وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج –

University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi–Bba

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة بـ

أليات القانونية لحماية عقود الإستثمار في الجزائر

إعداد الطلبة:

- سعودي نور الهدى
- سلامة بلقاسم

إشراف الدكتورة:

*بن مالك إسمهان

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة	الصفة
ماني عبد الحق	أستاذة محاضر – أ–	رئيسا
بن مالك إسمهان	أستاذ محاضر –ب–	مشرفا ومقررا
رفاف لخضر	أستاذ محاضر –ب–	ممتحنا

السنة الجامعية 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والحمد لله على نعمه

توكلنا على الله ولا حول ولا قوة إلا بالله

أتقدم جزيل الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة

الدكتورة "بن مالك إسمهان"

اقدم جزيل الشكر لأي شخص ساهم في كتابة هذه

المذكرة وفي الأخير كلمات شكر وتقدير لأولياء أمورنا

على كلمات التشجيع إضفاء الروح المعنوية في إكمال هذه

المذكرة بنجاح.

إهداء

إلى من أفضلها على نفسي ولو لا فلقد ضحت من أجلي ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي على الدوام

أمي الحبيبة

نسير في دروب الحياة, وبيقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة فلم يبخل على طيلة حياته

والدي العزيز

إلى إخوتي من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب إلى جميع أساتذتي الكرام وإلى أصدقائي وجميع من وقفوا بجواري وساعدوني بكل ما يملكون وفي أصعدة كثيرة.

أهدي لكم هذا البحث وأتمنى أن يحوز على رضاكم

نور الهدى

مقدمة

مقدمة:

يعتبر الإستثمار بشكل عام جزء من الإقتصاد الذي كان سببا في تقدم ورقي المجتمعات، أما المجتمعات النامية فالسبيل أمامها مازال بعيد للإهتمام بالإستثمار والتوسع في مجالاته حتى تستطيع مواكبة الإقتصاد العالمي.

يتزايد الإهتمام بالإستثمار بتزايد حاجة الإقتصاد لمزيد من الإستثمارات خاصة الجانبية، و يمتد هذا الإهتمام لجميع الدول المتقدمة و النامية على حد سواء، إلا ان هذه الأهمية تظهر واضحة في الدول النامية التي تسعى بدورها لتحقيق تطور اقتصادي ، لذلك تسعى جاهدة لتدارك واقعها الإقتصادي الذي يحتاج توافر موارد مالية ضخمة و تكنولوجيا متقدمة تعجز هذه البلدان عن توفيرها ذاتيا.

شهدت الجزائر في السنوات الأخيرة اصلاحات لتحسين مناخ الإستثمار فيها، من خلال تهيئة الأوضاع و الظروف المناسبة لجذب الإستثمارات الأجنبية، وذلك باستخدام الإطار الإقتصادي المناسب كذلك الإطار القانوني الواضح، و توفير الظروف السياسية المناسبة حيث كان هذا الأخير يشكل عائقا أمام المستثمر، فالإضطرابات السياسية التي عرفتها الجزائر في السنوات الأخيرة أثرت سلبا على الإستثمار المباشر فيها ،خاصة بعد أن كشفت أزمة إنهيار أسعار البترول لسنة 1986م فشل النموذج الإشتراكي المتبع أين كانت الدولة هي المحتكر الوحيد للقطاع الاقتصادي، إذ أن هذه الأزمة أثرت كثيرا على الإقتصاد نتيجة انخفاض المداخيل من العملة الصعبة، و ارتفاع حجم المديونية، هذا الشيء الذي جعل الحكومة الجزائرية تفكر في إصلاحات هيكلية محاولة إرساء قواعد اقتصاد السوق، والبحث عن بدائل للموارد الإقتصادية خارج المحروقات .

من هذا المنطلق وبغية إنعاش الإقتصاد لم تجد السلطات العمومية أمامها سوى إعتماد نظام تشجيع وحماية الاستثمارات التي تعد قناة تدفق عبرها خيرة، والمعرفة العلمية والفنية وكذلك تدفق رؤوس الأموال لهذا على نطاق الإقتصاد العالمي، يحتاج العالم

العربي ومنهم الجزائر لكافة الوسائل التي تهدف إلى تحسين المناخ الإستثماري وتوفير الحرية والضمانات لجلبه، لا يقتصر الأمر على تطوير البيئة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية والإعلامية لجذب الإستثمار فالبيئة القانونية تشكل أيضاضمانة لهذا الجذب والإستقطاب، إذ توضح المخاطر التي تتعرض لها الإستثمارات وتساعد على إزالة المخاوف بشأنها، فاعتمدت الجزائر على إصدار ترسانة قانونية الغرض منها تطبيق برنامج إصلاح هيكلي لإنعاش إقتصاد و تهيئة مناخ ملائم لاستثمار، مع إعطاء الأولوية لاستثمارات الأجنبية لغرض استقبال رؤوس الأموال الآتية من الخارج ناهيك عن الخبرة و التكنولوجية الأجنبية التي تعود بالفائدة على الإقتصاد الجزائري.

ومع توسع التجارة الدولية التي أدت إلى زيادة المعاملات في المشاريع الاستثمارية و ازدياد عقود الاستثمار التي تعتبر بالنسبة للجزائر الركيزة التي يتم بواسطتها بناء هياكل الاقتصادية الثابتة و التي ينبغي من ورائها تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة ،هذه الأخيرة التي تظهر كطرف في عقود الاستثمار جنبا إلى جنب مع شخص طبيعي أو معنوي، و هو الأمر الذي يميز هذا النوع من العقود التي تقوم على أساس علاقة غير متكافئة بين الأطراف المتعاقدة فيه، باعتبار الدولة تملك الحق في تنظيم الاستثمارات بحسب ما جاء في ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية أنه: "لكل دولة الحق في تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها ووفقا لأهدافها وأولوياتها القومية" .هذا ما يعكس بصورة واضحة عدم التوازن الطبيعي الذي يميز عقود الاستثمار، و بالتالي فإن أكبر العوائق التي تواجه الاستثمار هي تخوف المستثمر الطرف الثاني في العقد من المناخ التشريعي لدولة، ومن استعمالها لسلطاتها في تعديل تشريعاتها الوطنية التي يخضع إليها عقد الاستثمار.

لأجل ذلك تحتاج هذه العقود إلى مناخ استثماري أكثر استقرارا و ملائمة لان المستثمرين وخاصة الأجانب يبحثون حيث يوجد القدر الكافي من الحماية و الضمان و الاستقرار، و هذا ما تسعى إليه الجزائر من خلال سياستها التشريعية التي بدورها تمنح العديد من الضمانات للاستثمارات و من ثمة المستثمر، فالضمان لغة يعني "الكفالة و الالتزام" أما من الناحية القانونية فهو " الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقرر له "، و تقصد هنا المستثمر، هذا كي يقدم للعمل و هو ضامن لنتائجه. فان كان وجود سياسة استثمارية واضحة، و مستقرة نسبيا كفيل ببث الثقة في نفوس المستثمرين، فبالتالي التعبير الرسمي عن هذه السياسة على قدر كبير من الوضوح و الدقة في الصياغة، بحيث يضفي الشفافية على العلاقات التعاقدية الاستثمارية، و تعتبر مسالة تضمين مختلف القوانين بالآليات و الضمانات التي تحمي هذه العلاقة التعاقدية والسهر على تطبيقها تشكل محور اهتمام المستثمر باعتباره طرف في العلاقة، والفيصل في اتخاذ قراره الاستثماري لأنها بمثابة المؤشر الذي يدل على نية الدولة و مصداقيتها في التخلي تدريجيا عن دورها في تسيير الاقتصاد و فتح المجال أمام المستثمرين الخواص للتكفل بأعباء التنمية الاقتصادية.

فبالتالي خلق بيئة ملائمة لاستثمار، يتطلب إيجاد إلية فعالة و محايدة لحماية عقوده المبرمة بين الدولة ذات السيادة أو احد الأشخاص الاعتبارية العامة التي تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له المستثمر الطرف الثاني اذا كان أجنبي، هذه الألية يستوجب تراعي خصوصيته الفنية و القانونية المعقدة .

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع في لمحدودية تناوله على مستوى الأبحاث و الدراسات، و تكمن في معرفة الدور الكبير الذي لعبته المنظومة القانونية للجزائر في التأثير على العملية الاستثمارية، حيث أن لها تأثير إيجابي يتمثل في توفير الحماية اللازمة لهذا النوع من العقود لإنجاح هذه الاستثمارات باعتبار هذه الأخيرة نقطة التحول

في مسار الدولة، و الدور البالغ الذي تشكله في تحقيق التنمية المرجوة للدول النامية وأساس تطورها لقيام الاقتصاد الوطني، كما يحقق عوائد كبيرة للمستثمر ومزايا سياسية واقتصادية للدولة المصدرة للاستثمار، كما تظهر أهمية الموضوع من خلال استظهار دور و مكانة آليات القانونية لحماية عقود الاستثمار في الجزائر، بحيث تكفي لإعطاء قدر كاف من الحماية لرؤوس أموال المحلية و الأجنبية و المشاريع الاستثمارية العامة، كما لها أهمية بالغة عندما يتعلق الأمر بتوفير مناخ ملائم لاستثمار وجذب أكبر عدد من الاستثمارات.

إضافة إلى تلك الأهمية، فان المستثمر يبحث عن الوسائل كفيلة و فعالة لحماية مشروعه الاستثماري، و خاصة الوسائل التي تمنح المستثمرين الأجانب الثقة و الطمأنينة عند تعرض مشاريعهم إلى لمختلف المخاطر، كنزع الملكية و الاستيلاء، و غيرها ....

أسباب إختيار الموضوع: تظهر أسباب اختيار الموضوع فهي متعددة بين ما هو شخصي وما هو موضوعي.

الأسباب الشخصية : في الميول إلى دراسة والتعمق في مختلف مواضيع الاستثمار كونه من المحددات المصيرية لاقتصاد مختلف الدول. مما يدفعنا للبحث عن الوسائل التي تضمن استمرارية عقوده،

الأسباب الموضوعية: تتمثل في قلة الدراسات المتطرقة لهذا الموضوع خاصة في الجزائر، ومعرفة فعالية الجهود التي تبذلها الدولة في سبيل استقطاب رؤوس الأموال و إقامة استثمارات ضخمة كبديل عن الاعتماد الكلي على البترول و الغاز. و لعل اهم سبب دفعني أيضا إلى اختيار هذا الموضوع هو تساؤل حيرني تجلى في ما ستتبعه الدولة من ترسانة قانونية تنظم عملية الاستثمار.

أهداف الموضوع: تتجلى أهداف الموضوع في المساهمة في النقاشات التي تثار في الوقت الحاضر في الدول النامية حول ضرورة تفعيل دور الاستثمار في التنمية

الاقتصادية ،وذلك بتبني و انتهاج سياسات طموحة في مجال الاستثمار تعمل على المزيد من الإغراءات و الحوافز هذا من جهة، و تذليل المعوقات و الحواجز التي تعترض الاستثمار من مخاطر، إضافة إلى تسليط الضوء على الآليات التي أقرها المشرع لحماية المستثمر وعقد الاستثمار في ظل المنظومة القانونية التي عمدت على تحضيرها الجزائر ,والذي حرص المشرع فيها على توفير بيئة ومناخ ملائم للاستثمار.

صعوبات الموضوع: مما لاشك فيه أن لكل بحث صعوبات تعترض الباحث أثناء إعداده لبحثه، من أهم الصعوبات التي واجهتنا ندرة المراجع الوطنية , مع صعوبة الاعتماد على المراجع الأجنبية باعتبار ان قانون الاستثمار الجزائري نتاج لاتفاقيات و معاهدات أجنبية صادقت عليها الجزائر، فبالتالي هناك معاملات في مجال الاستثمار تمت باللغة الأجنبية , لم نتمكن من ترجمة هذه الاخيرة بالدقة المطلوبة ,لكن هذا لم يقلل من عزيمتنا في تجميع المادة العلمية من مختلف المراجع المعروفة.

إشكالية الموضوع:

تتمثل إشكالية الدراسة في معالجة و مناقشة الأحكام القانونية المتعلقة بحماية عقود الاستثمار و كل ما يتعلق بالأليات المنصوص عليها في قانون الاستثمار و خاصة ما جاء به القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار و القانون 18/22 المتعلق بالاستثمار و كذلك البحث في مدى فعاليتها في تحقيق الأهداف التي صدر هذا القانون من أجلها و المتمثلة في بناء قاعدة اقتصادية صناعية و تجارية منتجة للثروة كبديل عن المحروقات و تمحورت إشكالية الموضوع في التساؤل التالي:

- **ما مدى فعالية النظام القانوني الذي كرسه المشرع الجزائري لحماية عقود الإستثمار؟**

المنهج الدراسة :للإلمام بهذه الإشكالية ونظرا لتعقدها وتشعبها ومحاولة مناقشة جميع أبعاد وتفاصيل هذا الموضوع سلكنا **المنهج الوصفي** من خلال تحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة، كما اعتمدنا على **المنهج التحليلي** المناسب ومقتضيات طبيعة موضوع بحثنا. الذي بدوره قائم على تحليل النص القانوني محل الدراسة للوصول إلى تقييمه في نهاية البحث.

خطة البحث:

لإجابة على الإشكالية المثارة تم تقسيم كالاتي: الفصل الأول :تطرقنا إلى ماهية عقود الاستثمار و المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها, و قسم إلى مبحثين المبحث الأول: ماهية عقود الاستثمار , المبحث الثاني المخاطر التي يتعرض لها عقد الاستثمار.

أما الفصل الثاني تضمن: القواعد والأليات القانونية المعتمدة من طرف المشرع الجزائري لحماية الاستثمارات التي تكفل استمرار هذه العقود, فبدوره قسم إلى مبحثين المبحث الأول: احترام الثقة المتبادلة بين الدولة و المستثمر المبحث الثاني: الضمانات تسوية منازعات عقود الاستثمار.

و خاتمة أوجز فيها خلاصة ما البحث من أشكال حماية القانونية لعقود الاستثمار في القانون الجزائري بالإضافة إلى جملة من المقترحات التي راينا أهميتها في السياق العام القاضي بإعادة النظر في المنظومة الاستثمارية الحالية بهدف تفعيل الأوجه الإيجابية و إلغاء أو تعديل ما كان معرقلا لاستثمار.

الفصل الأول:

ماهية عقود الاستثمار والمخاطر التي تتعرض لها

الفصل الأول: ماهية عقود الاستثمار والمخاطر التي تتعرض لها

ازدادت أهمية عقود الاستثمار التي تبرمها الدول النامية، فأصبحت ترى فيها أفضل ما هو متاح من مصادر التمويل الخارجي بمساهمتها الفعالة في تحقيق التنمية المرغوبة من خلال خلق فرص عمل و نقل التكنولوجيا الحديثة و توريث نظام التسيير المتقدمة إضافة إلى دعم القدرات التنافسية، ولتحقيق هذا تلجا معظم الدول إلى إبرام نماذج متعددة من هذه العقود مع خلق مناخ ملائم لضمان استمراريتا.

