جامعة محمد خيضر- بسكرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

الضمانات العقدية لحماية المستثمر الأجنبي

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

إعداد الطالبة:
قصابي أسماء

إشراف الأستاذة:
صولي إبتسام

الموسم الجامعي: 2016- 2017.

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

أشكر الله سبحانه وتعالى على نعمة وعلى توفيقه لنا لإنجاز هذا العمل

كما أتوجه بالشكر وتقدير والامتنان الكبير للأستاذتي الكريمة "صولي ابتسام" التي تحملت عناء الإشراف على هذا البحث، وسخرتني جزء كبير من وقتها الثمين لنصحي وتوجيهي وتشجيعي خلال مدة البحث كلها

ولا يفوتني في هذا المقام أن أوجه شكري وفائق امتناني: إلى كل من قدم لي يد العون والمساعدة سواء من قريب أو من بعيد

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى جميع أساتذة قسم الحقوق بجامعة محمد خيضر

" والحمد لله وما توفيقي إلا به سبحانه"

مقدمة

إن موضوع الاستثمار يطرح المعادلة التالية: "رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى الاطمئنان، والدولة صاحبة السيادة على إقليمها قلقة على سيادتها حذرة على مخططاتها من الفشل".[1]

فانطلاقا من هذه المعادلة يمكن القول بأن الاستثمار يلعب دورا أساسيا في عملية تحقيق التنمية الاقتصادية حيث تلجأ هذه الأموال من الأجانب بحسب ما تقتضيه خططها التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية "عقود نقل التكنولوجيا" عقود الأشغال، وبما أن عقود الاستثمار تتعلق مباشرة بالاقتصاد الوطني العام جعلتها النظم القانونية أداة تنفيذ الخطة الاقتصادي.

من خلال ما تقدم يمكن القول بأن عقد الاستثمار يبرم بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي و بين المستثمر الأجنبي، ومركز الدولة في هذه العلاقة العقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات خاصة وأن تنفيذ العقدية في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية.

ومن كل هذه الأمور تجعل المستثمر عرضة لبعض الظروف التي تؤثر على تنفيذ العقد، كعدم الثبات التشريعي و المخاطر التي قد يتعرض لها وكذلك مسالة القانون الواجب التطبيق في حالة وقوع نزاع ، لذلك وفرت طبيعة عقود الاستثمار حرية تضمينها شروط تعتبر ضمانات للمستثمر بعد أن يتفق عليها الأطراف لذلك تسمى هذه الضمانات بالضمانات العقدية.

[1]. قرفي ياسين : **الحد من سلطات الدولة كشرط ضمان لإبرام عقود الاستثمار**، الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في دول المغرب العربي، يومي 22 و23 فيفري 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 01.

إن أهمية الموضوع تظهر في أن موضوع الاستثمار يعتبر من الناحية العملية الشغل الشاغل للدول المتقدمة والنامية على حد سواء باعتباره الأداة الرئيسية للتنمية الاقتصادية ولكل فعالياتها، خاصة بالنسبة للقطاع الخاص وأكثر منه في القطاع العام، لذلك سعت معظم الدول إلى جلب الاستثمارات الأجنبية من خلال تقديم مختلف الضمانات.

واعتمادا على ما سبق، يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الضمانات العقدية التي كرسها المشرع الجزائري في جذب المستثمر الأجنبي؟

إن الغوص في موضوع الضمانات العقدية للاستثمار كان من ورائه مجموعة من الأسباب تتمثل في:

- **الأسباب الذاتية:**

الميل الشخصي في التعمق في هذا الموضوع والرغبة في زيادة التحصيل المعرفي في هذا المجال.

- **أما بالنسبة للأسباب الموضوعية:**

كون أنه من أهم مواضيع الساعة التي أصبحت تستقطب الاهتمام الأكبر.

نسعى من خلال هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الضمانات العقدية التي كرسها المشرع الجزائري في النصوص التشريعية والتنظيمية التي لها علاقة بالاستثمار ومدى فعاليتها في جذب رؤوس الأموال وحماية المستثمرين الأجانب.

وسوف نعتمد في دراستنا لموضوع الضمانات العقدية لحماية المستثمر الأجنبي على المنهج التحليلي القائم على المعالجة والتدقيق في عناصر الموضوع.

إضافة إلى ذلك اعتمدنا على المنهج الوصفي.

إن الدراسات الأكاديمية المتوفرة على حسب اضطلاعي حول هذا الموضوع، تتمثل في بعض الكتب و الرسائل و المقالات ومن أكثرها قربا من دراستي هي كالآتي:

- **الدراسة الأولى:**

ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، قرفي ياسين، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بسكرة، 2007-2008.

إن الانطلاقة في هذا الموضوع كانت من خلال الدراسة التي قام بها الباحث في رسالته المتضمنة فصلين يتقدمهما فصل تمهيدي المعنون بماهية الاستثمار، أما الفصل الأول تناول فيه ضمانات تتعلق بتنظيم وحماية الاستثمار، وأيضا تناول فيه ضمانات تتعلق بالمعاملة الوطنية تجاه المستثمر، وكذلك ضمانات إدارية تتعلق بتنظيم الاستثمار وأيضا ضمانات قضائية تتعلق بحماية الاستثمار.

كما تم التناول في الفصل الثاني ضمانات منح الامتياز العقاري وضمان منح الحوافز الجبائية والجمركية و كذلك تحدث عن معوقات الاستثمار في الجزائر.

- **الدراسة الثانية:**

الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، حسين نوارة ، رسالة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.

كما تم الاستعانة بهذه المذكرة المعنونة ب"الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر" والمقسمة إلى بابين، الباب الأول تطرق فيه الباحث إلى حماية الملكية العقارية للمستثمر الأجنبي والذي بدوره انقسم إلى فصلين:

الأول تكريس الحماية القانونية للملكية العقارية بين حق الدولة في نزع الملكية والقيود الواردة عليها، والثاني الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، أما بالنسبة للباب الثاني فكان تحت عنوان حماية الملكية الصناعية للمستثمر الأجنبي وهو بدوره أيضا انقسم إلى فصلين.

ومن أهم النتائج المتوصل إليها في تلك الدراسات أن الدولة وضعت أمام رهانات جديدة تعمل من خلالها على استكمال النظام القانوني الحمائي للاستثمار الأجنبي على كل المستويات الداخلية والخارجية لتبديد كل مخاوف المستثمر الأجنبي .

لا يخالف هذا العمل عملي إذ قمت بدراسة جزئية من الفصل الأول من الباب الأول من تلك المذكرة.

لتحقيق أهداف البحث وللإجابة عن الإشكالية المطروحة ارتأينا أن نقسم دراستنا إلى مبحث تمهيدي وفصلين.

في بادئ الأمر:

المبحث التمهيدي حول ماهية عقد الاستثمار .

- المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار.
- المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار.
- المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار.
- المطلب الرابع: النماذج المختلفة لعقد الاستثمار.

الفصل الأول: الضمانات الموضوعية المقررة عن عقد الاستثمار.

- **المبحث الأول: احترام النصوص المقررة في القانون وشروط العقد .**
- المطلب الأول: شرط الثبات التشريعي.
- المطلب الثاني: عدم تعديل العقد أو إلغائه .
- **المبحث الثاني: حماية الملكية من المخاطر غير التجارية.**
- المطلب الأول: ماهية المخاطر السياسية.
- المطلب الثاني: الحق في التعويض.

الفصل الثاني: الضمانات الإجرائية المقررة عن عقد الاستثمار.

- **المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق.**
- المطلب الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق .
- المطلب الثاني: انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق.
- **المبحث الثاني: اللجوء إلى التحكيم.**
- المطلب الأول: ماهية التحكيم.
- المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم.

مبحث تمهيدي:

ماهية عقد الاستثمار

تمهيد:

لعقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمر الأجنبي دور كبير في تحقيق التنمية الاقتصادية، حيث تكون لها أهمية بالنسبة لكليهما، فالدولة المضيفة للاستثمار وغالبا ما تكون من الدول النامية تسعى إلى بناء هيكل اقتصادي ثابت وبالنسبة للمستثمر الأجنبي فهو يسعى إلى تحقيق الربح وزيادة في رأس المال.

ولإيضاح ماهية عقود الاستثمار قمنا بتقسيم هذا المبحث التمهيدي إلى أربع مطالب، نتطرق في المطلب الأول إلى تعريف عقد الاستثمار أما في المطلب الثاني نتناول أطراف عقد الاستثمار، و النماذج المختلفة لعقود الاستثمار في المطلب الثالث، و الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار نتناولها في المطلب الرابع.

المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار.

تقوم عقود الاستثمار كأي عقد آخر على تلاقي إرادتين لإحداث أثر قانوني معين، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف عقود الاستثمار.

كلمة الاستثمار في اللغة أصلها من الفعل استثمر يستثمر وهو مشتق من الثمر، أي حمل الشجر، وأثمر الشجر، خرج ثمرهن وأثمر الرجل: كثر ماله والثمر بمعنى المال،[1] أو بمعنى الذهب والفضة، وقد ورد هذا في لسان العرب وأما عن القرآن الكريم فقد كثرت الآيات التي تم ذكر كلمة ثمر فيها، كقوله تعالى: **(أنظروا إلى ثمره إذا أثمر)**،[2] وكذا قوله تعالى: **(وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخل والزرع مختلفا أكله والزيتون والرمان متشابها وغير متشابه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين)**.[3]

فمن هذه الآيات يتبين أن الاستثمار لغة يعني أنه نتاج الزرع والأشجار أو هو عملية تشغيل المال واستغلاله لإنتاج العائد.

أما فيما يخص التعريف الاقتصادي للاستثمار فهناك العديد من التعاريف، ذهب البعض إلى تعريفه بأنه: "التعامل بالأموال أو استخدامها من اجل الحصول على الأرباح ومن خلال التخلي عن الأموال الآن وتحمل المخاطر لغرض الحصول على عوائد في المستقبل "[4]

---

[1]. جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: معجم لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان، 1990، ص106.

[2]. سورة الأنعام، الآية 99.

[3]. سورة الأنعام، الآية 141.

[4]. سهام بجاوية: **الاستثمارات العربية البيئية ومساهمتها في تحقيق التكامل الاقتصادي العربي**، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005، ص22.

كما عرفه الاقتصاديون على أنه توظيف النقود أو الأموال سواء لأجل طويل خمس سنوات فأكثر أو أجل متوسط لمدة أكثر من سنة وأقل من خمس سنوات.[1]

أما بالنسبة للتعريف القانوني للاستثمار فقد جاء تعريفه في القوانين المختلفة بترقية وتطوير الاستثمار، فقد جاء في نص المادة الثانية من الأمر 01- 03 المتعلق بترقية وتطوير الاستثمار المعدل والمتمم على أن الاستثمار:

1- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل، أو إعادة الهيكلة.
2- المساهمة في رأس المال المؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.
3-استعادة النشاطات في إطار خصوصية جزئية أو كلية.[2]

نلاحظ من خلال هذا التعريف أنه اكتفى بذكر مجالات الاستثمار على سبيل الحصر فقط.

أما فيما يخص كلمة عقد نصت المادة 54 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".[3]

أما فيما يخص المشرع الفرنسي فقد اعتبر العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء علاقة قانونية.

---

[1]. عمر هاشم محمد صدقة: **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص04- 05.

[2]. المادة 02 من الأمر 01- 03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، (الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد رقم 47، الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06- 08، المؤرخ في 15 جويلية 2006،الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ،العدد 47، الصادرة في 2006، ص05.

[3]. المادة 54 من القانون المدني، الصادر بموجب الأمر 75/ 58، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان2015 ، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 44، المؤرخة سنة 2003،ص17.

أما عن أصل كلمة عقد في اللغة فهو الرابط أي عقد الشيء بغيره ووصله به كما تربط الحبل بالحبل.[1]

وقد ذكرت أيضا كلمة العقد في القرآن الكريم بقوله تعالى: **"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"**. وفي هذه الآية جاءت بمعنى العهد وعلى ضوء كل هذا يمكن القول أن عقود الاستثمار هي تلك الطاقة من العقود التي تبرمها الدولة أو أجهزتها التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي ويلتزم المستثمر الأجنبي[2] بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها وذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار والربح للمستثمر الأجنبي.

كما وصفها **Cavin Sapphire** ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية بأن عقد الاستثمار هو: "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام وشركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، ومحل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق استغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة ويلزم الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة، ومنشآت لها طابع الدوام.[3]

المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار.

عقود الاستثمار هي تلاقي إرادة الدولة المضيفة للاستثمار وإرادة المستثمر الأجنبي لإحداث أثر قانوني، مع العلم أنها تتميز بحقيقة هامة وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها.

---

[1]. محمودي مسعود : **أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية** ،ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ،الجزائر، 2006، ص 20

[2]. جابر فهمي عمران: **الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص383.

[3]. بشار محمد الأسد : **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص12.

الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار.

تبرم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية العديد من العقود اللازمة وذلك مع المستثمرين الأجانب، فتقوم الدولة بإبرام هذه العقود مباشرة عن طريق قيام من يمثلها رئيس الدولة، رئيس الوزراء، أحد الوزراء، أو بالطريقة الغير مباشرة وهي العقود من طرف إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة التابعة لها.[1]

وجاء أيضا في المادة 25 الفقرة 01 من اتفاقية واشنطن،ل:18 مارس1965 ،المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على انه: "يمتد اختصاص المركز إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديده أمام المركز".[2]

ويتضح من نص هذه المادة أن عقود الاستثمار يمكن أن تبرم من قبل الدولة مباشرة أو من قبل أحد هيئاتها التابعة لها.

بجدر الإشارة إلى أن الدولة كطرف في عقود الاستثمار هي الدولة بمفهومها المصروف في إطار القانون الدولي العام، دولة صاحبة سلطات وسيادة، وهي قد تتعاقد مع الطرف الأجنبي إما بشكل مباشر أو شكل غير مباشر عن طريق الهيئات التابعة لها، مع انصراف الآثار المترتبة على التعاقد إليها، طالما أن هذه الأجهزة تقوم بتنفيذ سياستها العامة، دون أن يؤثر في ذلك تمتع أو عدم تمتع هذه الهيئات بالشخصية القانونية المستقلة.[3]

---

[1]. بشار محمد الأسد :المرجع السابق، ص15.

[2]. المادة 25 من اتفاقية واشنطن لــ:18 مارس 1965، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها في الجزائر بالمرسوم رقم: 95/ 346 بتاريخ: 30 أكتوبر 1995، الجريدة الرسمية، للجهورية الجزائرية ، رقم: 66 بتاريخ 05/ 11/ 1995.

[3]. خالد كمال عكاشة : **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص102.

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي.

هو ذلك الشخص الخاص التابع لدولة أخرى وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا،[1]حيث اشترطت اتفاقية واشنطن في مادتها 25 فقرة بما يلي:

أ- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع...." [2]، لانعقاد الاختصاص للمركز أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمر أجنبيا منتميا لدولة أخرى طرف في الاتفاقية ويستوي أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.

أولا: الشخص الطبيعي.

إن هدف الدولة في إبرام عقود الاستثمار هو تحقيق التنمية الاقتصادية لها، حيث لا يكون هناك تأثير على العقد إذا كان الطرف الثاني في العقد شخصا طبيعيا ومن أمثلة ذلك يمكن أن نذكر العقد الذي أبرمته المملكة العربية السعودية في 20 جانفي 1954 مع المليونير اليوناني أوناسيس، والذي بمقتضاه منحت لهذا الأخير الحق في أن يؤسس شركة ناقلات البحرية السعودية والتي تطلق عليها **SATCO**.[3]

والمعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والأجانب هو الجنسية التي هي الرابطة القانونية والسياسية التي ينتمي الشخص بمقتضاها لدولة معينة"[4]

ثانيا: الشخص الاعتباري:

إن المستثمر الأجنبي الطرف في عقد الاستثمار فقد يمكن أن يكون شخصا اعتباريا ويقصد في الغالب الشركة ويمكن أن تأخذ هذه الشركة التي تتعامل مع الدولة المضيفة للاستثمار عدة أشكال يمكن أن تكون شركة متعددة الجنسيات مثلا أو مشروعا مشتركا.

