الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة محمد خيضر –بسكرة–

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: الحقوق

عنوان المذكرة

ضمان الإستثمار من المخاطر غير التجارية في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اعمال

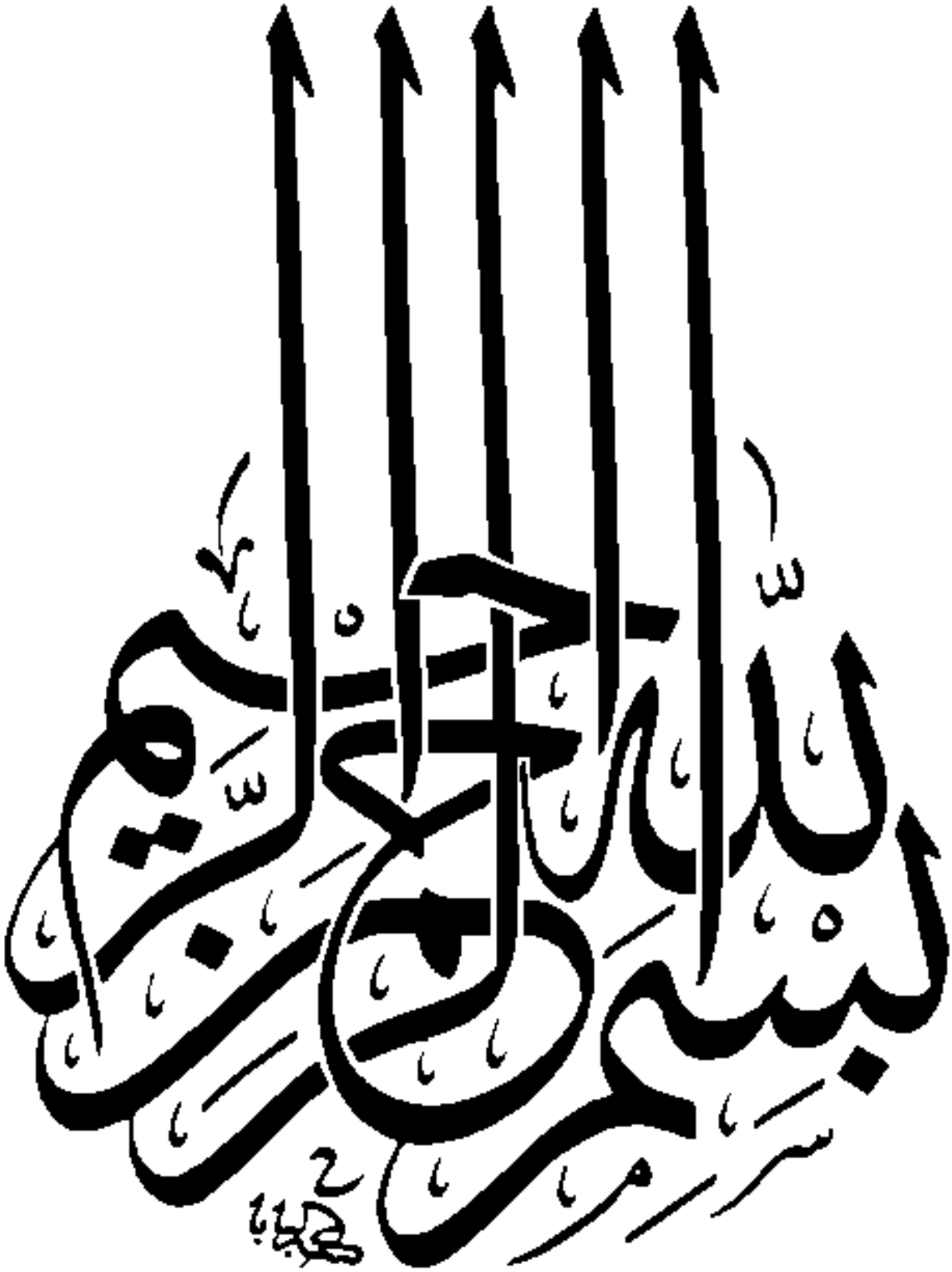
إعداد الطالب:

- **قرفي محمد رؤوف**

تحت إشراف الأستاذة:

- **دنش لبنة**

الموسم الجامعي: 2015 – 2016.


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

قال تعالى "ولئن شكرتم لأزيدنكم".

الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده، ونشكره على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل.

أتقدم بأسمى معاني الشكر:

إلى الأستاذة المشرفة: **دنش لبنة** و الى اخوتي الذين لم يبخلوا عليا بنصائحهم وتوجيهاتهم القيمة.

إلى كل من ساعدني في مذكرتي.

ولا يفوتني في هذا المقام التقدم بالشكر والتقدير الى أسرة كلية الحقوق بجامعة محمد خيضر.

وفي الأخير نسأل المولى عز وجل أن يجعلنا ممن يكثر ذكره ويحفظ أمره وأن يغمر قلوبنا بمحبته ويرضى عنا.

الإهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى اللذين أرضعاني معاني الحب والحنان

إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي

وإخوتي وأخواتي

الى جميع اساتذتي

الى أصدقائي

الى زملاء الدراسة

الى كل من يعرفني

رؤوف

الفهرس

خطة البحث

فهرس المحتويات	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: تحديد المخاطر غير التجارية	
المبحث الأول: المخاطر السياسية	2
المطلب الأول: مفهوم الخطر السياسي	2
المطلب الثاني: أنواع المخاطر السياسية	4
الفرع الأول: الحرب الأهلية والدولية	4
الفرع الثاني: الإضطرابات المدنية	7
الفرع الثالث: العقوبات الدولية	9
الفرع الرابع: عدم الإستقرار السياسي	11
المبحث الثاني: خطر الإجراءات الإنفرادية	13
المطلب الأول: خطر الإجراءات المباشرة	14
الفرع الأول: خطر التأميم ونزع الملكية والمصادرة	14
الفرع الثاني: خطر التحويل	22
الفرع الثالث: خطر الإجراءات التمييزية	27
المطلب الثاني: خطر الإجراءات غير المباشرة	34
الفرع الأول: خطر الاحتكار	34
الفرع الثاني: خطر الإصلاحات الضريبية والجمركية	37
خلاصة الفصل	40
الفصل الثاني: أساليب الحماية من المخاطر غير التجارية	
المبحث الأول: الحد من سلطات الدولة كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية	43
المطلب الأول: مبدأ عدم الفسخ أو التعديل الإنفرادي لعقد الاستثمار	43
المطلب الثاني: مبدأ الثبات التشريعي	47

الفرع الأول: الاتجاه المناصر والمعارض	49
الفرع الثاني: اهداف شرط الثبات التشريعي	50
المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق	53
الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة	54
الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة معينة	54
الفرع الثالث: تطبيق القواعد المتفق عليها بين الاطراف	55
المبحث الثاني: التأمين كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية	57
المطلب الأول: مفهوم عقد تأمين الاستثمار	57
الفرع الأول: تعريف عقد تأمين الاستثمار	58
الفرع الثاني: أنواع عقد تأمين الاستثمار	59
المطلب الثاني: خصائص عقد تأمين الاستثمار وطبيعته القانونية	65
الفرع الأول: خصائص عقد تأمين الاستثمار	65
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد تأمين الاستثمار	70
المطلب الثالث: اركان عقد تأمين الاستثمار	74
الفرع الأول: التراضي في عقد التأمين	74
الفرع الثاني: المحل في عقد التأمين	77
الفرع الثالث: السبب في عقد التأمين	82
المبحث الثالث: التعويض كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية	83
المطلب الأول: الاسانيد القانونية للتعويض	83
الفرع الأول: مبدأ الحقوق المكتسبة	84
الفرع الثاني: مبدأ الاثراء بلا سبب	85
الفرع الثالث: التعويض على اساس المسؤولية العقدية	87
المطلب الثاني: طرق تقدير التعويض	88
الفرع الأول: الطرق المعتمدة في تقدير التعويض	89
الفرع الثاني: طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري	91

خلاصة الفصل	**97**
خاتمة	**99**
قائمة المراجع	**103**
الفهرس	**110**

مقدمة

مقدمة:

يمثل الإستثمار الأجنبي رأسمال خارجي وافد الى الدولة المستقطبة له؛ ومن ثما فهوا يخضع للقواعد القانونية السارية فيها، فالدولة باعتبارها صاحبت السلطة والسيادة على ترابها تملك الحق في تنظيم ملكية الاجانب للأموال وحيازتها واستثمارها داخل اقليمها في مقابل توفير الحماية الازمة لهؤلاء المستثمرين من المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراتهم. وبهذا فان موضوع الاستثمارات الأجنبية يطرح المعادلة التالية:

" راس المال جبان يحتاج الى الأمان والمستثمر قلق وخائف يحتاج الى الإطمئنان، والدولة صاحبة السيادة على اقليمها قلقة على سيادتها حذرة على مخططاتها من الفشل "

هذه المعادلة تطرح انطلاقا من فكرة ان للاستثمار دور كبير في تنمية تجارة اقتصاديات الدول المختلفة إذ يؤدي هذا الاستثمار إذا ما أحسن استخدامه وتنظيمه قانونا دور فعال في تنمية إقتصاديات الدولة المستقطبة له؛ ذلك لأنه يقدم لها راس المال اللازم لخلق اقتصاد صناعي متطور، كما يوفر لها الخبرات الفنية والإدارية والتكنولوجية الحديثة.

اضافة الى ما يرتبه من آثار إيجابية كالزيادة في حجم الصادرات، وتقليل الواردات وتشجيع الادخار والاستثمار الداخلي، والانفتاح على الأسواق الخارجية، وخلق فرص عمل جديدة، كما يحقق هذا الاستثمار عوائد كبيرة للمستثمر ومزايا سياسية واقتصادية للدولة المصدرة للاستثمار؛ لذلك تتسابق معظم الدول لجذب أكبر كم من الاستثمارات بتقرير جملة من الضمانات القانونية لهذا الاستثمار الأجنبي.

هذه الضمانات تنصب في عمومها على المخاطر غير التجارية، ذلك لأن المخاطر التجارية تدخل في إطار حياة المؤسسة وليس للدولة أية مسؤولية فيها فلا تستطيع تقديم ضمانات كبيرة فيها، على خلاف المخاطر غير التجارية التي تلعب فيها الدولة المضيفة دورا كبيرا؛ لأنها تشتمل على المخاطر السياسية والإجراءات الإنفرادية التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها والتي تلحق اضرارا بملكية وحقوق المستثمرين الأجانب وهنا تتجلى أهمية الموضوع.

أهمية الموضوع:

استنادا لما سبق بيانه نجد ان أهمية الموضوع تكمن في الدور الكبير التي تلعبه الدولة المستقطبة للاستثمار بوجهيه الإيجابي و السلبي في التأثير على العملية الاستثمارية ؛ فتأثير الدولة السلبي يظهر في المخاطر السياسية و ما يترتب عنها من عدم استقرار سياسي و حروب أهلية و اضطرابات مدنية و العقوبات الدولية التي قد تتعرض لها هذه الدولة المستقطبة و التي من شأنها التأثير بشكل سلبي و مباشر على الاستثمارات الأجنبية ناهيك عن الإجراءات المباشرة التي قد تتخذها الدولة المستقطبة من تأميم و نزع ملكية و مصادرة و إجراءات تمييزية و غيرها .

اما تأثيرها الإيجابي فيظهر في الضمانات التي توفرها الدولة المستقطبة لإنجاح هذه الاستثمارات والتي تتمثل عموما في الحماية القانونية التي توفرها للمستثمر وما يترتب عنها من حقوق كالتعويض والتامين.

تناولنا هذا الموضوع ببيان هذه المخاطر غير التجارية وسبل حمايتها من الدول المستقطبة.

أسباب اختيار الموضوع:

لعل اهم سبب دفعني الى اختيار هذا الموضوع هو تساؤل حيرني تجلى في الجهود التي تبذلها الدولة في سبيل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية وإقامة استثمارات ضخمة كبديل عن الاعتماد الكلي على البترول والغاز وما ستتبعها من ترسانة قانونية تنضم عملية الاستثمار الى ان هناك عزوف من المستثمر الأجنبي، فهل سبب ذلك مرده الى عدم كفاية الضمانات التي وفرتها الدولة في مواجهة المخاطر غير التجارية.

منهج الدراسة:

اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المنهج التحليلي وذلك ببيان النصوص القانونية التي بينت المخاطر غير التجارية والضمانات التي وفرها المشرع الجزائري في مواجهة هذه المخاطر من خلال قانون الاستثمار الصادر بموجب الأمر 03-01 الى جانب بعض الاتفاقيات التي ابرمتها الجزائر في هذا السياق.

إشكالية الموضوع:

الى أي مدى يمكن اعتبار النصوص القانونية التي افردها المشرع الجزائري لحماية المستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية كافية للشعور بالطمأنينة وتحقق التنمية الاقتصادية؟

تتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات نذكر منها:

1-فيما تتمثل المخاطر السياسية؟

2-ما المقصود بخطر الإجراءات الانفرادية؟

3-هل هناك أساليب للحماية من المخاطر غير التجارية؟

4-هل يعد التعويض وسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية؟

5-ما هي خصائص عقد تأمين الاستثمار؟

6-ماهي اركان عقد تامين الاستثمار؟

خطة البحث:

لتحقيق اهداف البحث في هذا الموضوع ارتأيت تقسيم هذه الدراسة الى فصلين عنونت الفصل الأول بتحديد المخاطر غير التجارية وضمنته مبحثين؛ المبحث الأول بعنوان المخاطر السياسية

(مفهومها وأنواعها) والمبحث الثاني بعنوان خطر الإجراءات الانفرادية (خطر الإجراءات المباشرة وخطر الإجراءات غير المباشرة).

اما الفصل الثاني فكان تحت عنوان أساليب الحماية من المخاطر غير التجارية تضمن ثلاث مباحث؛ المبحث الأول بعنوان الحد من سلطات الدولة كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية (مبدا عدم الفسخ او التعديل الانفرادي، مبدا الثبات التشريعي، القانون الواجب التطبيق).

اما المبحث الثاني تحت عنوان التامين كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية (مفهومه، خصائصه، اركانه).

المبحث الثالث بعنوان التعويض كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية (الاسانيد القانونية، طرق تقدير التعويض).

الفصل الأول

الفصل الأول: تحديد المخاطر غير التجارية

لقد ميز الفقه بين نوعين من المخاطر التي تصادف المستثمرين الأجانب هي مخاطر تجارية، تدخل في إطار حياة المؤسسة لا مسؤولية للدولة فيها بحيث لا تستطيع هذه الأخيرة تقديم إلا بعض الضمانات، ومخاطر غير تجارية وهي المخاطر التي تصيب الاستثمار الأجنبي إذ تتدرج في إطار بعض الظروف والوقائع السياسية التي تمر بها الدولة والتي يكون لها تأثير على الاستثمار الأجنبي بشكل مباشر، وكذا بعض القرارات التي تتخذها الدولة، وذلك من خلال ممارستها لسيادتها والتي تمس بطريقة مباشرة حقوق ملكية الأجانب.

تشمل هذه المخاطر غير التجارية: المخاطر السياسية الناجمة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة للإستثمار والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة في إطار ممارستها لسيادتها والتي تسبب أضرار بحقوق وملكية المستثمرين، وهذا ما سوف نتطرق إليه في مبحثين منفصلين من خلال التطرق للمخاطر السياسية في المبحث الأول ونخصص المبحث الثاني لإجراءات الإنفرادية.[1]

[1] عيبوط محند وعلي، **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2013، ص 171،172

المبحث الأول: المخاطر السياسية

كلما كان الواقع السياسي مستقرا كلما كانت فرص الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين الدول كبيرة ويسيرة، لذلك فإن الاستقرار السياسي في الدولة التي ترغب في جذب الاستثمار الأجنبي، يعد عاملا فعالا في تشجيع هذا الاستثمار على الإقبال والمساهمة في تنمية إقتصاديات تلك الدولة. [1] وقبل التطرق إلى أنواع المخاطر السياسية في المطلب الأول الذي من خلاله سيتم تحديد أهم أنواع هذه المخاطر، ارتأينا البحث أولا في مفهوم هذه المخاطر السياسية.

المطلب الأول: مفهوم الخطر السياسي

يمكن تصور الخطر السياسي في عدم الاستقرار السياسي باعتباره أحد أهم العوائق التي تقف في وجه المستثمر، كما تجعله يمتنع على الاستثمار في الجزائر وذلك بالنظر للوضعية الأمنية والسياسية التي مرت عليها الجزائر في التسعينات، فإن أهم هيئات ضمان الاستثمار وعلى رأسها " كوفاس" من خلال تقديرها لحجم خطر البلاد، قامت برفع علاوات تأمين الاستثمارات ضد المخاطر السياسية، إلا أن هذه الزيادة لم تكن العامل الأساسي لغياب الاستثمار الأجنبي في الجزائر، فالدور الذي لعبته وسائل الإعلام الوطنية والأجنبية عاد بالسلب على المستثمر الأجنبي فجعله لا يفكر في زيارة الجزائر ناهيك عن الاستثمار فيها . [2]

ومن البديهي أنه بدون أمن لا يتوفر استقرار سياسي ولا إستقرار إقتصادي، وبالتالي يهرب رأس المال إلى حيث يتوفر الأمن والاستقرار وفي كل مرة يسعى فيها المسؤولون العرب إلى توفير الضمانات الأمنية اللازمة ويعقدون إتفاقيات أمنية جماعية مثل: الاستراتيجية الأمنية العربية لعام

[1] دريد محمود السامرائي، **الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية**، مركز دراسات الوحدة القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 83

[2] على مهال، **أفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل إتفاق الشراكة أور ومتوسطة**، مخبر الدراسات الاقتصادية المغاربية، 2002، ص6

1983، أو إتفاقية مكافحة الإرهاب التي وقعت في أفريل عام 1998 تبرز عقبات في التنفيذ لأسباب تتعلق بالبعد السياسي لمثل هذه الاتفاقات ويتكرر الأمر ذاته في الاتفاقات الأمنية العربية الأورو متوسطية. [1]

كما تعرف المخاطر السياسية بأنها الأوضاع والإجراءات الجديدة التالية لإنشاء المشروع الإستثماري، والتي تعرقل النشاط أو تمنعه بصفة مؤقتة أو نهائية أو التعسف في نزع ملكيته وهو أشد هذه الأخطار، وتختلف هذه المخاطر من بلد إلى آخر " وهي ثلاثة أنواع مخاطر تؤثر على الأرواح والممتلكات، ومخاطر تؤثر على الشغيل، وأخرى تؤثر على العمليات المالية كتحويل الأرصدة ".

وعادة ما يتعرض الاستثمار الأجنبي إلى هذه المخاطر نتيجة " تغير النظام الحاكم وما قد يتبعه من تغيير في الاتجاهات السياسية والاقتصادية للنظام الجديد، والمخاطر الناجمة عن حالات عدم الاستقرار مثل: حوادث الشغب، وحوادث العنف والإرهاب، كذلك قد تدفع الشراكة الدولية ثمن سوء العلاقات بين دولتها وبين الدولة المضيفة "[2] فالبعض ينظر إلى المخاطر السياسية على أنها: "مجموعة من العوامل الإقتصادية والاجتماعية والسياسية والادارية التي تعترض المستثمر الأجنبي أثناء تواجده في الدول المضيفة " أما البعض الأخر يحاول تضيق مضمون نطاق المخاطر السياسية "متى كان صادرا عن إدارة سلطة الدولة المضيفة "وبهذا المعنى يخرج من نطاق مفهوم الثورات والحروب والاضطرابات المدنية وتغير قيمة العملة وتقلبها، بإعتبارها تخرج عن إرادة الدولة المضيفة للإستثمار، لأنها ليست من أعمال السيادة غير أننا نتفق بأن

[1] قيس جواد العزاوي، **الضمانات السياسية والأمنية والإقتصادية للإستثمار عربيا وأوروبيا أفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية**، تحت اشراف مهدي شحادة، دار بلال، الطبعة الاولى، بيروت، 2001، ص 53-54

[2] عبد الكريم بعداش، **الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996 -2005**، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية تخصص نقود ومالية، جامعة الجزائر، سنة 2007-2008، ص222

عامل تخفيض العملة ليس خاضع دوما لإعتبارات موضوعية إقتصادية، بل هو قرار سياسي تلجأ إليه حكومة الدول للكبح من خروج الأموال. [1]

ولقد تطرق المشرع الجزائري لتعريف الخطر السياسي من خلال نص المادة 06 من الأمر رقم 06/96 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير بأنه: " وجوب صدور التصرف عن الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نتيجة قرار تتخذه أو نتيجة حرب أو ثورة أو أعمال شغب، وغيرها من الوقائع المماثلة وقعت في البلد المضيف". [2]

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد أدرج في مفهوم الخطر السياسي في أعمال السيادة من خلال إدخاله للقرارات التي تتخذها الدولة والتي تمس بحقوق صاحب رأس المال.

المطلب الثاني: أنواع المخاطر السياسية

تنوع المخاطر السياسية بين عدم الإستقرار السياسي والحروب الأهلية والدولية وكذلك الإضطرابات المدنية والعقوبات الدولية نتناولها إتباعا في الفروع الآتية.

الفرع الاول: الحرب الأهلية والدولية

هناك من الحروب ما تسمى بالحرب الأهلية، وهناك ماتسمى بالحرب الدولية التي تقع بين الدول، فالأولى عبارة عن نزاع داخلي وطني وعادة ماتحدث بين المجموعات المسلحة فيما بينها أو

[1] مديحة بلاهدة، **وضعية الإستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013-2014، ص30

[2] الأمر رقم 96-06 المؤرخ في 19 شعبان 1416 الموافق لـ 10 جانفي 1996، المتضمن تأمين القرض عند التصدير الجريدة الرسمية العدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996، ص16

مجموعات مسلحة أو حكومة أما الثانية فهي عبارة عن نزاع بين دولتين أو أكثر، وهذا ما يبحث تخوف وتردد في نفسية المستثمرين الأجانب.[1]

أولا: الحرب الأهلية

رغم الجهود الفقهية المبذولة من طرف فقهاء القانون، إلا أنهم لم يتمكنوا من الوصول إلى تعريف محدد للحرب الأهلية. فالفقيه "جروسيوس" في تعريفه للحروب الأهلية نجده قد قام بوصفها بالحروب المختلطة في محاولته لتميزها عن الحروب العامة التي تقوم بين الدول وأطلق عليها هذا الوصف لأنه يرى بأنها تجمع بين صفات الحروب العامة وصفات الحروب الخاصة التي تقوم بين رعايا الدولة الواحدة "

بينما عرفها الفقيه " بوفندوف " بأنها " تلك الحرب التي يكون فيها أعضاء المجتمع الواحد يتناحرون فيما بينهم " أما الفقيه "مارتينز"، " فيرى أن الحروب الأهلية هي التي تقوم بين أعضاء الدولة الواحدة " وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه "أكالفو" بقوله أنها نزاعات بين المواطنين في داخل الدولة الواحدة.[2]

وكما عرفها الدكتور عيبوط محند وعلى بأن الحرب الأهلية عبارة عن نزاع بين فصائل وطنية تكون إحداهما على الأقل غير خاضعة لرقابة السلطة الشرعية ويترتب عنها مساسا بحياة الأشخاص والممتلكات، في غالب الأحيان تقسيم الإقليم إلى مناطق سيطرة أو محررة، وذلك لأسباب داخلية (سياسية أو دينية أو عرقية ...). [3]

[1] عاشوري نصير، **ضمانات الإستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، فترة التكوين، 2007-2010، ص 21

[2] زيان برابح، **تطبيقات القانون الدولي الإنساني على الحروب الأهلية**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر1، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012، ص11

[3] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 176

غير أن المتأمل لهذه التعاريف يمكنه أن يلاحظ أنها جاءت في مجملها عامة وفيها الكثير من المرونة وتعتبر الحروب الأهلية هي كل نزاع مسلح يقوم داخل إقليم دولة واحدة مهما كانت شدته وحدته، ولايوجد أي إستثناء يقض بخلاف ذلك.

ثانيا: الحروب الدولية.

بخلاف الحروب الداخلية المتمثلة في الحروب الأهلية والاضطرابات المدنية...الخ فإن هناك حروب أخرى وتسمى بالحروب الدولية وهاته الأخيرة تكون بين دولتين أو أكثر. [1]

تعرف الحروب الدولية بالنزاع المسلح الذي يتخذ طابع الخلاف الناشئ بين دولتين من شأنه أن يقضي إلى تدخل من جانب أفراد القوات المسلحة حتى وإن أنكر أحد الطرفين وجود حالة خلاف، فالعنصر الأساسي في هذا النزاع هو مشاركة سلطة الدولة فيها ومحاربين من القوات المسلحة ولا يهم مدة بقاء هذا النزاع أو عدد الضحايا ولا تقنية الأسلحة أو التنظيم العسكري.

كما تعرف بأنها الحروب التي تكون بين كيانات دولية وأخرى، ولا تكون بين إنسان وإنسان آخر، ومن هنا فهي تخضع لقواعد القانون الدولي العام، الذي ينظمها مثلما ينظم العلاقات في زمن السلم، ويلجأ للحرب الدولية من أجل أن تكون تصرف الدولة الأخيرة مطابقا للشرعية الدولية.