عقد الاستثمار هو طائفة من العقود يبرم بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومستثمر وطني كان أو أجنبي، ومركز الدولة في هذه العلاقة العقدية يجعلها تتمتع ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر المتعاقد معها مستمدة من سيادتها الإقليمية خاصة. هنا تظهر الطبيعة الخاصة التي تتميز بها هذه العقود، الطرف الأول هو الدولة ذات سيادة أما الطرف الثاني فهو المستثمر الذي لا يتمتع بأدنى قدر من السيادة, هذا ما يؤدي إلى ضرورة إيجاد نظام قانوني يحمي طرفي العلاقة، ففي ظل هذه الاختلافات الجوهرية، في أهداف و مصالح كل من الطرفين، يتم تحديد الأهمية البالغة لدراسة موضوع الآليات القانونية لحماية عقود الاستثمار التي تفرض علينا أولا تحديد المفاهيم الأساسية لهذه العقود و أطرافها و الخصوصية التي تميزها ,يكون ذلك من خلال التطرق إلى ماهية عقود الاستثمار ، و بالنظر إلى المجهودات التي قامت بها الدول النامية منهم الجزائر من اجل توجيه الاستثمارات نحوها، لكن يبقى هناك إعراض من المستثمرين خاصة الأجانب عن الاستثمار فيها خوفا من تعرض استثماراتهم للمخاطر التي عادة ما يرتبط وجودها بهذه الدول، و يعزي ذلك لظروف التاريخية التي مرت بها هذه الدول أهمها التأمينات التي قامت بها هذه الاخيرة في سبعينيات الماضية و عدم الاستقرار السياسي فضلا عن كون الاستثمار في حد ذاته مخاطرة يتساوى فيها احتمال الربح و الخسارة, هذه الحاجة التي أدت إلى توفير بيئة قانونية تحمي عقود الاستثمار من المخاطر التي تتعرض لها و التي سيتم معالجتها حيث يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول ماهية عقود الإستثمار، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا إلى المخاطر التي يتعرض لها.

المبحث الأول: ماهية عقود الإستثمار

يعتبر الاستثمار ركيزة أساسية للتنمية الاقتصادية، لأنه يشكل إضافة إلى الطاقة الإنتاجية وزيادة الثروات لما ذلك من أثر في إشباع الحاجات وتوفير الخدمات فحرية الاستثمار تحسب من خلال الانفتاح على النشاطات الاقتصادية مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية لهيئته.

أمام كل هذه المزايا التي ينتحلها الاستثمار لدول النامية نجد الدور البالغ الذي تشكله عقود الاستثمار في تحقيق التنمية لهذه الدول، فبما أنها الوسيلة القانونية التي تتم بمقتضاها الاستثمارات يستوجب دراسة الملامح الأساسية لهذه العقود. باعتبارها من المفاهيم المتجددة ينبغي علينا البحث حول الجوانب المختلفة لها.

بناءا على ذلك سيتم التعرف اكثر على مفهومها المطلب الأول، و بسبب تعدد الآراء و اختلاف المضامين المعطاة لهذا العقد و الخلط الذي يقع فيه بعض الباحثين بين هذا العقد و العقود الأخرى يجب تحديد خصوصيته المطلب الثاني .

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستثمار

تقتضي دراسة عقد الاستثمار ، معرفة ما يتضمنه من معاني و مفاهيم الفرع الأول، إذ رغم الاهتمام الذي لاقته عقود الاستثمار من قبل الفقه، إلا انه لم يتوصل إلى تحديد دقيق لهذه العقود، و يعتبر عقد الاستثمار اتفاق بين دولة ذات سيادة مضيفة لرؤوس الأموال و مستثمر يلتزم و يتعهد بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية لاقتصاد الوطني, حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة طرف الأول في العقد , وينقل القيم الاقتصادية إليها من اجل خلق نشاط اقتصادي محدد ,مقابل الاعتراف للمستثمر بمزايا و ضمانات تؤدي إلى حمايته و تحقيق أرباح المؤسسة, و اكثر ما يميز هذا النوع من العقود عن غيرها من العقود مبرمة في اطار العلاقات التجارية الدولية هو عدم التساوي

و المتكافئ بين أطرافه, التي تتمثل في الدولة ذات السلطة العامة و السيادة و المستثمر يكون أما شخص طبيعي أو اعتباري .

لذلك سنتطرق إلى دراسة تعريف عقود الاستثمار الفرع الاول ، و أطرافه الفرع الثاني

الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار

يمثل عقد الاستثمار القالب الشكلي و القانوني لاستثمار سنتناول في هذا الفرع تعريفه اللغوي, الاصطلاحي, كما يلي:

أولا: لغة

1-الاستثمار لغة: كلمة استثمار مصدر لفعل استثمر يستثمر و هو مشتق من الثمر بمعنى الثمر و هو خمل الشجر الثمر هو أنواع المال، و هو أيضا الذهب و الفضة، وفي قوله تعالى :"و كان له ثمر فقال لصاحبه و هو يحاوره أنا أكثر منك مالا و اعز نفرا ".

فهو مال و مكان من ثمر فتح الثاء فما كان في القران من ثمر من الثمار، وثمر ماله نماه، ويقال ثمر هللا مالك: أي كثره /و أثمر الرجل :أي ثمر ماله .[1]

أما الاستثمار المال لغة فيراد به طلب ثمر المال و هو ماؤه و نتاجه هو التضحية بالمنفعة خالية يكن تحقيقها من خلال تشبيع استهلاك مالي و ذلك بغرض الحصول على منفعة مستقبلية اكبر .[2]

كلمة استثمار في مفهومها اللغوي تعني طلب الحصول على الثمرة، وثمرة الشيء هي ما يتولد عنه أو الانتفاع المقصود منه، وثمر الدجل ماله أي أحسن القيام عليه ونماه، ومعنى كلمة استثمار في المصطلحات الاقتصادية العالمية لا يخرج عن معناها اللغوي،

[1] بوهادي محمد، عقد الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص6 .

[2] فدواري فاطمة الزهراء، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر،، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016، ص7 .

إذ يقصد بها عند الاقتصاديين الزيادة والإضافة الجديدة في ثروة المجتمع ومثل ذلك أنشاء المباني والمزارع والمصانع ومختلف المشروعات الأخرى التي تعد رفع للرصيد الاقتصادي للمجتمع.[1]

2- العقد لغة :أصل كلمة العقد في اللغة هو الرابط والوصل ويأتي هذا المعنى من عقد الشيء بغيره وهو وصله به كما تعقد وتربط الحبل بالحبل ومنه يقال عقد فلان بينه وبين فلان عقدا.[2]

يأتي العقد بمعنى العهد يقول سبحانه وتعالى بعد بسم الله الرحمان الرحيم "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[3]، وتعني هنا العقود العهود وقد استعملت لفظة عقد حديثا لتعويض لفضة التي نقلت إلى القوانين الرومانية من التعاملات الدينية ودليل ذلك أنه لوقت قريب كان الائتمان قائما على عهد أو ما يطلق عليه كلمة الرجال.[4]

ثانيا: اصطلاحا

1-الاستثمار اصطلاحا: تعددت محاولات تعريف الاستثمار من قبل رجال الاقتصاد ،واختلف مفهومه، يعرف الاستثمار على انه عملية اقتصادية ويستمد أصوله من علم الاقتصاد و له صلة وثيقة بمجموعة من المفاهيم الاقتصادية و من أهمها الادخار الدخل الاستهلاك و ان الهدف الأساسي الذي قام لأجله الاستثمار ،هو المحافظة على راس المال أو تنمية و لقيام مفهوم الاستثمار لابد من وجود فوائض مالية ،ورغبة في تخلي

[1] احمد سمير ابو الفتوح، دور القوانين و التشريعات في جذب الاستثمار، المكتب العربي للمعارف، ط1، 2015، ص 9.

[2] .محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، بن عكنون الجزائر، 2006، ص 18.

[3] سورة المائدة، أية 01.

[4] محمودي مسعود، المرجع نفسه، ص 19

عنها في الوقت الحالي ،و الفائض هنا متمثل في :- فرق بين الدخل و أموال الاستهلاك .[1]

2-التعريف القانوني لاستثمار:

عرف المشرع الجزائري الاستثمار في المادة 2 من القانون رقم 09/16 المؤرخ في 29 شوال 1437 و المتضمن قانون المالية لسنة 2016[2]: "انه يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يأتي اقتناء أصول تندرج في اطار استحداث نشاطات جديدة، و توسيع قدرات الإنتاج أو اعادة تأهيلا للمساهمات في راس مال الشركة".

2- تعريف عقد الاستثمار: ليس من السهل وضع تعريف جامع و شامل لعقود الاستثمار، نظرا للطبيعة الجد معقدة التي تتصف بها، خاصة فيما يتعلق بالعناصر المكونة لها :

3-التعريف الفقهي لعقود الاستثمار :

هناك جانب من الفقه و على رأسهم الأستاذ McNair يعتمدون في تعريفهم لعقد الاستثمار إلى تعداد للعناصر التي تعتبر من وجهة نظرهم مرجحة لاعتبار عقد ما من العقود الدولية و من اهم هذه العناصر:

- يتم إبرام هذه العقود بين حكومة من جانب و بين شخص اجنبي يتمتع بالشخصية القانونية بناء على أحكام قانون الدولة التي يتبعها هذا الشخص .

[1] بوهادي محمد، المرجع السابق، ص7.

[2] المادة 2 قانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال 1437 و المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر، العدد 46، الصادرة في 2016/08/03 ص 18.

- تتسم هذه العقود بطول مدتها ،فهي لا تنصب على عملية واحدة، و أنما تتعلق باستغلال الموارد الطبيعية لفترة زمنية طويلة، على نحو يتم معه إقامة منشأت و تجهيزات دائمة .....[1]

أما الأستاذ G.cohenjonathan يعرف عقود الاستثمار على أنها :" اتفاق استثمار رؤوس أموال خاصة لمدى الطويل ،بين الدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي و شخص اجنبي ،يكون الهدف منه استغلال مرفق عمومي أو موارد طبيعية أو إنشاء منشأت صناعية".[2]

كما يمكن تعريف عقود الاستثمار على: أنها كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من أشخاص القانون الخاص الأجنبي و التي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في اطار خطط التنمية الاقتصادية".[3]

يعرف أيضا عقد الاستثمار على انه: عقد يبرم بين الدولة ذات سيادة و هي في الغالب مستوردة لراس المال من جهة و الفرد أو الشخص الأجنبي الخاص من جهة أخرى و الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا , و هو رعية دولة أخرى مصدرة لراسي المال .[4]

[1] خفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجانب لتحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية، د ط، 2007، ص 28

[2] Cité par BAL linder K le myth de la souveraineté en droit internationalK ، thèse de doctorat en droit spécialité droit international .université de strasbourg .2012 .p 608

[3] عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار النهضة العربية، د ط، القاهرة، 1993، ص 10

[4] رحمان امينة، الخماية القانونية لعقد الاستثمار بين الدولة الجزائرية و المستثمر الاجنبي، المجلة الاكاديمية للبخث القانوني، العدد 02، 2018، ص 283

4- تعريف التحكيم لعقود الاستثمار :

عرفت عقود الاستثمار في أحكام التحكيم فقد عرفه المحكم CAVIN في تحكيم SAPPHIRE صاخب شركة نقط كندية ضد شركة النفط الإيرانية[1] أين وصف عقد الاستثمار بأنه "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 مع إلزام الشركة الأجنبية بإقامة استثمارات ضخمة ومنشآت لها طابع الدوام".[2]

كما عرف عقد الاستثمار في تحكيم texaco ضد الحكومة الليبية بانها :"عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة ،و تخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة و الطرف الأجنبي المتعاقد و تتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و إخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي حماية الطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة .[3]

5- تعريف القانوني لعقد الاستثمار :

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الاستثمار، لكن بالرجوع لمختلف النصوص القانونية المنظمة لعملية الاستثمار بدءا من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار[4] و الذي نص في المادة 5 على :" يمكنان تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة لاقتصاد الوطني لاسيما من حيث حجم المشروع و مميزات

[1] بوهادي محمد، عقد الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم،، ، 2019/2018، ص9 .

[2] بشار مخمد سعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الخقوقية، د ط، بيروت، 2010، ص16

[3] بوهادي محمد، المرجع نفسه، ص 9

[4] مرسوم التشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 05 اكتوبر سنة 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 64، صادر في 10 اكتوبر 1993، المعدل و متمم بالقانون رقم 98-12، المؤرخ في 31 ديسمبر 1998، ملغى

التكنولوجيا المستعملة و ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج الذي يجري تطويره و ارتفاع الأرباح بلعملة الصعبة أو من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات إضافية طبقا لتشريع المعمول به و يترتب عليها إبرام اتفاقية بين الوكالة لحساب الدولة و المستثمر .

تبرم اتفاقية الاستثمار بعد موافقة مجلس الحكومة و تنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية .

و كذا الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار [1]، الملغى بالمرسوم التشريعي السابق و الذي اعتر بمجموعة من الامتيازات الإضافية لصالح المستثمر الأجنبي بالنسبة لاستثمارات التي تمثل أهمية لاقتصاد الوطني[2]، كما نصت المادة 12 منه على ان اتفاقية الاستثمار تبرم بين الوكالة و المستثمر الأجنبي بعد موافقة المجلس الوطني [3].

[1] امر 01-03 مؤرخ في 20 اوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 47، صادرة في 22 اوت 2001 معدل و متمم بالامر رقم .
06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج ر عدد 47، الصادر في 19 جويلية 2006، ملغى جزئيا

[2] تنص المادة 10 من القانون 01-03 على ان: " تستفيد من مزايا خاصة:
1-الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة
2-و كذا الاستثمارات ذات الاهمية الخاصة بالنسبة لاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيات خاصة من شانها ان تحافظ على البيئة، و تحمي الموارد الطبيعية، و تدخر الطاقة و تقضي الى التنمية المستديمة.

[3] تنص المادة 12 من الأمر 01-03 مؤرخفي 20 اوت 2001،يتعلقبتطويرالاستثمار،جر،عدد 47،صادرةفي 22 اوت 2001 معدل ومتمم بالامر رقم، على ان :" يترتب على الاستثمارات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 10 اعلاهابرام اتفاقية متفاوض عليها وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 12 مكرر ادناه.
و تبرم الاتفاقية الوكالة التي تتصرف باسم الدولة، بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 ادناه و تنشر هذه الاتفاقية في الجرية الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية ".

وصولا إلى المادة 17 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[1] الذي الغي جزئيا الأمر رقم 01-03 و التي جاء فيها: تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة لاقتصاد الوطني، و المعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر و الوكالة التي تتصرف باسم الدولة ".

من خلال تحليل النصوص القانونية نستنتج بانه تم الاعتماد على معيارين لتعريف عقود الاستثمار و المتمثلة في :

-**المعيار العضوي:** اعتمد على عنصر صفة الأطراف بحيث يتم إبرامها بين الدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام أو احد الأجهزة التابعة لها و بين المستثمر، بحيث اخرج من دائرة عقود الدولة عقود التجارة الدولية العادية و كل العقود المبرمة من طرف المؤسسات الاقتصادية و الهيئات التابعة لدولة، فالدولة تدخل طرفا في هذه العقود باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام أي صاحبة سلطة و سيادة، و هذا من جهة و من جهة أخرى فبالرغم من ان الاتفاقية الاستثمار تبرم بين المستثمر و الوكالة إلا أنها تكون لحساب الدولة الجزائرية .[2]

المعيار المادي: ذلك بالنظر إلى موضوع العقد و المتمثل في العملية الاستثمارية التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني، لاسيما من حيث حجم المشروع و التمويل و من ثم المساهمة في التنمية[3] .