---

[1]. جلال وفاء محمدين: **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص27.

[2]. المادة 25 من اتفاقية واشنطن، سنة 1965 السابقة الذكر.

[3]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص ص24- 25.

[4]- هاشم علي صادق: **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002، ص114.

فلقد ثار خلاف فقهي في تحديد صفة الشخص الاعتباري الأجنبي وتعد رابطة الجنسية هي المعيار التي يتم الأخذ بها لتحديد هذه الجنسية؟

لقد ظهرت عدة معايير يتم اللجوء إليها لتحديد جنسية الشركات من أهمها:[1]

1- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء:

يتضح من هذا المعيار جنسية أن الشخص الاعتباري تحدد أساسا على جنسية الأعضاء المكونين له وتكون جنسيته هي جنسية الدولة ينتمي إليها أغلبها إذا اختلفت جنسياتهم.

إلا أن هذا المعيار لم يسلم من النقد وهو إنكاره لاستقلالية الشخص الاعتباري وتمتعه بالذمة المالية المستقلة عن الأشخاص المكونين له.[2]

2- معيار التأسيس:

هذا المعيار يعتمد على أن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها.[3]

3- معيار مركز الاستغلال:

أي أن الشركة يجب أن تتمتع بجنسية الدولة التي يقع فيها مركز نشاطها الرئيسي، فهو بذلك يعبر عن الارتباط الحقيقي بين الشخص الاعتباري والدولة التي تحمل جنسيتها.

4- معيار مركز الادارة الرئيسي: يعني أن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي توجد فيها مركز ادارتها الرئيسي، والمقصود منه هو المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختص بإصدار القرارات المتعلقة به.

---

[1]- بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص ص 28- 29.

[2]- المرجع نفسه، ص30.

[3]- جلال وفاء محمدين: المرجع السابق، ص92.

5- معيار الرقابة:

ويقصد به أن الشخص الاعتباري يعتبر أجنبيا متى كان يخضع للسيطرة الأجنبية بغض النضر عن مركز التأسيس وتكون هذه السيطرة من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث جنسية القائمة على الإدارة.[1]

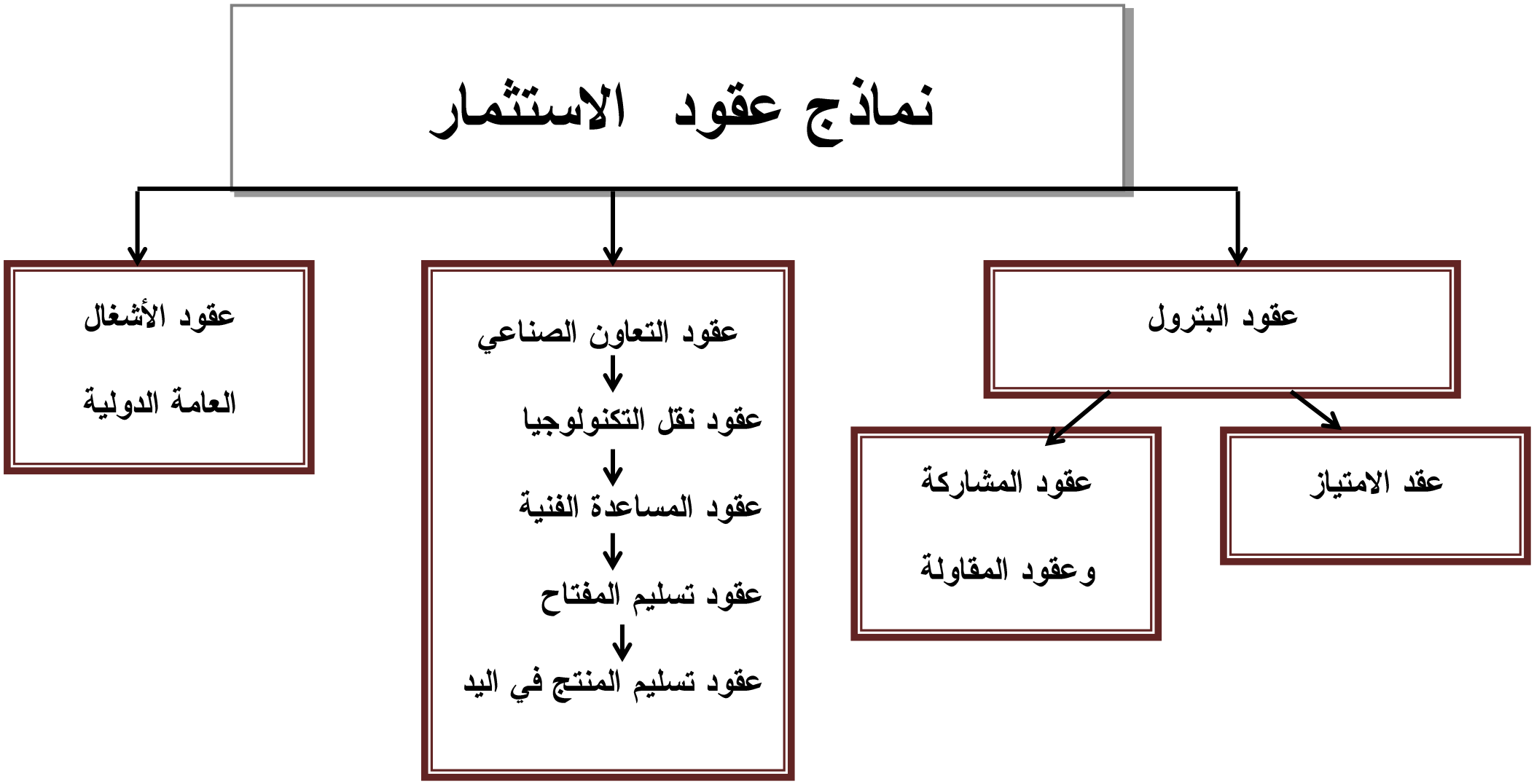
إن كل هذه المعاير التي تم ذكرها يمكن الاعتماد عليها ،والاستناد إليها لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، ويبقى إن لكل دولة الحق أن تعتمد على أي معيار تراه مناسبا لتحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها.

المطلب الثالث: النماذج المختلفة لقد الاستثمار

تتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب بحسب حاجة تلك الدول في تنفيذ خططها التنموية.

ومن أهم النماذج المختلفة لعقد الاستثمار والتي تعد أكثر شيوعا هي عقود البترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال.

[1]- بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص 31.


نماذج عقود الاستثمار
عقود الأشغال العامة الدولية
عقود التعاون الصناعي
عقود نقل التكنولوجيا
عقود المساعدة الفنية
عقود تسليم المفتاح
عقود تسليم المنتج في اليد
عقود البترول
عقود المشاركة وعقود المقاولة
عقد الامتياز

الفرع الأول: عقود البترول

إن للبترول أهمية كبيرة باعتباره أداة للثروة سواء بالنسبة للدولة المنتجة له والتي غالبا إلى الدول النامية أو بالنسبة للدولة المستهلكة له، والمنتمية غالبا إلى الدول الصناعية المتقدمة حيث يعتبر بالنسبة لغالبية الدول المنتجة المصدر الرئيسي.

و لاستغلال هذه الطاقة يتطلب الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة من جهة وبين الطرف الأجنبي من جهة أخرى ويمكن تقسيمها إلى:

أولا: عقود الامتياز

عقود الامتياز هي الصورة التقليدية لعقود البترول حيث يرجع نشأة هذا النوع من العقود إلى أواخر القرن القرن19م. فمقتضاه تمنح الدولة لشركة أجنبية الحق في البحث والتنقيب عن البترول في إقليمها باستخدام واستغلال الناتج البترولي خلال فترة تنمية محددة.[1]

ثانيا: عقود المشاركة

هي قيام الدولة المنتجة للنفط بالاشتراك بجزء من رأس المال في الشركة التي تقوم باستثمار البترول فتصبح الدولة في ذلك مساهمة في هذه الشركة وتكون لها ممارسة إعياء مسؤوليات الإدارة وتنشأ هذه الشركة عن مشاركة شريكين أو أكثر في الاستثمار وتعد من الأشكال الجديدة للاستثمار.[2]

[1]– عدلي محمد عبد الكريم: **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق، قانون خاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2010_2011، ص37.

[2]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص52.

ثالثا: عقود المقاولة

تقوم الدولة أو الشركة الوطنية المشرفة على البترول بإبرام عقد مع مقاول أجنبي يتولى مسؤولية الكشف عن النفط، وذلك بمقابل عبارة عن نصيب في الإنتاج أو الأرباح حسب الاتفاق وتتراوح مدة هذه العقود من 20 إلى 30 سنة.[1]

الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي

تعتبر من العقود الحديثة نسبيا حيث يتم بمقتضاه نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية حيث تتضمن صورا عديدة تهدف إلى التقدم التكنولوجي والصناعي نذكر من بينها.

أولا: عقود نقل التكنولوجيا

عقود نقل التكنولوجيا هي اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها لتطوير طريقة صنع أو الإنتاج سلعة معينة أو التشغيل آلات أو أجهزة[2]

ثانيا: عقود المساعدة الفنية

ويمكن تعريفه على أنه ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية والخدمات الضرورية، التي من شأنها أن تحقق الهدف الذي يرجوه مستورد التكنولوجيا من عملية الاستيراد.[3]

---

[1]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص 54.

[2]– حسان نوفل: **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2010، ص49.

[3]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص 58.

ثالثا: عقود تسليم المفتاح

هو عقد يقوم بين طرفيين طالب الاستثمار والمستثمر الأجنبي حيث يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات وتوريد كافة المواد الخام وأيضا يقوم ببناء المنشأة الصناعية وتسليمها للدولة جاهزة للتشغيل.[1]

رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد

وهو التزام الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بتشغيل المصنع وتسييره فنيا وصناعيا خلال مدة متفق عليها، بشرط أن تصنع العمالة المحلية على درجة من الدراية الفنية تمكينها من تشغيل المصنع و الإنتاج على نحو أفضل.[2]

الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية

استلزمت الثورة الصناعية وما رافقها من تطور وتقدم إنشاء بنية تحتية وأساسية لخدمة هذا التقدم من خلال تشيد محطات للكهرباء وشبكات الاتصالات ومياه الشرب والصرف الصحي (البنية التحتية)، وبما أن مشروعات إلى إبرام عقود مع شركاء أجنبية ورؤوس أموال كبيرة.

حيث يمكن تعريف هذا النوع من العقود هو ذلك العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقاول أجنبي يهدف إلى إنجاز أعمال من طبيعة عقارية وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا أن يتوفر على شروط منها:

- أن ينصب موضوع العقد على عقار

- الهدف والغاية من تنفيذ الأشغال المنفعة العامة.

---

[1]- مرتضى جمعة عاشور : **عقد الاستثمار التكنولوجي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص52.

[2]- حسان نوفل، المرجع: المرجع السابق، ص50.

– صفة الدولية في عقود الأشغال العامة.[1]

المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار، فقد ظهر في هذا الصدد عدة اتجاهات، الاتجاه الأول يرى أن عقد الاستثمار عقد إداري يخضع لقواعد وأحكام القانون الإداري، أما الاتجاه الثاني فيرى أن عقد الاستثمار عقد يدخل في نطاق القانون الخاص، والاتجاه الثالث فقد صنفها بأنها عقود ذو طبيعة مختلطة، أم الاتجاه الرابع اعتبر عقد الاستثمار اتفاقية دولية.

الفرع الأول: عقد الاستثمار عقد إداري

يرى جانب من الفقه، بأن عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة أو أحد أجهزتها العامة التابعة لها مع المستثمر الأجنبي عقود إدارية بحسب القطاع الاقتصادي الذي ينتمي إليه.

واعتمدوا العديد من الحجج لتبرير نظرهم وتتلخص هذه الحجج في:

– أن عقود الاستثمار وإن كان مظهرها الخارجي يهدف إلى تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي إلا أن من وجهة نظر الدولة المضيفة تهدف إلى تسيير مرفق عام.

– أن يكون أحد أشخاصه شخص من أشخاص القانون العام.

– احتواء العقد على شروط استثنائية.[2]

نقد فكرة اعتبار عقد الاستثمار عقد إداري:

إن الواقع أثبت عدم توفر هذه الاعتبارات والتي تتمثل في الشروط الأساسية للعقد الإداري، في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة المضيفة للاستثمار مما يؤدي إلى انهيار نظرية إطلاق صفة العقد الإداري على عقد الاستثمار، بحيث أن توفر شرطين، شرط أن

[1]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص 61.

[2]– عالية يونس الدباغ، وسن مقداد: "**عقد الاستثمار**"، جامعة الموصل، كلية الحقوق، مجلة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد16، العدد02، شباط، 2009 ، ص.ص،367، 368.

تكون الدولة طرف في العقد وأن يتصل بمرفق عام لا يكفي ليعتبر هذا العقد عقد إداري، إذ يعتبر شرط إدراج شروط غير مألوفة واجبا ليعد العقد إداريا.[1]

الفرع الثاني: عقد الاستثمار عقد خاص.

يرى بعض الفقه أن عقد الاستثمار عقد من عقود القانون الخاص ويستند أصحاب هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم إلى الحجج التالية:

– ضرورة وجود قدر كبير من المرونة في العقد، لكي تستطيع الدولة المضيفة للاستثمار الموازنة بين مصالحها الخاصة.

– العديد من عقود الاستثمار، قد لا تكون الدولة طرفا فيها، وإنها الجهة الإدارية هي الطرف في العقد، ومع ذلك لا تعد عقدا إداريا متى تصرفت الجهة الإدارية بوصفها شخصا عاديا لا شخصا عاما.[2]

– إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد أنها شأن الشخص العادي، أي أن تتخلى عن صفة صاحبة السلطة والسيادة، وذلك لتحقيق مصالحها والحفاظ على العلاقات الاقتصادية بالخارج.

– والدولة وإن كانت تستطيع ممارسة أساليب القانون العام داخل إقليمها وعلى رعاياها بمالها من سيادة عليهم، وإن نشاطها التعاقدي مع المستثمرين الأجانب لا يمكن أن يرتكز إلا على أساس المساواة القانونية بين الأطراف.[3]

نقد رأي الفقه الذي نادى بخصخصة عقد الاستثمار:

تعرض هذا الاتجاه إلى النقد، فقد نفى الاتجاه المعارض فكرة اعتبار عقد الاستثمار من قبيل عقود القانون الخاص، إذ يرى هذا الجانب أن فكرة اعتبار عقود الاستثمار من عقود القانون الخاص لا تتلاءم وتتعارض مع ذاتية وخصائص عقود الاستثمار ولاسيما أنها تحتوي على ملامح للسلطات العامة مهما كان قدرها لمساسها بالضرورة بتحقيق المصلحة

[1]– محمد الصغير بعلي: المرجع السابق، ص،19.

[2]– عالية يونس دباغ، وسن مقداد: المرجع السابق، ص. ص367، 368.

[3]– حمادة عبد الرزاق حمادة: **عقود البوت Bot**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص.59.

العامة، ومنه لا يمكن وضع عقد الاستثمار الذي تبرمه الدولة في إطار الصورة التقليدية للعقود في القانون الخاص المحضر،[1] وأيضا ذهب الكثير من المعارضين إلى أن شرط الثبات التشريعي يعد شرطا من الشروط الاستثنائية التي تعد دليلا قويا على إدارية العقد لا على خصخصته، لأن احتواء العقد شرط الثبات التشريعي يدل على أن العقد يحتوي على شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص لأن أحد أطراف عقود القانون الخاص لا يمكنه أن يتعهد بعدم تعديل التشريعات السارية وقت إبرام العقد.[2]

الفرع الثالث: عقد الاستثمار اتفاقية دولية.