ومن ثم فإن الوسائل القسرية ليس لها علاقة بانتهاك السيادة الوطنية للدولة وإنما بتصحيح التجاوزات التي تمارس باسم بعض الدول، ولكن لها علاقة بوجود إنتهاك عملي جسيم للقانون الدولي، كوجود إنتهاك لقواعد الحماية للقانون الدولي الإنساني.[2]

كما ذكر لفظ الحرب في القرآن الكريم.

[1] حسين قادري، **النزاعات الدولية**، منشورات خير جليس الطبعة الاولى، الجزائر، 2007، ص 32

[2] عمر سعد الله، **القانون الدولي لحل النزاعات**، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010، ص 176

في قوله تعالى: «كلما أو قدوا نارا للحرب أطفأها الله». [1]

وفي قوله تعالى: «فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله» [2]وذلك في وعيده لأهل الربا كما فسرها الطبري في " جامع البيان وفي التشريع الإسلامي بمعنى جهاد في سبيل الله من أجل دعوة إليه خالصة ويلجأ إليها حال وجود إعتداء من عدو، وهي بهذا المفهوم شرعت كوسيلة قسرية يلجأ إليها لإعلاء كلمة الله تعالى وليست لغرض الإستعمار أو العدوان أو لإذلال للشعوب، أو سعيا لتحقيق غاية أو مطمع سياسي أو قومي. [3]

إن العمليات العسكرية سواء كانت داخلية أو دولية لا يترتب عنها أية مسؤولية إلا إذا تمت خرقا للقواعد المنظمة للحرب ، وبعض الإتفاقيات الدولية تغطي الخسائر المترتبة عن الحروب الأهلية والدولية إذا توفرت بعض الشروط الأساسية فالإتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار لعام 1971 تشمل «كل عمل عسكري صادر من جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشرا، وكذلك الإضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر» . [4]

الفرع الثاني: الإضطرابات المدنية

تدخل ضمن الإضطرابات المدنية كل أعمال التخريب والعنف المنظمة والموجهة ضد الحكم، والتي لها هدف أساسي وهو الإطاحة بالنظام السياسي، ومن بين هذه الأعمال العصيان المدني والانقلابات، والثورات كما تخرج من نطاق هذا الخطر المؤهل للضمان، الحوادث والأعمال التي

[1] سورة المائدة، الآية: 64

[2] سورة البقرة، الآية: 279

[3] عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 176

[4] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 176-177

يقوم بها العمال داخل المشروع المستفيد من الضمان، والتي يكون هدفها الدفاع عن المصالح الخاصة للعمال.[1]

كما "هي المواقف التي تشمل على مواجهات داخلية خطيرة ومستمرة، وفي مثل هذه المواقف والتي لا ترقى بالضرورة إلى نزاع مفتوح والذي تستخدم فيه السلطات قوات أمنية كبيرة، وحتى القوات المسلحة للحفاظ على النظام الداخلي للبلاد وقد تتبنى إجراءات تشريعية إستثنائية تمنح مزيدا من السلطات للشرطة أو القوات المسلحة". [2]

أما البعض فذهبوا إلى تعريفها بأنها: "الحالات التي وإن كانت لا ترقى إلى النزاع المسلح غير الدولي، إلا أنها تتضمن قيام حالة من المجابهات بين السلطة الحاكمة والمنشقين تشمل على درجة من الخطورة والديمومة والتي تتضمن إستخدام العنف خلالها وتتخذ هذه الحالات أشكالا متنوعة بما فيها إستخدام العنف والتمرد والنزاع بين جماعات شبه منظمة والسلطة الحاكمة".[3]

كما عرفها "البعض بأنها أعمال العنف المتفرقة والتي تستخدم فيها قوات الشرطة والجيش غالبا دون أن توجد بالضرورة مواجهة مستمرة". [4]

كما يقصد بالاضطرابات المدنية الأعمال التخريبية الموجهة ضد الحكومة والهدف منها تحقيق أهداف سياسية أو إيديولوجية من خلال معارضة السلطة المحلية، وتشمل الفتن وأعمال العنف والأعمال التخريبية والإنقلابات والثورات إستنادا إلى مبدأ السيادة الشاملة على كل التراب الوطني

---

[1] آيت شعلال وردية، **ضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005-2006، ص 104

[2] فرانسوازيوشيه سولينة، **القاموس العلمي للقانون الإنساني**، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة الاولى، 2005، ص 120

[3] عمر سعد الله، **تطور تدوين القانون الدولي الإنساني**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الاولى، 1997، ص206

[4] جبالبة عمار، **مجال تطبيق الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2008-2009، ص67

المعمول به في القانون الدولي تتحمل الدولة كل الأضرار والخسائر الناتجة عن اضطرابات المدنية، بحيث أن من واجب الدولة حماية الأجانب وأملاكهم وأي إخلال بهذا الواجب يترتب عنه مسؤولية مباشرة للدولة.

الفرع الثالث: العقوبات الدولية

للعقوبات الدولية أشكال مختلفة منها: الحصار أو تجميد الودائع أو المقاطعة وذلك بسبب تصرفات تترتب عنها مسؤولية دولية أو ما يسمى الآن حق التدخل لأسباب إنسانية أو حماية لحقوق الإنسان.[1]

يستعمل بعض المعلقين في الأزمنة الراهنة تعبير الحصار ليصفوا عمليات برية مخططة لإعتراض مؤن متجهة إلى مدينة معينة أو منطقة ، يحمل المفهوم التقليدي للحصار، أن الدولة المحاربة مخولة بإعلان حصار على ساحل العدو أو على جزء منه، وأن تستعمل السفن الحربية لتنفيذ ذاك الحصار وطبقا لذلك المفهوم لم توجد التزامات قانونية للإمتثال لحصارما، إلا أن أية سفينة تجارية إعترضتها الدولة المحاصرة وهي تحاول إختراق الحصار، سواء كانت تابعة لدولة محاربة أو حيادية، كانت عرضة للأسر، وتال لقرار محكمة غنائم، تصبح السفينة وحمولتها ملكا للقوة المحاصرة، ولذلك إنحصر مفهوم الحصار التقليدي في قانون الحرب البحرية . [2]

أما مفهوم الحصار اليوم فهو تعبير قانوني تقني يستعمله معظم الناس، بمن فيهم المحامون، دون إحكام كثير لوصف تشكلية من التصرفات الإقتصادية والإجتماعية والسياسية أبعد من العمليات البحرية.

[1] عيبوط محند وعلي، ص 177، 178

[2] المرجع نفسه، ص 178

ويقترن مفهومه بقيام الدولة المحاربة بإعلان حصار على ساحل العدو أو على جزء منه، استعمالها في ذلك السفن الحربية لتنفيذه، وأية سفينة تجارية إعترضتها الدولة المحاصرة وهي تحاول إختراق الحصار، وسواء كانت تابعة لدولة محاربة أو حيادية كانت عرضة للأسر والنتيجة فإن الحصار تعبير قانوني تقني يستعمله معظم الناس.[1]

أما التدخل الإنساني فيفترض أن لاتلجأ له الدول، إلا بعد إستنفاذ الطرق الودية في حسم النزاع، ويقصد بهذا التدخل الغزو العسكري لبلد ما بهدف حماية شعبه، فهو تعبير عن التدخل العسكري في ظروف محدودة، حينما يتعرض شعب بلد ما للإبادة الجماعية، أو أي قتل جماعي مشابه لها.

ولذلك فإن التدخل الإنساني، يمثل الحالة الوحيدة التي تستثنيها المنظمات الإنسانية كمنظمة حقوق الإنسان من حيادها إزاء قرار شن الحرب.

ويكتسب التدخل الإنساني أهمية قصوى في العلاقات الدولية، فقد يكون اللجوء إليه كوسيلة قسرية في حسم النزاعات ويعد مثل هذا التدخل شرعيا من وجهة نظر القانون الدولي، إذا ما التزمت الدول بالقواعد القابلة للتطبيق من حقوق الإنسان.

والقانون الدولي الإنساني، وهو يشتمل اليوم على المساعدة الإنسانية والتدخل العسكري بنوعيه السلمي والحربي، ويتم ذلك في الغالب تحت غطاء قانوني من الأمم المتحدة، ولكن ذلك يتعارض في بعض جوانبه مع مفاهيم ثابتة في القانون الدولي والعلاقات الدولية مثل مفهوم السيادة وعدم التدخل في شؤون الدول المستقلة المنصوص عليها في القانون الدولي. [2]

[1] عمر سعد الله، مرجع سابق، ص181

[2] المرجع نفسه، ص209 ،210

الفرع الرابع: عدم الإستقرار السياسي

إذا كان التغيير في نظام الحكم لا يمس بصفة مباشرة بالمصالح المادية للاستثمارات الأجنبية فإنه يخلق لدى المستثمرين نوع من الشكوك لأنه غالبا ما تتبعه قرارات إدارية هامة تؤثر على سير الصرف الاقتصادي للبلاد بصفة عامة إذ تمس بمجالات هامة مثل: تحويل رؤوس الأموال والقيود الإدارية والضرائب ورقابة الأسعار ومنافسة القطاع العام والقيود على الإسترداد والتصدير، إن الإجراءات الإدارية والمالية والتجارية الناتجة عن التغيير في نظام الحكم تمس بمصالح المستثمرين لأنها تؤثر على السير العادي لمؤسساتهم.[1]

على الرغم من أن الاستقرار السياسي قد أثار جدلا كبيرا بين الباحثين حول درجة أهميته في قرار الإستثمار عبر الحدود الوطنية، غير أن هناك إجماعا على أهميته وهذا بوصفه عنصرا أساسيا في هذا القرار لأن المستثمر لن يجازف أو يخاطر بنقل رأسماله وخبرته إلى دولة ما حتى التأكد من استقرار الأوضاع السياسية فيها، فرأس المال بطبيعته يبحث عن الأمان والاستقرار والسكينة، وبالتالي لا يجازف بالاستثمار في ظل أجواء تغمرها الأزمات المختلفة.

كما سبق وأن ذكرنا كلما كان الواقع السياسي ثابت ومستقر كلما كانت فرص الاستثمار وإنتقال رؤوس الأموال والخبرة كبيرة ويسيرة. [2]

كما سبقت الإشارة أن الاستثمار الأجنبي يبحث عن الأمن والاستقرار السياسي بطبيعته إلا أن الجزائر عرفت وضعية سياسية وأمنية سيئة في فترة التسعينات ، ولكن مع إعتماد سياستي الوئام المدني والمصالحة الوطنية ساهم ذلك في عودة الأمن إلى الجزائر وتقليص درجة المخاطر ، وهذا ما جعل الجزائر في صورة جديد عما كانت عليه من قبل ، ومع هذا بقي التردد قائما في نفوس العديد من المستثمرين الأجانب ، لأن الإشكالية تمثلت في الاستقرار السياسي (الحكومي)

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع السابق، ص 175

[2] عزرين عبد الرزاق، **النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر " واقع الأفاق "**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون فرع إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، 2013-2014، ص 36

، حيث تردد على كرسي الوزير الأول سبعة وزراء وبتسعة تعديلات حكومية في ظل حكم ثلاث رؤساء دولة خلال الفترة (1993-2010) [1].

من خلال كل هذه المخاطر السابقة الذكر يلاحظ أن أهم المخاطر هو الخطر السياسي المتمثل في كل من عدم الإستقرار السياسي والحروب الأهلية والدولية وكذلك الإضطرابات المدنية والعقوبات الدولية التي تؤدي إلى الفقدان الكلي أو الجزئي لمشروع المستثمر وعدم تعريض ذلك الفقدان.[2]

لأن من المعتاد عند إتخاذ قرار استثمار رأس المال والخبرة في دولة أجنبية معينة، يكون المستثمر مستعدا وقابلا لتحمل بما قد يصيبه من خسائر تجارية نتيجة لمغامرته الإستثمارية، ومن جهة أخرى لا يكون مستعدا بأي حال من الأحوال لتحمل عبئ الخسائر الناتجة عن تحقق المخاطر غير التجارية (السياسية) في الدولة المضيفة لإستثماره وهو ما يجعل إحتمال إصابة الاستثمارات الأجنبية بمثل هذه الخسائر في دولة معينة عائقا هاما يحول دون إتجاه رؤوس الأموال والخبرة الأجنبية إليها والمساهمة في تنميتها الإقتصادية.[3]

---

[1] كريمة فرحي، **أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية مع دراسة مقارنة بين الصين وتركيا ومصر والجزائر**، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم الإقتصادية فرع النقود والمالية، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2012-2013، ص 221

[2] قادري عبد العزيز، **الإستثمارات الدولية**، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 61

[3] مجلة حقوق والشريعة، عصام الدين مصطفى بسيم، العدد الأول، يناير 1980، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ص 122

المبحث الثاني: خطر الإجراءات الانفرادية

يمثل الإستثمار الأجنبي رأسمال وخبرة وافدان إلى الدولة المستقطبة للإستثمار، ويخضع للقواعد القانونية السارية فيها سواء من حيث تنظيم الملكية ومدى تدخل الدولة فيها، أو من حيث القيود النقدية والضريبية المطبقة فيها، قد تقوم الدولة المستقطبة لرأس المال بإصدار قانون يتضمن تأميم بعض المشروعات التجارية الأجنبية العاملة فيها، أو نزع ملكيتها لفائدة المصلحة العامة أو مصادرتها عند مخالفتها لأحكام القانون، كما يمكنها إتخاذ بعض الإجراءات الضريبة والنقدية بهدف فرض بعض من القيود القانونية على الشركات الأجنبية التي تقوم بالإستثمار في أراضيها، بهدف إخضاعها لرقابة قانونية فعالة تجنبها إحتمالات السيطرة الأجنبية على إقتصادها الوطني و تضمن لها الإستفادة من تلك الشركات .

إن مثل هذا لإجراءات التي تقوم بها الدولة المستقطبة للإستثمار تمثل مظهرا من مظاهر سيادتها وحقا مشروعا من حقوقها القانونية لا يمكن إنكاره، ومن جهة أخرى قد تشكل معوقات أمام إستقطاب الإستثمار الأجنبي، قد تدفعه إلى الفرار والبحث عن دول أخرى للإستثمار فيها.[1]

وكذلك ليس للدولة المستقطبة للإستثمار أن تتخذ أي إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على إستثمراته، فلا يحق لها أن تأمم أمواله أو أن تصادرها أو أن تنزع ملكيتها، أو تفرض الحراسة عليها أو تستولي عليها، فكل إجراء تتخذه الدولة بنفسها أو عن طريق إحدى هيئاتها أو مؤسستها يكون محظورا إدا كان يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة الى المساس بملكية الإستثمار أو تجريد المستثمر كليا أو جزئيا من حقوقه الجوهرية على إستثماراته.

وعلى هذا يمتنع على الدولة أن تحرم المستثمر من حقوقه الفعلية بإجراءات غير مباشرة مثل: الإحتكار والإصلاحات الضريبية والجمركية، وإجراءات مباشرة، مثل التأميم ونزع الملكية

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 103

والمصادرة والتحويل وعدم الوفاء .....[1] وهذا ما سوف نتولى تعريفه في مطلبين من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: خطر الإجراءات المباشرة

هناك العديد من الأخطار منها أخطار الإجراءات المباشرة والتي تتضمن خطر التأميم ونزع الملكية والمصادرة وخطر التحويل وكذلك خطر الإجراءات التميزية نتناولها إتباعا في الفروع الآتية:

الفرع الأول: خطر التأميم ونزع الملكية والمصادرة

أولا: مفهوم نزع الملكية

حق الملكية مكرس بموجب القوانين والإتفاقيات الدولية وهو واجب الإحترام، إلا أنه وفي نفس الوقت فإن هذه القوانين والإتفاقيات نفسها تعترف للدولة بحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض، ذلك أن حق الملكية الفردية لا يحول دون المصادرة للأموال الخاصة اذ ان للسلطة العامة حق الاستلاء على هذه الأموال بشكل مؤقت أو وضعها تحت الحراسة لمقتضيات الحرب أو لأي مصلحة عامة أخرى.

فتقديس الملكية الفردية أصابها تحول ألغى الأفكار التقليدية إثر الثورة البلشفية في روسيا عام 1917 حيث هيمنت الأفكار الشيوعية الإشتراكية، ظهرت على إثرها النظم القانونية المستحدثة كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة. [2]

وهي تمثل اهم صور نزع الملكية، نعرفها اتباعا من خلال تعريف نزع الملكية:

[1] عكاشة محمد عبد العالي، **الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية**، أفاق وضمانات الإستثمارات العربية الأوروبية، دار بلال، بيروت، 2001، ص 61.60

[2] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 105

نزع الملكية يضم أساسا ثلاث صور هي نزع الملكية للمنفعة العمومية والتأميم والمصادرة.

1-تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة:

هناك عدة تعريفات فقهية لنزع الملكية للمنفعة العامة نذكر منها: تعريفه بأنه " الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكها". [1]

ويعرف أيضا بأنه " الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة، تحقيقا لدواعي الصالح العام، بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المتخصصة ".[2]

يختلف التعريفين من حيث تركيز الأول على التعويض مقابل النزع، أما الثاني فيركز على المصلحة من النزع وجهة الإصدار.

نجد أيضا تعريف ثالث يعرفه بأنه " إجراء أو عمل إداري من خلاله تحرم الدولة أي شخص من ملكيته سواء لمصلحتها أو لمصلحة شخص ثالث ومثل هذا الإجراء لابد أن يكون مصحوبا بتعويض يدفع له فورا بدون أخير وأن يكون مبررا بسبب أو لغرض المصلحة العامة".[3]

هذه التعريفات وغيرها نجد انها تتقاطع كلها حول فكرة أساسية واحدة مؤداها أن نزع الملكية للمنفعة العامة هو إجراء ذو طابع إداري تقوم به الدولة أو مؤسساتها العامة لتحقيق مصلحة عامة، ويرد على عقار يقابله تعويض عادل.

---

[1] زياد فيضل حبيب الخيزران، **المزايا والضمانات الشتريعية للإستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 267

[2] عمر هاشم محمد صدقة، **ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، 33.

[3] هفال صديق إسماعيل، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي**، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص94

ونستمد من هذه التعاريف أهم خصائص نزع الملكية للمنفعة العامة وهي:

- الطابع الإستثنائي لقرار نزع الملكية للمنفعة العامة.
- إرتباط نزع الملكية بامتيازات السلطة العامة.

2-القيود الواردة على نزع ملكية المستثمر

أورد المشرع الجزائري قيود على نزع الملكية وألزم بها الدولة حيث ورد هذا الإلزام في الأمر رقم 01/03 الخاص بتطوير الإستثمار عندما تحدث عما يسمى " المصادرة الإدارية " في المادة 16 منه والتي نصت على أنه لا يمكن أن تكون الإستثمارات المنجزة موضوع مصاردة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف".[1]

كما نصت كذلك الإتفاقية بدقة على مسألة التعويض الناتج عن نزع الملكية، فنجد أن بعض هذه الإتفاقيات تعتمد على " القيمة الحقيقية " للإستثمارات المعنية كنص المادة 05/02 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية والتي جاء فيها " يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للإستثمارات المعنية والتي تم تقييمها وفقا للظروف الإقتصادية .... [2]

وتشمل القيمة الحقيقية إلى جانب القيمة الحسابية الصافية للمؤسسة، الفوائد التي حصلت عليها والفوائد والخسائر المحتملة التي يمكن أن تترتب عن أي مشروع إستثماري، هذه القيمة الحقيقية

[1] الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بطوير الإستثمار – الجريدة الرسمية – العدد 47 الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001

[2] الجريدة الرسمية – العدد 01-الصادرة بتاريخ 1994/01/02

تقتضي الأخذ بعين الإعتبار كل العناصر المرتبطة بالمشروع من رأس مال أصلي وفوائد وخسائر وغيرها.[1]

ثانيا: التأميم

1-تعريف التأميم

يعتبر التأميم من النظم القانونية الحديثة نسبيا، فهو لم يحظ بأي إهتمام من القانون الدولي الكلاسيكي لأن مبادئ هذا القانون وضعت من الدول الرأسمالية التي تقدس الملكية الفردية، والتي اهتمت بحماية حق الملكية الفردية كأحد واجبات الدولة لذلك وضعت كل الإحتياطات التي تمنع المساس بالملكية الخاصة، وللتأميم تعريفات عديدة منها:

عرف التأميم بأنه مجموعة من الإجراءات او السلوكات التي تمنع المستثمر من استغلال استثماره بالفائدة او تمس بقيمة الملكية.[2]

تعريف بأنه " نقل ملكية مشروع معين إلى الأمة ". [3] ويعرف أيضا " تحويل مال معين أو نشاط ما من اجل المصلحة العليا إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد إستعمال هذه أو ذلك النشاط في الحال أو الإستقبال لتحقيق المصلحة العامة، وليس في سبيل المصلحة الفردية الخاصة".[4]

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 332

[2] Mahmoud salem,le development de la protection conventionnel des investissements étrangers,journale de doroit international, N03, 1986,p610.

[3] دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص 112

[4] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 40

يعرف من جهة ثالثة بأنه "عملية تتصل بالسياسة العليا، والتي تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الإقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا بحيث تكف يد القطاع الخاص عن بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية لتضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة. [1]

يعاب على التعريف الأول أنه مختصر بشكل أخر بالمفهوم، حيث أنه لم يبين ما يميز التأميم عن صور نزع الملكية الأخرى، أما التعريف الثاني فقد اعتمد على الغاية ولكنه لم يكن بدقة التعريف الثالث الذي قدمه معهد القانون الدولي.

2-أنواع التأميم

ويميز الفقه بين ثلاثة أنواع من التأميم هي:

أ- **التأميم الإيديولوجي:** وهو وجه ضد الملكية الفردية ويرفض أداء أي تعويض للملاك السابقين كما حدث في روسيا ودول الشرق (أوربا)، وهو ما أثار مشكلات قانونية على الصعيد الدولي.

ب-**التأميم الإصلاحي:** وهو موجه لبعض جوانب النشاط الإقتصادي مع الإحتفاظ بمبدأ الملكية الفردية وهذا النوع لم يثر أي إشكالات قانونية لأنه يضمن تعويضا عادلا، وحدث ذلك في دول أوربا الغربية كفرنسا والسويد والنمسا.

ج-**تأميمات النمو الإقتصادي:** وهي التي تمت على مستوى دول العالم الثالث (المختلفة) وتهدف إلى السيطرة على الموارد المحلية وتحقيق الإستقلال الاقتصادي، وهو لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية ويتضمن تعويض المالكين السابقين، ومثاله ما حدث في مصر والعراق، والجزائر. [2]

[1] زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص 271

[2] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 41

3-خصائص التأميم

أ- أنه حق غير قابل للتنازل.

ب- يخضع للسلطة التقديرية للدولة.

ثالثا: المصادرة

1-تعريف المصادرة

المصادرة هي عقوبة توقع على شخص أو مجموعة أشخاص بمقتضاها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهم دون تعويض وقد تكون قضائية أو إدارية، وتستند لنص قانوني يخول السلطة القضائية أو التنفيذية القيام بهذا الحق.

وتعرف المصادرة بأنها: " إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أي مقابل " [1]

كما تعرف بأنها " أخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض مهما يكن شكل ذلك وبموجب أي اسم ينفذ " [2]

تتخذ المصادرة وجهين فهي إما أن تكون قضائية أو إدارية فعندما تكون قضائية تعرف بأنها «عقوبة توقع في مواجهة شخص أو أشخاص معينين وبمقتضاها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهؤلاء الأشخاص دون أداء أي تعويض" [3]

فالمصادرة هنا تقرر بموجب حكم قضائي سواء كان صادرا عن القضاء العادي كعقوبة تكميلية (المادة 15 قانون عقوبات جزائري) أو من جهة قضائية استثنائية (خاصة) لمواجهة ظروف سياسية معينة كتجريد أعداء الدولة من الإمكانيات المادية التي بحوزتهم أما الوجه الثاني للمصادرة فهي المصادرة الإدارية التي تتم عن طريق السلطة التنفيذية كإجراء وقائي تقتضيه إعتبارات الأمن

[1] زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص 278

[2] المرجع نفسه، ص 278

[3] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 109

والسلامة والصحة والآدب العامة ، كمصادرة السموم والأغذية الفاسدة و الأفلام الإباحية ، أو يمكن أن تكون في أعقاب الثورات الإجتماعية والتغيرات السياسية ، أو في أعقاب الحروب كما حدث في الثورة الفرنسية والثورة الكوبية والمصادرات التي تمت في أوربا الشرقية والغربية عقب الحرب العالمية الثانية لطوائف من الأشخاص تعاونوا مع سلطات الإحتلال النازية . [1]

التمييز بين نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم والمصادرة هناك تقارب كبير بين كل من نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم والمصادرة إلا أن لكل منهم مدلوله الخاص ونبرز كالاتي أوجه التشابه واوجه الاختلاف:

رابعا: الفرق بين نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم

1-أوجه الشبه بينهما:

تتشابه إجراءات التأميم مع اجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة من حيث نقل الملكية إلى الدولة وشرط تحقيق المصلحة العامة، وأن كلامها يعتبر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها. [2]

لذلك نجد أن العديد من التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تميز بين التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة وحتى المصادرة، مثل التوصية رقم 1803 (د. 17) التي تشير في فقرتها الرابعة إلى التأميم والمصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة دون تمييز بينهما وبين القواعد المطبقة عليها، والتوصية رقم 3281(د.29) الخاصة بميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية والتي أكدت على حق الدولة في التأميم ونزع الملكية أو تحويل ملكية الأجانب مقابل التعويض.[3]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع السابق، ص 109

[2] نزيه عبد المقصود، **محددات وضمانات جذب الإستثمارات الأجنبية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 73

[3] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 274

2-أوجه الاختلاف

رغم وجود الإختلاف بينهما إلا أن إتفاقيات الإستثمار لا تميز بينهما من حيث القواعد القانونية المطبقة طالما أنهما يهدفان إلى الحرمان من الملكية، وتتمثل هذه الإختلافات في:

أ-الاختلاف في الإجراءات: يعتبر قرار التأميم من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء فهو يتم عادة بعمل تشريعي، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فهو قرار إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري لإرتباطه بشروط القانونية واجبة الإحترام.