[1]قانون رقم 16-09 مؤرخ في 30 اوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، صادر في 03 اوتسنة 2016 .

[2]اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجا "، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص121 .

[3]اقلولي محمد، المرجع نفسه، ص 121

الفرع الثاني: اطراف عقود الاستثمار

من خلال مختلف التعاريف السابقة يمكن استخلاص أطراف هذه العقود، حيث تعتبر الدولة طرف في عقد الاستثمار عندما تنزل إلى ميدان التجارة الدولية فترتبط بعقود الاستثمار أو قد تدخل في مشروعات مشتركة بينها و بين شركات أو حتى أشخاص طبيعية **أولا** ,و يعد المستثمر طرف الثاني في عقد الاستثمار قد يكون اجنبي أو وطني ثانيا.

أولا: الدولة طرفا في العقد

يشمل عقد الاستثمار عموما طرفا وطنيا , متمثل في الدولة أو من ينوب بعمل عام أو وظيفة من وظائف الدولة أو بمهمة المرفق العام، و طرفا خاصا لكنة يعمل باسم و لحساب الدولة ,ويقصد بالطرف الوطني الدولة السيادية, كشخص من أشخاص القانون الدولي الذي يفترض ان يبرم مع طرف يملك نفس المركز القانوني، و لا يثير في هذه الحالة أي أشكال، لكن الأمر يختلف عندما يتعاقد مع شخص لا ينتمي إلى أشخاص القانون الدولي' و هو الطرف الأجنبي الخاص.[1]

الدولة يمكن لها ان تتدخل بطريقة مباشرة, أو غير مباشرة ,بواسطة أجهزتها أو هيئاتها، و تأخذ هذه الأجهزة من الناحية القانونية أشكال مختلفة فيمكن ان تكون هيئات إدارية مستقلة أو هيئات إدارية تابعة لدولة كما يمكن ان تكون على شكل شركات وطنية ذات طابع صناعي و تجاري و أي كان شكلها فنظرا لسيطرة التي تمارسها الدولة عليها بطريقة مباشرة تجعل من العقود التي تبرمها تكيف على أنها عقود دولة [2],أما عندما يتعلق الأمر بتلك الأنشطة التي لا تضطلع بها الدولة مثل العقود التي تبرمها في مجال

[1] اقلولي محمد، المرجع السابق، ص 141

[2] هاشمي اعمر، سيداة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لاعمال، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة تيزي وزو، 2016، ص 24

إنشاء المطارات و توليد الطاقة و الصناعات الحيوية، تقوم هنا الدولة بإبرام عقودها بطريقة مباشرة أي عن طريق ممثليها رئيس جمهورية ،الوزير الأول، احد الوزراء .[1]

تجدر الإشارة إلى ان مفهوم الدولة كطرف في العقد يختلف عن مفهوم الدولة كأحد أشخاص القانون الدولي العام، اذ يستبعد مفهوم ان الدولة هي مجموعة الأفراد التي تقيم بصفة دائمة على إقليم معين و تخضع لسلطة حاكمة ذات سيادة ويأخذ مفهوم الدولة في القانون الدولي الخاص المعاصر، والمتمثل في دخول الدولة في علاقات خاصة كما لو أنها احد الأشخاص الخاصة و ما يتبعه من تنازل الدولة عن حصانتها .[2]

في تحديد لمفهوم الدولة نجد أمامنا اتجاهين الأول يضيق مفهوم الدولة فيحصر عقود الاستثمار في العقود التي تقوم الدولة بإبرامها بنفسها من خلال ممثليها رئيس الدولة – رئيس الوزراء –احد الوزراء أما الاتجاه الثاني فيوسع مفهوم الدولة ،فان عقود الاستثمار وفق هذا الاتجاه تشمل علاوة على العقود التي تقوم الدولة بإبرامها و هو الراي الراجح الذي يؤيده أغلبية الفقهاء .[3]

***الحقوق والالتزامات الخاصة بالدولة:** لكل عقد صحيح ينشا آثار على شاكلة حقوق والتزامات بين الأطراف المتعاقدة، وهو الشأن بالنسبة لعقد الاستثمار شأنها في ذلك شأن نظراتها من الآثار المتعلقة بالعلاقات التجارية.

-**حقوق للدولة:** تمنح عقود الاستثمار حقوق للدولة المتعاقدة من أهمها:

1- حق المتابعة :

رضا الدولة المضيفة بالتمويل الخارجي عن طريق الاستثمارات الأجنبية ومشاركة هذه الأخيرة في الحركة التنموية الداخلية لا يعني تخليها المطلق عن وظيفتها السيادية في

[1] عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة تلمسان، 2011، ص 76

[2] بشار محمد الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الخقوقية، د ط، بيروت، 2010،، ص16

[3] حسان نوفل، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، دار هومة، د ط، الجزائر، 2010، ص 37

وضع ضوابط تحت مسميات عدة، قد تكون حماية المصلحة الوطنية ذات الأبعاد المتعلقة بالصحة والبيئة وحماية الممتلكات، وتدخل الدولة تحت هذه المظلة يكون إشرافيا ورقابيا وحتى تدخليا لوضع حد لبعض الممارسات الماسة بقدسية مبادئها.

فالتخطيط لاستقبال الاستثمارات الأجنبية يحضر له بدفتر شروط يبين فيه القواعد والقيود والإجراءات لتوظيف الأموال داخل البلد المضيف على النحو الذي بيناه سابقا بالنسبة للجزائر، علاوة على تملك السلطة الحاكمة في فرض القواعد الكفيلة لأحكام الرقابة الحكومية على ممارسة هذه الحقوق داخل حدودها وبالقدر المناسب لتحقيق أهداف الدولة ومصالحها الوطنية.

غالبا ما تمارس الدولة هذه السلطات على المشروعات الاستثمارية بهدف تقييمها من حيث الربحية والمضار التي قد تمس بالمصالح الاقتصادية للدولة، كما تحكم الدولة سيطرتها على الاستثمارات الأجنبية لضمان عدم سيطرة العناصر الأجنبية على اقتصادها الوطني وهو ما سبق وبيناه من خلال تسطير طريق الاستيراد والتصدير في الجزائر والملكية العقارية وتنظيمه لحق الشفعة.

كما أن النواتج المادية التي يجنيها الاقتصاد الوطني من الاستثمار الأجنبي الوافد إليها ليست هي الاعتبار الوحيد في هذا الخصوص، وإنما يجب على الدولة أن تراعي أمن وسلامة أراضيها وأن لا تسمح للاستثمارات الأجنبية الخاصة بالمساس تماما أو السيطرة على ثرواتها الاقتصادية الوطنية أو إحلال منافسة غير متكافئة أو غير مرغوب فيها مع رأس المال الوطني أو الخبرات والأيدي العاملة الوطنية.

قدرة الدولة على رقابة الاستثمارات الأجنبية ليس بالموضوع الجديد، فقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة على متابعة الرقابة على الأموال الأجنبية داخل البلد المضيف في قرارها رقم 2158 في فبراير عام 1966 مادام أن التعاون الدولي يفرض معاملة الأجنبي بنفس تلك المعاملة التي يحظى بها الوطني سواء تعلق الأمر بالحقوق أو

الالتزامات، ثم إنه يسهم في تحقيق التنمية المنشودة داخل البلد المضيف، بالإضافة إلى دعمه للمجهودات التي تبذلها الدول الراغبة في النمو في استغلال وتنمية مواردها الطبيعية بشرط وجود رقابة حكومية على نشاط رأس المال الأجنبي للتأكد من استخدامه لمصلحة الدول الراغبة في النمو.

عن طريق نوعين من الرقابة الحكومية قد تكون خارجية خلال من وضع أجهزة رقابة منفصلة عن المشروع تمدها بتقارير دورية أو تكون الرقابة الحكومية داخلية بوضع أجهزة داخل المشروع ترصد العملية الاستثمارية، وتبرز هذه الرقابة في الاستثمارات المشتركة التي تكون فيها الأغلبية للمساهمة الوطنية.

بالنسبة للجزائر فإنها لم تر مانعا في تطبيق كلا الرقابتين حيث أنه بالنسبة للأخيرة نسجل اشتراطها منذ قانون المالية التكميلي لسنة 2009 منعت أن تتم الاستثمارات الأجنبية إلا في ظل شراكة مع الجانب الوطني يمتلك هذا الأخير مقاليد التسيير والإدارة.[1]

2- سيادة الدولة في إنهاء الوجود القانوني للعقد:

للدولة الحق في انهاء العقد و يتم ذلك عندما تصدر قرارا أو قانون بنقل الملكية المشروع إلى الدولة المضيفة لاستثمار، ثم القيام بالاستيلاء على الادارة الرئيسية للمشروع، و منح موظفي المستثمر الأجنبي من دخول اليها، و قد يؤدي كذلك إلى اخراج المستثمر من اقليم الدولة المضيفة[2] ،لذلك يتساءل الفقه فيما إذا كان للسلطة التنفيذية بموجب هذه الاعتبارات أن تلغي العقد أو تقوم بإنهائه بأي وجه من الأوجه، بحثا في هذه الإشكالية انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات هي:

أ-**الطائفة الأولى:** لم تقدم تبريرا لتخلي الدولة عن واجباتها التعاقدية مؤكدة على دفع التعويض المتناسب.

[1] زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الاول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم سياسية، تلمسان، 2015-2016، ص ص 531،532.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، مرجع السابق، ص 128

ب- الطائفة الثانية: سمحت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد في حالات محددة على سبيل الحصر، ومن أهمها حالة إخلال الطرف الأجنبي لالتزاماته في الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المشروع أو الإخلال بالالتزامات المالية الواجب أداؤها لحكومة الدولة المتعاقدة أو إذا تنازلت عن حقوقها والتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد.

ج- الطائفة الثالثة: أكدت على أحقية الدولة في إنهاء العقد كأصل مستمد من مبدأ السيادة في الجانب المعاكس تتحمل الدولة مسؤوليات جمة لتوفير المناخ الملائم لاشتعال المستثمرين الأجانب وتمتعهم بالحد الأدنى من الأمان القانوني.[1]

3- التزامات الدولة: تترتب على عاتق الدولة مجموعة من الالتزامات تتمثل في :

أ- التزام الدولة المتعاقدة بتيسير إجراءات تحقيق المشروع الاستثماري

تتطلب العولمة وتضاعف المبادلات التجارية الحاجة إلى وضع قواعد للعبة رسمية وغير رسمية، بين القوى الفاعلة وهذه القواعد متنوعة ومتدخلة لأقصى حد، من بداية قيام تبادل دولي، والبعض لم يتم إبرامه مباشرة بين قوى القطاع الخاص وأحيانا يتم وضعه من أجل التخلص الأثقال من التي تتحملها الدولة، ومثلما تبين جولات التفاوض بشأن الجات، فإن حركة تحرير المبادلات اصطحبت بتوسع رهيب في القواعد الدولية التي تقضم أجزاء من المجالات التي كانت داخلية بصورة تقليدية، وحاليا تتجه الاتفاقيات إلى تعديل التشريعات الوطنية وإعادة تشكيلها في كل ما له تأثير على التبادل .

إن العولمة الاقتصادية تضع في موضع المنافسة المشروعات والأفراد وأيضا الدول، وبالنسبة لهذه الأخيرة فإن تدفقات المدخرات الأجنبية تشكل شرطا أساسيا لإثرائها، وتضطر هذه الأولوية الدول خاصة التي بلغت مستوى مقاربا للتنمية، إلى أن تقارن نفسها بغيرها بدون توقف مع إدراك كل منها على أنها إذا قدمت شروطا أقل بالنظر إلى غيرها فإنها ستحبط مجيء هذه التدفقات وبذلك تعاقب نفسها. ومن ثم فإن ما يحدد التشريع هو

[1] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص ص 532، 533

في النهاية حتمية التكيف الدائم مع المنافسة الدولية أكثر منه إرادة الشعب. بالإضافة لذلك فإن كل الدول المشغولة بأن تنضم إلى هذه التدفقات عليها أن تثبت للخارج أنها واثقة ومستقرة وبمنأى عن الانقلابات الخطيرة في الأحوال ومن ثم فإن هذه الدولة تخضع لرقابة مستمرة وما دامت قد توافقت مع القانون الدولي فهي تدعو للطمأنينة .وعليه تتعهد الدولة بأن تقدم للمشروع الأجنبي كل المساعدات الممكنة من أجل تمركزه على إقليمها، ويتم ذلك عن طريق منحه التراخيص اللازمة الخاصة به كما تقوم بتسهيل تملكه للأراضي المقام عليها المشروع الاستثماري مع توفير كافة الاحتياجات التي يستلزمها تنفيذ المشروع.[1]

ب-التزام الدولة بتوفير الحماية الكافية للمستثمر :

يتم النص على هذا الالتزام في عقود الاستثمار و يتم النص عليه كذلك في مختلف النصوص القانونية المتعلقة بحماية الاستثمارات الاجنبية كما تعمل الدول على ابرام العديد من الاتفاقيات الثنائية و المتعددة المتعلقة بحماية المستثمرين الاجانب و امواله من أي خطر من المخاطر غير التجارية .[2]

كما ان أساس هذا الالتزام يجد مصدره في القانون الدولي العام في اطار مسؤولية الدولة عن إخلالها بالالتزام ببذل العناية المعقولة من اجل حماية الاستثمارات الاجنبية المباشرة.[3]

[1] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 533

[2] حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الجانب لتحديد ماعيتها و النظام القانوني الحاكم لها. المرجع السابق، ص 237.

[3] سي فضيل الحاج، اليات فض منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة مستغانم، 2019، ص 118.

إلا أن هناك العديد من المشاكل القانونية التي تنشا هذا الالتزام سواءا من حيث طبيعة هذا الالتزام أو مضمونه و الأسباب التي قد تعفي الدولة من المسؤولية عند عدم الوفاء به .[1]

ثانيا: المستثمر كطرف في عقد الاستثمار

المستثمر في الدولة المضيفة قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا حاملا للجنسية الجزائرية أو أجنبية أو لأكثر من جنسية، و اكثر ما يظهر في هذا الطرف هو وجود رغبة في تحقيق الربح عاجل م اجل من الاستثمار الذي أختاره طوعا ,هذا ما يسمى بعنصر الربحية يعد هذا الأخير من العناصر الأساسية المكونة للفعل الاستثماري , ,وعليه فان الاستثمار هو في المقام الأول الرغبة في إنماء مال الفردي/ أو جماعي، أو بيع ,أو كراء ملكية صناعية مقابل خصص مالية محركها تحقيق ربحية.[2]

منح الفقه للمستثمر الحق في ان يظهر بصورتين أما شخص طبيعي أو معنوي و ذلك حسب ما جاء في المادة 25 من اتفاقية واشنطن سنة 1965[3] حيث جاء في فقرتها الأولى يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات طابع القانوني التي تنشا بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة احرى .....و بينت بمقصود رعايا الدول الأخرى في فقرتها الثانية حيث جاءت فيها يقصد بعبارة احد رعايا الدول المتعاقدة الأخرى ما يلي :

كل شخص طبيعي يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة خلاف على دول طرف.....

كل شخص معنوي يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة خلاف على الدولة طرف .

---

[1] اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجا "، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006، ص99

[2] صغير بيرم عبد المجيد، محاضرات في قانون الاستثمار، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة مسيلة، 2021-2022، ص 20.