اعتبر هذا الجانب من الفقه أن عقود الاستثمار من ضمن الاتفاقيات الدولية، وقد استند هذا الرأي إلى عدة أسباب لتبرير وجهة نظرهم، على أنه لا يختلف العقد الدولي عن الاتفاقية الدولية من حيث كونها اتفاقية تعدها الدول فيما بينها لغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وأيضا عقود الاستثمار هي عقود تنمية لا تقوم بها إلا الدولة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها مع أطراف دولية أخرى وعلى الرغم من تعدد وجهات نظرهم السابقة بأن عقود الاستثمار تعد اتفاقية دولية إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد كون أن العقد الدولي سواء كان لأغراض تنموية أو أن أحد أطرافه شخص قانوني دولي لا يخرجه من فئة العقود الدولية، بل يبقى بالصفة العقدية هي الأساس في تحديد طبيعة العقد.

إضافة إلى أن إجراء لإنفاذ هذه العقود تكون طبقا للشروط الواردة فيها وليس لما ورد في الاتفاقية الدولية.[3]

الفرع الرابع: الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار

ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقد الاستثمار من العقود المختلطة وذات الطبيعة الخاصة، تجمع بين القانون العام والخاص، وإن الشروط الجديدة في العقد تجعل له طابعا

---

[1]– مرتضى جمعة عاشور: المرجع السابق، ص.83.

[2]– محمد الروبي: **عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.35.

[3]– ابراهيم محمد القعود: "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد السابع، 2015، ص.ص.300، 301.

مختلطا ذو طبيعة خاصة، إذ أن هذه الشروط تحتوي على تطورات جديدة تحد من سيادة الدولة وتنقص من صلاحياتها و تسلب العقد من اختصاصها القضائي وتمنع الدولة من الظهور كصاحبة سلطة وسيادة، فلا يمكن لها تعديل العقد بإرادتها المنفردة، إضافة إلى أنها تقوم بحماية المستثمر الأجنبي ضد المخاطر التي تواجهه.[1]

ومما لا شك فيه أيضا أن وجود شرط الثبات التشريعي في العقد الذي يؤدي غيابه بلا شك إلى عودة العقد إلى طبيعته ضمن القانون العام وتطبيق لقواعد العقود الإدارية المألوفة في النظرية العامة للعقود الإدارية، يؤدي ذلك إلى تحويل العقد من الطبيعة الإدارية إلى الطبيعة المختلطة.[2]

ولقد لاقت فكرة الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار تأييدا من طرف الأحكام التحكيمية نذكر منها تحكيم أرامكو الصادر في قضية شركة أرامكو ضد الحكومة السعودية الذي أشار إلى امتياز المناجم هو ذو طبيعة خاصة لا يمكن أن ينتمي بالكامل إلى أي صنف من العقود.

فعلى ضوء كل ما تقدم يمكن القول بأن عقد الاستثمار يتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة الأطراف وارتباطها بالخطط التنموية الاقتصادية للدولة المضيفة، هذا ما يستوجب الاعتراف لعقود الاستثمار ببعض المبادئ العامة اللازمة لتحقيق الغرض المنشود من إبرامها، بغض النظر عما إذا كان يتوافر في العقد عناصر العقد الإداري من عدمه، إذ أن الطبيعة الخاصة لا ترجع من كونها من عقود القانون العام أو الخاص بل تستمد هذه الخصوصية من ارتباطها بموضوع العقد أي بخطط التنمية في الدولة المضيفة.[3]

---

[1]– مرتضى جمعة عاشور: المرجع السابق، ص.84.

[2]– محمد عبد المجيد اسماعيل: **العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص.54.

[3]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص.75.

الفصل الأول:

الضمانات الموضوعية المقررة

عن عقد الاستثمار

تمهيد:

في إطار إبرام عقود الاستثمار يفرض المستثمر كطرف في العقد ضمانات ليكفل الحماية اللازمة له، والدولة أيضا من جهتها وكطرف ثاني في العقد الاستثمار، احترام هده الضمانات ولكن قد تتدخل الدولة في أي مرحلة من مراحل انجاز المشروع الاستثماري إذا ما تعرضت مصلحتها العامة إلى خطر.

وعليه سنتناول في هذا الفصل الضمانات الموضوعية التي هي تلك الضمانات التي يكون موضوعها التعهد بضمان حقوق المستثمر الجوهرية وحماية ملكيته من المخاطر غير التجارية.

المبحث الأول: احترام النصوص المقررة في القانون و شروط العقد.

نظرا لعدم استقرار القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار لجأ أطراف العلاقة التعاقدية إلى البحث عن وسيلة لتفادي آثار التعبير المستقبلي للتشريع وذلك بإدراج شرط الثبات التشريعي أو التجميد التشريعي لحل تلك المشاكل و أيضا يسعون إلى الحد من استعمال الدولة لسلطتها من خلال عدم تعديل العقد أو إلغائه ، وعليه سوف نقسم هدا البحث إلى :

المطلب الأول: الثبات التشريعي.

تقضي دراسة هذا المطلب إلى تعريف شرط الثبات التشريعي في الفرع الأول، أما عن الفرع الثاني أهدافه و الفرع الثالث حول التكييف القانوني لشرط الثبات الشرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي.

يقصد بشرط الثبات التشريعي أو التجميد التشريعي، تلك الشروط التي تعد بمقتضاه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي.[1]

كما يعرفه جانب من الفقه على انه: "ذلك الشرط الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية (الدولة صاحبة سلطة وسيادة) طرف في العقد إذ تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم إصدار التشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينهما وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها.[2]

---

[1]. خالد كمال عكاشة : **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2014، ص132.

[2]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص293.

كما يعرفه البعض الآخر بأنه: "تلك الأداة القانونية التي يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع من ناحية تعديل العقد بسن تشريع جديد، عبر تجميد دور الدولة في التشريع".[1]

ومن التعاريف السابقة يمكن تقسيم شرط الثبات التشريعي إلى قسمين: شروط تعاقدية وشروط تشريعية.

أولا: الشروط التعاقدية.

ويقصد بالشروط التعاقدية أو الشروط الاتفاقية تلك الشروط التي يتم إدراجها ضمن بنود العقد ذاته، حيث تنص صراحة على أن القانون وقت الإبرام هو القانون الذي يسري على عقد المنازعة مع استبعاد أي تعديل لاحق.

ثانيا: الشروط التشريعية.

ترد هذه الشروط في النصوص القانونية للدولة الطرف في العقد، ويلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بأن لا يعدل أو يلفي القانون الواجب التطبيق على العقد.[2]

وقد تبنت الدولة الجزائرية أيضا هذا النوع من الثبات التشريعي في قوانين الاستثمار في المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم: 93- 12 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى) والمادة 15 من الأمر 01- 03 المتعلق بتطوير الاستثمارات المعدل والمتمم.[3]

---

[1]. غسان عبيد محمد المعموري: "**شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول**"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2009، ص172.

[2]. أحمد عبد الكريم سلامة: **قانون العقد الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001/2000، ص ص، 308،307.

[3]. كسال سامية: **دور الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي، عقود البترول نموذجا**، الملتقى الدولي السادس عشر حول "الضمانات القانونية للاستثمار في دول المغرب العربي"، يومي 22- 23 فيفري 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة-، ص04.

الفرع الثاني: أهداف شرط الثبات التشريعي.

إن الهدف من إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار هو تفادي التعديلات التي يمكن أن ترد في القانون الواجب التطبيق على العقد، والتي تقوم بها الدولة تحقيقا لسياستها الاقتصادية ومسايرة جميع التطورات الحاصلة.[1]

ومن بين أهدافه أيضا الحفاظ على التوازن في العلاقة التعاقدية والحد من سلطات الدولة.

حيث كانت البلدان النامية تتمسك بالمرونة في النظام العقدي ليتسنى لها مواجهة المتغيرات الجذرية في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية فكانت ترفض شرط الثبات التشريعي لعدة أسباب نذكر منها.

أولا: سيادة الدولة تصنع حدود لحق الدولة في التنظيم والإشراف على نشاطاتها الاقتصادية.

ثانيا: تحقيق المصلحة العامة تقضي تدخل الدولة كلما اقتضى الأمر ذلك.

ثالثا: إن شرط الثبات التشريعي يتخذ من قبل السلطات التنفيذية، لذلك فإنه يمس بمبدأ الفصل بين السلطات.

رابعا: إن الدولة لا تستطيع تحمل ما التزمت به الهيئات التابعة لها عند إبرامها لعقود الاستثمار.

لكن الحاجة إلى رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية، ونزولا عند رغبة المستثمرين، ذلك ما جعل بالدولة تدرج هذا الشرط ضمن تشريعاتها الداخلية والاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية.

---

[1]. عيبوط محند وعلي: **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص217.

الفرع الثالث: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي.

مع العلم بأن الجزائر من الدول الغنية بالثروات الباطنية والطبيعية إلا أنها غير قادرة على استثمار تلك الموارد بنفسها فهي تعاني من العجز ذلك ما دفعها إلى استقطاب الخبرات والتكنولوجيا المتطورة، والتي تحتكرها الشركات العالمية الكبرى وهي تلك الشركات التي تمارس نشاطها خارج حدودها الإقليمية وتحت أنظمة قانونية تختلف عن أنظمتها، كما أنها تبرم مع الدولة عقود طويلة الأجل، ذلك ما دفعها إلى البحث عن ضمانات وتسهيلات إضافة إلى حمايتها من الأزمات التي تعيشها البلدان النامية كالجزائر ومن بينها إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار. لذلك قمنا بتقسيم هذا الفرع إلى :

أولا: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.

ثانيا: أمثلة عن أهم قضايا الثبات التشريع

أولا : موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي.

كرس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي لتحفيز المستثمرين الأجانب للاستثمار في الجزائر وجلب رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية، ونصت على ذلك المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93- 12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".[1]

ولقد أكد ذلك أيضا صراحة في نص المادة 22 من الأمر 16- 09 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على ما يلي: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون

[1]. نصير عاشوري: **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، غير منشورة، 2010، ص 17.

الذي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".[1]

وطبقا لأحكام هذه المادة يعتبر ضمانة وتحفيز إضافي للمستثمر في حالة ما إذا كانت التعديلات أو الإلغاءات في صالحه، ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد على المستثمر أما إذا كان متعارض مع مصالحه فيطبق عليه أحكام القانون الساري المفعول عند الشروع في انجاز مشروعه رغم إعادة النظر في النظام القانوني للاستثمارات، مع بقائه أيضا مستفيد من المزايا والحوافز الممنوحة له وذلك ما جاءت به نص المادة 29 من الأمر 01- 03.[2] المعدل والمتمم المتعلق بتطوير الاستثمار: "تحتفظ بالحقوق التي يكتسبها المستثمرون فيما يخص المزايا التي يستفيدون منها بموجب التشريعات التي تؤسس تدابير تشجيع الاستثمارات، وتبقى هذه المزايا سارية إلى غاية انتهاء المدة وبالشروط التي منحت على أساسها".

ولا ننسى أيضا الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة "أوراسكوم تيليكوم" القابضة (ش. م. م) المتصرفة باسم ولحساب أوراسكوم تيليكوم الجزائر[3] في 2001، نصت المادة 2/6 على ما يلي: "إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلية للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية، يمنح للشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التطبيقية".

فمن خلال النصوص السابقة يتبين بأن المشرع الجزائري لم ينقص من سيادة الدولة وحقها في تعديل القوانين والأنظمة إذا اقتضت الضرورة ذلك، وإنما يلزمها اتجاه المستثمر الأجنبي المتعاقد معها بعدم تطبيق القوانين الجديدة على المشاريع التي تم الشروع في انجازها وعدم المساس بأحكام العقد.

---

[1]. المادة 22 من القانون رقم 09/16 : المؤرخ في 3 غشت 2016 ، يتعلق بترقية الاستثمار،ص05 .

[2]. المادة 29 من الأمر 01- 03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار ، السابق الذكر ،ص 08.

[3]. المرسوم التنفيذي رقم 01- 416 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار وأوراسكوم تيليكوم الجزائر، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 80، الصادر بتاريخ: 26 ديسمبر 2001.

ثانيا: أمثلة عن أهم قضايا الثبات التشريعي.

أولا: القضية الجزائرية بين شركة "سوناطراك" وشركة "أناداركو" الأمريكية.

أذى الارتفاع الكبير في أسعار النفط إلى قيام الدولة الجزائرية بإجراء تعديل على قانون المحروقات لسنة 2006، والذي تضمن الذي نص على دفع رسوم إضافية عن الأرباح التي حققتها الشركات البترولية الأجنبية كلما تجاوزت أسعار النفط 30 دولار للبرميل.

ذلك ما دفع إلى بدأ النزاع بين الشركة الجزائرية "سوناطراك" والشركتان الأمريكيتان "أناداركو" و"ميرسك"، وقد أغفلت الشركة "سوناطراك" إدراج هذه الرسوم الإضافية على الأرباح التي حققتها شركة "أناداركو" في محتوى العقد الأخير الذي أبرماه سنة 2004.

فمنذ سنة 2007 طالبت "أناداركو" بتعويض قدره 03 مليار دولار كانت قد دفعته في إطار الرسوم على الفوائد الإضافية، معتبرة هذا الرسم لا يطبق عليها بأثر رجعي لكون عقد الشراكة تم قبل صدور هذا القانون، أي منذ سنة 1989.[1]

حيث يفترض بأن النزاع سوف يعرض على غرفة التجارة الدولية بباريس في 19 نوفمبر 2011، لتفصل فيه في ديسمبر غير أن الطرفان فضلا اللجوء إلى المفاوضات لحل النزاع وديا دون الحاجة إلى التحكيم الدولي، لأن الجزائر سوف تخسر القضية لا محالة ما دام أن "أناداركو" تتمسك بحجج قانونية قوية.

وقد انتهى النزاع فعلا بالتسوية الودية، ودفع الجزائر لمبلغ 4.4 مليار دولار للشركة "أناداركو" و920 مليون دولار للشركة "ميرسك" ويرى الخبير الاقتصادي في مجال البترول **Français Perrin** أنه لو تلجأ سوناطراك إلى التحكيم الدولي سوف تحكم محكمة التحكيم لصالح "أناداركو" لأنها استندت إلى حجج صحيحة وقوية، حيث تدافع عن شرط الثبات التشريعي الذي تضمنه العقد القائم بينها وهو الشرط الذي لم تحترمه الجزائر عند فرضها

---

[1]. عبد الوهاب بوكروح:" **مفاوضات بين سوناطراك وأناداركو لتسوية نزاع حول "مليار دولار"**، بوابة الشروق، منشورة على الموقع: http : // www.echorouk online. Com/ ara/ news : 8564 D outpust- type : rss.

لتلك الرسوم الإضافية بموجب قانون المحروقات لسنة 2006، وتطبيقه تطبيقا فوريا وبأثر رجعي على عقود البترول.

ثانيا: قضية الشركة Agip ضد الكونغو.

أبرمت الشركة الايطالية **Agip**مع حكومة الكونغو عام 1962 عقد الاستغلال الثروة البترولية على أن يكون العقد خاضعا للقانون الكونغولي وأيضا اتفق الطرفين في عقدهما على أن الخلافات التي قد تنشأ بينهما بشأن تطبيق أو تغيير هذا الاتفاق تسوية نهائية وفق الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أن تطبق هيئة التحكيم قانون الكونغو.

ولكن في سنة 1975 أصدر رئيس جمهورية الكونغو قرارا بتأميم الشركة وعلى اثر ذلك ثار النزاع بين الطرفين تم اللجوء إلى التحكيم لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

وفي هذا الصدد لاحظت محكمة التحكيم أن الحكومة قد تعهدت بموجب نص المادة 04 من الاتفاقية المبرمة بين الدولتين بأن تضل الشركة محتفظة بطابعها لشركة مساهمة.

وانتهت المحكمة تقرير عدم شرعية إجراءات التأميم التي اتخذتها حكومة الكونغو وإلزامها بتعويض الشركة عن الأضرار الناجمة عن التأميم (صحة شرط الثبات التشريعي).[1]

[1]. كسال سامية: المرجع السابق، ص12.

المطلب الثاني: عدم تعديل العقد أو إلغائه.