ب-الإختلاف في الغاية والهدف: قرار التأميم يأخذ أبعاد سياسية تندرج ضمن السياسية العليا للدولة الرامية إلى تغيير البنية الإقتصادية والإجتماعية تحقيقا لمصلحة الأمة جمعاء، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فهو يحقق مصلحة عمومية محلية.

ج-الإختلاف من حيث الموضوع: يرد التأميم على المشاريع ضخمة ذات أهمية وطنية مثل تأميم المحروقات لتحقيق أهداف إقتصادية وإجتماعية للدولة، أما نزع الملكية للمنفعة العامة فيرد على مشاريع خاصة منفردة إستدعت المصلحة العامة نزعها. [1]

خامسا: الفرق بين المصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة

يتفقان في أن كلاهما يحرم صاحب الملكية من ملكيته بشكل نهائي، إلا أن المصادرة تختلف عن نزع الملكية للمنفعة العامة في أنها تتم دون عوض أو مقابل، كما أنها عقوبة جنائية تتم بناءا على حكم قضائي أو إجراء إداري فما يميزها أنها عقوبة، والمصادرة غير مشروعة دوليا في بعض الحالات (المصادرة العامة) بخلاف التأميم ونزع الملكية اللذين يقرهما القانون الدولي ويجيزهما.

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 272، 273

سادسا: الفرق بين التأميم والمصادرة

1-**من حيث الهدف:** تباشر الدولة التأميم بهدف الحفاظ على الدعائم الإقتصادية الرئيسية للقضاء على التحكم والسيطرة على الإنتاج من الشركات ورؤوس الأموال الأجنبية أو لغاية الإصلاح، فالتأميم لا يهتم إلا برؤوس الأموال ولا يلتفت إلى صاحب المال، أما المصاردة فهي إجراء عقابي (المصادرة القضائية) أو وقائي (المصادرة الإدارية) تقتضيه المحافظة على النظام العام والآداب العامة.

2-من حيث التعويض: التأميم يستوجب التعويض، أما المصادرة فلا يتم التعويض عنها.

3-من حيث المحل: ينصب التأميم على مشروع أو مشروعات بما تحويه من عقارات ومنقولات مادية ومعنوية كالإسم التجاري مثلا، أما المصادرة فهي ذات طبيعة شخصية. [1]

وقد إكتفينا بيان الصور المتقدمة لخطر نزع الملكية، على أساس أنها الصور الشائعة والمذكورة في معظم النظم، وهناك مخاطر أخرى سوف نتطرق إليها من خلال الفروع الآتية كخطر التحويل وخطر عدم الوفاء، كذلك خطر الإجراءات التمييزية.

الفرع الثاني: خطر التحويل

يشمل خطر التحويل كل الإجراءات التي تتخذها الدولة بعد إنجاز المشروع، والتي من شأنها التقييد من تحويل العملة الوطنية إلى عملة صعبة أو تحويل العملة إلى خارج الوطن وذلك لصعوبات إقتصادية أو لأسباب سياسية أو إجراءات تشريعية وإدارية، وفي هذه الحالة يجب المساس بحقوق المستثمر وإلحاق أضرار وخسائر ثقيلة بمشروعه وتستبعد من نطاق خطر العجز عن التحويل بصفة عامة إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال إنخفاضه بإعتباره من

[1] عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 46

المخاطر التجارية العادية، لكن في هذا الإطار لاتهم طبيعة الإجراءات المتخذة (قانون أو مرسوم) إذ يكفي التقييد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصل إستثماره أو عوائده.[1]

عندما تقوم الدولة المضيفة بفرض قيود تحول دون التحويل الخارجي للعملة سواء تمثلت هذه الأخيرة في أرباح جناها المستثمر في مشروعه أو عملة أخرى مقبولة للمستفيد من الضمان، هنا يقوم خطر العجز عن التحويل، ومن ثم تكبيل قدرة المستثمر في تحويل أرباحه نحو الخارج (لوطنه). [2]

مما لا شك فيه أن السماح للمستثمر الأجنبي بتحويل أصل الاستثمار ومردوداته إلى الخارج دون قيد أو شرط يشكل عامل جذب كبير للإستثمار الأجنبي طالما أنه يضمن للمستثمر تحويل رؤوس أمواله المستثمرة.

وإذا كان القانون يوفر الحق للمستثمر الأجنبي في تحويل رأس المال وعوائده بحرية كبيرة إلى الخارج وفي صورة قاعدة عامة يحقق فائدة واضحة للمستثمر إلا أن إعمال هذه القاعدة ترد عليه بعض القيود مما تحد من مدى تلك الفائدة ، ونقصد بهذه القيود مراعاة المستثمر الأجنبي لبعض الشروط أو الإجراءات التي يفرضها القانون عليه، مما يحول دون إمكانية ممارسة ذلك الحق بحرية مطلقة أو عدم استطاعته القيام بذلك وقت ما يشاء ، وتتمثل هذه الشروط عموما بمضي مدة معقولة على ورود المال يتبين فيها عدم إمكانية تنفيذ المشروع الذي خصص له هذا المال أو تعذر الإستمرار فيه، وإن يتم تحويل رأس المال بموافقة جهة حكومية مختصة وقد يتم ذلك بشكل أقساط وليس دفعة واحدة وإذا كان رأس المال قد تم إستيراده في صور أموال عينية قد

[1] محند عيبوط وعلي، مرجع سابق، ص 183، 184

[2] عينوش عائشة، **ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، مذكرة لنيل درجة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 66

يشترط أن يتم تصديره كذلك، وقد تسمح الدول المضيفة للإستثمار للمستثمر أن يتصرف برأس المال في نفس الدولة بدلا من إعادة تصديره.

ومن الجدير بالذكر أنه ليس هناك إهتمام على صعيد قواعد القانون الدولي العام بشأن ضمان حق المستثمر بتحويل رأس ماله وعوائده إلى دولته، بحيث لا توجد قاعدة في القانون الدولي حددت ذلك. [1]

ويمكن لخطر العجز عن التحويل للعملة أن يتخذ ثلاث صور

أولا: الصورة الأولى

هي رفض السلطات العامة في القطر المضيف تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل مهما كان نوعها، فقد تكون أورو أو دولار، ولا يهم شكل الرفض هنا فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، وفي كل الأحوال فالخطر ينشأ من اليوم الذي يتم فيه الرفض.

ثانيا: الصورة الثانية

فتتمثل في التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية المستحقة للمستثمر إلى الخارج بما يتعدى فترة معقولة، وقد قامت عقود الضمان المختلفة بتحديد هذه المدة بـ 90 يوما تبدأ من اليوم الذي تم فيه تقديم طلب التحويل حيث في غالبية الأحوال يرجع ذلك التأخير إلى أسباب تتعلق بالبيروقراطية وسوء الإدارة الحكومية في القطر المضيف أو لعدم توافر العملات القابلة للتحويل لديها.

[1] هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص 50،53

ثالث: الصورة الثالثة

يتمثل في " فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تمييزا واضحا " ويكون ذلك لو تعذر على الطرف المضمون خلال ستين يوما من تاريخ الموافقة على التحويل أو من تاريخ إستلام العملة المحلية أيهما جاء لاحقا إجراء التحويل عن طريق مشروع بسعر صرف معين لا يقل عن 99% لمن سعر الصرف المعني يوم نشأة الخطر".

يقصد بسعر الصرف المعني هو أنه " بالنسبة لأي يوم السعر الرسمي المعتمد من المصرف المركزي في القطر المضيف والذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم"، وإذا تعدد سعر الصرف المشار إليه أو تغير في نفس اليوم يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف الرئيسية في القطر المضيف.[1]

إن غاية المستثمر الأجنبي من ممارسة نشاطه الاستثماري خارج دولته هي تحقيق الربح الذي يمكن أن يعود له إلى دولته مع رأس المال الذي اصطحب معه. لذلك قد تكون هناك قلق لدى المستثمر الأجنبي من قيام الدول في حال إستثمر فيها بمنعه من تحويل عوائد استثماراته ورأس ماله بعملة قابلة للتحويل، ويمكن أن تزداد هذه المخاوف تجاه الدول النامية ، وذلك لإحتمال اتخاذها مثل هذه الإجراءات في سبيل معالجة ما تعانيه من مشاكل إقتصادية كالتضخم وإختلال في موازين مدفوعاتها الوطنية وشحة رؤوس الأموال بالعملة الصعبة ، لذلك تدرك الدول التي تسعى لتشجيع الإستثمارات الأجنبية، عدم كفاية منح المزايا للمستثمر الأجنبي لتشجيعه على الاستثمار داخل إقليمها مالم تضمن له في نفس الوقت الحق في الإستفادة من ثمرة إستثماره

[1] هشام خالد، **عقد ضمان الإستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 197 ،198

بتحويله للأرباح والعوائد التي يحققها من ممارسته للنشاط الاستثماري على إقليمها وكذلك إعادة رأس المال الذي جلبه معه. [1]

يعد ضمان تحويل الأرباح من أهم الحوافز التي يمنحها البلد المضيف لجلب الإستثمارات ، لأن عدم السماح بالتحويل يعد نوعا ما من المصادرة المحدودة، لهذا فإن جل تشريعات الإستثمار ذات الطابع التحفيزي والإنفتاحي نصت على منح هذا الضمان للمستثمرين، الذين يأتون برؤوس أموالهم إلى الأسواق الناشئة للحصول على الربح ويجب طمأنتهم على أنهم سيتمكنون من أخذ أرباحهم إلى بلادهم، وإلا فما الفائدة التي يجنيها المستثمر إذا كان محروم من حق تحويل المبالغ المالية التي يستثمرها في البلد المضيف ، وكذلك تحويل أرباحه وعائدات إستثماره وناتج التنازل عن مشروعه الإستثماري أو تصفيته فما الفائدة من إستثماره في مثل هذه الدول التي لا تضمن حق التحويل .[2]

ورغم كل هذه المحاولات المشار إليها آنفا، لإزالة العراقيل أمام حرية تحويل رؤوس الأموال المستثمرة أو عوائدها، فإن هناك قيودا تفرضها دواعي العدالة بحيث يبقى المستثمر الأجنبي وأمواله المستثمرة يخضع لبعض القواعد التي تفررها التشريعات الوطنية في البلد المستضيف.[3]

وقد إعترف المشرع الجزائري بهذا الحق في نص المادة 31 من الأمر رقم03 -01 الخاص بتطوير الإستثمار والتي نصت على مايلي" تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر لانتظام ويتحقق من استرادها قانونا، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه..." حيث نستنتج من هذا

[1] زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص 290، 291.

[2] قرفي ياسين، **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون تخصص، قانون أعمال، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007-2008، ص 82،83

[3] هفال صديق إسماعيل، مرجع سابق، ص 56

النص ان ضمان تحويل رأس المال المستثمر والعوائد الناجمة عنه وكذا الناتج الصافي للتنازل أو التصفية حتى ولو كان هذا المبلغ يفوق رأس المال الأصلي للمستثمر.[1]

فهذا الضمان يقابل المخاطر التي يواجهها المستثمر الأجنبي ، وتتم التحويلات في إطار الشروط الخاصة بالصرف وحركة رؤوس الأموال ، حيث يقوم مجلس النقد والقرض بوضع شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج، وتسليم الرخص الضرورية لذلك ، ويتولى بنك الجزائر تنفيذ سياسة الصرف المحددة من مجلس النقد والقرض وفقا للإتفاقيات الثنائية المبرمة، فالتحويل يشمل رأس مال المستثمر وفوائد الإستثمار والمداخيل الناتجة عن التنازل أو التصفية وتحويل رواتب العمال الأجانب والتعويضات الناتجة عن النزع أو فقدان الملكية، ويتم كل ذلك طبقا لسعر الصرف الرسمي المعمول به يوم التحويل.

الفرع الثالث: خطر الإجراءات التمييزية

تتخذ الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية أحيانا إجراءات تمييزية ضد مستثمرين تابعين لدولة أجنبية معينة، وهذه الإجراءات ذات الطابع السياسي تمس بالمستثمر وحقوقه في الملكية، لذلك فإن كل أو جل التشريعات الوطنية للدولة المضيفة والإتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف تمنع كل أشكال التمييز مهما كانت طبيعتها،[2] لأن البشر يستهوي فكرة المساواة، وقد أثارت هذه الفكرة إنتباه المفكرين والفلاسفة على مر العصور، لأنها النموذج والمثل الأعلى الذي يحتذى به في مجال الحياة العامة، فالمساواة ليست وليدة العصور الحديثة بل تضرب بجذورها في أعماق التاريخ، فقد عرفتها المجتمعات القديمة ولكن بمفاهيم مختلفة.[3] لكن تتلخص فكرة المساواة في

[1] الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار الجريدة الرسمية، العدد 47 – الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001

[2] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص186

[3] مساعدي عمار، **العلاقات الاقتصادية ومبدئ المساوات في ظل النظام الاقتصادي الدولي المعاصر**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996-1997، ص57

العصور الحديثة في عدم التمييز في مجالات الحياة العديدة وما يهمنا في دراستنا هذه هو عدم التمييز والمساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني، أي أن تعامل الدولة المستقطبة للإستثمار الأجنبي المستثمر المنتمي إلى جنسية دولة أخرى بنفس المعاملة التي يستفيد منها المستثمر الوطني.[1]

وهذا عند إتخاذها لإجراءات نزع الملكية أو المصادرة أو التأميم أو غيرها من صور أخذ الملكية، مؤدى ذلك أنه لا يجوز للدولة أن تتخذ الإجراءات هذه على نحو يخل بهذا المبدأ، كما لو قامت باتخاذ إجراءات التأميم في مواجهة ممتلكات الأجانب دون الوطنيين على نحو يجعل من الصفة الأجنبية وحدها المبرر الوحيد لإتخاذ هذه الإجراءات.

وكذلك تعد الدولة مخالفة لمبدأ المساواة، رغم عدم تفرقتها في إتخاذ إجراءات التأميم بين الوطنين والأجانب، وذلك فيما لو قامت بإجراء تمييز مجحف بالأجانب يستند إلى الدين أو النصر، أو كما لو اتخذت هذه الإجراءات في مواجهة رعايا دولة معينة بالذات، فهي أن فعلت ذلك تكون قد تعسف في إستعمال حقها في التأميم بما يتنافى مع المبادئ العامة. [2]

يكتنف هذا المبدأ كثير من الغموض بالنظر إلى عمومية مضمونه فضلا عن إختلاف حكمه بإختلاف ظروف الدول التي تعتمده. وبالتالي فإنه بحاجة إلى معايير أخرى تضبط مضمونه وتعد بشكل دقيق الحقوق والمزايا التي يتمتع بها الإستثمار الأجنبي، ولعل أهم المعايير التي تلجأ إليها الدول في هذا الصدد، هي ما يلي: مبدأ المعاملة الوطنية، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، مبدأ التبادل والمعاملة بالمثل، والتنظيم المباشر للضمانات الإتفاقية للإستثمار الأجنبي، سوف نتطرق إلى بحث هذه الوسائل الفنية القانونية الأربعة على الشكل التالي.[3]

[1] عجة الجيلالي، **الكامل في القانون الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص544

[2] هشام علي صادق، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2002، ص 49،50

[3] محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 211

أولا: مبدأ المعاملة الوطنية للإستثمار الأجنبي

يقصد بالمعاملة الوطنية للإستثمار الأجنبي عدم التمييز وهو من أهم صور المساواة الحقيقية بين المستثمرين وتجسيدا لهذا المبدأ تضمنته جميع النصوص القانونية التي تنص على عدم المعاملة التعسفية أو التقصيرية للمستثمر الأجنبي بالمقارنة مع المستثمر الوطني والتي سوف نتكلم عليها في الفصل الثاني من هذا البحث، وهو حق لحماية المستثمر الأجنبي من بعض الإجراءات مثل نزع الملكية والتأميم والمصادرة عند ممارستها لسلطاتها السيادية في مواجهة الأملاك بكل أصنافها المادية والمعنوية، وهذا المبدأ هو مبدأ مستقر في القانون الدولي، لأنه يدخل في مضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب على إقليم الدولة المستضيفة لهم، ويشمل مبدأ التميز؛ كل أشكال التمييز بين المستثمرين بغض النظر عن جنسياتهم، وطنيين كانوا أو أجانب لتمتنع الدولة المستضيفة للإستثمار الأجنبي في كل الأحوال عن التمييز بين المستثمرين الوطنين والأجانب من جهة، وبين المستثمرين الأجانب فيما بينهم، أي منح المعاملة نفسها على أساس مبدأ المساواة بغض النظر عن معالم العرق واللغة والجنس والدين والإتجاه السياسي أو الأصل الاجتماعي والعرقي وهذا بإعتبارها حقوق متساوية وغير قابلة للتصرف خاصة وقد أصبح العالم كقرية صغيرة في رحاب العولمة ، وفي الإنتقال إلى أسلوب التدويل والعالمية .[1]

[1] حسين نوارة، **الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم**، التخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق، 2013، ص 116،117

ثانيا: معاملة الإستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية

ويقصد به عموما أن تتعهد الدولة المستقطبة للإستثمار على أساس إتفاقية دولية تبرم بينها وبين الدولة المصدرة للإستثمار، وهذا لمعاملة إستثماراتها أفضل معاملة تتلقاها الإستثمارات الأجنبية فيها، أي استفادة المستثمرين الذين يحملون جنسية الدول المصادقة على هذا الشرط كل الضمانات والمزايا التي قررتها أو تقررها الدولة المستقطبة للإستثمار.

في الواقع تجري الدول المختلفة ومنذ أمد بعيد على إدراج هذا الشرط في معاهدات الإقامة والاتفاقات الخاصة بالمسائل المالية والجمركية. وبصفة عامة في إتفاقيات تشجيع وحماية الإستثمارات الأجنبية أو في الإتفاقيات الدولية التي تنعقد فيما بينها لتنمية العلاقات الإقتصادية والتجارية ويلاحظ أن هذا المعيار القانوني لا يحدد بشكل مباشر الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة المستقطبة للإستثمار لرأس المال الوافد إليها والتابع للدولة المستفيدة منه، إنما يكتفي بتقرير معاملة قانونية معيارها أفضل معاملة يتمتع بها الإستثمار غير الوطني في تلك الدولة، وأيا كان الأمر فإن مبدأ الدولة الأولى بالرعاية لا يحقق المساواة في المعاملة بين إستثمارات الدول المتعاقدة الأخرى يضاف إلى ذلك أن إسراف الدولة في الارتباط بهذا المبدأ، يجعلها تتردد كثيرا في عقد إتفاقيات دولية تقرر فيها حقوقا أو مزايا للإستثمارات الوافدة إليها من دولة معينة خشية أن يترتب على هذا المسلك وفق المبادئ القانونية السائدة، تتمتع جميع الإستثمارات الأجنبية الأخرى بتلك الحقوق والمزايا، ومن شأن هذا المبدأ أن يشل يد الدولة عن منح أية ضمانات قانونية ترغب في منحها إلى الإستثمارات الوافدة إليها من دول أخرى.[1]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 213،215

ثالثا: معاملة الإستثمار الأجنبي وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل (أو التبادل)

ويقصد به أن تعامل الدولة المستثمر الأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا المستثمر بجنسيته، وفي الواقع يعد هذا المعيار وسيلة مهمة وشائعة لتحديد الضمانات القانونية التي يحظى بها الإستثمار الأجنبي في الدولة المستقطبة للإستثمار فقد تنص عليه الدولة في قوانينها الوطنية ويعرف عندئذ بالتبادل التشريعي.

قد تكتفي الدولة بالتبادل الواقعي بحيث تمنح المستثمر الأجنبي المزايا والحقوق نفسها التي يجري العمل على منحها لمواطنيها في الدول الأجنبية ولو لم يكن ذلك بمقتضى نص صريح. إن هذا المبدأ يتخذ من حيث المضمون صيغا متعددة يجب ذكرها لمعرفة مدى فاعليتها في حماية الإستثمار غير الوطني وضمانه، وأهم هذه الصيغ هي:

1-تبادل الحق بالحق:

تقوم الدولة من خلال هذا المبدأ بمنح المستثمر الأجنبي الضمانات والمزايا ذاتها التي تمنحها دولة ذلك المستثمر لرعايا الدولة الأولى، حيث يشترط فيها أن يكون الأداء الذي تلتزم به إحدى الدول مماثلا لأداء الدولة الأخرى، ويتميز هذا المبدأ بكونه يحقق توازنا موضوعيا بين الدولتين المتعاقدتين، إن هذا التوازن لا يمكنه أن يكون حقيقي في الضمانات الممنوحة بين الدولتين المتعاقدتين. فرغم أن محل الإلتزام واحدا بالنسبة إلى كليهما إلا أنه قد يكون أكثر عنفا لإحداهما وأكثر غرما للأخرى، وذلك نتيجة لإختلاف حجم الإستثمارات لكل من الدولتين، بالإضافة إلى إختلاف شروط التمتع بالضمان محل التبادل ونطاقه بإختلاف القوانين الوطنية (الداخلية) للدول المتعاقدة. [1]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص215،216

2-التبادل على أساس التعادل:

تقوم هذه الصيغة على المعاملة بالمثل، أي أن تتعهد الدولة بمنح المستثمر الأجنبي مزايا معينة في إقليمها، نظير حصول مواطنيها وشركاتها في الدولة الأجنبية على مجموعة أخرى من المزايا ترى أنها تعادل في الأهمية المزايا التي قررت منحها للمستثمرين الأجانب وإن كانت لا تطيقها، إن هذا المعيار لا يؤدي إلى تحقيق المساواة في الضمانات بين الدولتين المتعاقدتين، ولهذا تنتظر كلا من الدولتين المبادرة من الأخرى أولا بمنح الضمانات كشرط لقيام الأخرى بتقرير ضمانات مماثلة.

3-التبادل على أساس المعاملة الوطنية:

عموما يقصد بهذا المبدأ أن تقرر الدولة معاملة الإستثمار الوافد إليها معاملة الإستثمار الوطني نفسها، بشرط أن تلقى إستثماراتها في تلك الدولة الأجنبية المعاملة القانونية ذاتها، وتتميز هذه الصيغة من المعاملة بالمثل بالسهولة واليسر لكنها لا تؤدي إلى تحقيق توازن حقيقي بين الدول المتعاقدة في نسبة الضمانات القانونية التي تقررها، فقد تكون احدى الدولتين كريمة في منح الضمانات والمزايا لإستثماراتها الوطنية بينما تكون الأخرى بخيلة في ذلك، والنتيجة من هذا عدم التعادل بين حقوق الدولة والتزاماتها. وبالتالي فإن هذه الصورة لا تحقق التعادل بين الدول المتعاقدة إلا إذا كانت تلك الدول تتقارب في نظمها القانونية من حيث المزايا والضمانات التي تخولها للإستثمارات الوطنية.

رابعا: التنظيم المباشر للضمانات القانونية التي يتمتع بها الإستثمار الأجنبي

ومحصلة هذه الوسيلة في الواقع هي أن تقوم الدول الأطراف في الإتفاق الدولي بوضع تنظيم مباشر مفصل للضمانات والمزايا التي تستحقها إستثمارات كل منها في الأخرى.[1]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 217،218

لا يكفي اللجوء إلى المعايير المتقدمة التي تكون غير محددة المضمون، وهذا لقابليتها لتعديل والتغيير المستمر، ومن ثم فإنها لا تحقق أهدافها إلى تشجيع الإستثمار الأجنبي ومن الأفضل وضع تنظيم مباشر للضمانات والمزايا التي تمنحها كل منها للإستثمارات الوافدة إليها من الأخرى، يعد مبدأ المعاملة بالمثل الإتجاه الأكثر موضوعية، وذلك لأنه يؤدي في الواقع إلى خلق قدر من الموازنة بين حقوق الدولة وإلتزاماتها، ويتم الجمع من جهة أخرى بين الوسيلة المذكورة وبين كل من مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن الإتفاق الدولي يمكن أن ينظم بعض الضمانات القانونية التي تتمتع بها الإستثمارات الوافدة، وأن يقرر بشأن الضمانات الأخرى تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية أو مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.[1]

ولقد عمل المشرع الجزائري جاهدا لتكريس هذا المبدأ (مبدأ عدم التميز) في القانون الوطني، وكانت بدايته بإلغاء التميز بين المستثمر الوطني والأجنبي بصدور قانون النقد والقرض لسنة 1993 الذي إعتمد على معيار المقيم وغير المقيم بعد ما كان يعتمد على معيار الجنسية، وجاء بعده المرسوم التشريعي 93-12 ليكرس هذا المبدأ نهائيا، وفي الأخير جاء الأمر 01-03 يؤكد بصفة قاطعة على مبدأ المساواة في المادة 14 منه.

