفيذ في دائرة اختصاصها إذا كان القرار صادر من هيئة التحكيم خارج الجزائر، أو من طرف رئيس المحكمة التي صدر القرار في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم تم إجراءه في الجزائر.[3]

(1) المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) حمداني محمد،المرجع السابق، ص ص،(68،69).

(3) المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا-الطعن في حكم التحكيم:

بخصوص مسألة الطعن في حكم التحكيم فرق المشرع الجزائري بين حكم التحكيم التجاري الدولي الصادر خارج الجزائر وحكم التحكيم التجاري الدولي الصادر في الجزائر، فالأول لا يمكن الطعن إلا في أمر الاعتراف والتنفيذ، أما بالنسبة للثاني فيكون الطعن فيه بالبطلان.

1-الطعن بالاستئناف:

عندما يطلب من صدر حكم التحكيم لصالحه من القضاء أمر الاعتراف والتنفيذ نكون أمام حالتين، إما أن يرفض القضاء إصدار هذا الأمر، ففي هذه الحالة يحق لطالب التنفيذ استئناف الأمر بالرفض، وا ٍما أن يقضي به القضاء وفي هذه الحالة فالخصم الذي سيتم التنفيذ ضده له الحق في استئناف أمر الاعتراف والتنفيذ.

أ-استئناف أمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ:

يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ قابلا للاستئناف في أجل شهر من تاريخ صدوره، حيث أن المشرع الجزائري لم يضع أي شرط للاستئناف والسبب الذي يجعل القضاء يرفض أمر الاعتراف والتنفيذ هو مخالفة هذا الاعتراف للنظام العام الدولي أو النظام العام الداخلي.[1]

ب- استئناف أمر الاعتراف والتنفيذ:

منح القانون للخصم الذي سينفذ ضده حكم التحكيم إمكانية استئناف الأمر القاضي بالاعتراف والتنفيذ، وهي حالات نصت عليها المادة 1056 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاءت كالآتي:

(لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،

(1) حمداني محمد، المرجع السابق، ص73.

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي).

2-الطعن بالبطلان في حكم التحكيم :

لقد خول المشرع الجزائري إمكانية الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الصادر في الجزائر بشروط معينة وهي نفس الشروط التي يمكن الاعتداد بها لاستئناف أمر الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيم التي نصت عليها المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

حيث يمكن الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية
2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون،
3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية ،
5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،
6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.[1]

(1) المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمـــــــة

في ختام هذا البحث يمكن القول بأن الضمانات المقررة عن عقود الاستثمار بما فيها الضمانات الموضوعية والإجرائية يمكنها أن تساهم بشكل كبير في خلق مناخ استثماري ملائم إذا تم الاتفاق عليها و تفعيلها وتجسيدها بشكل يخدم مصلحة كلا الطرفين: مصلحة الدولة المضيفة من جهة في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومصلحة المستثمر الأجنبي في نقل قيمه الاقتصادية نحو الدولة المضيفة من أجل الحصول على عوائد مالية.

النتائج:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا للنتائج التالية:

- إن عقود الاستثمار هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي سواء كان طبيعي أو معنوي، يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أراضيها، والتي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية، بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة.
- وتتميز عقود الاستثمار بطبيعة خاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، ذلك الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعها الدولة في تعاقدها، فقد تستعمل في تعاقدها وسائل القانون العام فيعد العقد إداريا أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعد العقد من عقود القانون الخاص، لكن الطبيعة الخاصة لهذه العقود ترجع من ناحية طبيعة أطرافها كونها تبرم بين طرف عام هو الدولة وطرف خاص أجنبي هو المستثمر، ومن ناحية أخرى ترجع إلى موضوعها حيث تهدف هذه العقود بشكل أساسي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية.
- إن المستثمر الأجنبي يتمسك بشرط عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة في مواجهة الدولة من خطر التعديل أو المساس بالعقد، وفي إذا أخلت الدولة بالتزاماتها يمكن تعويض هذا الشرط ببدائل تخدم مصلحة كلا الطرفين من بينها شرط إعادة التفاوض أو مراجعة العقد أو الشرط الجزائي.