إن مسؤولية الدولة عن التزامها التعاقدية الناشئة عن عقد الاستثمار تعتبر مسؤولية قانونية وليس مسؤولية أخلاقية كما قام بوصفها جانب من الفقه، لأنه عندما تتعاقد الدولة مع أحد الأشخاص القانونية الخاصة سواء كانت طبيعية أو معنوية، فإن سيادتها الوطنية لا تكون محلا للتنازل، وبالتالي فإنها لا تتعاقد بعيدا عن سلطتها في اتخاذ أي إجراء مستقبلي بتعديل أو إلغاء العقد بإرادتها المنفردة، إضافة إلى ذلك فإن الدولة مسؤولية عن حماية المصلحة العامة، ومن ثمة فإنه ينبغي عدم تقييد سلطتها في اتخاذ أي إجراء مستقبلي يحقق مصلحتها العامة حتى وإن كان متعارضا مع عقد الاستثمار أي لها امتيازات السلطة العامة، والواقع من هذا الأمر أن هذا الرأي لا يستقيم قانونا لذلك إن وجود الدولة كطرف في العقد يثير الكثير من الإشكالات القانونية بشأن تطبيق الحصانة القضائية للدولة أو استحالة التنفيذ الجبري عليها، يبدو أن ذلك لا يحول إطلاقا دون خضوع الدولة المتعاقدة للقانون وإلزامها بأحكامه،[1] وإن كان بعض الفقهاء يؤكدون التطبيق التام أو المطلق لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، وإن البعض الآخر يعترف بسلطة الدولة كطرف في العقد بتعديل أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة .

وكانت الإرادة تتمتع بحق تعديل شروط العقد في القانون الداخلي فإن الأمر يختلف في العقود الدولية ولقد عرف هذا المبدأ تطورا في مجال المنازعات الدولية، حيث أن مبدأ "القوة الإلزامية للعقد" هو السائد في النصف الأول من القرن العشرين، ولقد دافعت عنه الحكومة السويسرية أمام محكمة العدل الدولية الدائمة .[2]

أما هيئات التحكيم فيعتبر بأن التراجع عن التزام عقدي من قبل الدولة المتعاقدة لا يشكل خطأ من شأنه طرح المسؤولية العقدية للدولة، نظرا لعدم توفر عنصر الجريمة الدولية إلى جانب خطأ عدم التنفيذ، لكن بعض القرارات الحديثة لهيئات التحكيم تؤكد "القوة الإلزامية للعقد".

---

[1]. دريد محمود السمرائي: المرجع السابق ، ص 253 .

[2].عيبوط محند وعلي: المرجع السابق، ص 206.

إذا كانت بعض قرارات هيئات التحكيم تعترف بحق الدولة في التراجع عن التزاماتها العقدية التي سبق لها الموافقة عليها، فإنه نظرا لخطورة ذلك على مصالح المستثمر فإنها تلح على ضرورة مراعاة بعض القواعد الدولية التي تنظم عقود الدولة.[1]

كما أن القضاء المقارن يؤكد كذلك هذا الاتجاه في العديد من القضايا التي تخل فيهم الدولة بالتزاماتها التعاقدية بإرادتها المنفردة لأنه يعد إجراء غير مشروع، يترتب عليها التزام بالتعويض في مواجهة المتعاقد الآخر معها، ومثال ذلك النزاع الذي قام بين الولايات المتحدة الأمريكية وحكومة غواتيمالا إثر قيام هذه الأخيرة بإنهاء حقوق امتياز سكة الحديد، فقدت هيئة التحكيم بتعويض الشركة الأمريكية عن كل الخسائر والأرباح.

وقد جاء في قرار الهيئة: "إذا ما اضطرت الدولة المتعاقدة لأسباب حتمية إلى الانسحاب من مشروع سكة الحديد قبل انتهاء الفترة المقررة في العقد، يصبح لزاما عليها دفع كافة الأرباح التي تجنى من المشروع حتى فترة إكماله.[2]

كما ذكر سابقا أن هيئات التحكيم تعتبر التراجع عن التزام 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 التي تبين عكس ذلك، والدليل على ذلك قضية فنزويلا التي كانت قد منحت امتيازا مدته ثمانية عشرة شهرا إلى مستثمر أمريكي لإقامة سوق في كراكاس، وجباية إيراداته، وبعد بضعة أشهر من إبرام العقد قامت بإلغائه بمقتضى قرار إداري، فقررت لجنة المنازعات الأمريكية_ الفنزويلية_ أن الإجراء الذي اتخذته فنزويلا هو إجراء تعسفي وغير مشروع، ذلك أن الدولة عندما تقرر نقد العقد تحقيقا لمصلحتها العامة أو تستوي على الحقوق المالية للتعاقد معها، فإنه ينبغي عليها تقديم تعويض عادل وكامل عن كل الضرر.[3]

---

[1]. عيبوط محند وعلي : المرجع السابق، ص ص 206، 207.

[2]. دريد محمود السمرائي : المرجع السابق ، ص 254.

[3].المرجع نفسه: ص 255.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري من هذه الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم، فقد قضت صراحة بضرورة تحمل الدولة المسؤولية في حالة اتخاذ أي إجراء يخص الفسخ أو التعديل في العقد بإرادتها المنفردة والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة 24 من القانون 09/16، التي نصت على ما يلي " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص".[1]

ولقد أسند المشرع الجزائري في المادة24 تسوية النزاعات إلى الجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاق بين الأطراف سواء كان عن طريق اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، أو وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، وبالرجوع إلى أغلب الاتفاقيات فإن التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات يعتبر أهم خيار أمام المستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة الجزائرية عند إخلائها بأحد التزاماتها سواء الاتفاقية أو العقدية.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن التوصل إلى خلاصة هذا المطلب، اختلفت الآراء بين مؤيدين ومعارضين لهذا المبدأ، حيث يرى المؤيدون أن للدولة أن تقوم وبإرادتها المنفردة التعديل في العقد أو إلغائه وذلك لما تتمتع بها من سلطة وسيادة على إقليمها.

أما المعارضون فيرون أن قيام الدولة بمثل هذه الإجراءات يعد تعسف في حق المستثمر وأيضا محاولة للتحلل من الشروط التي تتضمنها العقود مثل شرط اللجوء إلى التحكيم.[2]

[1]. المادة 24 من القانون 09/16: السابق الذكر .

[2]. خالد كمال عكاشة: المرجع السابق، ص 131

وبالتالي يعتبر شرط إعادة التفاوض، بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه الأطراف في عقد الاستثمار يسمح بإعادة التفاوض في بعض بنود العقد وذلك من أجل الحفاظ على المصلحة العامة.[1]

المبحث الثاني: حماية الملكية من المخاطر غير التجارية.

إن العامل الرئيسي لجلب الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين الدول فيما بينها هو الاستقرار السياسي، حيث يلعب هذا الأخير دورا كبيرا في تحقيق أهداف الدول الاقتصادية وعليه سنحاول في هذا المبحث تعريف المخاطر السياسية وبيان أنواعه في المطلب الأول أما في المطلب الثاني فسوف نتحدث عن التعويض كوسيلة لحماية الملكية من المخاطر غير التجارية.

المطلب الأول: تعريف المخاطر السياسية وبيان أنواعه.

إن المخاطر التي تواجه المستثمر نوعان، مخاطر التجارية والتي تدخل في إطار حياة المؤسسة وليس للدولة أي مسؤولية فيها.

وهناك النوع الثاني المتمثل في المخاطر غير التجارية أو ما تعرف بالمخاطر السياسية[2] وهو موضوع دراستنا في هذا المطلب، وعليه سوف نقوم بتعريف المخاطر السياسية في الفرع الأول، والفرع الثاني بيان أنواع تلك المخاطر.

الفرع الأول: تعريف المخاطر السياسية.

تعرف المخاطر السياسية بأنها تلك الأوضاع والإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وتكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه.[3]

---

[1]. عيبوط محند وعلي : المرجع السابق، ص 209 .

[2].المرجع نفسه، ص 172.

[3]. عمر هاشم محمد صدقة: **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007،ص 32.

كما يعرفها البعض الآخر على أنها: "المخاطر التي يتعرض لها المستثمرون الدوليون في نقض الحكومة لوعودها و ذلك بعد تنفيذ قرار الاستثمار".[1]

ويمكن أن تكون تلك الإجراءات كما سبق الذكر بطريقة مباشرة مثل نزع الملكية، التأميم، إما بطريقة غير مباشرة مثل فرض الضرائب والرسوم خاصة على الشركات الأجنبية، وبالتالي فهي تلك الخسائر الناشئة عن عمل أو امتناع صادر عن حكومة للدولة المضيفة أو أحد هيئاتها التابعة لها، ويسبب ذلك ضررا بمصالح المستثمر الأجنبي.

كما ذكر أيضا المشرع الجزائري الخطر السياسي من خلال نص المادة 06 من الأمر 96/ 06 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، أو غيرها من الوقائع المماثلة وقعت في البلد المضيف".

وعليه يكون المشرع الجزائري قد أدرج في مفهوم المخاطر السياسية أعمال السيادة من خلال إدخاله للقرارات التي تتخذها الدولة والتي تمس بحقوق صاحب رأس المال.[2]

---

[1]. علي ماهر: **آفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل اتفاق الشراكة أورومتوسطية**، مخبر الدراسات الاقتصادية المغاربية، 2002، ص06.

[2]. الأمر 96/ 06- المؤرخ في 10جانفي 1996- المتضمن تامين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 03، الصادرة بتاريخ: 14 جانفي 1996، ص116.

الفرع الثاني: أنواع المخاطر السياسية.

تتنوع المخاطر التي يتعرض لها المستثمر في الدول المضيفة للاستثمار، ومن أهم تلك المخاطر نذكر المخاطر السياسية التي يمكن تقسيمها إلى ما يلي:

أولا: التأميم.

تعددت وتنوعت التعاريف الخاصة بالتأميم في كتب القانون فالبعض يعرفه على انه: "إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية، لوسائل الإنتاج، تلافيا للاستغلال ويسمى بالتأميم الإيديولوجي، أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى ذلك بالتأميم الإصلاحي".[1]

كما يعرفه **Domke** بأنه: "إجراء من إجراءات التعبير العام في حياة الدولة الاقتصادية والاجتماعية".

في نطاق الفقه عرفه الفقهاء بأنه: "عمل من أعمال سيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول وممارسة أنشطة معينة، من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية.

أو هو ذلك "التعبير الذي يطرأ على مال معين يدخل أو يمكن أن يدخل في عداد وسائل الإنتاج والتداول بالمعنى الواسع بحيث يخرج المال أو النشاط عن دائرة الملكية الخاصة لكي يتصل بالدولة أو أحد فروعها بغية تسخيره لخدمة المجموع".[2]

---

[1]. عمر هاشم محمد صدقة: المرجع السابق ، ص40.

[2]. هشام خالد: **عقد ضمان الاستثمار**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2007، ص167.

كما عرفته أيضا المادة 678 من الأمر 75_58 المتضمن القانون المدني : "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط الإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".[1]

وهناك أيضا من يعرف التأميم: "تحويل مال معين أو نشاط ما من اجل المصلحة العليا إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد استعمال هذه أو ذلك النشاط في الحال لتحقيق المصلحة العامة، وليس في سبيل المصلحة الفردية الخاصة".[2]

و أيضا هو: "نقل ملكية مشروع معين إلى الأمة".[3]

وعرف أيضا: بأنه " مجموعة من الإجراءات أو السلوكيات التي تمنع المستثمر من استغلال استثماره بالفائدة أو تمس بقيمة الملكية"[4].

ثانيا: نزع الملكية.

نزع الملكية هو إجراء إداري يقصد به حرمان الشخص من ملكيته وحقوقه العقارية جبرا من أجل المنفعة العامة نظير تعويض عما يلحقه من ضرر تعويضا عادلا ومنصفا".[5]

---

[1]. المادة 678 من الأمر 58/75،المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان2015 ، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 44، المؤرخة سنة 2003، ،ص248.

[2]. عمر هاشم محمد صدقة: المرجع السابق، ص40.

[3]. دريد محمود السمرائي: **الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية**، مذكرة دراسات الوحدة القانونية , الطبعة الأولى ,بيروت,2006,ص 6.

[4].Mahmoud salem :"**le développement de la protection conventionnel des investissements étranges"**, journal de droit international .N :03 ,1986.p 610 .

[5]. محمد الصغير وعلي: **النظام القانوني لنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة**، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، بتاريخ: 25- 26 ديسمبر 2013، ص30.

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 المختصة".[1]

- **أوجه الاختلاف بين المصادرة ونزع الملكية:**

الهدف من التأميم هو إحداث إصلاح في الهيكل الاقتصادي للدولة، أما فينزع الملكية فالهدف هو إنشاء مرفق عام. قرار التأميم تصدر عن السلطة العليا في الدولة أما قرار نزع الملكية فيصدر عن الجهة الإدارية العادية.

القرار الصادر بنزع الملكية يجوز الطعن فيه أمام القضاء، التأميم يكون مصحوب بتعويض وقد لا يكون إما في نزع الملكية فالتعويض واجب دائما.[2]

ثالثا: المصادرة.

هي عبارة عن إجراء تقوم به الدولة وذلك بنقل ملكية أشياء أو أموال مملوكة للجاني أصلا أو وجدت بحوزته وإخراجها من ملك مالكها الأصلي إلى ملك الدولة عقابا له على جريمته.[3]

ونص عليها المشرع الجزائري أيضا في المادة 16 من الأمر 01- 03- على أنه: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية غلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول بها".[4]

---

[1].عمر هاشم محمد صدقة: المرجع السابق ،ص 33.

[2]. هاشم خالد: المرجع السابق : ص 175.

[3]. راشد بن ناصر بن مسفر المري: **عقوبة المصادرة والإتلاف في جرائم المخدرات، في النظام السعودي، -دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية**، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية 2010، ص9

[4]. المادة 16 من الأمر 01- 03: السابق الذكر ، ص07.

وأيضا نص المادة 15 من قانون العقوبات لسنة 1966 على أن المصادرة هي: "المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة من الموال، أو ما يعادل قيمتها عند القضاء".[1]

فالمصادرة هي تلك العقوبة التي توقع على الشخص أو مجموعة من الأشخاص وذلك بأن تقوم الدولة بالاستيلاء على كل أو بعض الموال المملوكة لهم دون تعويض وقد تكون المصادرة إما مصادرة إدارية أو مصادرة قضائية.

- **أوجه الاختلاف بين المصادرة ونزع الملكية:**

- إن الغاية من المصادرة هي وقاية المجتمع عن طريق استبعاد الأشياء المسببة للجرائم في حين تكون الغاية من نزع الملكية هو المنفعة العامة.
- تتم المصادرة بحكم قضائي وهو حكم نهائي عن الجهة المختصة بينها نزع الملكية يتم بموجب قرار صادر عن الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص.
- المصادرة تكون في المنقول على اختلاف نزع الملكية التي تنصب على عقار.
- لا يتحصل من صودرت ملكيته على تعويض أو مقابل بينها قيم التعويض من نزعت ملكيته للمصلحة العامة وفقا للقانون.[2]

رابعا: الاستيلاء.

نصت المادة 679 من القانون المدني على: "..... إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية و الاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العام، الحصول على الموال والخدمات عن طريق الاستيلاء ولا يجوز الاستيلاء، بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن".[3]

---

[1]. المادة 15 من الأمر رقم 66- 156، المؤرخ في 18 يونيو 1966 (الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ،العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 669)، يتضمن قانون الصعوبات المعدل والمتمم بقانون 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ص13.

[2]. هاشم خالد: المرجع السابق، ص180.

[3]. المادة 679 من القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75- 58- المؤرخ في 26 ديسمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان2015 ، الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 44، المؤرخة سنة 2003، ص ص 248- 249.