حيث نصت المادة 14 على " يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالإستثمار. ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية ". [2]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 219

[2] المادة 14 من قانون الإستثمار، الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية العدد 47 الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001

يتضح من المادة 14 أن ضمان عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب أشخاص طبيعية أو معنوية كانوا في مجال الحقوق والواجبات، وهذا ما يثبت بحد ذاته على وجود إمتيازات في المعاملة ومساس بمبدأ المساواة بين المستثمرين، لكن هناك إستثناء واحد ذكرته المادة 14 على مبدأ المعاملة المتساوية والمتمثل في وجود نصوص إتفاقية مبرمة بين الدولة الجزائرية ودولهم الأصلية، وهذا يعني به أنه يمكن للإتفاقيات أن تنص بخلاف ذلك.

المطلب الثاني: الإجراءات غير المباشرة

وهي الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة إتجاه المستثمرين الأجانب والتي تمس بملكيتهم بصفة مباشرة، وتتنوع الإجراءات غير المباشرة بين الإحتكار وكذلك الإصلاحات الضريبية والجمركية نتناولها إتباعا حسب الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الإحتكار

عرف الإحتكار في الفكر الإقتصادي بأنه قيام مؤسسة واحدة بالسيطرة على السلعة في أسواقها، أو قيام عدد من المؤسسات بذلك.

ويجب أن يؤخذ بعين الإعتبار أنه في حالة قيام مؤسسة واحدة بالسيطرة على السلعة فإنه يسمى بالإحتكار الكامل، وفي حالة قيام عدد من المؤسسات بذلك فإنه يعرف بإحتكار القلة والإحتكار بهذا المعنى لا يخرج عن كونه حبس لسلعة التي يحتاج إليها الناس لبيعها بثمن مرتفع أو لخلق نوع من الندرة وعدم الإستقرار في السوق التجاري مما يؤدي إلى تحكم فرد أو مجموعة بعرض السلعة المحتكرة وفرض السعر الذي تراه لنفسها مناسبا.

ويسمى الإحتكار في العصر الحديث بالسوق السوداء وإنها لتسمية مناسبة، فهي سوداء على المشتري لاضطراره إلى دفع الأرباح التي لا توازي أرباح السلعة في العادة والغالب.[1]

إن فشل نظام الإحتكار في ضمان الإستقرار الإقتصادي للدولة نتيجة طغيان المضاربة وغياب الشفافية دفع بالسلطة إلى التفكير في أسلوب إقتصادي جديد يحقق الاستقرار المفقود.[2]

كما أن البلدان النامية عادة تلجأ إلى إحتكار بعض القطاعات الإقتصادية من أجل تدعيم إستقلالها الإقتصادي، فهو عبارة عن إجراء ذي طابع إقتصادي قانوني يترتب عنه سيطرة الدولة أو بعض المؤسسات والهيئات التابعة لها على بعض القطاعات الإقتصادية، وهذا ما يؤدي إلى خلق صعوبات للشركات الخاصة، إن هذا الإجراء يخالف مبدأ حرية الصناعة والتجارة لأنه يمنع الخواص من ممارسة بعض النشاطات في القطاعات الإقتصادية الإستراتيجية التي تسيطر عليها الدولة بواسطة المؤسسات والهيئات التابعة لها.[3]

وهناك أيضا ما يسمى بالإحتكار التكنولوجي لعدم إنتقال التكنولوجيا لشركات أخرى تعتمد هذه الشركات الأجنبية إلى منح أجور عالية لموظفيها مقارنة بتلك التي تقدمها الشركات المحلية المنافسة إلى جانب توفيرها ظروف حسنة وحوافز مغرية حتى لا يتسنى للشركات المحلية من محاولة إستقطابهم. كما جاء في تقرير التنمية الصناعية لسنة 2003، أن معظم الدول النامية التي إستطاعت تحقيق نتائج جيدة اتبعت استراتيجيات جد متنوعة من أجل تطوير وتحسن موقعها

[1] محمد أبو زيد الأمير، **الإحتكار ومعالجته في الفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي**، الإسكندرية، الطبعة 1 ،2006، ص 57

[2] عجة الجيلالي، **التجربة الجزائرية في تنظيم التجارة الخارجية من إحتكار الدولة إلى إحتكار الخواص**،_دار الخلدونية، طبعة 1، سنة 2007، ص 201.

[3] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 179

التنافسي على المستوى الدولي وهذا عن طريق البحث والتطوير على المستوى الوطني أو عن طريق الإستثمار الأجنبي.[1]

وفيما يتعلق بالإحتكار الواقعي (السرية) يلاحظ أنه ليس المقصود من سرية المعرفة التكولوجية أن يقتصر العلم بها على شخص واحد أو أشخاص محددين فقط، بل المقصود ألا يتم إمتداد العلم بها إلى المشتغلين في فن صناعي معين، بحيث تكون في متناول الجميع دون قيد، ودون أن يمثل ذلك أي إعتداء على حقوق المالك الأصلي.

كذلك تعتمد المشروعات المنتجة للتكنولوجيا إلى إدراج شروط مماثلة في عقود العمل التي تربطها بالعاملين فيها من أجل الحفاظ على سرية المعرفة التكنولوجية، كما تفرض المشروعات المستثمرة للمعرفة التكنولوجية الإلتزام بالسرية على تلك المشروعات طالبة الإستثمار التكنولوجي التي تدخل معها في علاقة تعاقدية.[2]

بيد إن عدم الإحتكار الواقعي لهذه العناصر لا ينفي تحقق الإحتكار القانوني لها ، فهناك عناصر تتمتع بإحتكار قانوني، وفي حال تخلف الإحتكار القانوني لا يتصور إحتكارها بواسطة السرية ، فهناك عناصر تتمتع بإحتكار قانوني ويتصور إحتكاره بواسطة السرية حال تخلف الحماية القانونية، وتشمل الوسيلة الصناعية وما يرتبط بها في جوهرها من أسرار صناعية وإختراع استخدام الوسيلة الصناعية وبرامج الحاسب الآلي ، وهناك عناصر يتصور احتكارها بواسطة السرية حال

[1] بن عمران إيمان، **الإستثمار الأجنبي المباشر والميزة التنافسية الصناعية في الدول النامية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم التجارية، تخصص مالية المؤسسة الجامعية أكلي محند أو الحاج، البويرة، كلية العلوم الإقتصادية التجارية وعلوم التسيير قسم العلوم التجارية، سنة 2014-2015، ص 95

[2] مرتضى جمعة عاشور، **عقد الإستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)**، منشور الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 260

تخلف الإحتكار قانوني، وتشمل اختراع المنتج والرسوم والنماذج الصناعية والعلامة التجارية ، إذ ترتكز هذه الأخيرة على احتكار الاستثمار .[1]

الفرع الثاني: خطر الاصلاحات الضريبية والجمركية

مما لا شك فيه أن الاستثمار الأجنبي يتجه من بلد إلى آخر وهذا سعيا لتحقيق أكبر ربح ممكن، ولكن عائق الرسوم الضريبية والجمركية يؤثر على حجم الأرباح وبالتالي فإن الإعفاء من هذه الرسوم يوفر مناخ ملائم للإستثمار الأجنبي في تحقيق غايته، حيث يترتب على هذه الإعفاءات التخفيض في كلفة المشروع وزيادة أرباحه فضلا عن تقوية المركز التنافسي في بداية الإنتاج أو مزاولة النشاط الاستثماري لحين انتهائه.[2]

تتمثل هذه التسهيلات الجمركية في السماح للمشروعات الإستثمار بأن تستورد (بدون ضرائب أو رسوم جمركية) أو التخفيض في مبلغ الضرائب والرسوم على حسب طبيعة المشروع، وهذا على ما يحتاج إليه من الأصول الرأسمالية والآلات والمعدات وغيرها من المستلزمات السلعية التي يتكون منها رأس المال العيني للمشروع، وكذلك قطع الغيار والمواد الأولية وغيرها من مستلزمات الإنتاج.[3]

ومن جهة أخرى تلجأ البلدان النامية عادة إلى رفع الرسوم الجمركية والضريبية بالنسبة للشركات الأجنبية، وهذا من أجل رفع مواردها المالية، هذه الإجراءات تتخذها الدولة في إطار سيادتها وسلطتها في تنظيم النشاطات الإقتصادية فيها، مما يبق ذكره إلى أن السياسة الضريبية عمل سياسي لمختلف الدول إذن يكون لكل الدول حرية توحيد المعاملة الضريبية تجاه مختلف الأشخاص أو ممارسة التمييز الضريبي كأن توقع ضرائب على الرعايا الأجانب تفوق تلك

[1] مرتضى جمعة عاشور، المرجع السابق، ص 262

[2] هفال صديق اسماعيل، مرجع سابق، ص 98

[3] زياد فيصل حبيب الخيزران، مرجع سابق، ص 178،179

الموقعة على الوطنين ومن الطبيعي أن يكون هذا النوع من التمييز عائقا أمام حركة الرأسمالية إلى البلد المستقبل بحيث تتوجه تلك الرأسمالية إلى الدول الخالية من ذلك التمييز،[1] كما تتعهد الدول عن طريق الإتفاقيات الدولية مع الدول المصدرة للإستثمار بعدم ممارسة التمييز الضريبي، وعند الإخلال بهذا العهد تترتب المسؤولية الدولية للدولة الأخيرة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المستثمر الأجنبي نتيجة ذلك الإخلال.[2]

لقد نصت في هذا الإطار المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الإستثمار وفي فقرتها السادسة على أن: " تطبق نسبة مخفضة تقدر بـ 3% من مجال الرسوم الجمركية على السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ويمكن أن تكون هذه السلع موضوع تنازل وتحويل طبقا للتشريع المعمول به بعد موافقة الوكالة".[3]

وهناك مثال على هذا وهي الحوافز التي منحت في إطار الاستثمار بين شركة أورسكوم تيليكوم والجزائر والتي فاقت النسب المعلن عنها في المرسوم التشريعي رقم 93-12 وهذا نستنتجه من خلال اطلاعنا على المادة 03 من ملحق الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم التي جاء في فقرتها الخامسة ما يلي " تطبق نسبة مخفضة تقدر بخمسة بالمائة 5% في مجال الرسوم الجمركية.[4]

على السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار، هذا ونلاحظ أن هناك فرق في النسبة التي جاءت في المرسوم التشريعي رقم 93-12 والتي قدرت بـ 3% وملحق الإتفاقية

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 279

[2] -قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 126،127

[3] لمرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمارات، جريدة رسمية، العدد 64

[4] الرسوم الجمركية محددة وفق القانون 98-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المعدل والمتمم للقانون رقم 07/79 المؤرخ في 21 جويلية 1979

المبرمة بين الجزائر وشركة أوراسكوم تيليكوم والتي قدرة النسبة بـ 5% في المادة 03 الفقرة الخامسة.

وهذا إن دل على شيء إنما يدل على مدى تشجيع الجزائر للإستثمارات الأجنبية، وهذا بالنظر للإمتيازات التي منحتهم لهذا الأخير (المستثمر).[1]

تجدر الاشارة بأن المرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 05 أكتوبر 1993 الخاص بترقية ودعم الاستثمار قد ألغى بالأمر 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001.[2] وإنما ذكرناه على سبيل المثال.

ومن هذا كله يمكننا القول إنه يجب على الدول المضيفة أن تشرع العديد من التشريعات من اجل التخفيض من العبئ الضريبي وإزالة المعوقات الضريبية والمتمثلة في الاصلاحات الضريبية والجمركية وعدم التمييز في المعاملة الضريبية لإستضافة أكبر عدد ممكن من الاستثمارات الأجنبية.

[1] محمد سارة، **الاستثمار الأجنبي في الجزائر**، دراسة حالة أوراسكوم، بحث مقدم لنيل درجة ماجيستير، قانون أعمال، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009، ص 90

[2] الأمر 01-03 المرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية 47

خلاصة الفصل

من خلال دراستنا للفصل الأول المعنون بتحديد مفهوم المخاطر الغير تجارية نجد انها تتفرع الى المخاطر السياسية المتعلقة بالحروب الاهلية والاضطربات المدنية والتي من شأنها عرقلة عملية الاستثمار للتأثير السلبي عليها الى جانب الإجراءات الانفرادية الصادرة من طرف الدولة المستقطبة للاستثمار بإستعمال سلطتها وسيادتها، حيث تفرض إجراءات مباشرة كنزع الملكية والإجراءات التمييزية، وإجراءات غير مباشرة كالإحتكار وما تفرضه من تعديلات ضريبية وجمركية وهذا تبعا لتغير الظروف المحيطة بالمشروع الاقتصادي ، حيث سعينا الى ضبط كل هذه المخاطر ببيان مفاهيمها وانواعها للوصول الى ايضاحها وتحجيمها وإبراز مدى تأثيرها ، وهذا لنخطو خطوة صوب توفير أساليب الحماية اللازمة للمستثمر لتبديد مخاوفه وتوفير المناخ المناسب للاستثمار.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: أساليب الحماية من المخاطر غير التجارية

تسعى الدول المختلفة لاسيما الدول النامية إلى جذب الاستثمارات الأجنبية للاستفادة من رأس المال والخبرة التي يجذبها هذا الأخير إليها في إطار تنفيذ برامج التنمية فيها، ولن يحصل ذلك إلا عن طريق تبديد مخاوف وشكوك المستثمرين الأجانب بخصوص المخاطر غير التجارية التي قد تصادفهم عند القيام باستثمارهم فيها.لذلك حرص المشرع الداخلي في العديد من الدول على تضمين الدساتير والقوانين العديد من الأحكام التي تهدف إلى توفير الحماية القانونية المطلوبة لهؤلاء المستثمرين.[1]

تشمل الحماية من المخاطر غير التجارية،الحد من سلطات الدولة التي تتخذها الدول بطريقة تعسفية في إطار ممارستها لسيادتها التي ترهق كاهل المستثمر الأجنبي وكذلك التأمين كوسيلة للحماية من هذا النوع من المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها إذا ما قام بإستثمار أمواله في هذه الدول والحماية بواسطة التعويض في حال وقوع أضرار على إستثماره، وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا الفصل عن طريق ثلاث مباحث منفصلة من خلال التطرق إلى الحد من سلطات الدولة في المبحث الأول والتأمين كوسيلة للحماية في المبحث الثاني ونخصص المبحث الثالث للحماية بواسطة التعويض.

[1] هشام خالد، مرجع سابق، ص 9، 10

المبحث الأول: الحد من سلطات الدولة كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية

تبرم عقود الإستثمار بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي وفي هذه العلاقة العقدية مركز الدولة يجعلها تتمتع ببعض الإمتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها مستمدة من سيادتها الإقليمية، خاصة إذا نفذا هذا العقد في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، مما يساعدها ويسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالح شعبها وتحقيق أهدافها التنموية، ولتفادي هذه الأخطار المختلفة الناجمة عن ممارسة الدولة لسلطاتها وصلاحياتها التشريعية وضمان الحماية اللازمة، يحاول المستثمرين الأجانب فرض بعض الشروط من أجل الحد من سلطات الدولة سواء منها تلك التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها في إطار صلاحياته التشريعية.[1]

وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال المطالب التالية :

- **المطلب الأول: مبدأ عدم الفسخ أو التعديل الإنفرادي لعقد الاستثمار**
- **المطلب الثاني: مبدأ الثبات التشريعي**
- **المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق**

المطلب الأول: مبدأ عدم الفسخ أو التعديل الإنفرادي لعقد الاستثمار

إن مسؤولية الدولة عن التزاماتها التعاقدية الناشئة عن عقد الإستثمار تعتبر مسؤولية أخلاقية وليست مسؤولية قانونية كما صنفها جانب من الفقهاء، لأنه عندما تتعاقد الدولة مع أحد الأشخاص القانونية الخاصة سواء كانت طبيعية أو معنوية، فإن سيادتها الوطنية لا تكون

[1] عيوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 203

محملا لتصالح أو التنازل، وبالتالي فإنها لا تتعاقد بعيدا عن سلطتها في اتخاذ إي إجراء مستقبلي بتعديل أو إلغاء العقد بإرادتها المنفردة، زيادة على هذا فإن الدولة مسؤولة عن حماية المصلحة العامة، ومن ثم فإنه ينبغي عدم تقييد سلطاتها في اتخاذ إي إجراء مستقبلي يحقق مصلحتها العامة حتى وإن كان متعارضا مع عقد الإستثمار، والواقع من الأمر أن هذا الرأي لا يستقيم قانونا، ذلك أن وجود الدولة كطرف في العقد وإن كان يثير كثيرا من الإشكاليات القانونية بشأن تطبيق الحصانة القضائية للدولة واستحالة التنفيذ الجبري عليها، بيد أن ذلك لا يحول إطلاقا دون خضوع الدولة المتعاقدة للقانون وإلتزامها بأحكامه.[1]

إذا كانت الإدارة تتمتع بحق تعديل شروط العقد في القانون الداخلي، فإن الأمر يختلف في العقود الدولية، ولقد عرف هذا المبدأ تطورا في مجال المنازعات الدولية، بحيث أن مبدا " القوة الإلتزامية للعقد " هو السائد في النصف الأول من القرن العشرين، ولقد دافعت عنه الحكومات منها الحكومة السويسرية أمام محكمة العدل الدولية الدائمة.[2]

أما بالنسبة لهيئات التحكيم، فإنها تعتبر التراجع عن إلتزام عقدي من قبل الدولة المتعاقدة لا يشكل خطأ من شأنه طرح المسؤولية العقدية للدولة نظرا لعدم توفر عنصر الجريمة الدولي إلى جانب خطأ عدم التنفيذ، لكن بعض القرارات الحديثة لهيئات التحكيم تؤكد" القوة الإلزامية للعقد".

إذا كانت بعض قرارات هيئات التحكيم تعترف بحق الدولة في التراجع عن التزاماتها العقدية التي سبق لها الموافقة عليها، فإنه بالنظر لخطورة ذلك على مصالح المستثمر فإنها تلح على ضرورة مراعاة بعض القواعد الدولية التي تنظم عقود الدولة. [3]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 253

[2] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 206

[3] نفس المرجع، ص 206،207

كما أن القضاء المقارن يؤيد كذلك هذا الإتجاه في العديد من القضايا التي تخل فيهم الدولة بإلتزاماتها التعاقدية، بإدارتها المنفردة لأنه يعد إجراء غير مشروع، يرتب عليها إلتزام بالتعويض في مواجهة المتعاقد الأخر معها، ومثال ذلك النزاع الذي نشب بين دولة الولايات المتحدة وحكومة غواتيمالا إثر قيام هذه الأخيرة بإنهاء حقوق إمتياز سكة الحديد، قضت هيئة التحكيم بتعويض الشركة الأمريكية المتضررة عن كل الخسائر والأرباح.

وقد جاء في قرار الهيئة " إذا ما اضطرت الدولة المتعاقدة، لأسباب حتمية، إلى الإنسحاب من مشروع سكة الحديد قبل إنتهاء الفترة المقررة في العقد، يصبح لزاما عليها دفع كافة الأرباح التي ستجنى من المشروع حتى فترة إكمال".[1]

كما ذكر سابقا أن هيئات التحكيم تعتبر التراجع عن إلتزام عقدي من قبل الدولة المتعاقدة لا يشكل خطأ من شأنه طرح المسؤولية العقدية للدولة نظرا لعدم توفر عنصر الجريمة الدولية إلا أن هناك بعض القضايا تبين عكس هذا الكلام، والدليل على هذا قضية شفيلدت (shufeldet) التي تتلخص وقائعها في أن دولة غواتيمالا منحت مستثمرا أمريكيا إمتيازا مدته عشر سنوات لاستخراج أحد المعادن، بيد أنها قامت بعد سنة من منح هذا الإمتياز بإلغائه بموجب إجراء تشريعي .وعندما عرض النزاع على هيئة التحكيم قضت تلك الهيئة بأن " إلغاء الإمتياز من شأنه أن يحرك المسؤولية الدولية للدولة، ويرتب الحق لصاحب الامتياز في التعويض ليس فقط عن الأموال المستولى عليها، إنما أيضا عما يفوته من كسب عن المدة المتبقية للعقد" وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن فنزويلا كانت قد منحت امتيازا مدته ثمانية عشر شهرا إلى مستثمر أمريكي لإقامة سوق في(كاراكاس) وجباية إيراداته، وبعد بضعة أشهر من إبرام العقد قامت بإلغائه بمقتض قرار إداري، فقررت لجنة المنازعات الأمريكية _ الفنزويلية أن " الإجراء الذي اتخذته فنزويلا هو إجراء تعسفي وغير مشروع، ذلك أن الدولة

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 254

عندما تقرر نقض العقد تحقيقا لمصلحتها العامة وتستولي على الحقوق المالية للتعاقد معها، فإنه ينبغي عليها أن تقدم تعويضا عادلا وكاملا عن ذلك".[1]

أما موقف المشرع الجزائري من هذه الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم، والتي قضت صراحة بضرورة تحمل الدولة المسؤولية في حالة اتخاذ أي إجراء يخص الفسخ أو تعديل العقد بإرادتها المنفردة، هو موقف مؤيدا بدليل نص المادة 17 من الأمر رقم 03-01 التي نصت على مايلي: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود إتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى إتفاق بناءا على تحكيم خاص" .[2]

لقد أسند المشرع الجزائري في هذه المادة (17) تسوية المنازعات إلى الجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود اتفاق بين الأطراف، سواء كان عن طريق اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف، أو وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، وبالرجوع إلى أغلب الاتفاقيات الثنائية، فإن التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات يعتبر أهم خيار أمام المستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة الجزائرية عند إخلالها بأحد التزاماتها سواء الاتفاقية أو العقدية.

نطرح تساؤل وبالإجابة عليه نصل إلى خلاصة لهذا المطلب، والسؤال المثار هنا ما هي الاثار المترتبة عن قيام الدولة بإرادتها المنفردة بتعديل او الغاء العقد؟

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 255

[2] الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001

إختلفت الآراء التي تناولت هذه التغيرات والتعديلات التي تجريها الدولة على تشريعاتها الوطنية وقوانينها بين مؤيد ومعارض، حيث يرى المؤيدون أن للدولة الحق في إنجاز هذه الإجراءات لما تتمتع به من نظام السيادة في إقليمها سواء تعلقت هذه المظاهر بالتنظيم السياسي أو الإداري الداخلي أو بالقضاء أو بالتشريع، مادامت الدولة قد فعلت ذلك بهدف تحقيق مصلحتها القومية.

أما المعارضون فيرون أن قيام الدولة بهذه التعديلات ما هو إلا محاولة للتحلل من الشروط التي تتضمنها العقود كشرط اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي كيف لا يتم مساءلة الدولة عن إجرائها للتعديل الذي من خلاله قد خالفت إلتزامات تعاقدية مع الأطراف الأجنبية.[1]

وبالتالي فهي خالفت مبدأ من القواعد العرفية الأساسية في القانون الدولي وهو مبدأ عدم تعديل شروط العقد بإرادة منفردة، وبالتالي فالدولة هنا تتحمل المسؤولية الناتجة عن إخلالها بالتزامها.

إذا فإن مثل هذه التعديلات قد تؤثر بطريقة أو أخرى على العلاقة العقدية، ولهذا وجب على طرفيها وضع شروط في عقد الإستثمار يسمح بإعادة النظر في مقومات العقد والتفاوض فيه عند ظهور مؤشرات تحدث خللا في الإلتزامات المتبادلة بين الطرفين.

فيعرف شرط إعادة التفاوض بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الإستثمار ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عندما تقع أحداث من طبيعة معينة تحددها الأطراف في العقد، سواء في نفس الشرط الوارد في العقد أو في إتفاق منفصل.[2]

المطلب الثاني: مبدأ الثبات التشريعي

لقد تم تكريس شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار الدولية، بحيث يعد هذا المبدأ من المبادئ والحوافز التي تضمن للمستثمر الحماية في هذه العقود، وتكريس هذا الشرط بمعنى

[1] خالد كمال عكاشة، **دور التحكيم في رفض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص 131

[2] المرجع نفسه، ص 124

إدراجه في صلب القوانين، وهو الشرط الذي تضعه الدولة المضيفة للإستثمار الذي يجعلها غير قادرة على إجراء أي تعديل أو تغيير للقانون السابق.[1]

ويتمسك المستثمر الأجنبي بإدراج شرط التجميد التشريعي لتفادي التعديلات في القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية والتي تقوم بها الدول تحقيقها لأهدافها الإقتصادية ومسايرة لتطوراتها في مختلف المجالات، بحيث يكون المستثمر الأجنبي على علم بالقواعد القانونية التي ستبقى تنظم علاقته مع الدولة، مما يسمح له بضمان استمرارية مشروع الإستثمار الذي يبقى خاضعا للشروط التي أنجز فيها. [2]

فلا أحد ينكر دور الدولة المظيفة في تغيير أو تعديل نصوصها القانونية الخاصة بها أو ما يعرف بنظامها القانوني، ولهذا أقر قانون الإستثمار الجزائري هذا المبدأ حيث نص في المادة 15منه على أنه" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة" . [3]

إن الغرض من إدراج شروط الثبات التشريعي هنا هو تحفيز المستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعاتهم الاقتصادية ذات الأثر المباشر في تحقيق التنمية الاقتصادية، وهناك جدل فقهي حول اعمال هذا الشرط سوف يتم توضيحه من خلال الفرع الأول، للوصول الى خلاصة هذا المطلب من خلال ابراز أهدافه في الفرع الثاني.