[3] اتفاقية واشنطن، لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الخرى، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-364 المؤرخ في 30 اكتوبر سنة 1995، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.

يتبين من نص المادة 25 من اتفاقية الحاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول رعايا الدول الأخرى المتعاقدة العقدة في 18 مارس 1965[1] انه قد يكون المستثمر الأجنبي أي شخص طبيعي أو اعتباري بتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف دولة طرف النزاع و بالتالي حددت كمعيار لتحديد المستثمر الأجنبي .

1-تعريف المستثمر

المستثمر في قانون الأملاك المبنية، كل شخص حقيقي أو معنوي يستثمر بناءا مقاما في عقار يملكه سواه.[2]

" المستثمر شخص خصص رأس المال متوقعا عائدا ماليا مسقبليا، تتضمن أنواع الاستثمارات، الأسهم وسندات الدين والعقارات والعملات والمواد الأولية والعملة الرمزية والمشتقات مثل خيارات الشراء والبيع في البورصة والعقود المستقبلية و الآجلة... إلخ ، لا يميز هذا التعريف بين مستثمري الأسواق الأولية والثانوية، ما يعني أن مقدم الأعمال صاحب رأس المال وكذلك من يشتري الأسهم كلاهما من المستثمرين، أما المستثمر الذي يملك أسهما فهو مساهم".

هناك صعوبة في إيجاد تعريف للمستثمر، إذ أن معظم البحوث والمراجع على اختلافها تطرقت إلى تعريف الاستثمار كونه العمل والمحل الذي يقوم به المستثمر، كما أن الإشكاليات تقوم حول الاستثمار فيحد ذاته.

2-حقوق و التزامات المستثمر: تمنح عقود الاستثمار للمستثمر حقوق، كما يترتب عليها التزامات تقع على عاتقه .

[1] مرسوم رئاسي رقم 95-346، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، سالف الذكر

[2] سميرة عمار وش محاضرات في قانون الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر، 2016/2017،ص 04

أ –حقوق المستثمر: تتمثل هذه الحقوق في:

–الحق في استقدام الأكفاء الأجانب:

تخول معظم عقود الاستثمار المستثمر الأجنبي في استخدام أشخاص أجانب سيما المتمتعين بكفاءة تنفيذ العمليات الموكلة إليه بموجب العقد، مع إمكانية تقييد هذا الحق من قبل الدولة الطرف في العقد متى صبت توافر القدرة البشرية المؤهلة القادرة على إنجاز نفس المهام.

– الحق في التنازل عن العقد :

من أهم حقوق الملكية إجازة التصرف بمشتملاتها، فالقواعد العامة في الالتزامات وغالبية عقود الاستثمار تجيز لأحد أطراف العلاقة أن يحيل جزءا أو كلا من أصوله الناشئة عن العقد إلى متعامل آخر، هنا عن مدى حق الشركات الأجنبية المتعاقدة في التنازل هو حق مطلق من أية قيود أو شروط أم أنه حق مقيد بها وجب توافرها لاستعمال الشركات المتعاقدة لهذا الحق.[1]

وقوفا عند الإجابة المرضية وجب التمييز بين طائفتين من العقود، ففيما يخص تعاملات الدولة التعاقدية الشركات الأجنبية، يكون مباحا لهذه الأخيرة أن تتنازل عن أصولها كليا أو مع جزئيا لشركة أخرى سواء كانت تابعة لها أو مستقلة عنها بعد أن تتوافر الشروط التالية:

– أن تكون الشركة المتعاقدة قد أوفت بكافة التزاماتها الناشئة عن العقد حتى تاريخ طلب التنازل.

– أن تقدم الشركة المتنازل إليها الدليل الذي تقبله حكومة الدولة المتعاقدة على قدرتها المالية.

[1] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 534

– أن تشمل وثيقة التنازل على نصوص تقرر صراحة أن المتنازل إليه يلتزم بكافة الأحكام والشروط الواردة في العقد، وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

أما الطائفة الثانية من العقود فقد فرقت بين حالتين: تتمثل الحالة الأولى في تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة أخرى مستقلة عنها، والحالة الثانية تنازل الشركة المتعاقدة عن حقوقها والتزاماتها الناشئة عن العقد إلى شركة تابعة لها، واشترطت هذه الطائفة في الحالة الأولى أن تحصل الشركة المتعاقدة على موافقة حكومة الدولة المتعاقدة مسبقا، بينما أجازت في الحالة الثانية للشركة المتعاقدة هذا التنازل بدون حاجة للحصول على الموافقة المسبقة من قبل الحكومة المتعاقدة.[1]

– الحق في التمتع بالعفاءات الجمركية :

من بين الحقوق المخولة للمستثمر الأجنبي بموجب عقد الاستثمار الحق في استيراد الآلات و الأجهزة و المعدات اللازمة لإنجاز المشروع الاستثماري مع إعفائه من جميع الضرائب و الرسوم الجمركية .[2]

نظرا للدور الكبير الذي تلعبه هذه الإعفاءات في جلب المستثمرين الأجانب فلقد قام المشرع الجزائري بتكريسها في القانون 16–09 في الفصل الثاني، و بالنظر إلى المادة 7 منه نجد ان المشرع الجزائري قد خص كل الاستثمارات القابلة للاستفادة بمزايا و تحفيزات عامة و مشتركة.[3]

[1] معزوزة زروال، المرجع السابق، ص 534.

[2] عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 136

[3] زروق يوسف، رقاب عبد القادر، ضمانات و حوافز الاستثمار الاجنبي وفق القانون رقم 16–09، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، العدد الثامن، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 108

- الحق في تحويل رأسماله و عائداته :

يعتبر ضمان تحويل رؤوس الأموال من اهم الاجراءات التحفيزية التي تقوم بها الدولة المضيفة لان عدم السماح بهذا التحويل يعتبر نوع من المصادرة فما الفائدة التي يجنيها المستثمر الأجنبي اذا كان محروما من حق تحويل المبالغ المالية التي استثمرها في الدولة المضيفة، و تحويل أرباحه و عائدات استثماره، و ناتج التنازل عن مشروعه أو تصفيته .[1]

لذلك حرص المشرع الجزائري على تكريس هذا الحق في الأمر رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار بموجب المادة 25 منه .[2]

ب -التزامات المستثمر:

ترتب عقود الاستثمار بطبيعتها التزامات متبادلة في ذمة طرفيها، فلا يمكن ان تكون الأسباب المؤدية للمنازعات في اطار هذه العقود، ناتجة عن إخلال الدولة بالتزاماتها و الواجبات التي تفرضها العلاقة العقدية عليها فقط، وإنما يمكن ان تتسبب في المستثمر بصفته الطرف الثاني في هذه العلاقة , بان يكون هذا الأخير هو الذي اخل بالالتزامات المفروضة عليه [3]، التي نصت عليها المادة 15 من القانون 22/ 18المتعلق بالاستثمار[4] على انه: يجب على المستثمر ان يلتزم بما يأتي :

[1] سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012، ص 111.

[2] تنص المادة 25 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، السالف الذكر: " تستفيد من ضمان التحويل الراس المال المستثمر و العائدات اللازمة عنه ...".

[3] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية لاستثمارات الاجنبية المباشرة، ط1، المركز القومي لاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2011، ص 132

[4]قانون رقم 18/22، المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443، يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 50، صادر في 24 يوليو 2022، ص 7

-السهر على احترام التشريع المعمول به و المعايير لاسيما منها تلك المتعلقة بحماية البيئة و الصحة العمومية و المنافسة و العمل و الشفافية المعلومات المحاسبية و الجبائية و المالية.

-تقديم كل المعلومات الضرورية التي تطلبها الإدارة لمتابعة و تقييم تنفيذ الأحكام هذا القانون.

المطلب الثاني: خصوصية عقد الاشثمار

عقود الاستثمار هي عقود تبرم بين الدولة مع شخص خاص هو المستثمر، بحيث يلتزم هذا الأخير بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات وفق ما تقتضيه خططها التنموية. لها خصوصية تميزها عن باقي العقود .
استنادا على ذلك سنتطرق إلى أنها عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة تستمدها من تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة لاستثمار (الفرع الاول)،إضافة تقنية الخاصة بهذه العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معيار دولية العقد

يكون العقد دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو تنفيذه أو بجنسية المتعاقدين أو بمواطنهم، إن دولية العقد تتوقف على مدى اتصال الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة، فإذا اتصلت أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر، فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني واحد.

التقين من دولية العقد هو السبب في إثارة مسألتي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي. وإعمال العنصر الأجنبي مرده المعيار القانوني، وهو معيار واسع المجال حاول البعض تضييقه بالمعيار الاقتصادي بحيث يعتبر العقد دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي تتعدى آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة من خلال تصدير واستيراد

المنتجات والبضائع والسلع والخدمات ويستتبع ذلك حركة تنقل الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود .

الواقع أن النظرة الاقتصادية قاصرة على بعض عقود المعاملات المالية أو التجارة الدولية، ولا تضيف جديدا، بل هي تطبيق للنظرة القانونية حيث انتقال الأموال والخدمات من خلال العقد بين أكثر من دولة يضفي عليها الطابع الدولي لأنه يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا في تحديد القانون الواجب التطبيق وتبيان القضاء المختص، وهذا العنصر يتمثل في آثار العقد أو تنفيذه الذي يمتد خارج إقليم الدولة، و هذا هو المعيار القانوني الذي يكفي المعيار القانوني الذي يكفي وحده لتمييز العقد الدولي.[1]

الفرع الثاني: تقنية عقود الاستثمار

ارتباط عقود الاستثمار بالمشاريع الاقتصادية الكبرى مثل عقود امتياز البترول وعقود نقل التكنولوجيا وعقود التشييد والبناء وإلى غير ذلك من العقود التي تسهم إلى حد كبير في مجالات التنمية في الدول الساعية للنمو، فهذا الارتباط جعلها تتميز بالطبيعة الفنية.

على الرغم من تنوع وتعدد المجالات محل الاستثمارات الدولية إلا أنها تلتقي في صفة مشتركة بالنسبة الدول الطموحة لبلوغ الترقية الاقتصادية، والباعث وراء هذه العقود جميعها هو تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة.

أما بالنسبة للطرف الأجنبي المتعاقد معها فتتباين الأسباب التي تدفعه لإبرام هذه العقود، فتدرجت بين تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح المترتبة والعائدة من تشغيل رؤوس الأموال داخل أسواق وورشات في بلدان مضيفة، إلى المساهمة والمشاركة في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدولة الحاضنة لهذه الاستثمارات والحصول في نفس الوقت على ثمار تلك المساهمة والمشاركة، فبالنسبة لهذا الهدف الأخير نجده يشكل مرحلة جد

[1] زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الاول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم سياسية، تلمسان، 2015-2016

متطـورة مـن التفكيـر الاسـتثماري بعـد انصـهار الحـدود اقتصـاديا، كمـا أن الأهـداف الإستراتيجية لدولـة جنسـية المستثمرين تلعـب دورا هامـا وحيويـا فـي توجيـه وتشـجيع تلـك الاستثمارات.

إذن فالطبيعة الفنية الاقتصادية تتمثل في تقديم خدمة ذات طابع فني، مقابل تحقيق أهـداف متعـددة، يتعلـق الأول والأهـم تحقيـق أكبـر قـدر ممكـن مـن الأربـاح للمسـتثمر الأجنبي، والثاني المساهمة في عملية التنمية، والثالث تحقيق الأهداف الإستراتيجية لدولة جنسية المستثمرين.

لأجـل ذلـك ازدادت الاتفاقيـات الثنائيـة المنظمـة للاسـتثمارات وحتـى عـدد القضـايا المعروضة على القضاء الدولي بسبب تقنية بعض المعاملات الاقتصادية.[1]

المبحث الثاني: المخاطر التي تتعرض لها عقود الاستثمار

ميـز الفقـه بـين نـوعين مـن المخـاطر التـي تصـادف عقـود الاسـتثمار، هـي مخـاطر تجاريـة تـدخل فـي اطـار حيـاة المؤسسـة لا مسـؤولية للدولـة فيهـا بحيـث لا تسـتطيع هـذه الاخيرة تقديم إلا بعض الضمانات، و مخاطر غير تجارية التي تصيب الاستثمار خاصة الأجنبي منه اذ تتدرج في إطار بعض الظروف و الوقائع السياسية التي تمر بها الدولة، حيث كلما كان الواقع السياسي مستقرا كلما فرص الاستثمار و انتقال رؤوس الأموال بين الـدول كبيـرة و يسـيرة، لـذلك فـان الاسـتقرار السياسـي فـي الدولـة التـي ترغـب فـي جـذب الاستثمارات يعد عـاملا فعـالا فـي تجيـع المستثمرين علـى الأقبـال و المسـاهمة فـي تنميـة الاقتصاديات تلك الدولة، و لحماية عقود الاستثمار من المخاطر السياسية يجب تحديدها أولا المطلـب الأول، و نظـرا لخضـوع عقـود الاسـتثمار إلـى القواعـد القانونيـة السـارية فـي الدولة المتعاقدة، سواء من حيث تدخل هذه الاخيرة في تنظيم الملكية، أو من حيث القيود النقدية و الضريبية المطبقة فيها،، مثل هذه الاجراءات بمثابة تهديدات للمستثمرين و من

[1] زروال معزوزة، المرجع السابق، ص 46 .

ثمة للاستمرارية العقد حيث تحرم المستثمر من حقوقه الفعلية، لكن الدولة وحدها لا يمكنها ان تضمن استمرارية العقد اذا لم يقوم المستثمر بما عليه من التزامات، فإضافة إلى المخاطر السياسية هناك مخاطر تتعلق بأطراف العقد المطلب الثاني .

المطلب الأول: المخاطر السياسية

تطرق المشرع الجزائري لتعريف الخطر السياسي من خلال نص المادة 06 من الأمر رقم 06/96 المتعلق بتامين القرض عند التصدير[1] بانه: " وجوب صدور التصرف عن الدولة أو احدى هيئاتها العامة نتيجة قرار تتخذه أو نتيجة حرب أو ثورة أو أعمال شغب، و غيرها من الوقائع المماثلة وقعت في البلد المضيف ".

و بالتالي حسب نص المادة تتنوع المخاطر السياسية بين عدم استقرار سياسي و الحروب الأهلية و الدولية كذلك الاضطرابات المدنية و العقوبات الدولية، سنتانولها في الفرع الأول و تسمى أيضا هذه الاخيرة ب بالظروف الطارئة و سيتم تناول تأثيرها على العقد في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انواع المخاطر السياسية

يمكن تصور الخطر السياسي في عدم الاستقرار السياسي و التشريعي للدولة باعتباره احد اهم العوائق التي تقف في وجه المستثمر، و هناك الحروب التي تسمى بالحرب الأهلية أو الدولية التي تقع بين الدول إضافة إلى العقوبات الاقتصادية الدولية سنتناول كل واحدة منها كالاتي:

أولا: الحروب الأهلية والدولية

هناك من الحروب ما تسمى بالحرب الأهلية، وهناك ما تسمى بالحرب الدولية التي تقع بين الدول، فالأولى عبارة عن نزاع داخلي وطني وعادة ما تحدث بين المجموعات

[1] الامر 96-06 المؤرخ في 19 شعبان 1416 الموافق ل 10 جانفي 1996، المتضمن تامين القرض عند التصدير الجريدة الرسمية، العدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996، ص 16

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

ثانيا: خطر العقوبات الاقتصادية الدولية

بالنظر إلى الأوضاع السائدة في دول العالم الثالث وتدهور أوضاعها الاقتصادية والسياسية هذا ما جعلها في حالة تبعية للدول المتقدمة، وهذه الأخيرة اغتنمت فرصة فرض عقوبات اقتصادية وذلك لغرض تطبيق قوانينها الدولية وتحقيق أهدافها ومصالحها القومية فهي من بين أهم الوسائل التي تلجا إليها من أجل تحقيق جميع الخيرات السياسية والدبلوماسية من أجل العمل على إجبار الدول المخالفة للأحكام القانون الدولي وإجبارها للخضوع لشرعية الدولية.