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه: "إجراء إداري القصد منه أن تستولي الإدارة على عقار مملوك لأحد الأفراد لمدة مؤقتة مقابل أن يعوض المالك عن عدم انتفاعه بالعقار طوال مدة الاستيلاء مستهدفة من ذلك تحقيق المنفعة العامة".[1]

و عرفها المشرع الجزائري كذلك في المادة 23 من القانون 09/16، على ما يلي:"

"زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به....."[2]

- **أوجه الاختلاف بين الاستيلاء والمصادرة والتأميم ونزع الملكية:**

يختلف الاستيلاء عن المصادرة من حيث الجهة المصدرة، حيث يتم الاستيلاء بموجب قرار صادر من الجهة الإدارية المختصة، بينما تتم المصادرة بموجب حكم صادر عن المحكمة.

يهدف الاستيلاء إلى انتفاع السلطة بالمال المستولى عليه لمدة محددة بينما التأميم فيكون بتملك الدولة للمال المؤمم.

يكون الاستيلاء إما على عقار أو منقول ولمدة محددة بعدها يسترد المالك الأصلي للشيء المستولى عليه أما في نزع الملكية فتكون دائما على عقار وتنقل الملكية إلى الدولة بصفة نهائية.

خامسا: عدم الاستقرار السياسي.

إذا كان التغيير في نظام الحكم لا يمس بصفة مباشرة بالمصالح المادية للاستثمارات الأجنبية، فإنه يخلق نوعا من الشكوك لدى المستثمرين لأنه عادة ما تتبعه قرارات إدارية هامة تؤثر على سير الوضع الاقتصادي للبلاد، لأنها تمس بمجالات هامة مثلا: تحويل رؤوس الأموال والضرائب والقيود الإدارية ومنافسة القطاع العام والقيود على الاستيلاء

[1]. عبد الهادي رياض سرمد: "**الاستيلاء المؤقت على العقارات**" ، مجلة الحقوق، المجلد 15، جامعة البحرين، جويلية 2013، العدد 02، ص ص 84- 88.

[2]. المادة 23 من القانون 16-09 ، السابق الذكر.

والتصدير والإجراءات الإدارية والمالية والتجارية المترتبة عن التغيير في نظام الحكم يمس بمصالح المستثمرين لأنها تؤثر على السير العادي لمؤسساتهم.[1]

سادسا: الحرب الأهلية والدولية.

- **الحروب الأهلية:**

على الرغم من الجهود المبذولة من طرف فقهاء القانون للوصول إلى تعريف محدد للحرب الأهلية إلا أنهم لم يتمكنوا من وضع تعريف جامع.

فقد عرفها الفقيه "بوفندوف" بأنها: "تلك الحروب التي تكون فيها أعضاء المجتمع الواحد يتناحرون فيما بينهم" أما الفقيه "مارتينيز" فيرى بأنها التي تقوم بين أعضاء الدولة الواحدة.

هو أيضا نفس ما ذهب إليه الفقيه "أكالفو" بأنها: "النزاعات بين المواطنين داخل الدولة الواحدة".[2]

- **الحروب الدولية:**

الحروب الدولية هي الحروب التي تكون بين دولتين أو أكثر ولا تكون بين إنسان وإنسان آخر، وعليه فإنها تخضع لقواعد القانون الدولي العام.

سابعا: الاضطرابات المدنية.

يقصد بالاضطرابات المدنية هي: "الحالات التي وإن كانت لا ترقى إلى النزاع المسلح الدولي، إلا أنها تتضمن قيام حالة من المجابهات بين السلطة الحاكمة والمنشقين، تشمل على

[1]. عيبوط محند وعلي: المرجع السابق، ص175.

[2]. زياد برابح: **تطبيقات القانون الدولي الإنساني على الحروب الأهلية**، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، 2011- 2012، ص11.

درجة من الخطورة والديمومة التي تتضمن استخدام التمرد والنزاع بين جماعات شبه منظمة والسلطة".[1]

ثامنا: العقوبات الدولية.

تتخذ العقوبات الدولية أشكالا 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.[2]

المطلب الثاني: الحماية بواسطة التعويض.

تقوم الدولة بإجراء التأميم ونزع الملكية من أجل تحقيق مصلحتها العامة ويترتب على ذلك حق المستثمر الأجنبي في التعويض وهو حق معترف به دوليا، وعدم التزامها بالتعويض مقابل ما لحقه من أضرار تجعل تصرفاته مخالفة للقانون ويترتب عليها مسؤولية.[3]

وعليه سنتطرق في هذا الفرع الأول وخصائص التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالتعويض.

من المستقر عليه في القواعد العامة المعمول بها أن يلتزم كل شخص يتسبب بضرر معين بغض النظر عن طبيعته القانونية أو مركزه القانوني جراء خطئه بإعادة الحال إلى ما كان عليه، أو إلزامه بالتعويض إذا تعذر عليه ذلك، وعليه قد أجمع الفقه والقانون على

---

[1]. عمر سعد الله: **تطور تدوين القانون الدولي الإنساني**، دار الغرب الإنساني، دار الغرب الإنساني ،بيروت، الطبعة الأولى،1997،ص 206.

[2]. عيبوط محند وعلي: المرجع السابق، ص178.

[3]. ميلود سلامي: "**الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر**"، مجلة الباحث للدراسات القانونية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، جوان، 2015، ص76.

إلزامية حصول المستثمر على التعويض عندما يتعرض للإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من أمواله.[1]

يعتبر الالتزام بالتعويض قيدا أورده القانون الدولي والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر على حق الدولة في نزع الملكية أو التأميم كما ترتيبه كأثر عند القيام بإجراء المصادرة في الفترة الثانية من المادة 16 من الأمر 01- 03 بقولها: "فيجب على الدولة أن تخلق الجو الملائم للاستثمار والاستقرار للمستثمر الأجنبي وذلك لكي تتلقى نسبة أكبر من التدفقات الاستثمارية، واتخاذها لذلك الإجراء دون تقديم تعويض عادل ومنصف يشكل لا محالة عائقا أمام انسياب رؤوس الأموال الأجنبية".[2]

الفرع الثاني: خصائص التعويض.

إن لخصائص التعويض أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر والدولة المضيفة على حد سواء، حيث تضمن القانون الجزائري جميع المواصفات الخاصة بالتعويض من كونه تعويض مسبق وعادل ومنصف.

أولا: التعويض المسبق.

وهو ذلك التعويض الذي يدفع قبل نزع الملكية غير أن تجسيده صعب من الناحية العملية، لذلك فإن الاتفاقيات الدولية اكتفت بالخصائص الأخرى دون اشتراط التسديد المسبق. حيث تؤكد معظم الاتفاقيات على ضرورة تسديد التعويض بدون تأخر و أيضا ذكر خاصية التعويض المسبق في الدستور الجزائري من شأنها منح المستثمر الأجنبي حماية أوفر.[3]

---

[1]. حسين نوارة: **الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص95.

[2]. سمية كمال: **النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003، ص155.

[3]. ميلود سلامي: المرجع السابق، ص78.

ثانيا: التعويض العادل.

ويقصد بصفة العدل القيمة الحقيقية للمال المستثمر أي قيمة المؤسسة في حد ذاتها.

والتعويض يجب أن يغطي كافة الأضرار اللاحقة بالمستثمر الذي تم نزع ملكيته وأن يكون مساويا للقيمة الحسابية للاستثمار المنجز، وهذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم: 91- 11 التي تنص على ما يلي: "يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب بسبب نزع الملكية".[1]

ثالثا: التعويض المنصف.

ويقصد به حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين في نفس الوقت عند تحديد مقدار التعويض.

قد أكد المشرع الجزائري على تركيب قاعدة التعويض المنصف والعادل في المادة 25 من القانون 86/ 13 الخاص بشركات الاقتصاد المختلط والتي أكدت على ضرورة "دفع تعويض عادل و منصف خلال اجل أقصاه سنة واحدة "[2] .

وأكد عليها أيضا في المادة 21 من الأمر 16- 09، على: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم".[3]

وكل هذا من أجل التأكيد على النوايا الحسنة للجزائر في مجال معاملة الاستثمار.

---

[1]. المادة 21 من القانون رقم : 91/ 11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ،الجريدة الرسمية للجهورية الجزائرية ، العدد 21، المتمم بموجب القانون رقم 21/04 المتعلق بالمالية لسنة 2005 ، المتمم بموجب القانون رقم 02/07 المتضمن قانون المالية لسنة 2008.

[2]. المادة 25 من القانون رقم 13/86 ، المؤرخ في 19 أوت 1986، المعدل و المتمم للقانون رقم 13/82، المتعلق بإنشاء و سير الشركات الاقتصادية المختلطة ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 34، المؤرخة سنة 1986.

[3]. المادة 21 من القانون 09/16، السابق الذكر.

الفصل الثاني:

ضمانات الإجرائية المقررة

عن عقد الاستثمار

تمهيد:

مما لا شك فيه أن الضمانات الإجرائية لا تقل أهمية عما سبقها من ضمانات موضوعية، فالحماية الموضوعية لا تكفي، فقد يستفيد المستثمر الأجنبي من جميع الضمانات المقررة لتشجيع الاستثمار في الدول المضيفة.

إلا أن كل ذلك قد يظهر من دون إذا ثار نزاع بين المستثمر الأجنبي وبين الدولة المستقطبة للاستثمار، فعلى الدولة هنا أن تشعر المستثمر الأجنبي بالطمأنينة وذلك بوجود وسائل عادلة لتسوية ما يثور بينهم من خلافات.

وسنعالج من خلال هذا الفصل

القانون الواجب التطبيق في المبحث الأول و اللجوء إلى التحكيم التجاري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق.

إن عقود الاستثمار تتميز بخصوصية كونها تبرم بين أحد أشخاص القانون العام "الدولة" أو أحد المؤسسات العامة التابعة لها وبين أشخاص القانون الخاص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا الأمر الذي يطرح مسألة التوفيق بين الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها وبين أهداف المستثمر من جهة أخرى.

ونظرا لتلك الأهمية والخصوصية التي تحظى بها عقود الاستثمار وانتشارها وكثرة منازعاتها، الأمر الذي دفع إلى ضرورة تنظيم أحكام هذه العقود بشكل خاص.

وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

المطلب الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق .

اعتبار عقود الاستثمار عقود دولية وذلك لتوفرها على العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية فعلى المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فإنها وكبقية العقود الدولية تكرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك راجع لارتباطها بعدة نظم قانونية، ولذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى:

الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة.

إن معظم التشريعات والاتفاقيات تعترف للأطراف بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق نظرا للطبيعة الخاصة لتلك العقود وذلك من خلال تكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وأيضا سنتطرق إلى كيفية تحديد هذا القانون سواء من خلال الإرادة الصريحة أو الضمنية .

أولا: تكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق:

إن المستقر عليه أنه وجوب مراعاة الرغبة الشخصية للمتعاقدين أي أن الأطراف لهم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما.[1]

وذلك بحسب معيار الصلة موضوع النزاع والذي أقر أن حرية المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد ذلك باختيار قانون الجنسية أو موطن أحد الأطراف أو قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذ العقد.[2]

وأيضا بحسب معيار طبيعة القانون المختار، انقسم هذا المعيار إلى رأيين فهناك من يرى إلزامية اختيار قانون وطني تابع لسيادة دولة معينة وفي مقابله يرى جانب آخر ومراعاة للتطورات وحاجيات التجارة الدولية، أنه يمكن تصور التنازع بين شرائح لا تنتمي لسيادة إقليمية لدولة معينة كقواعد التجارة الدولية.

ثانيا: تحديد قانون الإرادة.

يمكن أن يتفق أطراف الاستثمار على اختيار قانون معين لحل النزاع، وهو ما يعرف عليه باسم قانون الإرادة وهذا الاختيار قد يقع إما اختياريا صريحا وإما ضمنيا.[3]

1. **الاختيار الصريح:** يكون اختيار المتعاقدين للقانون الذي يخضع له عقدهما صريحا عندما يعينان عبارة صريحة في العقد القانون الذي يحكمه ومن اجل الاختيار الصريح لقانون العقد ما دمت عليه المادة 09 من العقد المبرم بين شركة **Atlantic Triton Company timited** ودولة غينيا ومن أجل القانون الغيني وهو الواجب التطبيق على هذا العقد.

---

[1]. صلاح الدين جمال الدين: **التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص193.

[2]. مرتضى جمعة عاشور: المرجع السابق، ص487.

[3]. ايهاب عمرو: **التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية**، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق، الأردن، 2014، ص66.

وعليه إذا قام الطرفان صراحة باختيار القانون الذي يريدانه، فمن الواجب على المحكمة أن تنفذ اختيارهما وذلك على أساس أن الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم.[1]

2. الاختيار الضمني: هو الذي يستخلص من شروط العقد أو الظروف التي أحاطت بتكوينه.[2]

الفرع الثاني: الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار.

يعتبر الاتفاق المسبق على القانون الواجب التطبيق على العقد أمرا في غاية الأهمية، ويلاحظ من الناحية العملية أن الغالب هو اتفاق الأطراف على عقود الاستثمار على تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف وقلما يحصل اتفاق على تطبيق قانون دولة المستثمر وكذلك فقد يتفق الأطراف على اجتماع عقدهم لقواعد قانون التجارة الدولية.

فعند اختيار الأطراف للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وباعتبار الدولة طرف في العقد فذلك يجعل من قانونها له صلة جوهرية بالعقد، إذ يكاد يكون هذا أمر لا مناص منه، فهو قانون دولة التنفيذ، كما أنه في الغالب قانون محل الإبرام وقانون موضوع العقد، إلا أن اختيار قانون الدولة المضيفة تضمين عقود الاستثمار شروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي والتي تجعل من الدولة المتعاقدة عدم قدرتها على تعديل شروط العقد إرادتها المنفردة، فتصبح الطرف الضعيف في تلك العلاقة التعاقدية وأيضا مسألة تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في العقد لقيت رفضا بالنسبة لبعض أحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات الاستثمار فحجتها في ذلك استبعاد المحكمين لها، عدم ملائمتها لتلبية حاجيات التجارة الدولية، ومما لا شك فيه أن استبعاد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار المختار من الأطراف، وما دام لا يصطدم بقواعد الآمرة في النظام القانوني يجعل من حكم المحكمين معيبا لمخالفته اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق.[3]

---

[1]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص ص107، 108.

[2]. صلاح الدين جمال الدين: المرجع السابق، ص275.

[3]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص131.

وكذلك يمكن للأطراف وبمجرد توافر بعض الشروط، التي رأى فيها البعض إرادة ضمنية من ضمنية من الأطراف في عدم تطبيق القانون الوطني، كشروط التحكيم وكذلك الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد ، لا يكفي القول بأن الأطراف قد أرادوا تطبيق القانون الدولي على عقدهم، وإنما يتعين في اتفاق الأطراف أن يكون صريحا في التعبير عن إرادتهم باختيار قواعد القانون الدولي من خلال الإشارة الصريحة إلى هذه القواعد.

ومن ناحية أخرى يمكن للأطراف تعيين قانون التجارة الدولية على عقود الاستثمار وإن التوفيق بين ضرورة احترام الأطراف لهذه القواعد وبين الحقيقتين السابقتين يتحقق من خلال أمرين:

- **الأول:** أن تطبق هذه القواعد بالقدر الذي يمكن فيه مراعاة الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.
- **الثاني:** فهو جواز اللجوء لاستكمال النقص في هذه القواعد إلى القواعد القانونية الأكثر ارتباطا بموضوع العقد والتي غالبا ما تكون قواعد قانون الدولة الطرف في العقد.[1]

المطلب الثاني: انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق

إن الطبيعة الخاصة لقعد الاستثمار والناجمة عن ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة والتفاوت في المراكز القانونية لأطرافها قد جعل مسألة تحديد النظام القانوني لهذه العقود مسألة شديدة الحساسية ومرتبطة بصراع المصالح بين الأطراف مما أفرز عنه العديد من النظريات بشأن تحديد النظام القانوني الحاكم لهاته العقود حيث يمكن التمييز في هذا الخصوص بين اتجاهين رئيسيين:

أحدهما: ينادي بخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة استنادا إلى العديد من الحجج.