[1] بشار محمد الأسعد، **عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006 ص 162

[2] عيبوط محند وعلى، مرجع سابق، ص 216

[3] المادة 15 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في أول جمادي الثانية عام 1422 الموافق ل 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، عدد 47، الصادر في 22 أوت 2001

الفرع الأول: الإتجاه المناصر والمعارض

أولا: الإتجاه المناصر

يبرر أنصار هذا الرأي توجههم بناءا على اعتبارات عملية تضفي على هذا الشرط شرعيته، إنطلاقا من مبدأ قدسية العقود أو مبدأ القوة الملزمة للعقود، ومنهاما يستند الى قواعد الاسناد ذاتها بما تمنحه للاطراف من حرية تحديد اللحظة المناسبة للأخذ بنصوص القانون، وذلك لأنهم يعرفون تلك النصوص على نحو قاطع وقت التعاقد، وهكذا يخدم شرط التثبيت توقعاتهم ويعكس رغباتهم في إختيار الجزء الذي يريدونه من التشريع كما هو موجود في تاريخ معين، وهناك من يعتبر تلك الشروط صحيحة في حد ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني للبحث عن مدى صحتها، وذلك إما إستنادا إلى نظرية العقد الطليق عندما يتحول القانون إلى شرط عقدي، أو بإعتبارها قاعدة من القواعد المادية للقانون الدولي الخاص ذات التطبيق المباشر على غرار القواعد الأخرى المتعارف عليها في إطار العلاقات التجارية الدولية. [1]

ثانيا: الإتجاه المعارض

يغلب هذا الاتجاه سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود بحيث يرتب حقها في المساس بالعقد، ولو تضمن شرطا تقتضيه المصلحة العامة يذهب إلى خلاف ذلك، وهذا إنطلاقا من أن من يملك سلطة اختيار القانون هو السلطة التشريعية في الدولة التي أصدرت القانون الواجب التطبيق وليس الأطراف، وكل ما يخالف ذلك يعد إنتهاكا لسيادة الدولة التي تم إختيار قانونها ليحكم العقد.[2]

[1] وفاء مزيد فلحوط، **المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص 766

[2] حفيظة السيد حداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، تحديد ما هيتها والنظام القانوني لها، دار الغأثر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001، ص 352

فالتطبيق الصحيح للقانون المختار يقضى بإحترام كل النطاقات التي يقررها له مشرعه، ومن ثم فإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يحمل سواء كانت إرادة الأطراف هي أساس ذلك الخضوع أم لا، على أنه إحترام كامل لهذا القانون بما فيه قواعد الإتفاقية. [1]

ومن هنا فإن شرط الثبات التشريعي يجرد الدولة من المزايا التي يمنحها أياها كل من القانون الوطني والقانون الدولي، فكلاهما لا يقبل ترجيح المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، ولا يجعل الدولة في مرتبة أدنى من الطرف الخاص. [2]

يتم إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة من أجل منح الدولة الطرف في العقد بوصفها سلطة تشريعية من تغيير الوضع القانوني طوال مدة العقد، وتثبيته على ما كان عليه وقت التعاقد، بحيث لا يتضرر المتعاقد الأجنبي معها مما قد يطرأ على تشريعاتها من تغيير بعد إنعقاد العقد. [3]

الفرع الثاني: أهداف شرط الثبات التشريعي

إن الهدف من شرط الثبات هو الحفاظ على التوازن في العلاقة العقدية، وذلك من خلال تجميد الإطار التشريعي والتنظيمي الذي سيتم فيه تنفيذ هذا العقد وليس تجميد محتوى الإتفاق .ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك، بحيث إلى جانب تجميد التشريع الوطني للدولة المضيفة، يعتبر هذا الشرط وسيلة للحد من ممارسة الدولة لسلطاتها التشريعية.

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص180

[2] وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص769

[3] mebroukine Ali Quelques reflexions a propos des clauses de gel insérées dans les conteats des enteeprises socialistes – Revue algérienne des sciences juridiques – économiques et politiques – volume xix. N 01.1982 PP.309.310.

لطالما ما كانت البلدان النامية متمسكة بالمرونة في النظام العقدي ليتسنى لها مواجهة المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فكانت ترفض شرط التجميد لعدة أسباب أهمها:

1-إن سيادة الدولة تمنع وضع حدود لحق الدولة في التنظيم والإشراف على نشاطاتها الاقتصادية.

2-إن تحقيق المصلحة العامة يقتضي تدخل الدولة كلما اقتصى الأمر ذلك. [1]

3-إن شرط التجميد يتخذ من قبل السلطة التنفيذية، لذلك فإنه يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

4-إن الدولة لا تستطيع تحمل ما التزمت به الهيئات التابعة لها عند إبرامها لعقود الإستثمار.

لكن نظرا لحاجتها إلى رؤوس الأموال الأجنبية، ونزولا عند رغبة الشركات الأجنبية وافقت على إدراج شرط التجميد في التشريعات الداخلية، والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الإستثمارت الأجنبية .بموجب هذا الشرط تمتنع الدولة المضيفة عن إجراء أي تعديل أو اتخاذ أية تدابير إدارية أو تشريعية من شأنها المساس بشروط العقد.

وقد أكد المشرع الجزائري على شرط الثبات في المادة 15 من الأمر رقم01 - 03المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار، والسابقة الذكر.

طبقا لأحكام هذه المادة، إذا كان من حق الدولة السيادي القيام بالتعديلات الضرورية في قوانينها الداخلية، يبقى المستثمر الأجنبي خاضعا للتشريع الساري المفعول عند إنجاز مشروعه.[2]

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 217

[2] نفس المرجع، ص 218

ويلاحظ كذلك من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يكتف فقط بالنص على ضمان مبدأ تجميد التشريع بل ذهب إلى أبعد من ذلك، حيث منح المستثمر الأجنبي صلاحية الإستفادة من التعديلات الجديدة إذاطلب ذلك صراحة، وهذا ما يسمى بشرط التدعيم التشريعي، والمقصود به هو استفادة الإستثمار من الأحكام الجديدة الواردة في العقود وإتفاقيات الاستثمار إذا كانت تتضمن امتيازات أكبر بالنسبة للمستثمر، ومثال ذلك المادة 06/02 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمار ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم الجزائرية بتاريخ 05 أوت 2001 ، والتي نصت على مايلي:"إذا تضمنت القوانين أو التنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الإتفاقية، يمكن للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية" ، كما ورد هذا الشرط في بعض الاتفاقيات الثنائية الخاصة بترقية وحماية الإستثمارات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول. [1]

ولقد جاء تأكيد هذا المبدأ كذلك من خلال نص المادة 15 من الأمر 01 – 03المتعلق بتطوير الإستثمار، التي اقرت بإمكانية الدولة تقييد نفسها وهي في الحقيقة معتمدة على سيادتها حتى وإن كانت هذه السيادة ناقصة، والهدف من هذا جلب المستثمرين الأجانب، لكن لا ننسى أنه باسم نفس السيادة يمكن للدولة أن تتملص من هذه الإلتزامات، إذن فأساس تثبيت التشريع هو سيادة الدولة.

وبالتالي يمكن للدولة أن تدرج بندا في إتفاقية الإستثمار ينص على تجميد التشريع من أجل حماية المستثمر الأجنبي من الخطر التشريعي.

وفي حالة ما إذا كان هناك إخلال باتفاقية الإستثمار تنجر عن ذلك المسؤولية التعاقدية.

[1] نص الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية ومن شركة أوراسكوم تيليكوم الصادرة في 2001/08/05 منشور في الجريدة الرسمية العدد 80، الصادرة بتاريخ 2001/12/26

إذا فالهدف من شرط الثبات هو إيجاد نوع من التسوية بين إمتيازات السيادة وحاجة الشخص أو الفرد إلى الاستقرا، وإقرار الاوضاع الثابتة بالإضافة إلى قضاء عملي مستقر. [1]

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق

إن موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود الإستثمار الدولية من الموضوعات الشائكة في القانون الدولي الخاص، ويرجع ذلك إلى الخصوصية التي تتمتع بها هذه الطائفة من العقود، والناجمة عن إرتباطها بخطط التنمية الإقتصادية للدولة المضيفة للإستثمار مما يجعل هذه الدولة لا تقبل بسهولة إخضاع العقد لقانون أخر غير قوانينها الوطنية، ولذلك فإن من أكثر المسائل التي تثير الخلاف أثناء المفاوضات الخاصة بإبرام هذه العقود هي مسألة تحديد النظام القانوني الحاكم لهذه العقود والتي قد يؤدي عدم التوصل الى اتفاق بشأنها إلى الفشل في إبرام العقد. [2]

وهناك خيارات عديدة بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سوف نذكرها في الفروع التالية:

- الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة
- الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة معينة
- الفرع الثالث: تطبيق القواعد المتفق عليها بين الأطراف

[1] سعيد عبد الغفار أمين شكري، **القانون الدولي العام للعقود**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007، ص108

[2] بشار محمد الاسعد، مرجع سابق، ص91

الفرع الأول: تطبيق قانون الإرادة

إذا اتفق الأطراف على القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع وجب على المحكم تطبيقها ،فالأطراف هم الذين إختاروا التحكيم بديلا من قضاء الدولة للفصل في نزاعهم، ولهم إختيار إجراءات الخصومة أمام المحكمين، ولهم أيضا إختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون على هذا النزاع، وعلى هذا فإنه يجوز لأطراف التحكيم لإتفاق على قواعد قانونية غير قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم لتحكم النزاع بينهم، وتعتبر هذه القواعد هي القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على النزاع دون أية قواعد قانونية أخرى. [1]

يمكن للأطراف الإتفاق على تطبيق القانون الأجنبي لكن يجب ألا يتعارض هذا القانون مع قوانين الشرطة والأمن، ومقتضيات النظام العام والأداب في الجزائر، مما يؤثر على إستقلالية إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق. [2]

الفرع الثاني: تطبيق قانون دولة معينة

قد تتجه إرادة الأطراف لإختيار قانون دولة معينة ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص وأحكام، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون سواء كان قانون وطني أو أجنبي، ولو لم يكن بين القانون الذي إختاروه ومحل النزاع أي صله، بحيث قد يكون أجنبيا عن مكان التحكيم أو عن جنسية أطرافه أو جنسية المحكمين، ويصعب تصور تطبيق قانون أجنبي على علاقة قانونية

يدور النزاع فيها في إطار علاقة محلية بحته، ولكن النص يسمح بذلك من الناحية النظرية على الأقل.

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 314

[2] عيبوط محند وعلى، مرجع سابق، ص 241

ويجوز للأطراف بدلا من الإتفاق على تطبيق قانون دولة معينة الإتفاق على تطبيق نظام قانوني معين، وإن كان لا ينتمي إلى دولة معينة، ولهذا فإنه يصح الإتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، وبذلك يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع.

وإذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون معين فإن على المحكم أن يطبق فرع القانون الأكثر إنطباقا على موضوع النزاع.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاتجاه المتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت المادة (1050) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أن " :تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف...". [1]

وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على قوة إرادة الأطراف في إختيار القانون الذي يريدونه لفض نزاعهم.

الفرع الثالث: تطبيق القواعد المتفق عليها بين الأطراف

من المتصور خاصة في مجال عقود التجارة الدولية تنظيما خاصا وقواعد منتقاة، تواجه ما قد ينشأ من منازعات، هم الأقدر على تصورها، وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون دولة معينة، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة.

كما قد يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية، أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي، ففي هذه الصور لا توجد أي إشارة لتطبيق قانون دولة معينة. [2]

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 314، 315

[2] المرجع نفسه، ص 315،316

من خلال هذه الفروع الثلاثة السابقة الذكر نستنتج أنه، إستقرت في معظم النظم القانونية قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة أي خضوعه للقانون الذي يختاره المتعاقدان بوصفها قاعدة الإسناد الأولى فيما يتعلق بالنواحي الموضوعية في العقد، فإنها مع ذلك لم تسلم من محاولات التهميش التي إستهدفتها للحد من اختصاص القانون المطبق على عقود الإستثمار، وخاصة إذا كان القانون المختار هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة. [1]

وقد ظهر موقف المشرع الجزائري في هذا الخصوص واضحا بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار من خلال الأمر رقم 03-01 المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار والذي إكتفى بتحديد وسائل تسوية المنازعات في المادة 17 منه السابقة الذكر، اما الإتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الإستثمارات الأجنبية المبرمة في السنوات الأخيرة نجدها تتضمن تفاصيل حول مسألة القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع بحيث تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الإعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي للدولة المضيفة. [2]

وإن كان الإتفاف الدولي في موضوع القانون الواجب التطبيق هو إخضاعه لقانون الإرادة) أي إرادة المتعاقدين (للحد من سلطان الإرادة المنفردة للدولة المستقبلة، ومما ساعد على إستقرار هذه القاعدة وازدهارها هو ظهور مذهب الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية، ونظام الإقتصاد الحر الذي أكد على مبدأ حرية التعاقد، وتقديس سلطات الإرادة بوصفها من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية، وترسيخه داخل الحدود الوطنية. [3]

[1] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 92

[2] عيبوط محند وعلى، مرجع سابق، ص 242

[3] بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 98

المبحث الثاني: التأمين كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية

تعتبر الإستثمارات الأجنبية مصدرا اساسيا للأموال والتكنولوجيا في البلدان النامية التي تواجه مشاكل عديدة ومتنوعة، إلا أن هذه الإستثمارات تحتاج إلى ألية تقضي بها على المخاوف التي تنتابها وكذلك العقبات التي تعترض طريقها.

لذلك فقد اتجه الفقه إلى ابتكار وسائل قانونية لحماية هذا النمط من الإستثمار من المعوقات المختلفة التي قد تواجهه، ويمكن القول إنه من أهم تلك الوسائل هو التأمين على الإستثمار الأجنبي. [1]

وهذا ما سوف نتولى دراسته من خلال المطالب الثلاث التالية:

- **المطلب الأول: مفهوم عقد تأمين الإستثمار**
- **المطلب الثاني: خصائص عقد تأمين الإستثمار وطبيعته القانونية**
- **المطلب الثالث: أركان عقد تأمين الإستثمار**

المطلب الأول: مفهوم عقد تأمين الإستثمار

يعتبر عقد الإستثمار الأجنبي من العقود الحديثة نسبيا التي نشأت نتيجة الحاجة الملحة لضرورة توفير الحماية الفعالة للمستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية التي تصادف مشروعه الإستثماري في الدول المضيفة للإستثمار، وقبل التطرق إلى أنواع عقد التأمين ارتأينا البحث أولا في تعريف هذا العقد.

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 256

الفرع الأول: تعريف عقد تأمين الإستثمار

التأمين هو عبارة عن إتفاق يتعهد بمقتضاه الطرف الأول " شركة التأمين " بأن يدفع للطرف الثاني " المؤمن له " مبلغا من النقود في حالة وقوع حادث معين خلال فترة زمنية معلومة، وفي المقابل يدفع الطرف الثاني للطرف الأول " شركة التأمين " مبالغ أصغر نسبيا من المبلغ الذي يتعهد الطرف الأول بدفعه، و يسمى المبلغ الذي يدفعه الطرف الأول مبلغ التأمين أو " قيمة التعويض " في حالة الخسارة أو وقوع حادث للطرف الثاني والمبلغ الذي يقوم الطرف الثاني بدفعه يسمى القسط أو الأقساط، والمستند الذي يدل على وجود التعاقد والذي يحتوي على شروط وإلتزاماته يسمى الوثيقة او بوليصة التأمين. [1]

أما المشرع الجزائري قام بتعريفه في المادة 619 من القانون المدني الجزائري بأنه " عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال او ايرادا أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد، وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن". [2]

إن هذا التعريف المذكور في المادة 619 من القانون المدني الجزائري جاء واضح وصريح ليبين العلاقة السببية بين المؤمن والمؤمن له، وهي إلتزام المؤمن له بدفع أقساط من المال للمؤمن وهذا التأمين نفسه من الحوادث أو الأخطار التي قد تصادفه في المستقبل عندها

يعتبر المؤمن مسؤول بالقيام بتعويض هذا الأخير " المؤمن له "ولهذا لا يكاد الباحث في كتب الفقه وفي النصوص القانونية المتعلقة بالتأمين أن يعثر على تعريف جامع مانع على الرغم من

[1] محمد رفيق المصري، **لتأمين وإدارة الخطر**، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن. 2008، ص 211

[2] المادة 619، من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/ 6/ 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005

المحاولات التشريعية والفقهية العديدة في ذلك .ولعل عدم وجود إجماع على تعريف التأمين راجع إلى اشتماله على جوانب مختلفة. [1]

الفرع الثاني: انواع عقد تأمين الإستثمار

تسعى الدول المصدرة لرأس المال عموما إلى تشجيع مواطنيها على الإستثمار في الخارج إذ أن مثل هذا الإستثمار يمكن أن يعود عليها بمنافع سياسية واقتصادية معينة، ومن ثم فإنها تحرص على توفير الحماية القانونية الكافية لتلك الإستثمارات في مواجهة الأخطار التي قد تتعرض لها في الدولة المستقطبة للإستثمار.

لذلك فقد قامت الكثير من هذه الدول بإنشاء وتطبيق نظم التأمين على إستثماراتها الدولية، ويمكن تقسيم هذه النظم إلى قسمين هما:

نظام التأمين التفضيلي على الإستثمار، ونظام التأمين غير التفضيلي على الإستثمار سوف نتولى دراسة كل منهما في فقرة مستقلة.

أولا: نظام التأمين التفضيلي على الإستثمار

ولعل من أبرز الأمثلة على هذا النظام هو نظام التأمين على الإستثمار في الولايات المتحدة الأمريكية التي تم إنشائه بمقتضى قانون التعاون الإقتصادي على1948 ، وكان يهدف آنذاك إلى تشجيع إستثمار رؤوس الأموال الوطنية في دول أوروبا الغربية لإعادة بناء اقتصادياتها التي دمرتها الحرب العالمية الثانية. [2]

[1] معراج جديدي، **مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1999، ص 10

[2] زكريا أحمد نصر، **بحث في نظم ضمان الإستثمار**، الكويت، الصندوق الكويتي لتنمية الإقتصادية العربية، 1968، ص 10

وقد توسع هذا الضمان من حيث نطاقه الجغرافي عام 1953 يشمل أي دولة تتفق مع الولايات المتحدة، وتقتضي دراسة هذا النظام بحث نطاق تطبيقية وشروطه وأثاره القانونية فيما يلي:

1-نطاق الضمان (المخاطر التي يغطيها الضمان).

يتيح نظام الضمان للمستثمرين الراغبين في التأمين على إستثماراتهم سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة نوعين من الضمان هما :

أ – الضمان من مخاطر محددة:

يغطي هذا النوع من الضمان عموما المخاطر التالية:

- نزع ملكية الإستثمار.
- العجز عن تحويل النقد .
- عدم الإستقرار الإجتماعي.

ب-الضمان من جميع المخاطر:

يغطي هذا النوع من التأمين جميع المخاطر التي يمكن أن تعترض المستثمر سواء كانت مخاطر تجارية أم غير تجارية .

2-شروط الضمان:

يجب لإبرام عقد الضمان عموما أن تتوافر شروط معينة في الإستثمار الذي يتم ضمانه كما يلزم ذلك توافر بعض الشروط في المستثمر وفي الدولة التي يجري فيها الإستثمار. [1]

[1] عصام الدين مصطفي، **الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول لأخّذة في النمو**، مكتب المنهل، الكويت، 1968، ص 317

أ – الشروط التي ينبغي توفرها في الدولة المستقطبة للإستثمار:

يلزم للتأمين على الإستثمار بمقتضى النظام المذكور أن تكون الدولة المستقطبة للإستثمار قد أبرمت مع الدولة المصدرة للإستثمار اتفاق ثنائي لتطبيق نظام الضمان، ولا يشترط في تلك الاتفاقيات أن تتخذ شكل قانوني معين بيد أنها يجب أن تتضمن عموما الأحكام التالية:

- ضرورة التشاور بين الدولتين بشأن الإستثمارات المطلوب التأمين عليها.

- وجوب موافقة الدولة المستقطبة للإستثمار على المشروع الاستثماري المطلوب ضمانه.

- حلول الدولة المصدرة لراس المال محل المستثمر المتعاقد في جميع حقوقه المتعلقة بالإستثمار عند تحقيق المخاطر التي يغطيها العقد، وبعد دفع التعويض.

- منح المستثمر الأجنبي المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى برعاية فيما يتعلق بالتعويض عن الخسائر الناتجة عن الحرب والاضطرابات الداخلية.

- حل المنازعات المتعلقة بالإستثمار، والتي قد تنشأ بين دولتين عن طريق المفاوضات والتحكيم.

ب – الشروط التي ينبغي توافرها في المستثمر :

يشترط في المستثمر لكي يكون طرف في عقد الضمان أن يكون واحدا مما يلي:

_مواطن من مواطني دولة الاستثمار .

_شركة تأسست وفق لقوانين الدولة المستثمرة ويملك أغلبية أسهمها مواطنون من تلك الدولة .

_مشروع أجنبي يملكه بالكامل مستثمرون ينطبق عليهم أحد الوصفين السابقين.

3-أثار عقد الضمان: يرتب عقد الضمان الذي يعقده المستثمر مع الهيئة حقوق والتزامات متبادلة ونتولى بحث تلك الإلتزامات والحقوق فيما يلي:

أ – إلتزامات المستثمر:

تتمثل التزامات المستثمر عموما فيما يلي :

-أداء أقساط الضمان الذي يلتزم المستثمر بأدائه مقابل تمتعه بضمان، وتختلف قيمة القسط في الواقع باختلاف الخطر المؤمن منه.

-يلتزم المستثمر بأن يقدم إلى هيئة الضمان المعلومات التي تتعلق باالإستثمار المؤمن عليه.

-يلتزم المستثمر كذلك عند تحقق الخطر محل العقد بإخطار هيئة الضمان بذلك وتقديم طلب الحصول على التعويض.

ب- حقوق المستثمر:

لعل من أهم حقوق المستثمر والتي تمثل في جانبها الأخر إلتزاما على عاتق هيئة الضمان هو حقه في التعويض فإذا ما تحقق الخطر محل العقد إستحق المستثمر مبلغ التعويض، وتتحدد قيمة التعويض وفقا للخطر المؤمن منه ونوع الإستثمار المؤمن عليه. [1]

ثانيا: نظام التأمين غير التفصيلي على الإستثمار

ويتمثل هذا النظام عموما في الأحكام الخاصة بتأمين الإستثمارات في اليابان التي ينضمها القانون الصادر عام 1956 وبموجبه يمكن تغطية تلك الإستثمارات من مخاطر معينة أين كانت الدولة التي تزاول النشاط فيها، إذ لا يفرق هذا القانون بشأن التأمين على الإستثمار بين

[1] دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص 263،264

المشروعات الإستثمارية التي تمارس نشاطها في الدول المتقدمة إقتصاديا، وتلك التي تضطلع بالإستثمار في الدول النامية.

والعلة في ذلك هي أن المخاطر التي يتم تغطيتها بموجب هذا النمط من الضمان يمكن أن تحدث في تلك الدول المتقدمة باالشكل والوصف ذاته الذي يمكن أن تحدث به في الدول النامية.

كما لا يشترط هذا النظام من جهة أخرى ضرورة عقد إتفاق ثنائي مع الدولة المستقطبة للإستثمار كإجراء لازم للتأمين على الإستثمار في تلك الدولة. [1]

ولدراسة هذا النظام يقتضي منا أن نتناول بالبحث نطاق الضمان وشروطه وأثاره.

1-نطاق الضمان:

يمكن بمقتضى نظام التأمين المذكور تغطية المشروع الإستثماري عموما من المخاطر التالية:

-نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأميم .

-ا نقضاء المشروع بسبب الحرب أو الاضطرابات الداخلية .

-توقف المشروع عن ممارسة نشاطه التجاري والإقتصادي لمدة 6 أشهر بسبب عمل من أعمال الحرب أو الثورة أو اختلال الأمن ...إلخ.

-الإجراءات التي تتخذها الدولة المستقطبة للإستثمار، و تؤثر في حقوق الملكية أو حقوق الإختراع أو حقوق البحث عن ...إلخ.

-تجميد الأرباح أو مصادرتها.

[1] محمد شوقي شاهين، **الشركات المشتركة طبعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن**، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1981، ص 411

وآيا كان الأمر فإن عقد الضمان الذي يبرمه المستثمر يحب أن يغطي المخاطر كافة أو كلها إذ لا يسمح قانون التأمين على بعضها دون بعضها الأخر .