للعقوبات الدولية أشكال عديدة وهذا يختلف على حسب نوع مخالفة الدولة للقانون الدولي ومن بين أهم أنواع العقوبات التي تفرضها الدولة المستقطبة للاستثمارات الاقتصادية، المقاطعة الاقتصادية، الحصار الاقتصادي إنهاء العلاقة الاقتصادية دون مبرر شرعي.[2]

ثالثا: خطر عدم الاستقرار السياسي:

خطر عدم الاستقرار السياسي قد يلحق المستثمر الأجنبي دون أن يكون للدولة المستقبلة لعقد الاستثمار رغبة في ذلك، ويشمل هذا الخطر الحروب، الثورات، الفتن، الاضطرابات الداخلية، وأعمال الشغب، وهذا النوع من المخاطر قد يضر بمصالح الدول المضيفة أكثر مما يضر بمصالح المستثمرين.

[1] عاشوري نصير، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، فترة التكوين، 2010، ص 21.

[2] سميرة مولاي طاهر، حماية الاستثمار الأجنبي من المخاطر غير التجارية، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 11، الجزائر، 2018، ص 587 .

في هذه الحالة لا تعتبر الإجراءات غير الإرادية أو الخارجة عن نطاق الدولة أو إحدى سلطاتها العامة كإجراءات مماثلة حتى وإن كانت تمس بملكية المستثمر الأجنبي بصفة كلية، بسبب تدميرها في القوة القاهرة أو بسب مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية وأعمال العنف والانقلابات العسكرية والتمرد...الخ، ذلك لأن الوضع خارج عن إمكانياتها في الحماية والسيطرة ويتعذر عليها في أجوائها الالتزام والوفاء بتعهداتها اتجاه المستثمرين. ولكن تبقى مسألة التعويض قائمة وممكنة، إذا قام المستثمر الأجنبي بتغطية استثماره بعقود الضمان التي تتحمل بموجبها هيئات الضمان تبعة تعرضه لمثل هذا النوع من المخاطر مقابل ما دفعه من أقساط.[1]

رابعا: خطر عدم الاستقرار التشريعي

يكمن عدم الاستقرار التشريعي في التعديلات المتناقضة وغير المطبقة في البلد المستضيف للاستثمارات، وانعدام الاستقرار التشريعي يولد عدم الثقة وعدم الاطمئنان لدى المستثمر على استثماراته، فيجد نفسه مشتت بين أكثر من تشريع بسبب كثرة التعديلات والاجتهادات في تفسيرها وعدم ثباتها، ولأن المستثمر الأجنبي يطالب في كل مرة بتحقيق الاستقرار التشريعي وفي حالة ما إذا حدث العكس ينفر من التعديلات المتكررة للنصوص وخاصة التي تتم بصفة عشوائية وبشكل غير مدروس والتي تضر باستثماراته.

يعتبر عدم الاستقرار التشريعي من أهم العوائق والحواجز التي تقف في وجه المستثمر الأجنبي مما يجعله غير متأكد بالاستثمار في ذلك البلد، مثال ذلك الجزائر قد عرفت تغيرات جذرية في قوانينها المنضمة للاستثمارات وكثرة التعديلات والتغيرات التي تجرى في فترة متقاربة وهذا ما يدل على عدم الاستقرار في النظام التشريعي الذي يحكم الاستثمار هذا ما جعل المستثمر الأجنبي يتردد في الاستثمار في الجزائر لأنه يبحث

[1] رحمان أمينة، الحماية القانونية لعقد الاستثمار بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018، ص 292 .

الاستقرار والحرية ويحاول بناء إستراتجية لاستثماره بناء على النظام القانوني الذي يحكم في البلد المضيف.[1]

الفرع الثاني: تأثير الظروف الطارئة على عقد الاستثمار

من المعلوم أن المستثمر المقبل على توظيف أمواله في بلد غير بلد جنسيته يخاطر بحثا عن أسواق جديدة لتعظيم أمواله، لن يقدم على هذه الخطوة الجريئة دون أن توضع بين يده دراسة جدوى لمشروعه الاقتصادي، فيجري التحقيقات اللازمة التي تتعلق بالتخطيط المالي للمشروع مع احتمالات الربح والخسارة، بالإضافة إلى تعرفه على قوانين هذه الدول التي سوق أمواله فيها من ناحية الأعباء الضريبية والإعفاءات التي سيحظى بها، وكل ما يتعلق بقوانين العمل والضمان الاجتماعي وتنظيم النقابات العمالية، والأهم من ذلك معرفته بالتشريعات المنظمة للرقابة على الصرف، وبنظم تحويل عائدات الاستثمار، ذلك أن المستثمر في أغلب الأحيان لا يملك جميع الأموال المستثمرة في المشروع، إذ تساهم فيه البنوك أو المؤسسات لا تقبل في الغالب الدخول في هذه المشروعات قبل أن تتأكد من مضمون الأعباء التي يتحملها المستثمر، وعائدات استثماراته والضمانات التي يحصل عليها من حكومة الدولة المضيفة.

هذه الاعتبارات والظروف الاقتصادية والاجتماعية والتي من شأنها أن تؤثر في تدفق رأس المال وتوظيفه، تشكل ما يعرف بالمناخ الجاذب للاستثمار، الذي يستند على مقومات عديدة أهمها الاستقرار السياسي والأمني، وهو من أهم مقومات توفير بيئة استثمارية جديدة في أي بلد، فحصول الاضطرابات السياسية والأمنية عادة ما تعرض منظمات الأعمال لمخاطر التخريب والمصادرة والتأميم، مما يضع المستثمر في حالة عدم الاطمئنان على المشروع الذي يقوم بتنفيذه.

[1] سميرة مولاي طاهر، المرجع السابق، ص ص 585، 586.

الأحداث الطارئة أو الاستثنائية هي الأحداث غير المألوفة النادرة الوقوع، كما أنها غير متوقعة كما في حالات القوة القاهرة، إلا أنها تجعل من تنفيذ الموجب العقدي مرهقا وليس مستحيلا، لأن الحدث الطارئ لا يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا وتؤدي في الغالب إلى إنهاء العقد وفقا للمبادئ العامة، ويكون تعديل العقد هو الحل الغالب في حالات الأحداث الاستثنائية الطارئة عوضا عن إلغاء العقد.[1]

المطلب الثاني: المخاطر المتعلقة بأطراف العقد

تقوم الدولة أحيانا بأحداث تغييرات في قوانينها أو تشريعاتها بهدف التجاوب مع التطورات العالمية، هذه التغييرات يكون لها تأثير مباشر على الرابطة العقدية اذ يترتب عليها ضرر يصيب المستثمر، يرى الأستاذLeboulanger انه يمكن التمييز بين الاجراءات التشريعية أو القانونية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، و تلك التي يبدو أنها تهدف بشكل واضح إلى الإضرار بمضمون الالتزامات التعاقدية التي أبرمتها الدولة.

وهي عبارة عن إجراءات التي تتخذها الدولة بإرادتها المنفردة سنتطرق إليها في (الفرع الأول)، لكن هناك بعض الحالات أين تقع مسؤولية عدم استمرارية العقد على عاتق المستثمر، وذلك اذا قام بالإخلال بأحد التزاماته المفروضة عليه(الفرع الثاني) .

الفرع الأول: التدخلات الانفرادية للدولة

يمكن لدولة كشخص من أشخاص القانون العام تعديل أو فسخ عقود الاستثمار مستعملة في ذلك مختلف الوسائل القانونية مثل ممارسة سلطاتها التشريعية، التنفيذية و الإدارية سنتعرض إلى مختلف الاجراءات التي تتخذها الدولة كالرقابة و تعديل أو إلغاء العقد بإرادتها المنفردة(أولا)،ثم إبراز الاجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدولة

[1] زروال معزوزة، زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الاول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم سياسية، تلمسان، 2016، ص539 .

الدول للمساس بملكية المستثمر و في الأخير نتطرق إلى الاجراءات التقليدية التي تتخذها الدولة للمساس بملكية المستثمر(ثالثا).

أولا: الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة لتعديل وفسخ عقود الاستثمار

للإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة طرف في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار في ممارسة امتيازات السلطة العامة عن طريق مراقبة المشاريع الاستثمارية والإشراف عليها، الحق في تعديل عقد الاستثمار ووضع نهاية له بإرادتها المنفردة.

1- ممارسة السلطة العمومية أسلوب الرقابة:

الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يعني أن الدولة تطلق يد المستثمر الأجنبي بغير حدود، وإنما هذا التشجيع يجب أن يتم في الإطار الذي يُحقق ما استهدفته الدولة، وبالتالي للدولة الحق في ممارسة الرقابة[1]أثناء مزاولة المستثمر للنشاط الاستثماري، والهدف من الرقابة هو التحقق من مدى وضعية تقدم المشروع والتدخل عند الضرورة لمنع ما منشأته إلحاق الأضرار بمصالحها الوطنية، لأن تشجيع الاستثمارات لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضيها[2].

تتعدد أساليب الرقابة من حيث شمولها ودقتها، كما أن حدود الرقابة تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها.

يمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة المشاريع، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأسمال كل مشروع أو في إدارته، حيث كرسته السلطات العمومية الجزائرية في قانون المالية التكميلي لسنة

[1]يعرف الفقيه "فايول" وظيفة الرقابة على أنها عملية الإشراف الدائم من قبل السلطة بغرض معرفة كيفية تنفيذ الأعمال والتأكد من أن عناصر الإنتاج المتاحة مادية أو بشرية داخل المنظمة، وأنها تستخدم استخداما فعالا وفقا للخطة المنتهجة".

[2]عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 70.

2009 [1]من خلال تجسيد آلية الشراكة لإنجاز الاستثمارات الأجنبية[2]، وذلك بتطبيق مبدأ الأفضلية الوطنية ب 51 بالمائة و49 للطرف الأجنبي، فضلا عن اشتراطها خلق وحماية الأيدي العاملة في الداخل وتكوينها بهدف تخفيض نسبة البطالة.

بالإضافة إلى الرقابة المترتبة عن قوانين الشركات وقوانين الضرائب عامة كالاطلاع على حسابات ودفاتر المستثمرين ومراجعتها بدقة، بغرض ضمان سلامة العمل واجتناب المضاربات السلبية والإفلاس من جهة، ومن جهة أخرى حصول الخزينة العمومية على ما تستحقه من ضرائب ورسوم[3].

طبقا للقواعد العامة فإن الطرف الخاص له الحرية المطلقة في الكيفية التي ينفذ بها التزاماته، لكن هذا لا يعني أنه معفى من ممارسة الدولة للرقابة والإشراف عليه لضمان التنفيذ الجيد للعقد [4]، فوسيلة الرقابة تعد مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، لاسيما أن العقود التي تبرمها الدولة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية باعتبار أن مثل هذه العقود تتدرج ضمن القانون العام المرتبط بها أصلا بالنظر إلى أهدافه وموضوعه [5].

2- حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة :

أغلب النزاعات التي تثار بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والطرف الخاص سببه تمسك الدولة بضرورة تحقيق المرونة في النظام العقدي، حتى يتسنى لها مواكبة التحولات والتطورات الحاصلة، في حين أن الطرف الثاني يتمسك بثبات النصوص العقدية،

---

[1]أمر رقم 09-01، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

[2]شنتوفي عبد الحميد، الشراكة: آلية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 13، عدد 01، 2016، ص-ص 511-526.

[3]شحاتة إبراهيم، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 24، السنة 24، 1968، ص-ص 153-156.

[4]محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، رسالة دكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000، ص 110.

[5]سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 23 و 24.

لاعتقاده أن مثل هذه العقود المبرمة بينه وبين الدولة تندرج ضمن حظيرة القانون الخاص الذي يرتكز على الاتفاق الحر، وأن أطراف العلاقة العقدية تربطهم شروط عقدية غير قابلة للمساس بها، بحيث أن العلاقة قد أفرغت في قالب جامد (Static model) يحتوي على التزامات وحقوق، فأي تعديل يعد إخلالا بالقوة الملزمة للعقد[1].

بينما الدولة كطرف في العقد ترى أن من حقها إحداث تغييرات فيه، خاصة أن معظم هذه العقود ذات آجال طويلة، فهي قابلة للتعديل لمواكبة التطورات الحاصلة، مما يستلزم إحداث تغييرات في بنود العقد وشروطه، الشيء الذي يؤدي بالدول إلى إدراج شروط المراجعة وإعادة التفاوض في محتوى العقد،

(clausederévisionouderenégociation)، وهو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفين بتعديل العقد الذي يربطهما، في حالة حدوث تغييرات في الشروط الجوهرية التي التزما بموجبها وأدت إلى إحداث نوع من اللاتوازن أثناء تنفيذ العقد وتحمل أحدهما[2].

إذا لم تتضمن هذه العقود على أي شرط من الشروط المتعلقة بثبات العقد أو بمراجعته وإعادة التفاوض، فهل يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها ؟

ضمن هذا السياق، يرى اتجاه فقهي، بأنه يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها، نظرا لخصوصيات تلك العقود ذات الآجال الطويلة التي هي مثقلة بضمانات وإعفاءات وما صاحبها من ظروف إبرامها قبل الاستقلال، حيث تمت تحت ضغط ورغبة الطرف القوي أي "الشركات الكبرى" على الطرف الضعيف وهي "الدول النامية" لكونها حديثة الاستقلال واقتصادها منهارا [3].

---

[1] عصام الدين القصبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 140.

[2] رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009، ص 176.

[3] ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، 1995، ص 167.

نظرا لعدم التوازن الاقتصادي والفني بين أطراف العلاقة العقدية، فإن الدولة المضيفة لا تملك الإمكانيات التي تؤهله لإجراء مفاوضات عادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع الحاجة الماسة إلى إبرامها مثل هذه العقود[1]، إذن ألا يقتضي إعادة النظر ومراجعة الدولة لعقودها ذات الآجال الطويلة .

عليه فمن الواجب على الدولة الدفاع عن حقوقها لاسيما إذا كانت تلك العقود المبرمة متصلة اتصالا وثيقا بالتنمية الاقتصادية، باعتبار أن هذه المسألة ذات صلة بسيادة الدولة على ثرواتها، وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في مختلف القرارات الصادرة عنها، وبالتالي للدولة الحق في فسخ وإنهاء عقود الاستثمار، إذا ما أخلت الشركات الأجنبية بالتزاماتها التعاقدية المكتتبة.