في حين يذهب اتجاه آخر إلى تجنب إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة وبناء عليه سنقسم هذا المطلب إلى:

[1]. نفس المرجع السابق: ص159.

الفرع الأول: إخضاع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة

أعرض في هذا الفرع من الدراسة لرأيين، الأول المنادي بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقود الاستثمار وذلك تأسيسا على تكييفها عقود إدارية، والثاني تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقد الاستثمار استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة.

أولا: تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقود الاستثمار وذلك تأسيسا على تكييفها عقود إدارية

يجب أن تخضع عقود الاستثمار وفقا لهذا الاتجاه إلى القانون الوطني للدولة المضيفة أو المتعاقدة وليس للقانون الدولي وذلك استنادا لاعتبارها عقودا إدارية، ولذلك تسري عليها كافة التعبيرات والتعديلات الجارية في القانون الوطني، ويكون للدولة الحق في تعديلها بإرادتها المنفردة.[1]

وقد استند هذا الاتجاه في تكييفه لعقود الاستثمار كعقود إدارية إلى التماثل القائم بينهما، حيث تتوفر فيها المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الدولة طرفا في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[2]

كما أن الاعتراف لعقد الاستثمار بالصفة الإدارية كونه يتلاءم مع مجموعة من الاعتبارات تتمثل في أن الدولة أو أحد مؤسساته تعد طرف فيه في حين أن الطرف الثاني هو طرف خاص، كما أن أغلبية اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتضمن شروط يمكن اعتبارها غير مألوفة كما أن أيضا عقد الاستثمار كثيرا ما ينص على خدمة مرفق عام للدولة.[3]

---

[1]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص210.

[2]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: **التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص64.

[3]. مرتضي جمعة عاشور: المرجع السابق، ص76 .

وعلى هذا النحو فإن عقود الاستثمار وفقا لهذا الجانب من الفقه لا تعدو أن تكون عقود إدارية مما وجب على سبيل الإلزام خضوعها للقانون الوطني للدولة المضيفة.[1]

نقد هذا الرأي:

لقد وجهت انتقادات عديدة لهذا الاتجاه المنادي بتطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة على عقد الاستثمار على أساس اعتبارها عقود إدارية وقد قدم الفقه المعارض للفكرة السابقة عدة مبررات من أجل انتزاع الصفة الإدارية من عقود الاستثمار ومن بين أهم تلك المبررات والحجج نذكر من بينها:

– إن من المعترف به أن الدولة تمارس سيادتها داخل إقليمها بمالها من حق على رعاياها، إذ أن هذه السيادة محددة النطاق داخل هذا الإقليم، أما خارجه فلا تملك هذا الحق حيث تكون في نفس المرتبة مع المستثمر الأجنبي وبالتالي لا تتمتع الدولة المضيفة بأي سلطات استثنائية تميزها عن المستثمر الأجنبي، إلا بمقدار ما تحدده وتسمح به الشروط العامة.[2]

– هناك بعض القوانين الوطنية لا تعترف بفكرة العقد الإداري إضافة إلى موقف المستثمر الأجنبي العدائي وتخوفه من السلطة العامة في الدولة وبالخصوص الدول النامية وقد نجد هذا الأخير ذلك الموقف من أجل الحفاظ على حقوقه ومكتسباته ضد المخاطر التشريعية والإدارية مما انعكس سلبا على تطور فكرة العقد الإداري الدولي.[3]

– إن عقود الاستثمار تتمتع بالصفة الإدارية وذلك لتوفرها على شرطين الأولين المتمثلين في الإدارة طرفا فيه أي الدولة المضيفة وأن يرتبط بمرفق عام إلا أنها تفتقد لشرط توافرها على شروط استثنائية غير مألوفة، وهو ما يجعل عقد الاستثمار عقد خاص وليس عقد إداري.[4]

---

[1]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص212.

[2]. مراد محمود المواجدة: **التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص215.

[3]. مرتضى جمعة عاشور: المرجع السابق، ص ص77، 78.

[4]. محمد الروبي: المرجع السابق، ص77.

ثانيا: تطبيق قانون الدولة المضيفة على عقد الاستثمار تأسيسا إلى الإقرارات الصادرة عن الأمم المتحدة

ظهرت بداية مقومات هذا الاتجاه مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962، والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية فقد نصت المادة 04 منه على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة شريطة أن يكون القيام بهذا الإجراء بهدف تحقيق مصلحة وطنية أو منفعة عامة على أن تقوم هذه الدول بدفع التعويضات المناسبة وفقا للقواعد السارية في الدول التي اتخذت هذه الإجراءات عند ممارسة سيادتها.

حيث يؤكد القرار رقم 3281 على تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة، والذي تضمن في مادته 312 على أن كل دولة لها الحق في أن تأمم أو تصادر أو تنقل مليكة الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقا للقوانين واللوائح النافذة فيها وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعات يفصل فيها وفقا لقانون الدولة التي اتخذت إجراءات التأميم بواسطة محاكم هذه الدولة إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس هذه السيادة المتساوية لكل الدول وطبقا لمبدأ حرية اختيار الوسائل.[1]

كما أقرت التوصية رقم 3171 بموجب قرار الجمعية العامة على حق الدولة في التأميم على اعتبار أنه تعبير عن سيادتها من أجل الحفاظ على ثرواتها الطبيعية وكذلك حقها في تحديد قيمة التعويض ووسائل الوفاء به، على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بخصوص هذه المسألة وفقا لقانونها الوطني.[2]

كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 01 ماي 1974 القرار رقم 3201 بعنوان "بيان بشأن نظام اقتصادي دولي جديد" حيث نصت المادة 04 الفقرة 05 منه على: "السيادة الدائمة والتامة لكل الدول على مصادرها الطبيعية، وعلى نشاطاتها الاقتصادية كافية

[1]. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: المرجع السابق، ص368.

[2]. المرجع نفسه، ص369.

ولغرض حماية هذه المصادر، فإن لكل دولة الحق في ممارسة سيطرة فعالة عليها وعلى استغلالها بوسائل تلاءم الوضع القائم فيها، بما في ذلك التأميم ونقل الملكية إلى رعاياها، إذ أن هذا الحق هو تعبير عن سيادة الدولة التامة والدائمة، ولا يجوز إخضاع أي دولة لإكراه سياسي واقتصادي أو أي إكراه آخر لمنع الممارسة الحرة والتامة لهذا الحق الثابت.[1]

نقد هذا الاتجاه:

لقد تعرض هذا الاتجاه إلى النقد من طرف العديد من الدول حيث ترفض تطبيق قانون الدولة على عقود الاستثمار لأن هذه القرارات لا تخرج من حيث طبيعتها القانونية عن كونها مجرد توصيات موجهة للدول الأعضاء.[2]

أما بخصوص رأي قضاء التحكيم، وفي قضية Texaco فقد ذهب الأستاذ Dupay إلى أنه من الممكن الإقرار بأن قرارات الأمم المتحدة لها قيمة قانونية، غير أن هذه القيمة القانونية تختلف كثيرا استنادا إلى الظروف التي أطاحت بإصدار القرار ونصوصه والتصويت عليه، وعلى فرض بأنها قرارات ذات طبيعة إعلامية كما هو الحال بالنسبة إلى ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول فإن القيمة القانونية متباينة.[3]

ونلخص مما تقدم، أنه إذا كان القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق على النزاع وفي حالة غياب الاتفاق عن تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قد تثور الصعوبة في الحالة التي ينعدم فيها وجود نص يحكم علاقة موضوع النزاع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار.[4]

الفرع الثاني: تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة

ذهب جانب من الفقه وخاصة المؤيد لمصالح الشركات الأجنبية في حالة غياب شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الواجب

---

[1]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص ص220، 221.

[2]. عيبوط محند وعلي: المرجع السابق، ص65.

[3]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص224.

[4]. عمر هاشم محمد صدقة: المرجع السابق، ص216.

الوطني للدولة المتعاقدة للاستثمار وإخضاعها إلى مجموعة من القواعد القانونية المستقلة عن النظم القانونية الوطنية والحقيقة لا يوجد إجماع حول تحرير هذه القواعد المستقلة لهذا فقد تم اقتراح نظم ومبادئ مختلفة بصفتها واجبة التطبيق على العقد عند عدم وجود اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف.

حيث يفضل البعض تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والذي يعني الاحتكام إلى العقد ذاته عند الفصل في جميع المنازعات بين أطرافه.

وفي حين يفضل البعض الآخر، إخضاع العقد إلى قواعد القانون الدولي، وتحريره من السيطرة الطبيعية للقانون الداخلي للدولة المضيفة، فخضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدولة المتعاقدة يمكن لهده الأخيرة من تعديل عقدها مع الطرف الأجنبي المتعاقد معها أو إنهائه بإرادتها المنفردة بوصفها سلطة عامة.

كما يفضل البعض الآخر، إخضاع العقد إلى قواعد التجارة الدولية التي عرفت بأنها مجموعة من القواعد المستقلة عن الأنظمة الداخلية وعن نظام القانون الدولي والتي تجد مصدرها في الأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي. [1]

وكخلاصة لما تقدم، يمكن القول بأن إخضاع عقود الاستثمار لقواعد قانون التجارة الدولية لا يقدم الحل المناسب لمنازعات عقود الاستثمار وذلك لوجود نقص في قواعدها أحيانا أو للاختلاف على تطبيقها في أحيان أخرى، لما لها من خصوصية.[2]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق

لم يكن للمشرع الجزائري أي موقف واضح بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار في الأمر رقم 01/ 03 والذي اكتفى بتحديد وسائل تسوية المنازعات في المادة 17 منه فإن الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية المبرمة في السنوات

[1]. بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص ص226 .

[2]. المرجع نفسه، ص 250.

الأخيرة تتضمن تفاصيل حول مسألة القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع بحيث تؤكد على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي إلى جانب القانون الداخلي للدولة المضيفة، ويلاحظ بأن بعض الاتفاقيات تشير إلى تطبيق مبادئ القانون الدولي أولا ثم القانون الوطني للدولة المضيفة[1]، وإن كان الاتفاق الدولي في موضوع القانون الواجب التطبيق هو إخضاعه لقانون الإدارة (أي إرادة المتعاقدين) للحد من سلطان الإرادة المنفردة للدولة المستقطبة ومما يساعد على استقرار هذه القاعدة وازدهارها هو ظهور مبدأ الحرية الفردية الذي أعلنته الثورة الفرنسية ونظام الاقتصاد الحر الذي أكد على مبدأ حرية التعاقد وتقديس سلطان الإرادة بوصفها من عوامل سيادة ذلك النظام عبر الحدود الدولية وترسيخه داخل الحدود الوطنية.[2]

فكأصل عام عقود الاستثمار في الجزائر على غرار باقي الدول المضيفة للاستثمار تخضع للقانون الوطني أي خضوع عقد الاستثمار الأجنبي لقانون الداخلي الجزائري وهذا الرأي يعتمد على عدة أسانيد لإقرار المبدأ العام إضافة إلى ذلك فإن تطبيق القانون الجزائري على عقود الاستثمار يكون بطرق وأساليب مختلفة.

ولكل قاعدة استثناء وكذلك أيضا بخصوص مسألة تطبيق القانون الوطني الجزائري على عقد الاستثمار.

المبحث الثاني: اللجوء إلى التحكيم.

إن التحكيم في الوقت الحاضر يعد الوسيلة الأكثر انتشارا لحسم المنازعات الاستثمارية، حيث يعتبر نظاما بديلا للقضاء الرسمي، حيث يقوم أطراف النزاع وبمحض إرادتهم اللجوء إليه لحل ما قد يثور بينهم من نزاع.

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

---

[1]– عيبوط محند وعلي: المرجع السابق، ص242.

[2]– بشار محمد الأسد: المرجع السابق، ص98.

أما المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم و موقف المشرع الجزائري من ذلك.

المطلب الأول: ماهية التحكيم.

سنحاول في هذا المطلب تعريف التحكيم التجاري الدولي في الفرع الأول، والطبيعة القانونية في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث ذكر أنواع التحكيم.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

إن لفظ التحكيم في اللغة معناه "التفويض في الحكم"، فهو مأخوذ من حكم وأحكمه فاستحكم فصار محكما في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه فاحتكم عليه ذلك.[1]

وكما جاء في لسان العرب المحيط لابن منظور يقال: حكمت فلانا في مالي تحكيما أي فوضت إليه الحكم فيه.

أما اصطلاحا فقد عرف بأنه: عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم شخص أو أشخاص يختارونهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة.[2]

ويعرف الأستاذ: **Fouchard Philippe**التحكيم على أنه: اتفاق الأطراف على أن يخضع نزاعهم على قضاء خاص يختارونه.[3]

كما عرفه جانب من الفقه بأنه: الطريق الإجرائي الخصومي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير.[4]

---

[1]. حسان نوفل: المرجع السابق، ص15.

[2]. لزهر بن سعيد: **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012، ص16.

[3]. أحمد عبد الله المراغي : **قواعد المحاكمة والتعاون الدولي في جرائم الاستثمار، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية و الأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2015، ص30.

[4]. أحمد اسكندر: "**التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المدروسة بالطرق السليمة**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء37، المجلد 04، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1999، ص164.

ويعرفه آخرون بأنه: نظام قضائي خاص يعلو النظم القضائية الوطنية.[1]

ويتضح مما سبق من التعاريف أن التحكيم لا يختلف كثيرا عن القضايا أو كلاهما طريقة قانونية لحل النزاعات، أيضا يعتبر التحكيم وسيلة اتفاقية (لفض المنازعات)، قوامها إرادة الأطراف التي تتجه إلى اختيار شخص من الغير ليحكم بينهم ويرتضون ما ينتمي إليه، فيمكن القول بأن التحكيم وسيلة تقوم على اتفاق الأطراف وتنتهي بحكم ملزم لهم.[2]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.

يثير التحكيم جدلا كبيرا حول طبيعته القانونية فيوجد اتجاه يعتبره ذو طبيعة قضائية وهناك اتجاه آخر يرجح الطبيعة العقدية للتحكيم وكذلك هناك اتجاه ثالث يدمج بين الاتجاهين السابقين ويقر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، وعلى خلاف الاتجاهات الثلاث السابقة الذكر ظهر اتجاه رابع يرمي إلى أن التحكيم ذو طبيعة مستقلة.

أولا: الطبيعة القضائية للتحكيم.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة قضائية وذلك على أساس طبيعة المهنة التي يؤديها المحكم فهو يفصل في النزاع شأنه شأن القاضي ويجوز حكمه حجية الشيء المقضي فيه.[3]

فالمحكم يؤدي وظيفة القاضي إنه قاض خاص يقابل قاضي الدولة وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية، ومن ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بنفس الإجراءات التي يمر به أمام القاضي، وتنتهي بحكم مماثل لحكم القاضي وذلك من حيث قابليته للتنفيذ.[4]

---

[1]. أحمد بوخلخال: **نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي تطبيقاته في الجزائر**، رسالة ماجيستير، في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ، 2012- 2013، ص89.

[2]. سمية بوجلال: **التحكيم في النزاعات الدولية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2012، ص11.

[3]. أحمد بوخلخال: المرجع السابق، ص 90.

[4]. لزهر بن سعيد: المرجع السابق، ص ص21- 22.

ومن ناحية سير عملية التحكيم فالملاحظ أن التحكيم والقضاء يسيران في ركاب قواعد إجرائية تكون واحدة في جوهرها وإن اختلفت أحيانا في مصدرها.

أما عن نهاية التحكيم فيكون بصدور حكم تتوفر فيه جميع خصائص وصفات الأحكام القضائية، من ناحية شكله وكتابته، وتسبيبا وتوقيعا وأيضا من ناحية محتواه وذلك ببيان عناصر الادعاء والقواعد القانونية المطبقة ويكون حكمه حكما باتا واجب التنفيذ.