- يعتبر شرط إعادة التفاوض الوسيلة التي يلجأ إليها أطراف عقد الاستثمار إذا حدث اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد، وذلك بهدف مراجعة العقد وخلق توازن تعاقدي جديد، وهو من أبرز القواعد العرفية الدولية المطبقة في عقود الاستثمار.
- إن شروط الثبات التشريعي هي شروط تعاقدية يتم الاتفاق عليه بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، وبموجبه يتفق الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي لاحق على العلاقة التعاقدية.
- رغم تعدد الخيارات أمام الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنه يبقى القانون الوطني للدولة المضيفة القانون الأقرب للاختيار لاعتباره قانون الدولة المضيفة، فضلا على أنه قانون تنفيذ وا ٍبرام العقد.
- تهدف الضمانات العقدية لحماية المستثمرين الأجانب من المخاطر السياسية والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة ضد مشاريعهم الاستثمارية من أجل تحقيق المصلحة العامة، وذلك بضمان تعويض المستثمرين تعويضا عادلا وفعالا.
- أن التحكيم التجاري الدولي أصبح وسيلة فعالة في تسوية منازعات عقود الاستثمار، يحفظ مصالح الدولة من جهة وحقوق المستثمرين من جهة أخرى.

التوصيات المقترحة:

تعتبر الجزائر قطبا استثماريا واعدا ومن أجل تفعيل للاستثمار في الجزائر واللحاق بركب الدول المتطورة يرى الباحث أنه يجب:

- صياغة عقود الاستثمار بدقة متناهية عن طريق خبراء وطنيين أو على الأقل بمساعدتهم.
- ضرورة تقنين المبادئ العرفية الدولية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار، وذلك للاستفادة من تلك المبادئ عند صياغة الاتفاقيات الدولية للاستثمار.

- الحرص على تطبيق مختلف الاتفاقيات المشجعة للاستثمار على أحسن وجه بما يتضمن حقوق المستثمرين وحمايتهم من جميع المخاطر التي تهدد مشروعه الاستثماري.
- تكوين إطارات في مجال الاستثمار مما يمد الدولة والمؤسسات الوطنية بكفاءات جزائرية تكون قادرة على رفع التحدي.
- صياغة منظومة متكاملة تشمل كل العوامل المكونة للمناخ الاستثماري التي تؤدي إلى جذب الاستثمار الأجنبي للجزائر في إطار سياسة اقتصادية وقانونية ومالية رشيدة.
- الحد من المعالجة الإدارية للاقتصاد وتمكين المتعاملين في مجال الاستثمار من اتخاذ قراراتهم بناء على المعطيات الاقتصادية لا بناء على القيود الإدارية ذات أهداف ضيقة وشعبوية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

I-القرآن الكريم

II-المعاجم:

1. أبو الفضل جمال محمد بن مكرم بن منظور، **لسان العرب**- الجزء الثالث والرابع- الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان 1994.
2. إسماعيل بن حماد الجوهري، **الصحاح**- الجزء الأول- دار الحضارة العربية، بيروت، لبنان 1974.

III-الاتفاقيات الدولية:

1. الأمر رقم 72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972، **يتعلق بالمصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار**، الجريدة الرسمية العدد رقم 53 المؤرخة في 04 جويلية 1972
2. المرسوم الرئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، **يصادق على اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي**، الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 جويلية 1990، الجريدة الرسمية عدد06 الصادر في 06 فيفري 1991.
3. المرسوم الرئاسي رقم94-01 المؤرخ في 20جانفي 1994، **يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة بهما**، الموقعين في الجزائر في 13 فيفري 1993، الجريدة الرسمية، العدد الأول سنة 1994.
4. المرسوم الرئاسي رقم 94-328 المؤرخ في 22 أكتوبر 1994، **يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة رومانيا**، الموقعة بالجزائر يوم 28 جوان 1994، الجريدة الرسمية العدد:28 المؤرخة في 26 أكتوبر 1994.
5. المرسوم الرئاسي 346/95 المؤرخ في 30أكتوبر 1995 المصادق في الجزائر على اتفاقية واشنطن لـ18 مارس 1965 **الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى**، 05 نوفمبر ،1995 الجريدة الرسمية عدد 66.
6. المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر1995، **يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار**، الجريدة الرسمية العدد66 3 الصادرة في 5 نوفمبر .1995
7. المرسوم الرئاسي رقم 96-144 المؤرخ في 23 أفريل 1996، **يتضمن المصادقة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات**، الجريدة الرسمية عدد 26 الصادرة في 24 أفريل 1996.

8. المرسوم الرئاسي رقم 98-320 المؤرخ في 11 أكتوبر 1998، **يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات**، الموقعة في القاهرة بتاريخ 29 مارس 1997، الجريدة الرسمية العدد 76 المؤرخة في11 أكتوبر 1998.
9. المرسوم التنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، **يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تيلكوم الجزائر**، الجريدة الرسمية، العدد 80.
10. المرسوم الرئاسي رقم 02-226 المؤرخ في 22 جوان 2002، **يتضمن التصديق على الاتفاقية بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية إندونيسيا حول ترقية وحماية الاستثمارات**، الموقع بالجزائر في 21 مارس 2000، الجريدة الرسمية، العدد45 المؤرخة 30 جوان 2002.
11. المرسوم الرئاسي رقم 05-192 المؤرخ في 28 ماي 2005، **يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والجمهورية البرتغالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات**، الموقعة بلشبونة يوم 15 سبتمبر2005، الجريدة الرسمية العدد37.

IV -القوانين:

1. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، **المتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44 المؤرخة سنة26 جوان 2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 الجريدة الرسمية رقم 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.
2. القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 **يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية**، الجريدة الرسمية، العدد21 سنة 1991
3. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008،**يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 23 أفريل 2008.
4. القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، **يتضمن التعديل الدستوري**، الجريدة الرسمية عدد14 المؤرخة في 7 ماس 2016.
5. القانون 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، **المتعلق بترقية الاستثمار**، الجريدة الرسمية ، العدد 46، المؤرخة في 3 أوت 2016.

ثانيا - المراجع:

I - الكتب:

1. بشار الأسعد، **عقود الدولة في القانون الدولي**، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2011.
2. بشار محمد الأسعد، **الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009.
3. بشار محمد الأسعد، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة-ماهيتها،القانون الواجب التطبيق عليها،وسائل تسوية منازعتها** -منشورات حلبيي الحقوقية، لبنان 2006.
4. حمدي أبو النور السيد عويس، **مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري**، دار الفكر الجامعي، مصر 2011.
5. خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة،الأردن،2014.
6. عمار عوابدي، **القانون الإداري، النشاط الإداري**-الجزء الثاني- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002.
7. عيبوط محند وعلي، **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة ،الجزائر 2012.
8. لزهر بن سعيد، **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة،الجزائر.

II - الرسائل والمذكرات:

1/الرسائل:

1. حسين نوارة،(**حماية ملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر**)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون،كلية الحقوق جامعة مولود معمري- تيزي وزو، تاريخ المناقشة 16 ماي 2013
2. عدلي محمد عبد الكريم، (**النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية**)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة تلمسان- السنة الجامعية 2011/2010.
3. كعباش عبد الله، (**مسؤولية الدولة المضيفة اتجاه أموال المستثمر الأجنبي**)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق "بن عكنون" جامعة الجزائر(1)، السنة الجامعية 2013/2012.