3- سيادة الدولة في إنهاء الوجود القانوني للعقد:

لا تخلو صلاحية الدولة من ممارسة بعض التدابير التي تراها في صالح مقدسات معينة وجب الوقوف عليها، لذلك يتساءل الفقه فيما إذا كان للسلطة التنفيذية بموجب هذه الاعتبارات أن تلغي العقد أو تقوم بإنهائه. بحثا في هذه الإشكالية انقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات هي:

أ - **الطائفة الأولى:** لم تقدم تبريرا لتخلي الدولة عن واجباتها التعاقدية مؤكدة على دفع التعويض المتناسب.

ب- الطائفة الثانية: سمحت للدولة المتعاقدة إنهاء العقد في حالات محددة على سبيل الحصر، ومن أهمها حالة إخلال الطرف الأجنبي لالتزاماته في الإجراءات المتعلقة بتنفيذ المشروع أو الإخلال بالالتزامات المالية الواجب أداؤها لحكومة الدولة المتعاقدة أو إذا تنازلت عن حقوقها والتزاماتها على وجه مخالف لما هو متفق عليه في العقد.

[1] محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007، ص 95.

ج- الطائفة الثالثة: أكدت على أحقية الدولة في إنهاء العقد كأصل مستمد من مبدأ السيادة، في الجانب المعاكس تتحمل الدولة مسؤوليات جمة لتوفير المناخ الملائم لاشتعال المستثمرين الأجانب وتمتعهم بالحد الأدنى من الأمان القانوني.[1]

ثالثا: الاجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدولة الدول للمساس بملكية المستثمر .

تعد إجراءات اخذ الملكية بمعناه الشامل و الواسع من تأميم، نزع الملكية و الاستيلاء كلها إجراءات تصدر من قبل سلطة العامة في حدود اختصاصها، فهي تطبق على الوطنيين أو الأجانب و ذلك بالنسبة لأموالهم المستقرة في الإقليم الذي تمارس الدولة فيها سيادتها .

1-**اجراء نزع الملكية:** من المبادئ القانونية في القانون الدولي و القوانين الداخلية مبدا احترام الحقوق المكتسبة، ومن بين اهم هذه الحقوق حق الملكية الذي كرسته الدساتير، إلا ان هذا الحق ترد عيل استثناءات تخول للدولة نزعه في اطار تحقيق المصلحة الوطنية و المنفعة العامة .

- مفهوم نزع الملكية

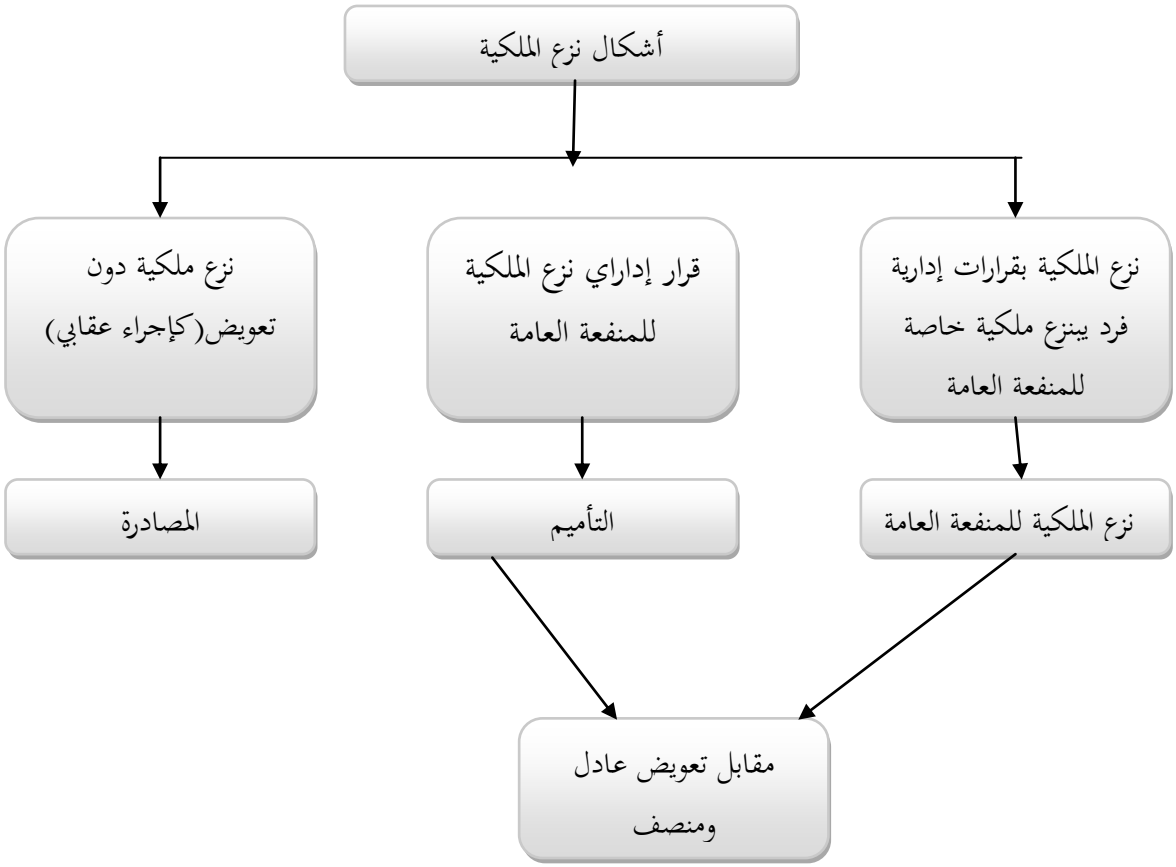
حق الملكية مكرس بموجب القوانين والاتفاقيات الدولية وهو واجب الاحترام، إلا أنه وفي نفس الوقت فإن هذه القوانين والاتفاقيات نفسها تعترف للدولة بحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض، ذلك أن حق الملكية الفردية لا يحول دون المصادرة للأموال الخاصة إذ أن للسلطة العامة حق الاستيلاء على هذه الأموال بشكل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

[1] زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الاول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم سياسية، تلمسان، 2015-2016، ص ص 532، 533

تقديس الملكية الفردية أصابها تحول ألغى الأفكار التقليدية إثر الثورة البلشفية في روسيا عام 1917 حيث هيمنت الأفكار الشيوعية الاشتراكية، ظهرت على إثرها النظم القانونية المستحدثة كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.[1]

3- صور نزع الملكية :

حيث سنتناول أشكال نزع الملكية والمتمثلة في: نزع الملكية للمصلحة العامة، التأميم والمصادرة طبقا للمخطط الآتي:[2]



[1] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي " المعوقات و الضمانات القانونية "، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2014، 2006، ص 105

[2] فضيلة سنينة، "الضمانات والحماية المقررة للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد الخامس، العدد 2،، جامعة طاهري محمد، بشار،2019، ص 943.

[3] خير الدين سعدي، كمال مجناح، ضمانات الاستثمار في القانون الجزائري (دراسة تحليلية للقانون 16-09)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017، ص 26.

ا – نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة :

هناك عدة تعريفات فقهية لنزع الملكية للمنفعة العامة هناك من عرفها بأنها "الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكها".[1]

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

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

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

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

---

[1] زياد فيضل حبيب الخيزران، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 267.

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

[3] هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 94.

ب-التأميم Nationalisation

يقصد بالتأميم: "**قيام الدولة بنقل ملكية شيء معين جبرا عن طريق تشريع أو قرار إداري، وذلك بغرض قيامها بإدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لأشخاص وطنية بدافع تحقيق مصلحة عامة**".

ويعرفه البعض أنه: "**عمل من أعمال السيادة تنتقل بمقتضاه وسائل الإنتاج والتداول وممارسة أنشطة معينة من الأفراد والهيئات الخاصة إلى الدولة كما تتولى استغلالها لخدمة المصلحة الجماعية**".

إن التأميم هو إجراء اقتصادي تقوم به الدولة المضيفة لعقد الاستثمار لبواعث وأهداف اقتصادية، وذلك لقاء تعويض تقوم بأدائه لأصحاب المشروعات الخاصة عن الحقوق المؤممة، ويصدر بموجب قانون نظرا لما يمثله من خطورة على مصالح المستثمر الاقتصادية والتجارية والمعنوية، لذلك نجده يفلت دائما من الرقابة القضائية ما دام أنه يدخل في إطار أعمال السيادة.[1]

ج - الاستيلاء Réquisition

يعرف الاستيلاء بأخذ ممتلكات الأفراد بسبب ضرورة تتعلق بأمن الدولة والدفاع الوطني، مثل الحرب، فهو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة، تتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة، وذلك بمقابل تعويض لاحق.

ويمكن القول أن إجراء الاستيلاء هو إجراء استثنائي يشمل جميع الأشخاص على حد سواء، فلا يميز بين المستثمر الوطني والأجنبي، ويتميز عن بقية الإجراءات الأخرى كونه

[1] رحمان امينة، الحماية القانونية لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018، ص285

لا يجرد المستثمر من ملكيته، بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه على استثماره لغاية زوال السبب.

لقد جاء في نص المادة 676 من القانون المدني أنه: "**يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد إما باتفاق رضائي أو عن طريق الاستيلاء وفقا للحالات والشروط المنصوص عليها في القانون...**".من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر على إمكانية الحصول على الأموال والخدمات الضرورية للبلاد عن طريق الاستيلاء في الحالات الاستثنائية والاضطرارية، أما في غير هذه الظروف فيتم اللجوء إلى الأسلوب الرضائي.[1]

د – المصادرة:

تعرف المصادرة بوجه عام بأنها (إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال والحقوق المالية الأشخاص دون مقابل)[2].وتنقسم المصادرة إلى قسمين:

القسم الأول (مصادرة إدارية) عبارة عن إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة، فالسلطة الإدارية تقوم بمصادرة الأغذية ذات الصلاحية المنتهية (الفاسدة)، ويجب على السلطة المختصة أن تحترم القانون عند اتخاذ هذا الإجراء، ولكن لا يلزم صدور حكم قضائي لمباشرته [3].

القسم الثاني (مصادرة قضائية)المصادرة التي تتم عن طريق السلطة القضائية كعقوبة تكميلية لجرائم جنائية معينة، كمصادرة الأشياء المتحصلة من الجريمة إذا كان

---

[1] رحمان امينة، المرجع نفسه، ص 287

[2] د.هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 117.

[3] د.باسم علوان طعمة، قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 في الميزان، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثاني، 2013، ص 47.

استعمالها أو حيازتها يعد جريمة في ذاته، ويترتب على المصادرة أيلولة المال المصادر إلى الدولة دون مقابل [1].وأهم ما يميز المصادرة عن نزع الملكية للمصلحة العامة هو التعويض؛ إذ إنه في الأولى لا يوجد تعويض بينما في الأخيرة يكون النزع وفقا لتعويض عادل.

أما عن موقف قوانين الاستثمار من المصادرة، فإن الأصل العام في هذه القوانين هو عدم جواز المصادرة، وهذا ما جاء به قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997)، حيث نصت المادة (9) على أنه: ((لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها)).

وإن هذا النص واضح في عدم جواز مصادرة المشروع الاستثماري، ومحل المنع هنا هو المشروع الاستثماري بأكمله أو جزء معين منه، ومما تجدر الإشارة إليه هو أن الحظر المقرر بنص المادة سالفة الذكر إنما ينصب على المصادرة التي تتم بالطريق الإداري ولا تتعلق بالمصادرة التي تتم بموجب حكم قضائي، وهذا الأمر هو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون؛ لذا فإن التشريع المصري قد منع المصادرة التي تتخذها السلطة الإدارية وتظل إجراءاتها محكومة بالقواعد العامة التي تقضي باختصاص القضاء بذلك [2].

[1] محمد علي عوض الحرازي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 122.

[2] رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (8) لسنة (1997) ولائحته التنفيذية، ط 3، بدون النشر، 2007، ص 290.

-موقف المشرع الجزائري من صور نزع الملكية:

اقر المشرع بمقتضى القانون الحالي صورتان لنزع الملكية، وهي نزع الملكية للمنفعة العامة وصورة الاستيلاء، وموقفه هذا جاء مخالفا للمرسوم التشريعي الملغي الذي إعتمد على أسلوب التسخير من طرف الإدارة[1].

في حين أن الأمر 03-01الملغي نص على أسلوب المصادرةla confiscation"" بموجب المادة 20منه في النص العربي، إلا أنه استعمل مصطلحLa requisition" " في النص العربي والتي تعني التسخير .وأهم أوجه الخلاف بين قرار نزع الملكية للمنفعة العامة والقرار الصادر بالاستيلاءl'occupationهو أن الأول لا ينصب إلا على العقار أما الثاني فيتناول الأموال بصفة عامة سواء كانت منقولة أو عقارية، كما أن قرار نزع الملكية يؤدي إلى نقل الملكية بصفة نهائية، بينما لا يترتب على قرار الاستيلاء سوى تخويل السلطة العامة التي أصدرته الحق في الانتفاع بالمال محل الاستيلاء لفترة مؤقتة، وحق المالك في التعويض المقرر عن الاستيلاء أو نزع الملكية هو الذي يفرق بينهما وبين المصادرة.[2]

لكن المشرع الجزائري بموجب القانون الجديد 16-09المتعلق بترقية الاستثمار بمصطلح الاستيلاء في النسخة العربية والتي تعني باللغة الفرنسية"، Occupation"في حين أن النسخة الفرنسية من القانون 20-63 اعتمد مصطلحLa réquisition" " والتي تعني بالعربية التسخير.

نستنتج أنه كان الأجدر بالمشرع أن ينص على إجراء نزع الملكية دون أن يربطه بأي أسلوب آخر سواء استيلاء كان أو مصادرة، فكلا المصطلحين من شأنهما أن يحدثان

---

[1] تنص المادة 16من المرسوم التشريعي 12- 32أنه" لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ماعدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف.

[2] سمية كمال، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2002-2003، ص.ص146-147.

خوفا لدى المستثمر، لأنهما يعبران عن نزع الشيء بالقوة، لذا كان على المشرع وكونه يبحث على ضمانات لاستقطاب المستثمرين الاستغناء على هذه المصطلحات، والتحدث فقط على الضمان المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

– من جهة أخرى أن المشرع أقرن نزع الملكية بضرورة تقديم تعويض عادل و منصف من طرف الدولة، التي يتعين عليها" أن توفر الأمن والاستقرار الذي يخلق مناخا يطمئن إليه المستثمرين كي تتلقى نسبة أكبر من التدفقات الإستثمارية، وإتخاذها لتلك الإجراءات دون تقديم تعويض عادل ومنصف بشكل لا محالة عائقا أمام انسياب رؤوس الأموال الأجنبية[1].

– والواقع أن الالتزام بالتعويض هو الذي يعد ضمانا قانونيا مهما من ضمانات الإستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، لأن الدولة وإن كانت تملك الحق في الاستيلاء على المشاريع الأجنبية التي تزاول نشاطا تجارية في إقليمها، باستخدام أدوات قانونية مختلفة، فإنها من جهة أخرى بمقتضى قواعد القانون الداخلي والدولي ملزم بجبر الضرر الذي يلحق المستثمر الأجنبي نتيجة حرمانه بطريق مباشر أو غير مباشر من أمواله المستثمرة في الدولة، ويتجسد عموما بتعويضه عن هذه الأموال[2].