2-شروط الضمان: ينبغي لإبرام عقد الضمان عموما أن تتوافر في الإستثمار والمستثمر شروط معينة وذلك بحسب التفصيل التالي:

أ – الإستثمارات الصالحة للضمان:

يقتصر التأمين على رأس المال المستثمر والعوائد التي يحققها، ومن ثم فإنه لا يجوز التأمين على الإستثمارات غير المباشرة التي تكون على هيئة قروض، وذلك من أجل تشجيع الإستتثمارات التي تكون في صيغة إنشاء مشروعات إنتاجية تمارس نشاط صناعي أو تجاري أو خدماتي لأنها تساهم في فتح أسواق جديدة أمام منتجاتها وزيادة حجم تجارتها الدولية.

ب-المستثمر الصالح للضمان:

يشترط في القائم بالإستثمار لكي يصبح طرفا في عقد الضمان أن يكون مواطننا من دولة الإستثمار أو شركة مؤسسة فيها أي أن يحمل كل منهما جنسية تلك الدولة.

3-أثار عقد الضمان:

يرتب عقد الضمان عموما بعض الإلتزامات على عاتق المستثمر المتعاقد كما أنه يرتب في الوقت ذاته إلتزامات مقابلة على عاتق هيئة الضمان، وتمثل هذه الإلتزامات الأخيرة في الواقع حقوقا للمستثمر، لذلك نتولى بحث إلتزامات المستثمر وحقوقه فيما يلي:

أ – إلتزامات المستثمر:

من أهم إلتزامات المستثمر المتعاقد التي يقررها عقد الضمان تتمثل في :

–يلتزم المستثمر المؤمن له بأداء قسط سنوي قدره% 76 من قيمة الإستثمار المؤمن عليه .

–يلتزم المستثمر عند تحقق الخطر محل العقد بإخطار هيئة الضمان بذلك، كما يلتزم بتقديم المستندات المثبة لحقوقه وممتلكاته إلى هيئة الضمان.

ب – حقوق المستثمر:

الحق في التعويض الذي يتمثل في جانبه الأخر إلتزاما على عاتق هيئة الضمان حيث تلتزم تلك الهيئة بتعويض المستثمر في حدود % 75 فقط من قيمة الخسارة التي أصابته. [1]

المطلب الثاني: خصائص عقد تأمين الإستثمار وطبيعته القانونية

لعقد التأمين خصائص تميزه عن باقي العقود بإعتباره عقد ذو طبيعة قانونية خاصة نظرا لأطراف العلاقة التعاقدية التي تجمع كلا من الدولة المستقطبة للإستثمار من جهة والمستثمر الأجنبي الذي ينتمي الي الدولة أخرى بجنسيته من جهة أخرى، هذا ما دفعني إلى ضرورة إبراز أهم خصائصه في الفرع الأول ثم التطرق إلى طبيعته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص عقد تأمين الإستثمار

أولا: الخصائص العامة لعقد التأمين :نتطرق إليها من خلال ما يلي:

1–عقد التأمين ملزم للجانبين:

يعرف عقد التأمين بأنه عقد يلقي إلتزامات تبادلية على عاتق الطرفين، فيلتزم فيه المؤمن بدفع

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص265

عوض التأمين نظير إلتزام المستأمن بدفع الأقساط. [1]

وهذا ما أشارت له المادة 619 من القانون المدني السابقة الذكر بحيث يلتزم المؤمن بأن يؤدي للمؤمن له أو المستفيد مبلغ من المال في حالة وقوع الخطر المؤمن منه المبين في العقد، ويلتزم المؤمن له بدفع القسط أو الإشتراك المتفق عليه، وهذا ما يؤكد أنه عقد ملزم للجانبين. [2]

2-عقد التأمين عقد رضائي:

يقصد بأن عقد التأمين عقد رضائي، أي أنه لا ينعقد إلا عند تطابق إرادتين على إحداث إلتزام، أي بمجرد تطابق الإيجاب والقبول دون إشتراط شكل معين.

وإذا كان المشرع قد استلزم الكتابة لإثبات هذا العقد، في حال أنه لا يثبت إلا بوثيقة تأمين يوقع عليها من المؤمن، إلا أن ذلك لم يخرج عقد التأمين من نطاق العقود الرضائية، فاالكتابة هنا متطلبة للإثبات لا للإنعقاد، ونشير في هذا المجال الى أن عقد التأمين قد يكون عقدا إلزاميا، كما يحدث ذلك غالبا في التأمينات الإجبارية ضد حوادث السيارات والتأمينات الجوية...إلخ

3-عقد من عقود المعاوضة :

ان إلتزامات الطرفين في عقد التأمين تؤكد على هذه الخاصية، حيث ان كل من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما أعطى، فالمؤمن يأخذ اقساط التأمين التي يدفعها له المؤمن له، والمؤمن له يأخذ في مقابلها عوض التأمين عند تحقق الخطر، ويظل عقد التأمين من عقود المعاوضة حتي لو لم يكن المؤمن له هو المستفيد من التأمين بل شخص أخر، حيث لا يؤثر ذلك على

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، **عقد التأمين(مع بيان أهم المستندات التأمينية)**، دار المطبوعلت الجديدة، مصر، 2007، ص 9،10

[2] جديدي معراج، **مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر،2003، ص 36

وصف العقد نفسه، سواء كان ذلك المستفيد قد دفع للمستأمن مقابلا لهذه الإستفادة أم كان ذلك على سبيل التبرع فإن هذا لا يؤثر على عقد التأمين، وبمعنى أنه عند تكيف عقد معين بأنه من العقود المعاوضة، فإنه ينظر في ذلك إلى طرفي العقد، والعلاقة بين طرفي التأمين المؤمن والمؤمن له. [1]

4-عقد التأمين من العقود الزمنية:

يعرف العقد الزمني عند فقهاء القانون، بأنه عقد يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها غير مقترنة بالزمن.

فعنصر الزمن أو المدة من العناصر الأساسية لعقد التأمين، إذ لا يتصور من الناحية العملية أن يبرم عقد التأمين بدون تحديد مدة لسريان التغطية الواردة به، باعتبار هذا الإطار الزمني هو المدى الذي يلتزم من خلاله طرفي العقد بما حواه من شروط وإلتزامات، حيث يستطيع المؤمن أن يتمتع عن تحمل تبعات وقوع الخطر(لتعويض)، إذا وقع الحادث المؤمن منه خارج هذا الإطار الزمني، كما يستطيع المؤمن له، أن يتحمل من الإلتزاماته المستمدة من عقد التأمين بعد إنتهاء مدته (مالم تكن تلك الإلتزامات قد نشأت قبل نهاية مدة العقد كالإلتزام بمداد قسط التأمين).[2]

ويترتب على كون عقد التأمين من العقود الزمنية، إنه إذا فسخ العقد قبل إنتهاء مدته لا ينحل بأثر رجعي، بل ينحل من يوم الفسخ ويبقى ما نفذ منه قبل ذلك قائما، أي تظل إدعاءات

[1] رمضان أبو السعود، **أصول التأمين**، دار المطبوعات الجديدة، مصر، 2000، ص 293

[2] حميد جميلة، **الوجيز في عقد التأمين**، دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات، الطبعة الأولى دار الخلدونية، 2012، ص 20

الطرفين فيما قبل الفسخ قائمة وصحيحة، ومن ثم لا يسترد المؤمن له الأقساط التي دفعها، لأنها كانت مقابل تحمل الخطر أثناء المدة التي انقضت قبل فسخ العقد. [1]

ثانيا: الخصائص الخاصة لعقد التأمين

تتمثل هذه الخصائص في مايلي:

1-عقد التأمين من عقود الإذعان:

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي لا يتحقق فيه التوازن الاقتصادي بين مركز المتعاقدين ولا شك في إنتماء عقد التأمين لتلك الطائفة من العقود.

ففي عقد التأمين يقتصر دور المؤمن له قبول الشروط التي تستقل شركات التأمين بإعدادها مسبقا، في شكل نماذج مختلفة حسب نوع وطبيعة كل عملية.

ويعتبر هذا الخير بأنه عقد تعسفي لان في عقد التامين هناك الطرف القوي الذي يملي شروطه، وما على المؤمن له إلا الرضوخ أو الخضوع لهذه الشروط او رفضها باستثناء التأمينات الإلزامية.

لقد وضع المشرع الجزائري قواعد عامة وخاصة لتوفير الحماية الضرورية للطرف الضعيف المؤمن له، ومن بين هذه القواعد العامة ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على" يؤول الشك في مصلحة المدين غير انه لا يجوز ان يكون تأويل

[1] أحمد أبو السعود، **عقد التأمين بين النظرية والتطبيق**، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 13

العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" .[1]

وهذا يعني أنه إذا تبين في عقد التأمين ما يدعو إلى الشك فانه يؤول لصالح المؤمن له لأنه الطرف الجدير بالحماية القانونية فضلا على أن شركات التامين هي التي تقوم بإعداد شروط العقد مسبقا، فينبغي أن تكون العبارات واضحة لا يدع مجالا للشك والتأويل، وإذا حصل ذلك تتحمل الشركة وهي الطرف الأقوى لنتائج تقصيرها.

2-عقد التأمين عقد إجتماعي:

العقد الإجتماعي هو ذلك العقد الذي لا يعرف العاقد فيه مسبقا مقدار ما يأخذه أو ما يعطي، فإذا طبقنا ذلك على التامين لوجدناه عقدا اجتماعيا بدون أدنى شك، وذلك لان مقدار التزام او منفعة، لكلا المتعاقدين معلق على أمر غير محقق الوقوع وهو الخطر المؤمن منه، فالمستأمن لا يعلم وقت العقد مقدار ما سيجنيه من العقد وكذلك المؤمن فإن مقدار الغرامة للدفع مبلغ التأمين وما سيجنيه من أقساط مقابل ذلك. [2]

3-عقد التأمين من عقود حسنة النية:

المقصود بحسن النية في عقد التأمين أنه حسن النية من مستلزمات عقد التأمين.

فهو يؤدي بالنسبة لذلك دورا أهم من الدور الذي يؤديه حسن النية بالنسبة للعقود الأخرى، حيث أنه يجب أن يتوافر عند إبرام العقد وخلال تنفيذه.

[1] المادة 112 من قانون رقم (05 – 10) المؤرخ في 20 / 6/ 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة في 26 جوان 2005

[2] نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع سابق ص 28

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار

لم يتفق الفقه على طبيعة قانونية معينة للعقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان، إذ ان هذا العقد وان كان يدخل عموما في نطاق عقود الضمان التي تعد في حقيقتها تطبيقا لفكرة المسؤولية المطلقة، او غير المبنية على الخطأ المعروف في نطاق المسؤولية التقصيرية، بيد ان تلك العقود مختلفة ومتنوعة، فبعضها عقود مسماة كالكفالة والتأمين وبعضها الاخر تطبيقات غير مسماة متفرقة في نطاق القانون المدني والتجاري وهذا ما سنتولى تبيينه من خلال العناصر التالية. [1]

أولا: عقد التأمين عقد كفالة

يذهب جانب من الفقه الى تكييف عقد ضمان الاستثمار على انه عقد كفالة، اذ ان هيئة الضمان تقوم في الواقع بكفالة التزام الدولة المستقطبة للاستثمار في مواجهة المستثمر، ويظهر ذلك بشكل خاص إذا كان العقد ينصب على ضمان العقود التي يقدمها المستثمر الى الدولة او أحد هيئتها العامة او المشروعات الخاصة فيها، اذ يكون العقد المبرم في هذا الفرض من قبيل كفالة الهيئة للمقترض في الوفاء بالتزامه تجاه المستثمر، ويبرر هذا الفقه رايه في أنه لا يلزم لصحة الكفالة ان تكون الهيئة (الكفيل) مدينا للمقترض (المدين الأصل)، اذ ان ذلك يخرج عن نطاق العلاقة الثنائية بين الكفيل والدائن، فضلا عن ان الكفيل يقصد بالكفالة التبرع للمدين. فالكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص" هيئة الضمان "التزاما في ذمة المدين" المقترض "بأن يتعهد للدائن" المستثمر "بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه.

وبالرغم من اقتراض عقد تأمين الاستثمار من عقد الكفالة في بعض احكامه، الى انه لا يمكن ان يتطابق معها من الناحية القانونية والفنية، ذلك ان عقد التأمين على الاستثمار عقد ملزم لجانبين كما ذكرنا سابقا، بخلاف الكفالة التي تكون عقد ملزم لجانب واحد.

[1] شحاتة أبراهيم، **الضمان الدولي لاستثمارات الأجنبية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص47

كما انه من جهة أخرى من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل متعاقد مقابل لما يعطيه، اما بالنسبة للكفالة فأنها قد تكون من عقود التبرع بحيث لا يأخذ الكفيل مقابل لالتزامه بالضمان، ومن جهة ثالثة فان عقد الكفالة يخول الكفيل الدفع بالتجريد، ومقتضى هذا الدفع ان يقوم الدائن بالرجوع أولا الى المدين لاقتضاء الدين منه، فإن تعذر عليه ذلك بسبب اعسار المدين مثلا فإنه يقوم بمطالبة الكفيل، وهذا الدفع مما لا نضير له في اطار عقد تامين الاستثمار، فمثل هذا الاجراء يتنافى في الواقع مع الغاية من ابرام العقد والتي تتمثل في تامين المستثمر من المخاطر غير التجارية التي يمكن ان يتعرض لها بتعويضه عنها تعويضا عادلا وحالا. [1]

ومن ذلك يتضح ان وصف عقد تامين الاستثمار بانه عقد كفالة لا يتفق معه من الناحية القانونية، مما دفع الفقه للبحث عن توصيف قانوني اخر لهذا العقد.

ثانيا: عقد تأمين استثمار من العقود الغير مسماة

يذهب بعض الفقه الى وصف العقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان بانه عقد ضمان غير مسمى، ومقتضى هذا العقد ان يتعهد شخص لأخر بان يحميه من ضرر معين قد يتعرض له او بان يعوضه عندما يتعرض فعلا للضرر، وينشئ هذا العقد عموما بحسب الفقه المتقدم نوعا من الالتزام التضامني بين هيئة الضنان والدولة المستقطبة للاستثمار، بحيث كلا منهما يلتزم بتعويض المستثمر الأجنبي اذا تحقق الخطر محل العقد، وهذا الالتزام محله واحد وهو التعويض وان اختلف في مصدره، فإلتزام هيئات الضمان الدولية بالتعويض مصدره العقد المبرم بينها وبين المستثمر، في حين ان مصدر التزام الدولة المضيفة للاستثمار بالتعويض قد يكون مصدره اتفاقية دولية او نص في قوانينها الوطنية، لما كانت كل من هيئات الضمان الدولية و

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 301، 302

الدول المضيفة للاستثمار ملتزمان بالدين نفسه فقد تضامنت ذمتها في ذلك الدين دون أن تتضامن في الواقع. [1]

والواقع من الامر ان هذا الاتجاه وبحسب الفقه المعارض له لا يستقيم قانونا لان محل التزام الدولة المضيفة للاستثمار وهيئات الضمان الدولية لا يكون واحد في جميع الأحوال بحيث يمكن اعمال فكرة تضامم الالتزام، فمثلا التزام الدولة المضيفة للاستثمار في عقد تامين قرض يكون محله أداء مبلغ القرض وفوائده، في حين ان التزام هيئة الضمان ووفقا لهذا العقد محله أداء التعويض عند تحقق الخطر محل العقد، كما ان هيئات الضمان الدولية قد تلتزم بتعويض المستثمر نتيجة تحقق الخطر محل العقد من دون ان تنهض مسؤولية الدولة المضيفة للإستثمار عن التعويض، وبيان ذلك ان هذه الدولة قد لا تتعهد بتعويض المستثمر عن الخطر الذي ينصب عليه العقد كالحرب والاضطرابات الداخلية مثلا، سواء في قوانينها الوطنية او في الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة المضيفة للإستثمار مع دول المستثمر، ومن ثم فإنها لا تكون مثقلة بأي التزام قانوني بالتعويض في مواجهته ومثل ذلك يقال بشأن المخاطر الأخرى التي يغطيها عقد تامين الاستثمار الأجنبي، وبذلك يتضح انه من غير الممكن توصيف عقد تأمين الاستثمار الأجنبي بانه عقد من العقود غير مسماة .

ثالثا: عقد تأمين الاستثمار من عقود التامين التقليدية

يعرف عقد التأمين بأنه" عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن ان يؤدي للمؤمن له او المستفيد مبلغا محددا او ايرادا مرتبا او أي عوض مالي اخر عند وقوع خطر معين خلال مدة معينة، مقابل قسط التامين الذي يؤديه المؤمن له للمؤمن "وهذا ما ذكر سابقا في المادة 619 من القانون المدني.

[1] شحاتة إبراهيم، مرجع سابق، ص 49

يذهب غالبية الفقه الى توصيف العقد موضوع الدراسة بأنه عقد تأمين، لتطابق كلا العقدين من الناحية القانونية من حيث الأركان والاثار القانونية، اما من حيث الأركان فإن كلا العقدين يقوم على التراضي بين اطرافه، كمالا يمنع اختلاف طبيعة الخطر محل العقدين المتقدمين من القول بتماثل ركن المحل فيهما، يضاف الى ذلك ان ركن السبب في كل عقد منهما هو ذاته في العقد الاخر. [1]

حيث ان هيئات الضمان الدولية كشركات التأمين تهدف الى تحقيق الربح من خلال استفاء أقساط التامين من المستثمر المؤمن له، واما من حيث الاثار القانونية، فإن كل عقد منهما يرتب التزامات قانونية تماثل تلك التي يرتبها العقد الاخر، حيث يرتب عقد تامين الاستثمار مجموعة من الالتزامات القانونية على عاتق المستثمر المؤمن له أهمها التزامه بأداء أقساط التأمين عند تحقق الخطر، وفي مقابل ذلك تلتزم هيئات الضمان الدولية بتعويض المستثمر المؤمن له عند تحقق الخطر المنصوص عليه في العقد.

وقد انتقد جانب من الفقه توصيف عقد تامين الاستثمار الأجنبي بانه عقد تامين تجاري من جهة ان العقد الأول لا يعتمد على الأسس الفنية التي يستند عليها عقد التامين بصفة عامة، وذلك يعود لاختلاف طبيعة الخطر محل العقدين، فالخطر في العقد الأول يتصف بانه خطر غير تجاري وبالتالي فانه لا يقبل القياس والتقدير وفق الأسس الفنية المتبعة في التامين التجاري التقليدي، ومن ثم فان هيئات الضمان الدولية لا تقوم بتوزيع المخاطر على مجموعة المستثمرين المتعاقدين معها عن طريق تحصيل أقساط منهم تكفي للوفاء بالتزاماتها لتأمين المخاطر التي يمكن ان تتحقق، وهي لا تتبع الحسابات الرياضية في تقدير احتمالات وقوع تلك المخاطر ومدى جسامتها وفقا للأصول المعروفة في التأمين التجاري.

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص304

خلاصة القول ان عقد تأمين الاستثمار لا يعد وان كان من ناحية التكييف القانوني الا صورة من صور عقد التامين، فهو عقد تلتزم فيه هيئات ضمان بان تؤدي الى المستثمر المتعاقد معها مبلغ من المال أو أي عوض مالي اخر في حالة وقوع الحادث المضمون، وذلك في مقابل أقساط او اية دفعة مالية أخرى يؤديها المستثمر الى الهيئة. [1]

المطلب الثالث: أركان عقد تأمين الاستثمار

ان عقد تأمين الاستثمار الاجنبي كغيره من العقود لا ينعقد الا بتوافر ثلاثة أركان وهي التراضي والمحل والسبب وسنحاول من خلال دراستنا التعرض الى كل ركن من هذه الاركان في فرع مستقل .

الفرع الأول: التراضي في عقد التأمين

يعد التراضي العنصر الجوهري في عقد تأمين الاستثمار، وقد أشارت الى ذلك المادة (59) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على "يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية"[2]

ويتبين من خلال هذا التعريف ان العقد هو اتحاد ارادتين او أكثر على احداث أثار قانونية.

ان عقد التأمين يتطلب وجود طرفين لإتمام العقد، ووجود التراضي وصحته، ومن ثم كيفية ابرام عقد التأمين.

[1] دريد محمد السامرائي، مرجع سابق، ص 305

[2] المادة 59 من قانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/ 6/ 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005

أولا: طرفا عقد التأمين

1-المؤمن ووسطاؤه:

في الغالب يكون المؤمن شركة مساهمة، وقد يتخذ المؤمن شكلا آخر، وهو جمعية تأمين التبادلي أو التعاوني ولا يثير تحديد أطراف عقد التأمين التبادلي، أو التعاوني صعوبة خاصة اذ ان كل عضو في جمعية التأمين التبادلي، أو التعاوني يعتبر مؤمنا ومؤمنا له في ذات الوقت، أما بالنسبة لشركات تأمين المساهمة هدفها الربح، ولا تربطها بالمؤمن لهم اية رابطة، ويتولى إجراء العقد عنها مع المؤمن لهم وكلاء لها مفوضون أو مندوبون، أو سماسرة فالوكيل المفوض هو أوسع الوسطاء سلطة، إذ هو مفوض في أن يتعاقد مع المؤمن له نيابة عن شركة التأمين، ويتم التعاقد مباشرة بينه وبين المؤمن له، جاز له أيضا أن يمد أجل هذا العقد، وأن يرجع فيه، وأن يفسخه، ولهاذا الوسيط أن يبرم عقد التأمين مع المؤمن له، ويشترط أن يتقيد بشروط التأمين العامة المألوفة. [1]

2-المؤمن له:

يرى القانونيين أن المؤمن له يتوفر عادة على صفاه ثلاثة:

أ _يتحمل الطرف المتعاقد مع المؤمن جميع الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين، والتابعة لإلتزامات المؤمن، ويسمى بهذه الصفة (طالب التأمين)

ب _الشخص المهدد بالخطر المؤمن منه، ويسمى بهذه الصفة (المؤمن له)

ج _الشخص الذي يتقاضى من شركة التأمين مبلغ التأمين المستحق عند وقوع الكارثة المؤمن منها، ويسمى بهذه الصفة (المستفيد).

[1] أحمد شرف الدين، **احكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين**، الطبعة الثالثة، مطبعة نادي القضاء، القاهرة، 1991، ص 82

وغالبا ما تجتمع هذه الصفات الثلاثة في شخص واحد، ولكنها قد تتفرق، فقد يكون المستفيد غير طالب للتأمين، وهو غير مؤمن له، فهما الثلاثة كما لو أمن إنسان ما على حياة انسان آخر لمصلحة شخص ثالث، فيكون طالب التأمين ودافع أقساطه هو الشخص الأول، ويكون المؤمن على حياته الشخص الثاني، ويكون المستفيد هو الشخص الثالث. [1]

وربما يجتمع طالب التأمين والمستفيد في شخص واحد، ويكون المؤمن له شخص آخر، كما لو أمن إنسان ما على حياة مدينه، فإذا مات المدين قبل تسديده دينه، تدفع شركة التأمين للدائن المبلغ المتفق عليه، فالدائن هنا هو طالب التأمين، والملتزم بدفع أقساط التأمين، وهو المستفيد، لأنه هو من سيحصل في النهاية على مبلغ التأمين.

ثانيا: وجود التراضي في عقد التأمين وصحته

سبق القول أن عقد التأمين من العقود الرضائية، التي تنعقد بمجرد توافق الاجاب والقبول، حيث لم يشترط القانون شكلا خاصا يفرغ فيه هذا التراضي، وهذا لا يعني انه عند توفر ركن التراضي ينعقد العقد صحيحا، بل لابد من صدوره عن ذي أهلية وخالية من العيوب، إذ لم يرد نص خاص بخصوص ذلك في الأحكام الخاصة بعقد تأمين، لذلك تطبق القواعد العامة للعقود.[2]

1-**الاهلية** :لا يثور موضوع الأهلية من الناحية العملية إلا من ناحية المؤمن له، وهذا بإعتبار المؤمن شركة مساهمة، أو جهة تأمين تبادلية، إذ يتمتع هذا الأخير بشخصية معنوية مستقلة وبالنسبة للمؤمن له، حيث يرى الفقه أن عقد التأمين من عقود الإدارة، فيكفي أن تتوافر فيه أهلية الإدارة، وبالتالي يجوز للبالغ الراشد بأن يبرم عقد التأمين، ويجوز ذلك أيضا للقاصر أو المحجور عليه إذا كان مأذونا له بإدارة أمواله.

[1] أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص84

[2] المرجع نفسه، ص 86

2-**عيوب الإرادة:** تسري على عقد التأمين القواعد العامة في عيوب الإرادة والتي تنحصر في الإكراه والغلط، والتعزيز مع الغبن الفاحش، وكذلك قرر المشرع أحكاما خاصة للتأمين على الحياة، بموجبها لا يترتب على البيانات الخاطئة بطلان العقد.

الفرع الثاني: المحل في عقد التأمين

يعرف شراح القانون محل الإلتزام في العقد بشكل عام أنه (الشيء الذي يلتزم المدين القيام به سواء كان القيام بعمل او الإمتناع عن عمل أو إعطاء شيء).