وكخلاصة إلى ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه أنهم اعتبروا التحكيم استثناءا من سلطة الدولة كما يؤخذ على هذا الاتجاه مقالاته في التعويل على الصفة القضائية للتحكيم.[1]

ثانيا: الطبيعة العقدية للتحكيم.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن التحكيم ذو طبيعة عقدية ويستند في ذلك إلى أن هذا الأخير يقوم على إرادة الأطراف في اختيار قضائهم وأن قرارات التحكيم لا تجد قوتها التنفيذية إلا في اتفاق التحكيم، وأن هذه القرارات غير قابلة للطعن لأن الأفراد قد اتفقوا عليها مسبقا بمحض إرادتهم، فكل هذا يبين وبوضوح الطبيعة العقدية للتحكيم، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه عام 1973 مؤكدا صراحة على ذلك ومع ذلك صعب القول أن هذا الاتجاه كان محل تأييد سواء في الفقه الفرنسي أو العربي، فقد بالغ أصحاب هذا الاتجاه في دور الخصوم وإرادة الأطراف، فمهمة التحكيم ليس الكشف عن إرادة الأطراف وإنما حل النزاع.[2]

ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم.

اتخذ أنصار هذه النظرية موقفا وسطا بين الطبيعتين السابقتين فهم يوازون بين الطبيعة العقدية والطبيعة القضائية للتحكيم فيرون بأنه ذو طبيعة مركبة أو مزدوجة، فهذه النظرية جاءت لتفادي الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة.

---

[1]. ازاد شكور صالح: الوسائل **البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار– دراسة مقارنة**– المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2016، لبنان، ص228.

[2]. محمد بواط: **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007– 2008، ص27.

حيث يبدأ التحكيم تعاقديا من خلال اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، وأمر تنفيذه من قضاء الدولة محل التنفيذ، ومن ثم يضل التحكيم متحفظا بالصبغة التعاقدية إلى حين صدور الحكم فيصبح ذو طبيعة قضائية.[1]

وعلى الرغم من الحل التوفيقي الذي جاءت به هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد الذي يتمثل في ما يلي:

- إن هذا الاتجاه لم يعط حلا جذريا بل اختار الحل الأسهل الذي أبقى الخلاف قائما.
- إن هذا الاتجاه لم يميز بين حجية حكم التحكيم، وبين قوته التنفيذية، فحجية المر فيه تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره ولكن القوة التنفيذية لا تثبت له إلا بصدور أمر تنفيذي قضائي من السلطات المختصة.[2]

رابعا: الطبيعة المستقلة للتحكيم.

أساس هذه النظرية هو أن التحكيم وسيلة مستقلة لحل النزاعات دون أن يكون تصرفا قانونيا أو عملا قضائيا.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ما لم يؤخذ بعين الاعتبار هدف التحكيم والمنفعة المرجوة منه، أي الضمانات التي تجعل من الأطراف لا يلجئون إلى القضاء الرسمي لحل نزاعاتهم مثل: السرعة والسرية في غالب الأحيان.

وبعدما تم الوصل إليه من خلال بيان الاتجاه السابق، بأن التحكيم ليس بتصرف عقدي خالص ولا بقضاء خالص، فيمكن القول على ضوء هذا بان التحكيم: (يجب حصر العناصر ذات الطابع الإداري التعاقدي وتمييزها عن العناصر ذات الطابع القضائي بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل العناصر التعاقدية والقضائية، في تكوين نظام تحكيم وإعطائه طبيعة مستقلة).

---

[1]. أحمد بوخلخال: المرجع السابق، ص92.

[2]. أزاد شكور صالح: المرجع السابق، ص229.

فبعد استعراض الاتجاهات المختلفة للفقهاء حول طبيعة التحكيم لا بد لنا أن نتخذ موقفا من هذه الاتجاهات، ومن جانبنا نرى أن هذا الاتجاه هو الأنسب وذلك بسبب مرونته وتماشيه مع الواقع العملي لاعتماده على المنهج التحليلي، بإعطاء كل مرحلة وقتها المناسب دون تمييز، لذلك يجب تكييف التحكيم على أساس أنه نظام مستقل عن أي نظام قانوني آخر.[1]

الفرع الثالث: أنواع التحكيم.

لا يتخذ التحكيم الذي يعد الوسيلة لفض المنازعات القائمة بين الأفراد أو الجماعات صورة واحدة وإنما تعددت أشماله حسب ما إذا كان يستند إلى اتفاق خاص أو أن الالتجاء إليه يكون أمرا مفروضا على الخصوم بنص قانوني أو حسب ما تكون عليه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم. وللإحاطة بالموضوع سنقسم هذا الفرع إلى:

أولا: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.

التحكيم الاختياري أساسه إرادة الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة على الاتفاق فيما بينهم للجوء إلى حل النزاعات التي تثور بينهم إلى التحكيم واختيار المحكمين والإجراءات والقواعد المطبقة، فبالرغم من اتجاه إرادة الأطراف إلى هذه الوسيلة عن تراضي بينهما إلا أن الواقع العملي يشهد أحيانا تحكيما اختياريا يضطر أحد الأطراف إلى قبوله بسبب القوة الاقتصادية للطرف الآخر، أو حاجته إلى إبراز العقد الأصلي معه لما يقدمه من تمويل، ومع كل ذلك يعد تحكيما اختياريا.[2]

أما فيما يخص التحكيم الإجباري فيستفاد منه انعدام الإدارة وهي جوهر التحكيم حيث أن التحكيم مصدره الاتفاق والتحكيم الإجباري يعتبر منافيا للأصل، فلا يتصور إجراءه إكراها وأبرز مثال على ذلك المادة 90 لشروط اتفاقية الكوميكون لسنة 1968 التي تنص على أن جميع النزاعات المتعلقة ببيع البضائع بين منظمات التجارية الخارجية ونشأة

[1]. أزاد شكور صالح: المرجع السابق، ص ص229– 230.

[2]. والي نادية: **النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية**، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، بدون سنة، ص284.

عن العقد يجب حسمها عن طريق التحكيم، كما أن المشرع الجزائري قد نظم التحكيم الإلزامي بموجب الأمر الصادر في 1975/06/17.[1]

ثانيا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

يكون التحكيم وطنيا بصفة عامة إذا تعلق بنزاع يمس دولة واحدة دون غيرها في جميع عناصره (موضوع النزاع، جنسية الخصوم، جنسية المحكمين، القانون الواجب التطبيق، مكان صدور الحكم وتنفيذه).[2]

أما التحكيم الدولي هو التحكيم الذي يشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر سواء تعلق هذا العنصر بموضوع النزاع أو جنسية الأطراف أو موطنهم أو المحكمين أو إجراءات التحكيم أو مكان صدور الحكم أو أخيرا بمصالح التجارة الدولية.[3]

ثالثا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي.

1_ التحكيم الحر أو الخاص: هو ذلك التحكيم الذي يتولى الأطراف إقامته بمناسبة نزاع معين ولهم الحرية في اختيار وصياغة القواعد الإجرائية واختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الإجراءات المتبعة لفض النزاع،[4] ومن عيوب هذا النوع من التحكيم صعوبة تنبأ المتحكمين بالعقبات والمشكلات التي ستواجههم ومن ثمة عدم القدرة على الاحتياط لها في اتفاق التحكيم.

2_ أما التحكيم المؤسسي: هو الذي يتفق الأطراف على عرض النزاع القائم بينهما عن طريق مؤسسة تحكمية معينة، وفقا لقواعد التحكيم فيها حيث تتولى هذه المؤسسة عملية

---

[1]. أحمد بوخلخال: المرجع السابق، ص111.

[2]. سمية صخري: **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012– 2013،ص 23.

[3]. حسان نوفل : المرجع السابق، ص 20.

[4]. أحمد السمدان: "**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، يونيو، الكويت، 1993، ص189.

الإشراف المراقبة الإدارية على الدعوى التحكمية، وتقود الهيئة التحكمية المختارة لتعيين المحكمين أو أحدهم حسب اتفاق الطرفين.[1]

وهذا النوع من التحكيم هو أكثر شيوعا في مجال التحكيم في منازعات العقود الدولية، فهو يبعث الثقة والاحترام والهيبة في نفوس المتحكمين لما يجدونه في التحكيم المؤسس.

وما يعيب هذا النوع من التحكيم مقارنة بالتحكيم الحر هو أنه غالبا ما تكون تكلفته عالية.[2]

رابعا: التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح.

يطلق على التحكيم بالقضاء بالتحكيم العادي أو البسيط وهو الأصل أما التحكيم بالصلح فيرد استثناءا.

فالتحكيم بالقضاء هو التحكيم الذي يلتزم فيه المحكم بالفصل في النزاع بقرار أو حكم ملزم، على ضوء قواعد القانون بمعناه الواسع، القانون المكتوب والعرف، القانون الوطني، والقانون الذي يتفق عليه الأطراف، مع الأخذ بالأعراف التجارية.

وفيما يخص التحكيم مع التفويض بالصلح هو ذلك التحكيم الذي يفصل فيه المحكم طبعا لقواعد القانون ما لم يخوله الأطراف في اتفاق التحكيم، مهمته الفصل كمحكم مصالح.[3]

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم.

إن الأخذ بمبدأ جواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار له ما يسنده من مبررات تهدف أساسا إلى تحقيق مصلحة المستثمرين، كما نظام التحكيم هو خروج عن ولاية القضاء العادي إلى ولاية القضاء الخاص ويلعب هذا النظام دورا متزايدا في حسم المنازعات المتعلق بعقود الاستثمار، وهناك العديد من المزايا تدعوا الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم.

---

[1]. خالد كمال عكاشة: المرجع السابق، ص55.

[2]. لزهر بن سعيد: المرجع السابق، ص32.

[3]. سمية صخري: المرجع السابق، ص22.

الفرع الأول: مزايا التحكيم التجاري

إن واقع التحكيم أصبح يشكل عصبا مهما في تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول بعضها مع بعض أو بينها وبين الأفراد بعضهم مع بعض، سواء كانوا من جنسيات متعددة أو من جنسية واحدة وخاصة في مجال عقود الاستثمار والتجارة الدولية وذلك لما يحققه من مزايا لأطراف العلاقة القانونية وعليه سوف نذكر هذه المزايا فيما يلي:

أولا: سرعة الفصل في النزاع.

من أشد العيوب التي يعاني منها القضاء (العادي) هو بطئ إصدار الحكم و ذلك ناجم عن تراكم القضايا المعروض على القضاء، والخصوم يرغبون دائما في الحصول على حكم سريع يفصل في النزاع القائم، فالتحكيم يتميز بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروفة في وقت أقل.[1]

ومرجع ذلك المحكمين يكرسون جميع وقتهم للفصل في النزاع الماثل أمامهم.

بحيث تكون إجراءات التحكيم أكثر تبسيطا من تلك المتبعة أمام القضاء الوطني إلى جانب نهاية الحكم التحكيمي وعدم جواز الطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن.[2] الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الحصول على عدالة خاصة سريعة قدر الإمكان.[3]

ثانيا: سرية قضاء التحكيم

يتميز التحكيم بطابع السري لحل المنازعات خلافا للقضاء الذي يعتمد بالعلنية، فالتحكيم يتضمن سرية المعاملات.

---

[1]. محمد بواط: المرجع السابق، ص.33.

[2]. حسان نوفل: المرجع السابق، ص21.

[3]. هشام خالد: المرجع السابق، ص32.

يعتبر التحكيم أداة تشجيع الاستثمار على المستويين الوطني والدولي، كما أنه يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال التجارة الدولية ويشجع الاستثمار بين الدول فهو يطمئن المستثمر الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيقه .[1]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي

إن موقف الجزائر من التحكيم في البداية كان عدائيا لتبنيها للتوجه الاشتراكي، فقد كانت حريصة على ممارسة سيادتها الكاملة، إلا أن هذا الوضع بدأ يتغير نتيجة التغيرات السياسية والإيديولوجية التي عرفتها البلاد ولمواكبة الأوضاع الاقتصادية خاصة اقتصاد السوق.[2]من ذلك ما نص عليه دستور 23 فيفري 1989، الذي أكد على إمكانية اللجوء إلى قواعد التحكيم الدولي كضمان إضافي لصالح المستثمر الأجنبي وقد توضح الوضع بشكل نهائي بعد انضمام الجزائر في اتفاقية نيويورك 1958.[3]

حيث قام المشرع بتعديل وتنظيم قانون الإجراءات المدنية من خلال إدراج فصل خصص للتحكيم،[4] طبقا للمرسوم التشريعي رقم 09/93.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد فتح الباب على اعتماد التحكيم لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، وفي الحقيقة كان ضرورة فرضتها الأوضاع الاقتصادية التي منحت التحكيم الدولي مكاسب جديدة، حتى ولو كان ذلك على حساب المحاكم الوطنية.[5]

---

[1]. آزاد شكور صالح: المرجع السابق، ص ص 235،236.

[2]. فريدة عيادي: **سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن العقد التجاري الدولي**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص10.

[3]. المرسوم رقم 88/ 233، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك، بتاريخ 10 يونيو1958 الخاص باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الجريدة الرسمية، الجمهورية الجزائرية، العدد 48، المؤرخ في: 1988/11/23.

[4]. المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، المعدل والمتمم للأمر رقم 66/ 154 المؤرخ في 27 جانفي 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائري، العدد 27، الصادرة: 1993/04/27.

5. قرفي ياسين: **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008، ص94.

فقد أصبح مبدأ اللجوء إلى التحكيم كإجراء قانوني معترف به دوليا للفصل في المنازعات التي قد ينشأ بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي ومن أهم الضمانات الممنوحة صراحة للمتعاملين الأجانب وبالتالي التحكيم الدولي هو المرجع الأساسي.

ويقينا من المشرع أن المستثمر الأجنبي لن يوقع عقد الاستثمار إلا إذا كان شرط التحكيم في بنوده، وأكد مرة أخرى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 في مواده 1039 إلى 1061، أنه يبقى التحكيم التجاري الدولي وسيلة أو ضمان إجرائي لتسوية منازعات الاستثمار.[1]

1. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن القانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، المؤرخة في: 2008/04/23.

الخاتمة

من كل ما تقدم وعلى أساس دراسة موضوع الضمانات العقدية لحماية المستثمر الأجنبي، حاولنا من خلال هدا العرض بيان تلك الضمانات.

فقمنا في بادئ الأمر بإيضاح عقد الاستثمار الذي هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة أو إحدى هيئاتها مع شخص من أشخاص القانون الخاص، والتي تتعلق بالأنشطة التي تدخل في إطار الخطط التنموية للبلاد، وعليه فإن أطراف عقد الاستثمار وكطرف أول الدولة أو أحد مؤسساتها التابعة لها أما الطرف الثاني فهو المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا كما أن عقود الاستثمار تنقسم إلى عقود بترول وعقود التعاون الصناعي وعقود الأشغال الدولية وفيما يخص الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار فقد ثار خلاف حولها فهناك من اعتبرها من قبيلة العقود الإدارية، واعتبرها البعض اتفاقية دولية واعتبرها آخرون تلك العقود التي يحكمها القانون الخاص وهناك رأي اعتبرها ذو طبيعة مختلطة أما الرأي الراجح فقد اعتبرها ذو طبيعة الخاصة نضرا لطبيعة الأطراف وارتباطها بالخطط التنموية الاقتصادية.

وقد عملت الجزائر على تهيئة بيئة استثمارية ملائمة، وهذا بمنح ضمانات لجذب الاستثمارات الأجنبية ورؤوس الأموال إليها، من خلال تكريس المشرع الجزائري لمجموعة من الضمانات الموضوعية كالثبات التشريعي وحماية المستثمر الأجنبي من المخاطر غير التجارية والإجراءات التي تتخذها الدولة بإرادتها المنفردة من اجل تحقيق المصلحة العام وأيضا من خلال منح تعويض عادل ومنصف ولكن تلك الضمانات الموضوعية غير كافية لوحدها لتشجيع الاستثمار الأجنبي مما اقتضى ضرورة ارتباطها بضمانات أخرى إجرائية.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة، يمكن القول بان الضمانات التي كرسها المشرع الجزائري غير كافية لنجاعة عملية الاستثمار في الجزائر ما لم تجسد على ارض الواقع، فيجب إعادة النظر في السياسة الاستثمارية في الجزائر بشكل جيد.