2– الاجراءات المشابهة لنزع الملكية:

تعد إجراءات أخذ الملكية بمعناه الشامل والواسع من تأميم، نزع الملكية والاستيلاء كلها إجراءات تصدر من قبل السلطة العامة في حدود اختصاصها، فهي تطبق على الوطنيين أو الأجانب وذلك بالنسبة لأموالهم المستقرة في الإقليم الذي تمارس الدولة فيها سيادتها، لكن هناك إجراءات مشابهة لنزع الملكية تمثلت في ما يلي :

[1] سمية كمال، المرجع نفسه، ص159.

[2] لعماري وليد، المرجع السابق، ص23.

-أخذ ملكية المستثمر الأجنبي تدريجيا

تتخذ حكومات الدول إجراءات إدارية، سياسية وقضائية في منظومتها التشريعية لا يمكن وصفها بصفة نزع الملكية، إلا أنها تحرم المستثمر من سلطاته على مشاريعه الاستثمارية، أو تمس بحقوقه وتحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره بطريقة غير مباشرة، وبصورة تدريجية رغم بقاءه مالكا للمشروع، فهذا الأسلوب تمارسه الدولة على ممتلكات الأشخاص من خلال مصادرتها للمشروع الاستثماري بطريقة تدريجية من خلال التعديل الذي يطرأ في التشريع الجبائي، النقدي والجمركي كالزيادة في الضرائب من فترة لأخرى، والتمييز في فرض الضرائب بين المستثمرين أو بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من جنسية دون أخرى، وكذا فرض زيادة اليد العاملة المحلية على المستثمر الأجنبي، وهذا من شأنه أن يلحق أضرارا معتبرة به[1].

فضلا عن قيامها أيضا بالتمييز في الضرائب أو في تراخيص الاستيراد، ومنح رعاياها تراخيص استغلال في موقع مملوك للمستثمر أو تغييرها لأعضاء مجلس الإدارة، المدراء والإداريين في المشروع الاستثماري ومنع استقدام أو توظيف خبراء وفنيين أجانب وإجباره على تشغيل العمال المحليين حتى ولو بقيت الملكية باسم المستثمر الأجنبي، بل وحتى وإن كانت مخالفة لأحكام القانون الدولي[2]، وغيرها من الإجراءات الحكومية التي لا يمكن حصرها والتي يُطلق عليها مصطلح "التأميمات الزاحفة" أو "أخذ رؤوس الأموال الأجنبية تدريجيا".

---

[1]WEIL Prosper، Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique، Mélanges ROUSSEAU،A.Pedone، Paris، 1974، p.326.

[2]حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1، 2009، ص 72 و 73.

وتعد أيضاً من الأعمال المؤدية إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه، بفرضها ببيع المشروع، كما هو الحال في قضية (Gower and copeland) ضد دولة فنزويلا عام 1885، أو حظره نقل أثاث مكاتب المشروع ومعداته[1].

الفرع الثاني: اخلال المستثمر بالتزامته

يرتب عقد الاستثمار الأجنبي المباشر كسائر العقود الدولية التزامات متقابلة، لذلك إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته يكون ذلك سببا لنشوء المنازعة بينهما، ويمكن الإشارة إلى أن اتخاذ الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها لإجراءات انفرادية في عقد الاستثمار الأجنبي المباشر من شأنه أن يعرقل المشروع الاستثماري، وبالتالي نشوب نزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي، إلا أنه ليس في جميع الحالات تكون الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها هي التي تخل بالتزاماتها، فقد يخل كذلك المستثمر الأجنبي ببعض الالتزامات المفروضة عليه في عقد الاستثمار الأجنبي والتي تعد في المقابل من حقوق الدولة المضيفة للاستثمار، فعلى سبيل المثال عدم قيام المستثمر بالإعلام والإخبار حول مشروعه الاستثماري وعدم تدريب العمالة الوطنية للدولة المضيفة يعد خرقا للالتزامات التعاقدية من طرف المستثمر الأجنبي يخول الدولة القيام بإجراءات لحماية مصالحها من أية أضرار تؤثر سلبا على اقتصادها الوطني. وفي معرض حديثنا عن خرق المستثمر الأجنبي للالتزامات المنصوص عليها في عقد الاستثمار الأجنبي كسبب من أسباب نشوء المنازعة، أن نشير في هذا الإطار إلى قضية (Klockner V Cameron) حيث لم يلتزم المستثمر الأجنبي (Klockner) بتقديم جميع المعلومات والتطورات والأحداث الجديدة المرتبطة بالمشروع الاستثماري الذي هو بصدد تنفيذه لدولة الكاميرون.

[1] خالد محمد جمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق المشروعة، الشروط)"، مجلة الحقوق، الكويت، عدد3، 1979، ص 83 و 84.

مما عد سببا كافيا لنشوء المنازعة بين دولة الكاميرون والمستثمر الأجنبي، وبعد طرح القضية على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار انتهت هيئة التحكيم إلى أن شركة المستثمر قد خالفت التزاما جوهريا وهو إعلام حكومة الكاميرون بكل المعلومات والتطورات والظروف التي صاحبت تنفيذ عقد الاستثمار الأجنبي لإنشاء مصنع للسماد، مما يستوجب عدم المطالبة بالثمن الكامل للمصنع الذي تم إقامته على إقليم دولة الكاميرون.[1]

[1] عبابسة محمد، اسباب منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر و اشكالية الحماية الدولية للمستثمر الاجنبي، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8 العدد 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سعيدة، مولاي الطاهر سعيدة، 2021، ص ص 1054 1055 .

خلاصة الفصل الأول:

الأسباب التي استوجبت توفير نظام قانوني يحمي عقود الاستثمار، ترجع إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود الفنية و القانونية و السياسية و إلى خصوصيتها المستمدة من عدة أوجه، وما تمتاز به من تعقيد و التركيب و ما تحمله من مفاهيم مختلفة و طول المدة في تنفيذها، و الجدير بالذكر ان هذه الأسباب قد تكون خارجية أي لا دخل لطرفي عقد الاستثمار فيها كالقوة القاهرة و الظروف الطارئة أو ما يسمى بالمخاطر السياسية المتعلقة بالحروب الأهلية و الدولية، و العقوبات الدولية، و عدم الاستقرار السياسي و التشريعي لدولة، هذه المخاطر من شانها عرقلة عملية الاستثمار للتأثير السلبي عليها، كذلك قد يتعرض العقد إلى مخاطر تتسبب فيها أطرافه، كالإجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة الطرف الأول في العقد خصوصا اذا لم تكن في اطار القانون الداخلي الدولي و دون تعويض عادل و منصف، كإجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية و إجراء الاستيلاء و المصادرة و التأميم، و إجراءات غير مباشرة كالاحتكار و ما تفرضه من تعديلات ضريبية و جمركية و هذا تبعا لظروف المحيطة بالمشروع الاقتصادي، و قد تكون أسباب متعلقة بالطرف الثاني للعقد أي بفعل المستثمر، نتيجة إخلاله بأحد التزاماته الجوهرية، والتي تضر بمصالح الدولة، كل هذه الأسباب دعت المشرع الجزائري إلى تحضير منظومة قانونية تقر حماية هذه العقود و تكفل استمراريتها، و بذلك نكون سعينا إلى تحديد مفاهيم عقود الاستثمار و ضبط و تحديد المخاطر المهددة له ببيان أنواعها للوصول إلى إيضاحها و تحجيمها و ابرزا مدى تأثيرها، و هذا لنخطو خطوة صوب توفير أساليب الحماية لهذه العقود، و لتبديد مخاوف اطراف العقد خاصة المستثمر نظرا للمركز الضعيف المتواجد فيه في العلاقة التعاقدية هذا من جهة، و توفير المناخ الملائم لاستثمار من جهة أخرى .

الفصل الثاني: ضمانات إعادة التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار

الفصل الثاني: ضمانات اعادة التوازن لعقود الاستثمار

تعتبر عقود الاستثمار الدعامة الأساسية للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية للبلدان النامية، حيث أصبحت البديل استراتيجي لاستدانة من البنوك الأجنبية، كونها تساهم في تحقيق فوائد في مجال التشغيل و الإنتاج و نقل التكنولوجيا، لأجل ذلك تسعى الدول المختلفة إلى جذب اكبر عدد من الاستثمارات، لاستفادة من راس المال و الخبرة التي يجذبها المستثمرين و خاصة في الاستثمارات الأجنبية في اطار تنفيذ برامج التنمية فيها ،لذلك حرص المشرع الجزائري على تضمين الدساتير و القوانين العديد من الأحكام التي تهدف إلى توفير الحماية القانونية المطلوبة لاستثمارات ،و ذلك بوضع ضمانات قانونية و قضائية مبنية على أسس و قواعد موضوعية، هذه الأخيرة تعمل على تهيئة المناخ المناسب أو الأنسب للاستثمار.

هذا ما دفع التشريع الجزائري إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين عقود الاستثمار شروطا خاصة بالثبات التشريعي و عدم المساس بالعقد و تجميده فضلا عن ما قام به المشرع من توفير الحماية اللازمة لهم، و بالتالي فان أساس الحماية لعقود الاستثمار يرتكز خول تفادي كل المخاطر التي يتعرض لها العقد إضافة إلى احترام الثقة المشروعة بين المستثمر و الدولة المبحث الأول، لعل ابرز المشاكل التي تواجه هذه العقود هي الخاصية التي تتميز بها باعتبارها من العقود التي تستغرق وقتا طويلا التنفيذ، هذا ما يتعارض مع التغيرات في الظروف التي عاصرت العقد ومدى تأثيرها على التوازن الاقتصادي الذي يعد من العناصر الهامة في العقود بصفة عامة، فتلك الظروف قد تعرض هذا التوازن إلى انهيار أو تصيبه ببعض الخلل، مما يترتب عليه أثارة الكثير من النزاعات التي قد تكون بسبب إجراءات تتخذها الدولة أو بفعل إخلال المستثمر بأحد التزاماته، وهذا يتطلب من الدولة تقديم ضمانات إجرائية كفيلة بحل هذه النزاعات و التي تتنوع بين القضاء الوطني و اللجوء إلى التحكيم المبحث الثاني .

المبحث الأول: احترام الثقة المشروعة بين الدولة و المستثمر

التفاوت الذي نجده بين اطراف عقد الاستثمار في المراكز القانونية، يعتبر بمثابة عائق امام استمرارية العقد بصورة جيدة، فالدولة تتمتع بمركز سيادي يجعلها اقوى من المستثمر و الذي بطبيعة الحال شخص خاص لا يتمتع باي من المزايا السياسية، و ان هذا المركز السيادي يعطي الدولة مكانة اتخاذ اجراءات انفرادية تؤديإلى عرقلة المشروع الاستثماري و بالتالي انهيار العقد، قسعيا من المشرع الجزائري لحماية عقود الاستثمار نجده أولى اهتمامه بالمستثمر و كسب ثقته و ذلك عن طريق حماية حقوقه المكتسبة،

لذلك سنتطرق الى اليات المالية لخماية المستثمر المطلب الاول، اليات قانونية المطلب الثاني.

المطلب الأول: الاليات المالية للحماية المستثمر

لكي يشعر المستثمر بالطمانينة اكثر على استثماره لا بد من وجود اليات مالية عادلة لحماية امواله من الاساليب التي تعتمدها الدولة لاستثمار في الاستيلاء على المصالح الطرف الثاني، لذلك اقر المشرع مجموعة من الصمانات و الحقوق للمستثمر، كضمان نزع الملكية نتناوله في الفرع الأول، و الحق في التعويض في الفرع الثاني، الحق المستثمر في تحويل اموالة و عائداته الفرع الثالث .

الفرع الأول: ضمان عدم نزع الملكية

تعد ملكية الإستثمار شيئا مقدسا عند المستثمر الأجنبي ويوليها أهمية كبيرة عند اتخاذه لقرار الإستثمار، بحيث أن اتجاهه للاستثمار في بلد معين قد يتوقف على مدى الضمانات والحماية التي يقدمها هذا البلد للملكية، وأن أي إخلال بها قد يجعله يعرض عن الإستثمار مهما توافرت فيه فرص تحقيق الربح، لذلك كان من اللازم إعطاء أهمية لها ضمن السياسة القانونية لتحفيز الإستثمار الأجنبى وإحاطتها بضمانات تحد أو تزيل

مخاوف المستثمر الأجنبي من خطر نزع ملكية الإستثمار، وتجعله يقبل على الإستثمار دون تردد[1].

حيث يتخوف المستثمرين من أن تمارس الدولة ضدهم حقها في نزع الملكية بصورة تعسفية، لذلك نجد الدول ترغب في جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وفي إطار سياسة التحفيز التي تطبقها تعمل جاهدة على إحاطة حقها في نزع الملكية بمجموعة من الضمانات التي تمنحها للمستثمر رغبة في التقليل من مخاوفه وتشجيعه على اتخاذ قرار الإستثمار، والملكية الخاصة المقصودة هنا هو العقار المنشأ على الأرض الممنوحة من طرف الدولة عن طريق عقد الإمتياز، فنزع الملكية يعتبر إجراء إداري يقصد به حرمان الشخص من ملكيته وحقوقه العقارية جبرة من أجل المنفعة العامة نظير تعويضه عما يلحقه من ضرر تعويضا عادلا ومنصفا[2].

نجد المشرع كرس حماية الاستثمار الأجنبي بضمان عدم نزع الملكية من خلال المادة 20 من دستور 1996: لا يتم نزع الملكية إلا في اطار القانون: .[3]

أما بالنسبة في قانون الاستثمار فقد ورد هذا الضمان صريحا في نص المادة 23 من القانون 16-09 على ما يلي: " زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ن و يترتب على هذا الاستيلاء و نزع الملكية تعويض عادل و منصف "، و بذلك فقد ضمن المشرع الجزائري للمستثمر عدم حصول أي نزاع للملكية إلى في اطار ما نص عليه التشريع المعمول به، و هو القانون 91-11.[4]

---

[1] لعماري وليد، المرجع السابق، ص20.

[2] ونوغي نبيل، المرجع السابق، ص224

[3] المادة 20 من دستور 1996 معدل و متمم .