وتتحدد عناصر المحل في عقد التأمين على أساس وجود مصلحة مشروعة للمؤمن له تتمثل في عدم تحقق الخطر الذي يهدد هذه المصلحة، مما يدفعه إلى إبرام عقد التأمين حتى لا يتحمل النتائج التي تترتب على تحقق هذا الخطر. [1]

ويتضح أن هناك عناصر متعددة لمحل عقد التأمين منها: الخطر والقسط وأداء المؤمن سوف نتولى ذكرها بإختصار.

أولا: الخطر

يعتبر الخطر هو العنصر الأساسي في عقد التأمين، ويعرف الخطر على أنه حادث محتمل الوقوع لا يتوقف تحققه على محض إرادة أحد المتعاقدين وعلى خصوص إرادة المؤمن له.

1-أنواع الخطر:

يمكن تقسيم الخطر الى نوعين، خطر ثابت وخطر متغير، وإما خطر معين أو غير معين.

أ_الخطر الثابت والخطر المتغير :

[1] أحمد أبو السعود، مرجع سابق، ص 118

يكون الخطر ثابتا إذا كانت درجة إحتمال وقوعه خلال مدة التأمين واحدة لا تتغير من وقت الى آخر، مثال ذلك خطر الحريق، فإحتمالات تحققه ثابتة، ومن الأخطار الثابة التي يؤمن عليها اليوم هي السرقة والتأمين على حوادث اليسر، والتأمين على تلف المزروعات وما شابهها، أما الخطر المتغير، هو ذلك الذي تتغير درجة إحتمال تحققه خلال مدة التأمين إما بالزيادة أو بالنقصان. [1]

تظهر التفرقة بين الخطر الثابت والخطر المتغير في تحديد مقدار قسط التأمين، يكون القسط متغيرا إذا كان الخطر متغيرا، ويكون ثابتا إذا كان الخطر ثابتا إما بالزيادة أو النقصان.

ب-الخطر المعين والخطر غير المعين:

تقوم هذه التفرقة على أساس ما إذا كان محل الخطر معينا لحظة إبرام العقد أو لم يكن كذلك، فالخطر المعين هو الذي يكون محله معينا لحظة إبرام العقد، ويكون ذلك في حالة التأمين على حياة شخص معين أو التأمين على شيئ معين وقت التعاقد، أما الخطر غير المعين فهو الذي يكون محله غير معين وقت إبرام عقد التأمين، وإنما يتم تعيينه بعد ذلك عند تحقق الخطر، وذلك عند التأمين ضد خطر حوادث السيارات لأن محل الخطر هو الحادث، لا يكون معينا وقت التعاقد حيث ينصب التعيين على الحوادث المستقبلية.

وتظهر أهمية التفرقة بين الخطر المعين والخطر غير المعين من حيث إمكان تحديد مبلغ التأمين الذي يجب على المؤمن دفعه عند تحقق الخطر، ففي الخطر المعين يمكن معرفة هذا المبلغ المعين مقداره سلفا، وفي حالة الخطر غير المعين تبدو الصورة مختلفة إذ لا يوجد شيء يمكن الإرتكاز عليه وقت التأمين لتعيين مقدار مبلغ التأمين. [2]

[1] أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 147

[2] محمد حسن قاسم، **القانون المدني -العقود المسماة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 566 ،568

ثانيا: القسط

يحدد هذا القسط عموما بطريقة تحكمية إذ لا يرتبط مقدارها بأي حساب مسبق للخسائر المحتملة، ويبرر ذلك بأن القسط يحتسب على أساس الخطر محل العقد وفقا لمبدأ عام مسلم به في التأمين هو مبدأ نسبية القسط إلى الخطر، وحيث أن الخطر الذي يغطيه العقد المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان لا يقبل القياس والتقدير طبقا للأسس الفنية للتأمين العادي، فإن ذلك يقضي بشكل طبيعي الى تقدير تحكمي للأقساط، عليه فإن الهيئة لا تراعي في تقدير الأقساط التي تفتضيها من المستثمرين المتعاقدين معها ان يكون مجموعها كافيا لتغطية الخسائر التي إلتزمت بضمانها إزاء أولائك المستثمرين، لذلك فإن هذه الأقساط توصف في بعض نظم الضمان، مثل إتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، بالرسوم، تأكيدا لصفتها كمقابل للخدمة الإدارية التي تقوم بها الهيئة وليس للإلتزام المالي الذي تتحمله عند تحقق الخطر.[1]

ويكون قسط التأمين مبلغا ماليا ثابتا يدفع سنويا، وقد يكون مقطوعا بالدفع مرة واحدة .والقسط الذي يلتزم المؤمن له بدفعه للمؤمن يتكون من عنصرين جوهريين هما :القسط الصافي الذي يكون معادلا لقيمة الخطر طبقا للقواعد والأصول الفنية مع الإستعانة بقواعد الإحصاء، أما العنصر الثاني فهو أعباء القسط أو علاواته التي يجب أن يساهم المؤمن له في تحملها ويتكون من مجموعة القسط الصافي وأعباء القسط التجاري الذي يلتزم بدفعه المؤمن له (التكاليف التي يجب أن تضاف إلى القسط الصافي).[2]

[1] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 294

[2] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 580،569

ثالثا: أداء المؤمن

أداء المؤمن هو محل إلتزامه، وهو العمل الذي يتعين عليه القيام به عند تحقق الخطر المؤمن ضده، ومحل هذا الأداء يتمثل في مبلغ التأمين، إرتأينا إلى تبيين محل أداء المؤمن أولا ومن ثم ثم تحديد مقدار أداء المؤمن في العنصرين التاليين.

1-محل أداء المؤمن :

في جميع الأحوال يكون إلتزام المؤمن بطبيعته إلتزاما ماليا يتمثل في دفع مبلغ من النقود، وغالبا ما يدفع هذا المبلغ مباشرة إلى المؤمن له أو المستفيد.

ومؤدى ذلك أن محل أداء المؤمن هو مبلغ من النقود أو أي عوض مالي آخر .وقد لايدفع هذا المبلغ مباشرة إلى المؤمن له، وإنما يتعهد المؤمن بإصلاح الضرر عيننا دون دفع مبلغ نقدي للمؤمن له وهو ما يحدث في حالة تأمين الأضرار، وذلك بقصد تلاقي المبالغة في تقدير هذه الأضرار، أو بقصد تقليل النفقات المدفوعة لإصلاح الضرر، ولا شك أن إصلاح الضرر عيننا في مثل هذه الحالة يكون في نهاية الأمر مبلغا نقديا يلتزم به المؤمن تجاه من يقوم بإصلاح الضرر. [1]

2-تحديد مقدار أداء المؤمن:

كما إتضح فيما تقدم أنه مبلغ من النقود، وتحديد هذا المبلغ يرجع إلى الاتفاق الذي يتم بين المؤمن والمؤمن له، وهذه العناصر تختلف بإختلاف ما إذا كان التأمين تأمينا على الأضرار أو على الأشخاص على التفصيل التالي :

أ-في حالة التأمين على الأضرار:

[1] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 582

في هذا النوع من التأمين يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عن كافة الخسائر المادية التي ألحقت بالشيء المؤمن عليه، أما الأضرار التي يلتزم المؤمن بتغطيتها فقد حددها المشرع الجزائري في المادة (12) من قانون التأمينات الجزائري كما يلي: [1]

- الخسائر والاضرار الناتجة عن الحالات الطارئة.
- الخسائر والأضرار التي يتسبب فيها أشخاص يكون المؤمن له مسؤولا مدنيا عنها.
- الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ غير معتمد عن المؤمن له.

الخسائر والأضرار التي تسببها الأشياء أو الحيوانات التي يكون المؤمن له مسؤولا عنها، وهذه الأخيرة تحيلنا إلى المواد من 138 إلى 140 من القانون المدني الجزائري.

ب- في حالة التأمين على الأشخاص:

يتحدد أداء المؤمن في هذا النوع من التأمين طبقا للعقد المبرم بين المؤمن والمؤمن له، حيث تلتزم شركة التأمين بأداء مبلغ التأمين المتفق عليه دون زيادة أو نقصان عند حلول الأجل المتفق عليه أو تحقق الخطر المؤمن منه.

ويؤدى هذا المبلغ سواء دفعة واحدة أو في شكل مبالغ دورية معينة .ويتضح من ذلك أن التأمينات على الأشخاص ليس لها صفة تعويضية.

ويترتب على ما سبق أنه يجوز أن تتحدد مبالغ التأمين عن طريق إبرام عقود تأمين متعددة، ويكون للمؤمن، أو المستفيد، الحق في مبالغ التأمين جميعا عند تحقق الخطر ودون تحديد ...إلخ.[2]

[1] المادة 12 من القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20فيفري 2006، يعدل ويتمم الامر 96-07 المؤرخ في 25جانفي 1995 التعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد 15 ،2006

[2] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 583

الفرع الثالث: السبب في عقد التأمين

إن عقد التأمين من العقود التبادلية التي يكون فيها سبب إلتزام أحد الطرفين هو سبب إلتزام الطرف الآخر، فالمؤمن له يلتزم بأن يؤدي قسطا من المال إلى المؤمن مقابل تحمل هذا الأخير بتغطية الخطر، ويشترط في السبب أن يكون غير مخالف للنظام العام والأداب العامة كما هو منصوص عليه في المادة (97) من القانون المدني الجزائري " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ". [1]

وعليه فإن كان عقد التأمين لغرض غير مشروع أو مخالف للأداب العامة كان باطلا لعدم مشروعية السبب، كما لا يجوز التأمين على الأعمال العمدية الصادرة من المؤمن له حتى لا يكون في ذلك تشجيعا على تعمد تحقيق الكوارث، كذلك لا يجوز التأمين ضد عقوبتي الغرامة والمصادرة تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة، كذلك لا يجوز التأمين من الأخطار المترتبة على الإتجار في المخدرات، وأيضا لا يجوز التأمين على بيوت الدعارة أو القمار. [2]

والواقع في الأمر أنه يمكننا عرض تصور آخر لسبب إلتزام الهيئة بإبرام العقد، ومقتضى هذا التصور أنه ينبغي التمييز، وفقا للنظرية التقليدية في السبب بين السبب القصدي وهو الغرض المباشر الذي تقصد الهيئة الوصول إليه من وراء إلتزامه، والسبب الدافع وهو الباعث الذي يدفع الهيئة إلى إبرام العقد، فالغرض المباشر لإلتزام الهيئة بمقتضى العقد المبرم بينها وبين المستثمر هو الحصول على أقساط الضمان. [3]

---

[1] المادة (97) من قانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/ 6/ 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005

[2] السيد محمد السيد عمران، **الموجز في أحكام عقد التأمين**، الفتح للطباعة والنشر، مصر، 2002، ص 145

[3] دريد محمود السامرائي، مرجع سابق، ص 296

المبحث الثالث: التعويض كوسيلة للحماية من المخاطر غير التجارية

تعد مسألة التعويض ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر، كونها الاساس الذي جعله يستثمر بكل ثقة في البلد المضيف، فالتعويض من حيث المبدأ حق لا خلاف حول مشروعيته، و ذلك بسبب مبرراته و أسانيده القانونية التي ترفعه من درجة التصرفات غير المشروعة الى التصرفات المشروعة وهذا ما سوف نتناوله في المطلب الأول، لكن من حيث التقدير و التقسيم فقواعد القانون الدولي غير واضحة و غير محددة لأنها إكتفت بالتأكيد على الحق في التعويض بالمواصفات المتفق عليها دون التطرق للتفاصيل المتعلقة بتحديد مقداره، لذلك سوف نتعرض لطرق تحديد قيمة التعويض في المطلب الثاني. [1]

المطلب الأول: الأسانيد القانونية للتعويض

لقد صرحت القوانين الوطنية على حق المستثمر الأجنبي في الحصول على مقابل عند تعرضه لإجراءات نزع الملكية أو التأميم عن طريق تعويضه على الأضرار والخسائر التي لحقت به، ومثال على هذا نص المادة 16 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه" لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة ادارية الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف".[2]

حيث ترجع الدول عند التعويض الى المبادئ العامة التي سادت القانون الدولي والتي تجد مصدرها في قوانين تلك الأمم الداخلية بشكل رئيسي بموجبها يقوم الحق في الحصول على

[1] حمد عبد الظاهر حسين، **رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص8،9

[2] الأمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 متعلق بتطوير الاستثمار، جريدة عدد 47 المؤرخ في 22 أوت 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 جويلية 2006، جريدة عدد 47، مؤرخة في 19 جويلية 2006

التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي يثبت المستثمر الأجنبي تعرضه لها أمام المحاكم القضائية المختصة.[1]

حيث تتمثل هذه الأسانيد في مجموعة من المبادئ سوف نذكرها في الفروع التالية:

- الفرع الأول :مبدأ الحقوق المكتسبة
- الفرع الثاني :مبدأ الاثراء بلا سبب
- الفرع الثالث :مبدأ المسؤولية العقدية الذي إستمد جذوره من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين

الفرع الأول: مبدأ الحقوق المكتسبة

في إطار نشاطاتها الاقتصادية في الدول المضيفة تستفيد الشركات الأجنبية من بعض المزايا التي تعتبرها حقوقا مكتسبة ينبغي على الدولة احترامها لأنها تمثل بالنسبة اليها (قاعدة دولية) ثابتة، ويترتب المساس بها مسؤولية دولية والتزام الدولة بالتعويض الكامل عن الأضرار الملحقة بها.

لذلك فان اجراءات التأميم ونزع الملكية التي تقوم بها الدولة في إطار سيادتها الاقتصادية بالرغم من أنها تصرفات مشروعة فإنها تتعارض مع قاعدة دولية مفادها ضرورة احترام الدولة لحقوق الأجانب المكتسبة.[2]

غير أن نظرية الحق المكتسبة قد وجهت اليها عدة انتقادات منها:

– إن المبادئ الواردة على في القوانين الوطنية لا تشكل مبادئ قانونية دولية لاختلاف أساسها ومضامينها و تطبيقاتها، لذلك لا يمكن الاعتماد عليها كأساس للتعويض في القانون الدولي.

[1] عيبوط محند علي، المرجع السابق، ص 311

[2] الأمين شريط، **حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرية، الجزائر، 1985، ص220

– إن مبدأ الحقوق المكتسبة يتعارض مع سيادة الدولة و حقها في اختيار نضامها الاقتصادي و الاجتماعي بكل حرية.

– إن هذه الحقوق في حد ذاتها قد اكتسبت بطريقة غير مشروعة في وقت كامن فيه البلدان النامية تحت السيطرة الأجنبية، فلا يمكن الاعتماد عليها كأساس للتعويض في القانون الدولي.

– إن التصرفات المشروعة التي تقوم بها البلدان النامية لا تترتب عنها أية مسؤولية دولية.[1]

فالدولة الجديدة هي التي تقدر بنفسها مدى مشروعية الحقوق المكتسبة في ضل الدولة السابقة مستعمرة كانت أم لا، لأن الحقوق المكتسبة لا تكون مكتسبة في نضر دولة ما الا وفقا لتشريعاتها حصريا وفيما عدا ذلك فهي غير موجودة اطلاقا.

وعليه فمبدأ احترام الحقوق المكتسبة لا يمنع من مصادرة الممتلكات التابعة للمستثمر الأجنبي أو تأميمها انما يدل على أنه في حالة لجوء الدولة لمثل هذه الاجراءات تلتزم بأداء مقابلا لذلك لأن حق التعويض يبقى مضمونا ومبررا وقانونيا. [2]

الفرع الثاني: مبدأ الاثراء بلا سبب

الى جانب فكرة الحقوق المكتسبة، تتميز الدول المصدرة لرؤوس الأموال بمبدأ الاثراء بلا سبب المعروف في القانون الداخلي، ويعتبر الاثراء بلا سبب مصدرا ذو أهمية بالغة في إنشاء الالتزام وترتيب المسؤولية، بحيث تنظر الى عملية نقل الملكية نتيجة التأميم أو نزع الملكية بأنها وسيلة للإثراء بلا سبب. [3]

[1] الأمين شريط، مرجع سابق، ص 221،222

[2] خالد محمد جمعة، **انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)**، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت،1992، ص90

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 312

فنظرية الاثراء بلا سبب لا تقوم الا إذا توفر شرط جوهري وهو انعدام سبب الاثراء، وبالمفهوم السابق، تكون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد حققت اثراء بلا سبب على حساب المستثمر الأجنبي من جراء تعرضه للتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو التدابير المماثلة كرفع نسبة الضرائب وسعر الصرف ... الأمر الذي جعله انتهاكا لمبدأ عالمي من مبادئ العدالة، لذلك هو مصدر مبرر للالتزام بالتعويض.[1]

كما أكدت كذلك لجنة التحكيم في قضية شركة ديسكون لعجلات السيارات الأمريكية ضد شركة السكك الحديدية المكسيكية في حكمها الصادر سنة 1931 على أن نظرية الاثراء بلا سبب وان كانت وبلا أدنى شك من النظريات المعترف بها والمطبقة في مختلف دول العالم، الا أنها لم ترتقي بعد إلى الإطار الخاص للقانون الدولي العام كنظام قانوني يتميز عن النظم القانونية الداخلية.

كما انتهت بعد إستعراض العناصر الأساسية لدعوى الاثراء بلا سبب إلى أنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية بصدد الواقعة موضوع النزاع بالنظر الى عدم توفر كافة العناصر التي بينتها. [2]

ومنه عند إسناد عملية نقل الملكية العقارية الأجنبية الناتجة عن الاثراء بلا سبب يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويضات المستحقة مقابل ما لحقه من أضرار وخسائر، فالخطأ المنسوب للدولة وما يترتب عنه من إثراء بلا سبب هو أساس المسؤولية والحق في التعويض.

لكن التأميم يعتبر وسيلة لتحقيق الاستقلال الاقتصادي للبلدان النامية، وما يترتب عنه من آثار لا يمكن الاعتماد عليها كأساس التعويض نظرا لانعدام عنصر الخطأ. [3]

---

[1] الأمين شريط، المرجع السابق، ص 220

[2] محمدت سي عبد الحميد، **أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية**، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995، ص 339

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 113

الفرع الثالث: التعويض على أساس المسئولية العقدية

يتمسك البعض من الفقهاء بالعلاقة العقدية الموجودة بين الدولة والمستثمر الأجنبي وما يترتب عنها من حقوق بالنسبة للطرفين المتعاقدين، فيرون بأن أي إخلال بإحدى الالتزامات الواردة في العقد يترتب عنه الحق في التعويض، وأصحاب هذه النظرية يتمسكون بمبدأ تدويل العقد، نتيجة لذلك فإن الالتزامات المترتبة عنه تعتبر إلتزامات دولية تؤدي الى قيام المسؤولية الدولية، لكن هذه النظرية منتقدة من عدة جوانب هي:

– أن الطابع العقدي للالتزامات بين الدولة و المستثمر الأجنبي لا يمكن تحويلها الى إلتزامات دولية.

– أن عدم المساواة هو الطابع المميز للمعاهدات الدولية.

– إن سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية تسمح لها بإتخاد الاجراءات الضرورية لتحقيق مصلحة شعبها. [1]

وبالتالي فمصادرة المشاريع و تأميمها يعد إخلالا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لأن عقد الاستثمار يلزم أطرافه على احترام محتواه و التقيد بإلتزاماتهم إلى حين إنتهاء مدته، خاصة و أن معظم علماء القانون الدولي يرون أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مبدأ مستقر في القانون الدولي، و أن الالتزام به مظهر من مظاهر حسن النية في تنفيد الاتفاقيات الدولية مما يؤدي الى اعتبار الاخلال به إخلالا بمبادئ القانون الدولي، ومن بينها مبدأ عدم تعديل شروط العقد، لأنه في حالة وجود أي اتفاق صريح في مجال حماية الاستثمار الأجنبي يقتضي بالتعويض بسبب المساس بمصالح الأجانب.

[1] الأمين شريط، المرجع السابق، ص 230،221

تتحمل الدولة المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية مسئولية النتائج المترتبة على إخلالها بإلتزاماتها طبقا لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، خاصة لوجود تصرف قانوني ذي قيمة دولية.

إن مقتضيات التعاون الدولي في الوقت الحاضر دفعت الدول المستقبلة لرؤوس الأموال إلى الإعتراف بالحق في التعويض بسبب إجراءات التأميم ونزع الملكية، وأكدت على ذلك في قوانينها الداخلية والاتفاقية الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية. [1]

المطلب الثاني: طرق تقدير التعويض

تعد مسألة تقدير التعويض ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، لذلك يعد حسن تقديره بالطريقة التي تضمن المصالح الاقتصادية والمالية للطرفين المتعاقدين من العناصر الجوهرية التي تساهم في زيادة نسبة تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لاكن أمام غياب قاعدة قانونية تفصيلية حول مسألة تقدير التعويض عن الإجراءات التي تباشرها الدولة من نزع الملكية للمنفعة العامة أو التأمين أو المصادرة أو التدابير المماثلة، تضاربت الإجتهادات القضائية على المستوى الدولي مع الإجتهادات الفقهية منذ العشرينيات. [2]

وتوجد طرق مختلفة لتقدير التعويض سوف نتناولها في الفرع الأول، أما المشرع الجزائري فلم يهتم كثيرا بكيفية تقدير التعويض في القوانين الداخلية وهذا ما سوف نتناوله في الفرع الثاني. [3]

[1] عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، ص 314

[2] خالد محمد الجمعة، **إنهاء الدولة المضيفة للإستثمار إتفاقية الإستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)**، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999، ص 106

[3] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 327

الفرع الأول: الطرق المعتمدة في تقدير التعويض

توجد عدة طرق يمكن الإعتماد عليها لتقدير التعويض المستحق نتيجة إجراءات التأميم ونزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ومن بينها :

أولا: طريقة القيمة الحالية

حسب هذه الطريقة يشمل التعويض كافة المبالغ المالية المستثمرة والأرباح المتوقعة، على أساس الرفع من قيمة التعويض من أجل الأخذ بعين الإعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية والملاحظ ان هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدولة النازعة للملكية أو المؤممة، لأنها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح[1].

ولقد صادفت هذه الطريقة لجنة التحكيم في قضية (Aminiol) بحيث أخذت بعين الإعتبار الفوائد المحتملة تحقيقها من قبل المؤسسة. [2]

ثانيا: القيمة الحسابية الصافية

وتسمى كذلك بطريقة الحصيلة (Bilan) لأنها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الحالية مع الأخذ بعين الإعتبار الفرق بين الأرباح المحققة الواردة في حصيلة الشركة المؤمنة أو المسخرة، مقارنة معدل الأرباح التي تحققها شركة أخرى شبيهة، في المدة نفسها لاكن في بلدان أخرى. [3]

---

[1] خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 117

[2] لقد قضت لجنة التحكيم في دعوى (aminiol) سنة 1963 ما يلي" هذا التعويض يتضمن الخسارة التي وقعت مثل النفقات التي تتحملها لتنفيذ العقد، والكسب الفائت، مثل الأرباح الصافية التي يمكن ان تنتج من العقد. إن التعويض عن الكسب الفائت أو خسارة الأرباح المتوقعة يطبق كثيرا من قبل لجان التحكيم الدولية ..."

[3] الأمين شريط، مرجع سابق، ص 240

ولقد رفضت من قبل المستثمرين الأجانب ودولهم الأصلية لأنها تقلل من قيمة التعويض ورغم ذلك تبنتها العديد من إتفاقيات الإستثمار.

ثالثا: القيمة السوقية

هذه الطريقة تمسكت بها الدول المصدرة لرأس المال لأنها تأخذ بعين الإعتبار الفوائد المحتملة وذلك إسنادا إلى معطيات السوق، الأمر الذي يجعلها تحقق نوعا من العدل بالنسبة للطرفين، لأنه تقدير فعلي للقيمة الحقيقية للأموال المؤممة أو المنزوعة.

يشترط حتى يعتبر التعويض عادلا أن يكون تقييم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة للإستثمار وفقا لقيمتها السوقية في الدولة المضيفة للإستثمار في يوم المصادرة.[1]

فحسب هذه الطريقة يستطيع المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض ملائم يغطي كافة الأضرار التي لحقت به.

رابعا: طريقة المقاصة

ترتكز هذه الطريقة على تقدير قيمة التعويض بالمقارنة مع قيمة رأس المال المستثمر والأرباح التي حققتها المؤسسة في الدولة المضيفة، وبين الأضرار التي تلحقها بالإقتصاد الوطني من جزاء عدم الوفاء بإلتزاماتها التعاقدية أو نتيجة التسرع في إعادة تحويل رؤوس الأموال وأرباحها المحققة إلى الخارج بشكل لا يحقق للدولة الأهداف الأساسية المتوقعة من تشجيع الإستثمار الدولي أي الإنعاش الاقتصادي والمساهمة في التنمية[2].

[1] خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 110

[2] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 328

فأهم ما يأخذ بعين الإعتبار في هذه الطريقة هي الأرباح التي تحققها المؤسسة بشكل غير متناسب مع قيمة الإستثمارات المنجزة، مقارنة مع أرباح تحققها المؤسسة نفسها في بلد آخر، وهو ما يجعلها تتشابه مع طريقة الحصيلة. [1]

خامسا: طريقة القيمة في البورصة

حسب هذه الطريقة يتم تحديد مقدار التعويض على أساس ثمن أسهم الشركة المؤممة، وبالتالي فإنها لا تخص سوى الشركات التي لها قيمة في البورصة ولذا تم الإعتماد عليها عند تأميم شركة قناة السويس .