4. هني عبد اللطيف، **(حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد-دراسة مقارنة-)**أطروحة دكتوراه في القانون العام،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،السنة الجامعية 2016/2015.

2/المذكرات

1. آيت شعلال وردية، **(ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية)**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة-بومرداس- تاريخ المناقشة:21 جوان 2006.
2. بكتاش عبد الحفيظ، عطوش بوليفان، **(تعويض المستثمر الأجنبي: ضمانة أساسية لتفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة: 25-06-2015.
3. بودالي منية، بوحارة لامية، **(عقود الاستثمار في القانون الدولي الخاص)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام للأعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بجاية، تاريخ المناقشة:2017/06/17.
4. حمداني محمد، **(التحكيم التجاري الدولي في منازعات الاستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال،جامعة محمد خيضر -بسكرة-كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية:2016/2015.
5. شوشو عاشور،**(الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر)**، مذكرة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر-يوسف بن خدة- السنة الجامعية:2008/2007.
6. علاوة الصادق، **(القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2016/2015.
7. قدواري فاطمة الزهرة، **(ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة-السنة الجامعية 2016/2015.

8. كعباش عبد الله، **(الحماية الوطنية والأجنبية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية)**، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، السنة الجامعية2002/2001.
9. مها عبد الرحمن الخواجا، **(امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير-دراسة في التشريع الأردني-)**رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، السنة الجامعية 2013/2012.

III-المقالات العلمية:

1. إبراهيم محمد القعود، "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد السابع السنة: الثانية، كلية القانون جامعة الزاوية، ليبيا، ديسمبر 2015.
2. أسيل باقر جاسم، "**النظام القانوني لشرط إعادة التفاوض-دراسة في عقود التجارة الدولية**"،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، المجلد 3، العدد1، جامعة بابل، العراق، 2011 .
3. جبايلي صبرينة، "**شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية**"، مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية،العدد09 جامعة عباس لغرور،خنشلة جانفي 2018.
4. جلال حسين عنز، "**عقود الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليها**"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد2 ، كلية الحقوق، جامعة كركوك،العراق، 2012.
5. حسين عيسى عبد الحسن، "**الضمانات العقدية للاستثمار-دراسة مقارنة-**"مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد السابع، العدد21 ، جامعة الكوفة، بابل، العراق، 2014،.
6. زياد خالد المفرجي، "**الحق المكتسب في القانون الإداري**"، مجلة الحقوق، المجلد الرابع، العدد السادس عشر والسابع عشر،كلية الحقوق، الجامعة المستنصرية، العراق، 2012
7. سامية كسال، "**دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر الأجنبي-عقود البترول نموذجا-**"مقال صادر عن مجلة الحقوق والحريات، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ديسمبر 2016.
8. عالية يونس الدباغ، وسن مقداد،"**عقد الاستثمار**"،مقال منشور صادر عن مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد رقم 16، العدد 2 كلية القانون جامعة الموصل، السنة 2009.
9. قصوري رفيقة، عيواج طالب، "**النظام القانوني لعقود الاستثمار**"، مقال منشور، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الخامس ،جامعة عباس لغرور،خنشلة ،2016.

10. محمد عامر شنجار، علي غسان أحمد ،"**الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار**"، مجلة كلية الحقوق، المجلد18، العدد الثاني، جامعة النهرين، العراق، 2016.