أولا: نتائج المتوصل إليها

من خلال دراستنا التي قمنا بها لجميع مراحل البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

1. محاولة الجزائر في بذل جهود كبيرة من اجل جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وذلك من خلال وضع مجموعة من القواعد وتقديم لحل التسهيلات الإدارية.
2. إن الضمانات الموضوعية المقررة عن عقد الاستثمار في التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية غير كافية لوحدها ما لم تكن محاطة ضمانات إجرائية لحماية المستثمر الأجنبي.
3. شرط الثبات التشريعي هو شرط ينقسم إلى شروط تشريعية ترد بنود عقد الاستثمار ذاته وأيضا إلى شروط تعاقدية ترد ضمن قانون الدولة الجاذبة للاستثمار.
4. المشرع الجزائري لم يتحدث في قانون الاستثمار عن الحماية اللازمة من المخاطر السياسية وما تحتويه من اضطرابات مدنية وعدم الاستقرار السياسي والحروب الأهلية والدونية والذي من شأنه أن يتسبب في فقدان المشروع الاستثماري وعدم تعويضه.
5. من خلال دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار، فإن القانون الدولي للدولة المضيفة هو القانون الواجب التطبيق كأصل عام.
6. أنواع التحكيم في العقود الإدارية ثلاث أنواع: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي، التحكيم الاختياري والإجباري، وثالثا التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح.

ثانيا: الاقتراحات

على ضوء النتائج المتوصل إليها خلصنا إلى عدة اقتراحات نذكرها في ما يلي:

1. العمل على التطبيق الأحسن لمختلف الاتفاقيات المشجعة للاستثمار بحيث تخلق جوا ملائما ومستقرا لأداء أعمال المستثمر الأجنبي وحمايته من جميع المخاطر التي تهدد مشروعه.
2. إن توفير ضمانات قانونية من شأنها توفير مناخ استثماري كفيل بجذب رؤوس الأموال الخارجية إلا أنه ليس العامل الوحيد اللازم لدفع عجلة التنمية بل لا بد أن

تقترن تلك الضمانات المتميزة بالاستقرار السياسي والاقتصادي بضمانات موضوعية.

3. إن الاتفاق باللجوء إلى التحكيم هو اتفاق ينطوي على التزامات قانونية، يجب على الأطراف تنفيذها بحسن نية ويجب صياغة شرط التحكيم بدقة لكي لا يكون وسيلة سهلة لضياع الحقوق.
4. على المشرع أن يحسن صياغة شرط التحكيم في النصوص القانونية حتى لا ينحرف المحكم عن تطبيق المعنى الحقيقي مع ضرورة تحديد نوع التحكيم حسب طبيعة النزاع.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

I-القرآن الكريم: عن رواية ورش.

II- المعاجم:

جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، معجم لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، بيروت، لبنان، 1990.

III- النصوص القانونية:

- **الاتفاقيات:**

- اتفاقية واشنطن لـــ: 18 مارس 1965، الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بالدول ورعايا الدول الأخرى، المصادق عليها في الجزائر بمرسوم رقم 95/ 346 بتاريخ 30 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، رقم 66 بتاريخ 05/ 11/ 1995.

- **القوانين**

- القانون رقم 91- 11، المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، المؤرخ في 02 ديسمبر 1991.

- القانون رقم 08- 09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية، العدد21، المؤرخة في 23- 04- 2008.

- القانون رقم 16-09، المؤرخ في 3 غشت 2016 يتعلق بترقية الاستثمار.

- **الأوامر:**

- الأمر 75- 58، المؤرخ في 26 ديسمبر 1958، المتضمن القانون المدني للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05- 10، المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في سنة 2004.

- الأمر 66- 156، المؤرخ في يونيو 1966، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 49، المؤرخ في 11 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بقانون 06- 23 المؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

- الأمر 96/ 06، المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتضمن تأمين القرض عند التصدير، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

- الأمر 01- 03، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الإشهار، الجريدة الرسمية، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.

- **المراسيم:**

- المرسوم رقم 88- 233، المؤرخ في 05 نوفمبر 1988، يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك، بتاريخ 10 يونيو 1958، الخاص باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، المؤرخ في 23- 11- 1988.

- المرسوم التشريعي رقم 93- 09، المؤرخ في 25- 04- 1993، الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 154، المؤرخ في 27 جانفي 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 27 الصادرة في 27- 04- 1993.

- المرسوم التنفيذي رقم 01- 416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمار و أوراسكوم- الجزائر- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 80، الصادر بتاريخ 26 ديسمبر 2001.

ثانيا: المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1. الكتب:

- أحمد عبد الكريم سلامة: **قانون العقد الدولي**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002- 2001.

- أحمد عبد الله المراغي: **قواعد المحاكمة والتعاون الدولي في جرائم الاستثمار- دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأنجلو سكسونية والشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

- آزاد شكور صالح: **الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار- دراسة مقارنة**، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 2016.

- إيهاب عمرو: **التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية**، الطبعة الأولى، مؤسسة وراق، الأردن، 2014.

- بشار محمد الأسد: **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

- جابر فهمي عمران: **الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

- جلال وفاء محمدين: **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.

-حسان نوفل: **التحكيم في منازعات عقود الاستثمار**، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2010.

- حمادة عبد الرزاق حمادة: **عقود البوت Bot**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

- خالد كمال عكاشة: **دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

– دريد محمود السمرائي: **الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية**، الطبعة الأولى، مركز الدراسات الوحدة القانونية، بيروت، 2006.

– صلاح الدين جمال الدين: **التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

– علي ماهر: **آفاق الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر في ظل اتفاق الشراكة الأورو متوسطية**، مخبر الدراسات الاقتصادية المغاربية، 2002.

– عمر سعد الله: **تطور تدوين القانون الدولي الإنساني**، الطبعة الأولى، دار العرب الإنساني، بيروت، 1997.

–عمر هاشم محمد صدقة: **ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.

– عيبوط محند وعلي: **الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

–لزهر بن سعيد: **التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة**، دار هومة، الجزائر، 2012.

– محمد الروبي: **عقود التشييد والاستغلال والتسليم Bot**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

–محمد عبد الحميد إسماعيل: **العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الدولة**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

–محمودي مسعود : **أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية**، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، 2006.

– مرتضي جمعة عاشور: **عقد الاستثمار التكنولوجي**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

– هاشم علي الصادق: **الحماية الدولية للمال الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

– هشام خالد: **عقد الاستثمار**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

المقالات :

- ابراهيم محمد العقود: "**الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الدولية**"، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، العدد07، 2015.

-أحمد اسكندر: "**التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المدروسة بالطرق السلمية**"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد37، المجلة02، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1999.

-أحمد السمدان: "**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، يونيو، الكويت، 1993.

- عالية يونس الدباغ، وسن مقداد: "**عقد الاستثمار**"، جامعة الموصل، كلية الحقوق، مجلة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد02، شباط 2009.

- عبد الهادي رياض سرمد: "**الاستيلاء المؤقت على العقارات**"، مجلة الحقوق، العدد 02، مجلد 15، جامعة البحرين، جويلية 2013.

- غسان عبيد محمد المعموري: "**شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول**"، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة بغداد، العراق، 2009.

- ميلود سلامي: "**الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر**"، مجلة الباحث للدراسات القانونية، العدد06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، جوان 2015.

2. الرسائل العلمية:

- **رسائل دكتوراه:**

-حسين نوارة: **الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر**، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2003.

-عدلي محمد عبد الكريم: **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة دكتوراه، قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/ 2011.

-والي نادية: **النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية**، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

- **رسائل ماجستير:**

- أحمد بوخلخال: **نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي- تطبيقاته في الجزائر-**، رسالة ماجستير في القانون الدولي العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2012/ 2013.

- راشد بن ناصر بن مسفر المري: **عقوبة المصادرة والإتلاف في جرائم المخدرات في النظام السعودي- دراسة تأملية مقارنة تطبيقية**، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2010.

- زياد برابح: **تطبيقات القانون الدولي الإنساني على الحروب الأهلية**، رسالة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر01، 2011/ 2012.

-سمية بوجلال: **التحكيم في النزاعات الدولية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012.

- سمية كمال: **النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2003.

-سهام بجاوية: **الاستثمارات العربية البيئية ومساهمتها في تحقيق التكامل الاقتصادي العربي**، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2005.

- فريدة عيادي: **سلطة المحكم في موضوع حل النزاعات المترتبة عن عقد التجاري الدولي**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000.

- قرفي ياسين: **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008.

- محمد بواط: **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007/ 2008.

-نصير عاشوري: **ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري**، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2010.

- **مذكرة ماستر:**

-سمية صخري: **التحكيم في منازعات العقود الإدارية**، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012- 2013.

3. الملتقيات:

-قرفي ياسين : **الحد من سلطات الدولة كشرط ضمان لإبرام عقود الاستثمار**، الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في دول المغرب العربي، يومي 22 و23 فيفري 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

- كسال سامية: **دور الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي_ عقود البترول نموذجا**، الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في دول المغرب العربي، يومي 22 و23 فيفري 2016، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

- محمد الصغير بعلي: **النظام القانوني لنزع الملكية العقارية للمنفعة العامة**، الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2013.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية.

Mahmoud salem : « **le développement de la protection conventionnel des investissements étranges** », journal de droit international ,N :03 ,1986 .

ثالثا: المواقع الإلكترونية:

-عبد الوهاب بوكروح: "**مفاوضات بين "سوناطراك" و"أناداركو" لتسوية نزاع حول مليار دولار**"، بوابة الشروق، منشورة على الموقع:

http : // www.echorouk online. Com/ ara/ news : 8564 D outpust- type : rss. (2017.04.20) h: 20:00.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المـــــحتوى	الصفحة
شكر وعرفان	/
الاهداء	/
مقدمة	أ- د
مبحث تمهيدي: ماهية عقد الاستثمار	
المطلب الأول: تعريف عقد الاستثمار	**07**
المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار	**09**
الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار	**10**
الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي	**11**
أولا: الشخص الطبيعي	**11**
ثانيا: الشخص الاعتباري	**11**
1. معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء	**12**
2. معيار التأسيس	**12**
3. معيار مركز الاستغلال	**12**
4. معيار مركز الإدارة الرئيسي	**12**
5. معيار الرقابة	**13**
المطلب الثالث: النماذج المختلفة لعقد الاستثمار	**13**
الفرع الأول: عقود البترول	**15**
أولا: عقود الامتياز	**15**
ثانيا: عقود المشاركة	**15**
ثالثا: عقود المقاولة	**16**
الفرع الثاني: عقود التعاون الصناعي	**16**
أولا: عقود نقل التكنولوجيا	**16**

ثانيا: عقود المساعدة الفنية	**16**
ثالثا: عقود تسليم المفتاح	**17**
رابعا: عقود تسليم المنتج في اليد	**17**
الفرع الثالث: عقود الأشغال العامة الدولية	**17**
المطلب الرابع: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار	**18**
الفرع الأول: عقد الاستثمار عقد إداري	**18**
الفرع الثاني: عقد الاستثمار عقد خاص	**19**
الفرع الثالث: عقد الاستثمار اتفاقية دولية	**20**
الفرع الرابع: الطبيعة المختلطة لعقد الاستثمار	**20**
الفصل الأول: الضمانات الموضوعية المقررة عن عقد الاستثمار	
المبحث الأول: احترام النصوص المقررة في القانون و شروط العقد.	**24**
المطلب الأول : شرط الثبات التشريعي	**24**
الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي	**24**
أولا: الشروط التعاقدية	**25**
ثانيا: الشروط التشريعية	**25**
الفرع الثاني: أهداف الثبات التشريعي	**26**
الفرع الثالث: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي	**27**
أولا: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي	**27**
ثانيا: أمثلة عن أهم قضايا الثبات التشريعي	**29**
1. القضية الجزائرية بين شركة سوناطراك وشركة أناداركو الأمريكية.	**29**
2. قضية الشركة AGIP ضد الكونغو	**30**
المطلب الثاني: عدم التعديل العقد أو إلغائه	**31**
المبحث الثاني: حماية الملكية من المخاطر غير التجارية	**34**

المطلب الأول: تعريف المخاطر السياسية وبيان أنواعها	**34**
الفرع الأول: تعريف المخاطر السياسية	**34**
الفرع الثاني: أنواع المخاطر السياسية	**36**
أولا: التأميم	**36**
ثانيا: نزع الملكية	**37**
ثالثا: المصادرة	**38**
رابعا: الاستيلاء	**39**
خامسا: عدم الاستقرار السياسي	**40**
سادسا: الحرب الأهلية و الدولية	**41**
1. الحرب الأهلية	**41**
2. الحرب الدولية	**41**
سابعا: الاضطرابات المدنية	**41**
ثامنا: العقوبات الدولية	**42**
المطلب الثاني: الحماية بواسطة التعويض	**42**
الفرع الأول: مضمون الالتزام بالتعويض	**42**
الفرع الثاني: خصائص التعويض	**43**
أولا: التعويض المسبق	**43**
ثانيا: التعويض العادل	**44**
ثالثا: التعويض المنصف	**44**
الفصل الثاني: الضمانات الإجرائية المقررة عن عقد الاستثمار	
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق	**47**
المطلب الأول: اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على عقد الاستثمار	**47**
الفرع الأول: خضوع عقد الاستثمار لقانون الإرادة	**47**
أولا: تكريس حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق	**48**

ثانيا: تحديد قانون الإرادة	**48**
1. الاختيار الصريح	**48**
2. الاختيار الضمني	**49**
الفرع الثاني: الاختيارات المتاحة أمام الأطراف في عقود الاستثمار	**49**
المطلب الثاني: انعدام اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق	**50**
الفرع الأول: اخضاع عقد الاستثمار للقانون الوطني للدولة المضيفة	**51**
الفرع الثاني: تحرير عقود الاستثمار من سلطان القانون الوطني للدولة المتعاقدة	**54**
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من القانون واجب التطبيق	**55**
المبحث الثاني: اللجوء إلى التحكيم	**56**
المطلب الأول: ماهية التحكيم	**57**
الفرع الأول: تعريف التحكيم	**57**
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم	**58**
أولا: الطبيعة القضائية للتحكيم	**58**
ثانيا: الطبيعة العقدية للتحكيم	**59**
ثالثا: الطبيعة المختلطة للتحكيم	**59**
رابعا: الطبيعة المستقلة للتحكيم	**60**
الفرع الثالث: أنواع التحكيم	**61**
أولا: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	**61**
ثانيا: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي	**62**
ثالثا: التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي	**62**
رابعا: التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح	**63**
المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم	**63**
الفرع الأول: مزايا التحكيم التجاري	**64**

أولا: سرعة الفصل في النزاع	**64**
ثانيا: سرية قضاء التحكيم	**64**
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التحكيم التجاري	**65**
الخاتمة	**68**
قائمة المصادر والمراجع	**72**
الفهرس	**80**

الملخص:

تحتل الاستثمارات الأجنبية أهمية بالغة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول، كما أنها تعتبر أداة رئيسية لانتقال المعرفة العلمية والتكنولوجية، إلا أن استقطاب هذه الاستثمارات ليس بالأمر السهل في ظل المنافسة بين الدول وإن دخول أي استثمار في أي بلد مرهون بضمانات مقدمة من الدول الجاذبة للاستثمار.

ومن أهم هذه الضمانات العقدية التي يتم الاتفاق عليها من قبل الأطراف و تندرج ضمن عقد الاستثمار.

وقد كرس أيضا المشرع الجزائري جملة من المبادئ القانونية التي تنظم الاستثمار في الجزائر من خلال مبدأ الثبات التشريعي، كما حاول حماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية والإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة، وأيضا ضمان التعويض العادل والمنصف للمستثمر إلا أن كل هذه الضمانات المقررة قانونا غير كافية لوحدها لتشجيع الاستثمار الأجنبي ما لم تقترن بضمانات أخرى تجسد الحماية الإجرائية والقضائية للاستثمار كالقانون الواجب التطبيق واللجوء إلى التحكيم