في مثل هذه الظروف، ونظرا لتعدد الحلول المقترحة لتقدير التعويض، كان من الصعب التوصل إلى قاعدة دولية متفق عليها، ويحاول كل طرف فرض الطريقة التي تخدم مصالحه بحيث أن الدولة المصدرة لرأس المال تسعى إللى الرفع من قيمة التعويض لتغطية كل الأضرار اللاحقة بها، في حين تحاول الدول المستقبلة لرأس المال الأجنبي التخفيض من مقدار التعويض لتفادي أثاره السلبية على إقتصادها. [2]

الفرع الثاني: طرق تقدير التعويض في التشريع الجزائري

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال بعض النصوص القانونية والإتفاقيات الدولية إلى إختيار الطريقة الأمثل في تقدير قيمة التعويض عن الإجراءات المتبعة في نزع الملكية أو التأميم وهذا ما سوف نتولى توضيحه في العنصرين التاليين :

[1] الأمين شريط، مرجع سابق، ص 240

[2] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 329

أولا: تقدير التعويض حسب التشريعات الوطنية

لم تكرس القوانين الوطنية إهتماما بالغا لمسألة تقدير وتقييم مبلغ التعويض المستحق للمستثمر الأجنبي من جراء حرمانه من أملاكه، لكن بعد دخول الدولة الجزائرية في حملة الإصلاحات الاقتصادية وتبنيها للإستثمار الأجنبي كأسلوب لتحريك عجلة التنمية وإستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، تبنت أسلوبا جديدا للتعويض يقترب اكثر من الفعلية للمشروع ويشمل حتى الكسب الضائع، وذلك في القانون رقم11-91الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية حيث نص المشرع في المادة(21) منه على" يجب ان يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وفاته من كسب بسبب نزع الملكية".[1]

حيث يحدد مبلغ هذا التعويض حسب القيمة الحقيقية للأملاك او المشروع تبعا لما ينتج عن تقييم طبيعتها ومشتملاتها او عن استعمالها الفعلي من قبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الأخرى عليها، او من قبل التجار والصناع او الحرفيين، وتقديم هذه القيمة الحقيقية يتم في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم

اما المرسوم التنفيذي رقم 186-93 فقد نص في المادة (31) على مايلي :

"يجب ان يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصف يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، ويحدد استنادا للقيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها وقوامها واوجه استعمالها الفعلي من مالكيها او أصحاب الحقوق العينية فيها.

[1] المادة (21) من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 21 جانفي 1991، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخ في 2 ديسمبر 1990

تقدم هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم اجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية . تحدد طبيعة الممتلكات او قوامها في تاريخ نقل الملكية، ويؤخذ بوجه استعمالها ما كانت تستعمل فيه قبل عام من فتح التحقيق الذي يسبق التصريح بالمنفعة العمومية".[1]

المفهوم من نص هذه المادة انه يجب ان يكون التعويض كامل وعادلا ويغطي كل الضرر الذي قد يصيب المستثمر جراء نزع الملكية، وتقدر قيمة التعويض من يوم اجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية.

وجاءت المادة (33) من نفس المرسوم 93-186 التي يجب اخذها بعين الاعتبار عند تقيم مقدار التعويض بقيمته الحقيقية يجب ان "تراعى القيمة الناجمة عن تصريحات التي يدلي بها المساهمون في الضريبة والتقديرات الإدارية التي تعد نهائية بموجب القوانين الجبائية وفق للتنظيم الخاص للأملاك الوطنية المعمول به وذلك لتقدير التعويضات المخصصة للمالكين والتجار والصناعيين والحرفيين".

كما حددت بعض النصوص الخاصة ببعض حالات التدابير المماثلة لنزع الملكية أو حالة الفسخ حيث نصت المادة (9) من الامر رقم 11-06 المؤرخ في30 اوت2006 على مايلي"يترتب عن كل تقصير من المستفيد من الامتياز او التنازل...فسخ عقد منح الامتياز او التنازل ...تدفع الدولة نتيجة الفسخ تعويضا مستحقا بعنوان القيمة المضافة المحتملة التي اتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الاشغال المنجزة قانونا دون ان يتجاوز المبلغ

[1] المرسوم التنفيذي رقم 93-186، المؤرخ في 27جويلية 1993، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 1993

قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة، تحدد مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا القيمة المضافة المحتملة".[1]

اكتفى المشرع بالتأكيد في قوانين الاستثمار على الحق في التعويض الذي وصفه بالعادل والمنصف، وترك التفاصيل الخاصة بطريقة التقييم وميعاد وأساليب الدفع لتنظم بموجب الاتفاقيات الثنائية (الدولية).

ثانيا: تقدير التعويض في الإتفاقيات الدولية

إن القواعد الخاصة بالتعويض محددة بدقة في مختلف الإتفاقيات الثنائية التي تضم عدة طرق لتقدير التعويض مقابل إجراءات التأميم ونزع الملكية .فالبعض من هذه الإتفاقيات تعتمد على القيمة الحقيقية للإستثمارات المعينة .تنص المادة 05 الفقرة 02 من الإتفاقية الجزائرية الفرنسية على ما يلي " يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا إتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للإستثمارات المعينة والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية...".

ونصت كذلك الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وإسبانيا على الأسلوب نفسه في التقييم في نص المادة 05 فقرة 02 على ما يلي: " يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا إتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي بحسب مبلغه وعلى أساس القيمة الحقيقية للإستثمارات المعينة والتي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي إتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها... " وتشمل القيمة الحقيقية إلى جانب القيمة الحسابية الصافية للمؤسسة، الفوائد التي تحصلت عليها وكذا الفوائد والخسائر المحتملة التي يمكن أن تترتب عن أي مشروع إستثماري، وهذه

[1] الامر رقم 06-11المؤرخ في 30اوت 2006، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن أراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد53، مؤرخة في 30اوت 2006

القيمة تقضي بأن يأخذ بعين الإعتبار كل العناصر المرتبطة بالمشروع من رأس مال أصلي و فوائد و خسائر و غيرها. [1]

بالمقابل نصت إتفاقيات أخرى على تقييم التعويض على أساس القيمة الفعلية للإستثمار في السوق أو قيمته السوقية، ومن بينها الإتفاقيات المبرمة بين الجزائر والبرتغال التي نصت في المادة 04 الفقرة 02 على ما يلي " إن مبلغ التعويض يجب أن يساوي القيمة السوقية للإستثمار المعني مباشرة، قبل إتخاذ إجراء نزع الملكية أو عشية اليوم الذي أعلن فيه الإجراء، على أن يؤخذ بالإجراء الأول" حيث يتم تقدير مقدار التعويض وفق هذا الأسلوب حسب القيمة السوقية المتعارف عليها، وفي حالت عدم إمكانية ذلك بسبب التقلبات التي يعرفها السوق أو التقلبات التي تتعرض لها قيمة الأسهم في البورصة يتم تقدير قيمة التعويض بمراعاة القواعد والممارسات المعترف بها دوليا وخصوصا المبادئ العادلة التي تؤخذ بعين الإعتبار كل العناصر المرتبطة بالإستثمارات والأرباح والخسائر المحتملة وإسم الشهرة وغيرها من العناصر المرتبطة بالمشروع الإستثماري.

إن هذه الطرق المختلفة في التقييم الوارد في الإتفاقيات الثنائية والقائمة على أساس قيمة السوق أو القيمة الاقتصادية أو القيمة الحقيقية تسمح بمنح تعويضات واسعة تشمل كل العناصر ذات القيمة الاقتصادية المرتبطة بالإستثمار من رأس المال وفوائده وخسائره المحتملة وإسم الشهرة غيرها، مما سيسمح للمستثمرين الأجانب الحصول على تعويضات تفوق بكثير الممارسة الدولية، وفي الأخير نستطيع القول بأن الضمانات الواردة في القانون الجزائري في مجال التعويض الذي يتعلق بتدابير نزع الملكية التي تدخل ضمن (المخاطر غير التجارية) أفضل من مبادئ وقواعد القانون الدولي في هذا المجال على الأقل من الناحية النظرية .لكن هذه

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 332

الحماية لا تقتصر على طريقة تقييم التعبير وإنما تشمل خصائص هذا التعويض والتي تعتبر ذات أهمية بالغة نظرا لإختلاف العبارات المستعملة من حيث المعنى والمحتوى. [1]

[1] عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 334

خلاصة الفصل:

من خلال ما تم دراسته ، وكخلاصة لهذا الفصل نجد ان الدول المصدرة لرأس المال تسعى دائما الى توفير الاليات والوسائل القانونية لحماية أموال مواطنيها في الخارج ، خاصة في الدول النامية التي تتميز بعدم الاستقرار السياسي، ونقص التجربة في التعامل مع المستثمر لافتقارها لسياسة واستراتيجية اقتصادية فعالة بالرغم من نصها في قوانينها على جملة من الضمانات من اجل خلق أوضاع ملائمة لاستثمار والشعور بالأمن، الى ان واقع الاستثمار يفرض منطقه من خلال المخاطر التي يواجهها المستثمر بمناسبة إنجازه لمشروعه الاستثماري، مما يعرض مشروعه للخسارة، وبالتالي فالمستثمر يبحث دائما عن ضمانات إضافية كافية لحمايته من هذه المخاطر غير التجارية بوصفها، ومن بين هاته الضمانات هو ضرورة التأمين على مشروعه وفي حالة التعدي على ملكيته ضرورة حصوله على تعويض عادل .

الخاتمة

خاتمة

يمكن للإستثمار الأجنبي إذا ما أحسن استخدامه وتأطيره قانونيا ان يلعب دورا مهما في تنمية اقتصاد الدولة المستقطبة للاستثمار، كما انه يحقق في الوقت ذاته فوائد على جميع الاتجاهات من اقتصادية وغيرها للدول المصدرة لراس المال.

لذلك اتجه الفقه الى ابتداع وسائل قانونية جديدة لحماية هذا النمط من الاستثمار من المعوقات المختلفة والمخاطر التي تواجهه، واسقاطا على التشريع الجزائري وكما حاولنا بيان في هذا الموضوع أن المشرع الجزائري وفر ضمانات لإنجاح عملية الإستثمار، الى ان السؤال الذي يبقى مطروحا هل هذه الضمانات كانت كافية ام لا؟

وهو ما نبينه في هذه الخاتمة من خلال عرض النتائج المتوصل اليها وصولا الى المقترحات.

أولا –النتائج المتوصل اليها: من اهم النتائج التي خلصنا اليها في دراستنا

1–نجد ان المشرع الجزائري لم يتحدث في قانون الاستثمار عن الحماية اللازمة من المخاطر السياسية وما تتضمنه من حروب أهلية ودولية واضطرابات مدنية وعدم الاستقرار السياسي والذي من شانه ان يؤدي الى الفقدان الكلي او الجزئي لمشروع المستثمر وعدم تعويضه، وهو ما احالنا على القانون المدني (612–619) و قانون التامين او ما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين بموجب الاتفاقيات المبرمة.

2–اما فيما يتعلق بمخاطر الإجراءات الانفرادية والمتمثلة فيما تتخذه الدولة المستقطبة من إجراءات لفرض بعض القيود القانونية على المستثمر وهي تتنوع بين مباشرة (كالتامين ونزع الملكية والمصادرة وخطر التحويل) وغير مباشرة كالاحتكار والصلاحات الضريبية والجمركية.

فهذه الإجراءات تمثل اخلالا بالعقد المبرم بين الطرفين، لذلك نجد ان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار والتي تعتبر الجزائر عضوا فيها تغطي هذا العائق عن طريق التعويض للمستثمر جراء هذا الاخلال

3-عقد ضمان الاستثمار يختلف عن التامين التجاري من ناحيتين أولهما ان عقد ضمان الاستثمار لا يعتمد على الأسس الفنية التي يستند عليها عقد التامين بصفة عامة ويرجع ذلك في الواقع الى ان الخطر محل عقد الضمان لا يقبل القياس والتقدير وفقا للأسس الفنية المتبعة في التامين التجاري وثانيهما ان عقد ضمان الاستثمار يختلف عن عقد التامين من حيث ركن السبب؛ ذلك ان السبب الذي من اجله تتعاقد شركات التامين عموما هو الحصول على الأقساط التي تمكنها من تحقيق اغراضها التجارية.

4-نص قانون الاستثمار الصادر بموجب الامر (03-01) على وجوب ان يكون التعويض عادلا ومنصفا، الى انه لم يحدد طريقة التعويض ولا ميعاده او اساليبه تاركة المجال للاتفاقيات الثنائية، وبالرجوع الى الاتفاقية الثنائية نجدها نظمت بدقة

مسألة التعويض الناتج عن نزع الملكية مثلا حيث نفرق بين نوعين من التعويض اما على أساس" القيمة الحقيقية "وهي تكون وفقا لقيمة الاستثمار في الظروف الاقتصادية الراهنة، وعلى أساس" القيمة الاقتصادية"ولها معنى أوسع من الأول وتكون قيمة التعويض أكبر.

فالجزائر تأخذ بالحالة الثانية بهدف تشجيع الاستثمار وجلب رؤوس الأموال من الخارج.

ثانيا – المقترحات: من اهم المقترحات

1-لكي يكون التامين مجديا فانه لا يكفي ان تكون هيئة التامين تابعة للدولة المستقطبة للاستثمار لان ذلك من شأنه ان يعلق كفالة الحق على إرادة المدين به، وبالتالي فانه لا يضيف الكثير الى حماية المستثمر طالما ان المؤمن نفسه قد يكون مصدر الخطر الذي من اجله طلب الأمان.

فالتامين الفعال في هذا الصدد هو الذي تضطلع به في الواقع هيئة محايدة او منظمة دولية تساهم فيها دول عديدة وتحظى بثقة المستثمرين.

2-صحيح ان توفير ضمانات قانونية من شانها توفير مناخ استثماري كفيل باجتذاب رؤوس أموال خارجية للدولة الى انه ليس العامل الوحيد اللازم بدفع عجلة التنمية بل لابد من ان تقترن تلك الضمانات القانونية المتميزة باستقرار سياسي واقتصادي تشهده الدولة؛ وهو حقيقة لا يعوز الجزائر في الشق الاقتصادي لاسيما مع تقلب أسعار النفط الذي يشهده العالم حاليا.

3-تلعب البنوك دور رئيسي في التغطية المالية إذا ما تعلق الامر بالتعويض او التحويل لذلك وجب إعادة النظر في المنظومة المصرفية لأنها تمثل روح الاستثمار القائم أساسا على الأصول، ولهذا نجد ان المستثمر يعتبره ضمانا وخطرا في آن واحد يدفعه للاستثمار في الدولة المستقطبة.

4-ضرورة تشديد الرقابة على المشاريع الاستثمارية بعد استفادة أصحابها من الامتيازات التي تمنحها الدولة المستقبلة كالوعاء العقاري والقروض وذلك من خلال متابعة مدى تجسيد المستثمر لمشروعه في آجاله المحددة.

قائمة المراجع

أولا: المراجع بالغة العربية

سورة المائدة، الآية: **64**

سورة البقرة، الآية: **279**.

❖ **الكتب:**

1. أحمد أبو السعود، **عقد التأمين بين النظرية والتطبيق**، دراسة تحليلية شاملة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
2. الأمين شريط، **حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرية، الجزائر، 1985.
3. بشار محمد الأسعد، **عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.
4. جديدي معراج، مدخل **لدراسة قانون التأمين الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر،2003.
5. حسين قادري، **النزاعات الدولية**، منشورات خير جليس الطبعة الاولى، الجزائر، 2007.
6. حفيظة السيد حداد، **العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية** – تحديد ما هيتها والنظام القانوني لها، دار الغأئر الجامعي ظ، الإسكندرية، مصر 2001.
7. حمد عبد الظاهر حسين، **رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
8. حميد جميلة، **الوجيز في عقد التأمين**، دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات، الطبعة الأولى دار الخلدونية، 2012.
9. خالد محمد الجمعة، **إنهاء الدولة المضيفة للإستثمار إتفاقية الإستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)**، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت، 1999.
10. دريد محمود السامرائي، **الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية**، مركز دراسات الوحدة القانونية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006
11. رمضان أبو السعود، **أصول التأمين**، دار المطبوعات الجديدة، مصر، 2000.
12. زكريا أحمد نصر، **بحث في نظم ضمان الإستثمار**، الكويت، الصندوق الكويتي لتنمية الإقتصادية العربية، 1968.
13. زياد فيضل حبيب الخيزران، **المزايا والضمانات الشتريعية للإستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

14. سعيد عبد الغفار أمين شكري، **القانون الدولي العام للعقود**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.
15. السيد محمد السيد عمران، **الموجز في أحكام عقد التأمين**، الفتح للطباعة والنشر، مصر، 2002.
16. شحاتة أبراهيم، **الضمان الدولي لاستثمارات الأجنبية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
17. عبد الكريم بعداش، **الاستثمار الأجنبي المباشر وأثاره على الاقتصاد الجزائري خلال الفترة 1996 -2005**، رسالة دكتوراه في العلوم الإقتصادية تخصص نقود ومالية، جامعة الجزائر، سنة 2007-2008.
18. عجة الجيلالي، **التجربة الجزائرية في تنظيم التجارة الخارجية من إحتكار الدولة إلى إحتكار الخواص**، دار الخلدونية، طبعة 1، سنة 2007.
19. عجة الجيلالي، **الكامل في القانون الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
20. عصام الدين مصطفي، الجوانب **القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول لأخّذة في النمو**، مكتب المنهل، الكويت، 1968.
21. عكاشة محمد عبد العالي، **الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية**، أفاق وضمانات الإستثمارات العربية الأوروبية، دار بلال، بيروت، 2001.
22. على مهال، **أفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل إتفاق الشراكة أور ومتوسطة**، مخبر الدراسات الاقتصادية المغاربية، 2002.
23. عمر سعد الله، **القانون الدولي لحل النزاعات**، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.
24. عمر سعد الله، **تطور تدوين القانون الدولي الإنساني**، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الاولى، 1997.
25. عمر هاشم محمد صدقة، **ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
26. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، 2013.
27. قادري عبد العزيز، **الإستثمارات الدولية**، دار هومة، الجزائر، 2004.
28. قيس جواد العزاوي، **الضمانات السياسية والأمنية والاقتصادية للإستثمار عربيا وأوروبيا أفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية**، تحت اشراف مهدي شحادة، دار بلال، الطبعة الاولى، بيروت، 2001.
29. محمد أبو زيد الأمير، الإحتكار ومعالجته في الفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعةالاولى-2006.

30. محمد حسن قاسم، **القانون المدني -العقود المسماة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
31. محمد رفيق المصري، **لتأمين وإدارة الخطر**، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن. 2008، ص 211.
32. محمد شوقي شاهين، **الشركات المشتركة طبعتها وأحكامها في القانون المصري والمقارن**، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1981.
33. محمدت سي عبد الحميد، **أصول القانون الدولي العام، القاعدة الدولية**، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1995.
34. مرتضى جمعة عاشور، **عقد الإستثمار التكنولوجي (دراسة مقارنة)**، منشور الحلبي الحقوقية، الطبعة 1، بيروت، لبنان، سنة 2010.
35. معراج جديدي، **مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1999.
36. نزيه عبد المقصود، **محددات وضمانات جذب الإستثمارات الأجنبية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
37. نزيه محمد الصادق المهدي، **عقد التأمين(مع بيان أهم المستندات التأمينية)**، دار المطبوعلت الجديدة، مصر 2007.
38. هشام خالد، **عقد ضمان الإستثمار القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
39. هشام علي صادق، **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2002.
40. هفال صديق إسماعيل، **المركز القانوني المستثمر الأجنبي دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2015.
41. هفال صديق إسماعيل، **المركز القانوني للمستثمر الأجنبي**، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
42. وفاء مزيد فلحوط، **المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008.

❖ **رسائل ومذكرات:**

1. آيت شعلال وردية، **ضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية أمام هيئتي الضمان العربية والإسلامية**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون الأعمال جامعة أمحمد بوقرة بومرداس كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005-2006.

2. بن عمران إيمان، **الإستثمار الأجنبي المباشر والميزة التنافسية الصناعية في الدول النامية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم التجارية، تخصص مالية المؤسسة الجامعية أكلي محند أو الحاج، البويرة، كلية العلوم الإقتصادية التجارية وعلوم التسيير قسم العلوم التجارية، سنة 2014-2015.
3. جبابلة عمار، **مجال تطبيق الحماية الدولية لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستير في العلوم القانونية جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2008-2009.
4. حسين نوارة، **الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو كلية الحقوق، 2013.
5. زيان برابح، **تطبيقات القانون الدولي الإنساني على الحروب الأهلية**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة الجزائر1، كلية الحقوق بن عكنون، 2011-2012.
6. عاشوري نصير، **ضمانات الإستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، فترة التكوين، 2007-2010.
7. عزرين عبد الرزاق، **النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في الجزائر " واقع الأفاق "**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون فرع إدارة أعمال، جامعة خميس مليانة، 2013-2014.
8. عينوش عائشة، **ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، مذكرة لنيل درجة ماجستير، فرع قانون أعمال، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2003.
9. قرفي ياسين، **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في القانون تخصص – قانون أعمال – جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008/2007.
10. كريمة فرحي، **أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية مع دراسة مقارنة بين الصين**، تركيا، مصر والجزائر، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم الإقتصادية فرع النقود والمالية، جامعة الجزائر 3، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، 2012-2013.
11. محمد سارة، **الاستثمار الأجنبي في الجزائر**، دراسة حالة أوراسكوم، بحث مقدم لنيل درجة ماجيستير، قانون أعمال، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009.
12. مديحة بلاهدة، **وضعية الإستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستير في الحقوق فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013-2014.

13. مساعدي عمار، **العلاقات الاقتصادية ومبدئ المساوات في ظل النظام الاقتصادي الدولي المعاصر**، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996-1997.

❖ **القوانين والمراسيم:**

1. الأمر رقم 06/96 المؤرخ في 19 شعبان 1416 الموافق لـ 10 جانفي 1996- المتضمن تأمين القرض عند التصدير الجريدة الرسمية العدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996
2. الأمر رقم 01/03 المؤرخ في 20 غشت 2001 المتعلق بطوير الإستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47 الصادرة بتاريخ 22 غشت 2001.
3. المرسوم التشريعي 93-12 الصادر في 5 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمارات، جريدة رسمية، العدد 64.
4. الرسوم الجمركية محددة وفق القانون 98-10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المعدل والمتمم للقانون رقم 07/79 المؤرخ في 21 جويلية 1979.
5. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/ 6/ 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم (75، 58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – الجريدة الرسمية عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005.
6. القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20فيفري 2006، يعدل ويتمم الامر 96-07 المؤرخ في 25جانفي 1995 التعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد15 ،2006.
7. القانون رقم 91-11 المؤرخ في 21 جانفي 1991، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 52، المؤرخ في 2ديسمبر 1990.
8. المرسوم التنفيذي رقم 93-186، المؤرخ في 27جويلية 1993، يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة 1993.
9. الامر رقم 06-11المؤرخ في 30اوت 2006 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن أراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد53، مؤرخة في 30اوت 2006.

❖ **الاتفاقيات**

1. نص الإتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها المتصرفة باسم ولحساب الدولة الجزائرية ومن شركة أوراسكيوم تيليكوم الصادرة في 2001/08/05 منشور في الجريدة الرسمية العدد 80، الصادرة بتاريخ 2001/12/26.

❖ **المجلات، الدوريات والجرائد**

1. مجلة حقوق والشريعة عصام الدين مصطفى بسيم، العدد الأول، يناير 1980، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت.
2. خالد محمد جمعة، **انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)**، مجلة الحقوق، العدد 3، الكويت،1992.

❖ **الموسوعات والمعاجم**

فرانسوازيوشيه سولينة، **القاموس العلمي للقانون الإنساني**، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة الاولى، 2005، ص 120.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

Mahmoud salem,le development de la protection conventionnel des investissements étrangers,journale de doroit international, N03, 1986

mebroukine Ali **,Quelques reflexions a propos des clauses de gel insérées dans les conteats des enteeprises socialistes ,** Revue algérienne des sciences juridiques ,économiques et politiques , volume xix. N 01.1982

ملخص الموضوع:

يكتسب موضوع الاستثمار أهمية بالغة لاسيما في الآونة الأخيرة، فالمتتبع للاحداث الداخلية يلاحظ الاهتمام الكبير للدولة بموضوع الاستثمار، وحتى على المستوى المحلي عقدت جامعة محمد خيضر بسكرة ملتقى دولي حول الاستثمار وهو ما يبرز قيمة الموضوع.

وقد تناولته من خلال تسليط الضوء على اهم المعوقات التي تزعزع ثقة المستثمر الأجنبي في الدولة المستقطبة للاستثمار والمتمثلة في المخاطر غير التجارية وما تتضمنه من مخاطر سياسية كالحروب والاضطرابات وأخرى نابعة عن إجراءات انفرادية كنزع الملكية والتأميم وخطر التحويل.

وقد سعت الدولة الجزائرية في سبيل تبديد مخاوف المستثمر وتعزيز ثقته الى توفير الضمانات القانونية اللازمة كوسائل حماية لهذا المستثمر.