IV- الملتقيات:

1. محمد فياض، "**دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة بين فرضيات وا إشكاليات التطبيق**"، مداخلة ألقيت بالمؤتمر السنوي الحادي والعشرين "الطاقة بين القانون والاقتصاد" بتاريخ 20-21 ماي 2013 ، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

الفهـــرس

العنـــــوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر والعرفان	
مقدمة	أ
مبحث تمهيدي: ماهية عقود الاستثمار	
المطلب الأول: تعريف عقود الاستثمار وبيان أطرافها	07
الفرع الأول: تعريف عقود الاستثمار	07
الفرع الثاني: أطراف عقود الاستثمار	11
المطلب الثاني: نماذج عقود الاستثمار	16
الفرع الأول: عقود البترول	16
الفرع الثاني:عقود التعاون الصناعي	18
الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية	19
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار ومعيار دوليتها	21
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار	21
الفرع الثاني: معايير دولية عقود الاستثمار	23
الفصل الأول: الضمانات الموضوعية المقررة عن عقود الاستثمار	
المبحث الأول:ضمان الحد من سلطات الدولة في المساس بالعقد	29
المطلب الأول: ضمان عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة	29
الفرع الأول: تكريس مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة	30
الفرع الثاني: الاختلافات الفقهية حول صلاحية الدولة في تعديل العقد بإرادة منفردة	32
المطلب الثاني: ضمان شرط إعادة التفاوض	34
الفرع الأول: تكريس شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار	34
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن وقوع شرط إعادة التفاوض	36
المطلب الثالث: ضمان احترام الحقوق المكتسبة	39
الفرع الأول: تكريس مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في عقود الاستثمار	39
الفرع الثاني: الاختلافات الفقهية حول مبدأ احترام الحقوق المكتسبة	43
المبحث الثاني: ضمان الحد من سلطات الدولة التشريعية	45
المطلب الأول: ضمان شرط الثبات التشريعي	45
الفرع الأول: تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار	45
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي	48

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار	51
الفرع الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار	51
الفرع الثاني: انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار	54
الفصل الثاني: الضمانات الإجرائية المقررة عن عقود الاستثمار	
المبحث الأول: ضمان حماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية	61
المطلب الأول: المخاطر غير التجارية الصالحة للضمان	61
الفرع الأول: ضمان حماية الاستثمار من المخاطر السياسية	62
الفرع الثاني: ضمان حماية الاستثمار من الإجراءات الانفرادية	66
المطلب الثاني: ضمان حماية الاستثمار عن طريق التعويض	71
الفرع الأول: مفهوم التعويض	71
الفرع الثاني: تقدير قيمة التعويض وأساليب دفعه	74
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التعويض	78
المبحث الثاني: ضمان اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي	81
المطلب الأول: الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار	81
الفرع الأول: الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم في منازعات عقود الاستثمار	82
الفرع الثاني: صور وآثار الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار	85
المطلب الثاني: تفعيل اتفاق التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار	89
الفرع الأول:إجراءات التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار	89
الفرع الثاني: حكم التحكيم التجاري الدولي في منازعات عقود الاستثمار	93
خاتمة	98
قائمة المصادر والمراجع	102

ملخص

تظهر أهمية ضمانات الاستثمار من خلال اعتبارها احد العوامل المحركة للقدرة التنافسية في جذب الاستثمارات الأجنبية، ولا يخفى على أحد أن الاستثمار له دور كبير في تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال ما يقدمه من أصول متنوعة.

وإن دخول الاستثمارات لأي بلد مرهون بالضمانات المقدمة من طرف الدولة المضيفة للاستثمار ومن أهمها الضمانات العقدية التي يتفق عليها الأطراف في عقد الاستثمار، ولما كانت عقود الاستثمار يستغرق تنفيذها مدة طويلة مما قد يصاحبها عدة تغيرات في الأوضاع السياسية والاقتصادية والقانونية، أضحى من الضروري للطرف الأجنبي القائم بالاستثمار داخل إقليم الدولة المضيفة تأمين نفسه بقدر كافي من الضمانات بغرض حمايته بقدر كاف من احتمال أن تضيع حقوقه أو يختل التوازن التعاقدي نتيجة تدخل الدولة كسلطة عامة في صورة إصدار قواعد تشريعية حديثة أو فرض إجراءات تنفيذية جديدة أو بالقيام بإجراءات قضائية دون أدني احترام لحقوق المستثمر.