[4] القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 ابريل 1991، المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 21، الصادر بتاريخ 08 مايو 1991

و تعتبر ضمان عدم جواز تأميم المشروع الاستثماري أو مصادرته اخدى اهم الضمانات المقررة للمستثمر الأجنبي، اذ إنها تعد الضمانة الأساسية التي لا يتصور بدونها أقدام المستثمر الأجنبي على الاستثمار أمواله بدولة ما، فهي تؤمنه ضد استحواذ الدولة المضيفة على أمواله، أو على الأقل تقييدها بضرورة حماية الحقوق المكتسبة لأجانب، و ان تستدعي المصلحة العامة اتخاذ مثل هذه الاجراءات، و ان لا يتم اتخاذها بطريقة تمييزية بين المستثمرين، مع الالتزام بدفع تعويض عادل و قابل لتحويل إلى الخارج .[1]

في سبيل ذلك نصت المادة 16 من الأمر 01-03 على انه: لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلافي الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

لعل اهم ما يمكن استخلاصه من هذا النص هو سكوت المشرع الجزائري عن الأساليب الأخرى لنزع الملكية المستثمر الأجنبي من تأميم و مصادرة، لأنه و كما راينا سابقا فان المشرع قد اخطأ في صياغة هذه المادة نتيجة الخلط بين مفهوم المصادرة الذي لا يترتب عليه أي تعويض، و مفهوم نزع الملكية لضرورة المنفعة العامة عن طريق قرار إداري و الذي يقترن بتعويض عادل و منصف، و هو الأجراء المقصود من هذه المادة مع تقييده بمراعاة التشريع المعمول به مستبعدا بذلك القرارات التعسفية و غير القانونية

يذهب بعض إلى تفسير صمت المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات المقارنة المتعلقة بالاستثمار عن ذكر التأميم و المصادرة، بانه ضرورة يميلها النهج الذي تسلكه الدولة من اجل توفير البيئة استثمارية يسودها جو من الثقة و اطمئنان لدى

[1] مخمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الاجنبي و حوافزه في القانون المصري دراسة مقارنة المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الامارات العربية المتحدة، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2011، ص563

المستثمر الأجنبي، فالمشرع الجزائري بهذا النص يكون قد حدد موقفه من هذه الاجراءات التي تعلقت في فترة السبعينات بتأمينات لازالت تثير مخاوف المستثمرين الأجانب .[1]

الفرع الثاني: الحق في التعويض

يترتب على إجراء نزع الملكية والتأميم عندما تلجأ إليه الدولة المضيفة للاستثمار عند وجود مصلحة عمومية، حق للمستثمر الأجنبي يتمثل في التعويض، حيث يجد أساسه في قواعد وآليات الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي، كما أكدت عليه المنظمات والهيئات الدولية التي لها علاقة بالاستثمار، وهو حق معترف به في القانون الدولي. لذلك فإن إجراء نزع الملكية والتأميم إن لم يصاحبه التعويض يجعل التصرفات الماسة بحق الملكية غير مشروعة ،يترتب عليها مسؤولية دولية على الدولة المضيفة للاستثمار.

بناءا على ذلك سنتطرق إلى أساس التعويض أولا ، تقدير التعويض ثانيا، تقدير التعويض في القانون الداخلي ثالثا .

أولا: أساس التعويض.

يجد الالتزام بالتعويض أساسا له في القوانين الداخلية، والاتفاقيات الثنائية. ضمان الحق في التعويض في القوانين الداخلية معظم الدول النامية وسعيا منها إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية أكدت على الحق في التعويض بسبب نزع الملكية والتأميم، والمشرع الجزائري كغيره من الدول النامية أكد عليه في القوانين الخاصة بالاستثمار، سواء قبل الإصلاحات الاقتصادية[2] ،أو بعدها حيث ذهبت المادة16 من الأمر (03-01) المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم على ما يلي: "لا يمكن أن على تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص بها في التشريع المعمول به ويترتب على المصادرة تعويض عادل."

[1] فارس بوكروح، الضمانات التشريعية في عقود الاستثمار الاجنبية، مذكرة نيل شهادة ماستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016، ص21

[2] عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص .31

كما أكد الدستور الجزائري لعام 1996المعدل بالقانون 01/16على هذا الحق في المادة 22 منه[1]: لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي وعادل ومنصف".كذلك نصت المادة 23من قانون 09/16المتعلق بترقية الاستثمار في فقرة الثانية على: ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

ثانيا: تقدير التعويض:

يشمل التعويض كافة المبالغ المالية المستثمرة و الأرباح المتوقعة، على أساس الرقع من قيمة التعويض من اجل الأخذ بعين الاعتبار الفوائد المحتملة خاصة في حالة عدم مشروعية إجراءات التأميم أو نزع الملكية و الملاحظ ان هذه الطريقة لا تخدم مصالح الدولة النازعة للملكية أو المؤممة، لأنها لا تدرج في تقدير التعويض كل ما تتوقعه الشركة المستثمرة من أرباح .[2]

بالتالي الرفع من قيمة التعويض و قد تبنت هذه الطريقة لجنة تحكيم في قضية Aminiol عندما قضت بإلزامية التعويض على أساس هذه الطريقة عن كل الفوائد المحتمل تحققها من المؤسسة .[3]

كما يمكن ان يعتمد على القيمة الحسابية الصافية، و تسمى كذلك بطريقة الحصيلة bilanلأنها تعتمد في تحديد قيمة التعويض على عناصر القيمة الخالية مع الأخذ بعين الاعتبار الفرق بين الأرباح المحققة في حصيلة الشركة المؤمنة أو المسخرة، مقارنة معدل الأرباح التي تحققها شركة أخرى شبيهة في المدة نفسها لكن في بلد أخرى .[4]

---

[1] للمادة 22من دستور 1996المعدل بالقانون 01/16المؤرخ في، 2016/03/06ج ر عدد، 14الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

[2] قرفي محمد رؤوف، ضمان الاستثمار من المخاطر عير التجارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستير، جامعة بسكرة، كلية الحقوق و العلوم سياسية، 2016، ص 89

[3] زكريا عيلوط، دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية ن مذكرة نيل شهادة الماستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق و العلوم سياسية، 2017، ص 45

[4] قرفي محمد عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 89

توجد طريقة القيمة السوقية، هذه الطريقة تمسكت بها الدول المصدرة لراس المال [1]، و يشترط فيها كي يكون التعويض عادلا ان يكون تقييم ممتلكات المستثمر الأجنبي التي صادرتها الدولة المضيفة لاستثمار وفقا لقيمتها السوقية في الدولة المضيفة لاستثمار في يوم المصادرة.[2]

في مثل هذه الظروف، و نظرا لتعدد الحلول المقترحة لتقدير التعويض، كان من الصعب التوصل إلى قاعدة دولية متفق عليها، و يحاول كل طرف فرض طريقة التي تخدم مصالحه بحيث ان الدولة المصدرة لراس المال تسعى إلى رفع من قيمة التعويض لتغطية كل الأضرار اللاحقة بها، في حين تحاول الدولة المستقبلة راس المال الأجنبي التحقيق من مقدار التعويض النقدي لتقادي أثار السلبية على اقتصادها.[3]

ثالثا: تقدير التعويض في القانون الداخلي.

وصف المشرع الجزائري في القانون رقم 277/63التعويض المستحق عن إجراءات نزع الملكية بالعادل ،وبعد ذلك اعتمد المشرع على القيمة الصافية المحددة على أساس عناصر رأس المال الذي استرجعته الدولة.

ثم أصبح التعويض يحسب على أساس القيمة الحسابية للأسهم التي يمتلكها المستثمر الأجنبي بعد ما تبنت الدولة نظام الشركات المختلط بداية من عام1982[4]رقم وفي القانون 19/86اكتفي بالتأكيد على العدل والإنصاف في تحديد التعويض دون ذكر أي طريقة للتقييم. وبعد انتهاج الدولة الجزائرية للإصلاحات اكتفى المشرع بالتأكيد على

[1] عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري، الطبعة الاولى، دار هومة للنشر، الجزائر، 2014، ص 207.

[2] خالد محمد جمعة، انهاء الدولة المضيفة لاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الاجنبي الطرق ن المشروعية ن الشروط، مجلة الحقوق ن العدد الثالث، الكويت، 1992، ص 110

[3] عيبوط محند وعلي، المرجع نفسه، ص 329.

[4] المادة 6من القانون 277/63المؤرخ في 26يوليو 1963المتضمن قانون الاستثمار ج.ر عدد 53الصادرة في 02غشت 1963.

حق التعويض العادل والمنصف وترك التفاصيل من آجال وطريقة التقييم وأساليب الدفع حسب الاتفاقيات الثنائية.

الفرع الثالث: ضمان حرية تحويل الأموال

يعد ضمان تحويل الأموال من بين أهم الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي، ويعتبره البعض شرطا أساسيا لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، فهو من أهم الإجراءات التحفيزية التي تقوم بها الدولة المضيفة، لأن عدم السماح بهذا التحويل يعتبر نوع من المصادرة، فما الفائدة التي يجنيها المستثمر الأجنبي إذا كان محروما من حق تحويل المبالغ المالية التي استثمرها في الدولة المضيفة، وتحويل أرباحه وعائدات إستثماره وناتج التنازل عن مشروعه أو تصفيته [1] ورغم أن إعادة رأس المال والأرباح إلى بلد المستثمر الأجنبي سيؤدي لا محالة إلى خروج العملة الصعبة بكميات كبيرة من الجزائر، مما قد يؤدي إلى إحداث خلل في ميزانية الدولة، فإن التشريع الجزائري يضمن حق المستثمر الأجنبي وجميع العائدات والأرباح المحققة من عملية الإستثمار بالجزائر.

تبعا لذلك كرس المشرع الجزائري حق المستثمر الأجنبي في تحويل أمواله وجميع العائدات والأرباح المحققة من عملية الإستثمار في جميع النصوص القانونية المتعلقة بالإستثمار[2]، كما حافظ على هذا المبدأ بموجب القانون الحالي رقم 20-63حيث نص عليه في المادة 25منه التي ورد فيها" تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الإستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بإنتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع وفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

[1] سالم ليلى، المرجع السابق، ص111.

[2] المادة 11من المرسوم التشريعي 93-12 والمادة 31 من الأمر 01-03.

كما تقبل كحصص خارجية إعادة الإستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

يطبق ضمان التحويل وكذا التحويل وكذا الأسقف الدنيا المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه على الحصص العينية المنجزة حسب الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به شريطة أن يكون مصدرها خارجيا وأن تكون محل تقييم طبقا للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات.

يتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه كذلك المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الإستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية"، أما عن كيفيات التحويل فقد حددها المشرع بموجب النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 يونيو 2005 المتعلق بالإستثمارات الأجنبية[1].

هذا وإن كان المبدأ هو ضمان التحويل بإعتباره حقا مقررا لمصلحة الأجنبي، فليس هناك ما يمنع من أن تضع الدولة قيودا على ذلك التحويل داخل إقليمها، وذلك حسبما تتطلبه مصالحها الوطنية، إذ تتمتع كل دولة ذات سيادة بحقها في وضع إجراءات تنظيم شؤونها النقدية عن طريق فرض رقابة مرنة وليست صارمة على عمليات الصرف والتحويلات المالية في إقليمها، حتى لا تتعرض لتسرب رؤوس الأموال وبالتالي تهريبها إلى الخارج، علما أن الهدف من تشجيع الإستثمارات الأجنبية هو جلب العملة الصعبة وليس تبديدها وتهريبها، ولن يعيق من سلطة الدولة في هذا التطلع سوى الالتزامات الدولية التعاقدية، كما يجب أن لا تتسم مثل تلك الإجراءات بالتمييز أو أن تلحق ضرر بالمستثمرين الأجانب[2].

---

[1] النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 يونيو 2005المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج .ر .ع.02المؤرخة في 31يوليو2005.

[2] ليندة بلحارث، المرجع السابق، ص 289.

أولا: مفهوم حرية تحويل الأموال

من بين أهم الضمانات التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي ضمان حرية تحويل الأموال ويعتبره البعض شرطاً أساسياً لجذب رؤوس الأموال الأجنبية، فهو من أهم الإجراءات التحفيزية التي تقوم بها الدولة المضيفة، لأن عدم السماح بهذا التحويل يعتبر نوع من المصادرة؛ فما الفائدة التي يجنيها المستثمر الأجنبي إذا كان محروما من حق تحويل المبالغ المالية التي استثمرها في الدولة المضيفة؛ وتحويل أرباحه وعائدات إستثماره وناتج التنازل عن مشروعه أو تصفيته ورغم أن إعادة رأس المال والأرباح إلى بلد المستثمر الأجنبي سيؤدي لا محالة إلى خروج العملة الصعبة بكميات كبيرة من الجزائر مما قد يؤدي إلى إحداث خلل في ميزانية الدولة، فإن التشريع الجزائري يضمن حق المستثمر الأجنبي وجميع العائدات والأرباح المحققة من عملية الإستثمار بالجزائر، تبعا لذلك كرس المشرع الجزائري حق المستثمر الأجنبي تحويل أمواله وجميع العائدات والأرباح المحققة من عملية الإستثمار جميع النصوص القانونية المتعلقة بالإستثمار كما حافظ على هذا المبدأ بموجب القانون الحالي رقم 16-09 .

حيث نص عليه المادة 25 منه التي ورد فيها "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الإستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص رأس المال شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرك ومدونة بعملة حرة التحويل يُسّعرها بنك الجزائر بإنتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع وفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

كما تقبل حصص خارجية إعادة الإستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ثانيا: حرية تحويل الأموال في التشريع الجزائري.

كرس المشرع الجزائري حرية تحويل الأموال في معظم قوانين الاستثمارات الأجنبية بما فيها رقم القوانين الصادرة قبل الإصلاح الاقتصادي، ففي ظل القانون 13-82[1] المعدل والمتمم رقم بالقانون 86-13المتعلق بالشركات مختلطة الاقتصاد، ولم يكن يمنح هذا الحق إلا للمستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني إعمالا لمعيار الجنسية رغبة من المشرع في تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية على الاستثمار في إطار الشركات مختلطة الاقتصاد.

بصدور القانون رقم (10-90) المتعلق بالنقد والقرض اعترف المشرع في المادة 184منه بحق المستثمر في إعادة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة ونتائج المداخيل والفوائد المرتبطة بالاستثمار، كما يشترط أن يكون أرس المال المستثمر بعملة قابلة للتحويل، وألغى المرسوم التشريعي (12-93) المتعلق بترقية الاستثمار جميع القيود الواردة على عملية التحويل على أن يتم تنفيذ طلبات التحويل في 60 يوما.

كما حرص المشرع على تكريس هذا الضمان صراحة في الأمر (03- 01) المتعلق بتطوير الاستثمار في المادة 31منه والتي نصت: "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه، كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية.

من خلال هذه المادة نستنتج أن الأموال التي تكون موضوعا لعملية التحويل تتمثل في، رأس المال المستثمر، العائدات الناتجة عن استثمار رأس المال الأرباح الناتجة عن التنازل، أو تصفية المشروع الاستثماري حتى ولو فاقت هذه الأرباح قيمة رأس المال

[1] قانون رقم (13-82) يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط، مرجع سابق.

المستثمر، على ألا يمنح إلا للإستثمارات المنجزة بواسطة عملة صعبة حرة التحويل ومسعرة من طرف البنك المركزي[1].

المادة 31 من الأمر (03- 01) تطرقت فقط لموضوع التحويل دون تحديد الإجراءات وشروط التحويل التي تركتها للقانون (10- 90) المتعلق بالنقد والقرض، حيث أن مجلس النقد والقرض لا يمكنه رفض التحويل إلا في حالة نقص الوثائق اللازمة، لأن دوره يقتصر فقط على التحقق من وجود كل الوثائق المطلوبة لإصدار رخص تحويل الأموال.

كما أكد الأمر[2](03-11)المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم على حق التحويل في المادة 126 منه التي تنص على ما يلي: "يرخص للمقيمين في الجزائر تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطا م المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر..."، أما المادة 25من القانون رقم 09/16فقد كانت أكثر وضوحا وتفصيلا حيث نصت أن المستثمر الأجنبي له كامل الحرية في تحويل رؤوس الأموال المستثمرة في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر، وتساوي قيمة هذه الحصص أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الإجمالية للمشروع الذي أنجزه المستثمر الأجنبي.

كما أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة السابقة أن تقبل كحصص خارجية إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم على أن يكون مصدر هذه الحصص خارجيا، واشترط أيضا أن تكون محل تقييم طبقا للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات.

أما الفقرة الأخيرة فقد جاءت على نفس صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 31من الأمر 01/03 المعدل والمتمم والتي تضمنت ضمان تحويل المداخيل الصافية الناتجة عن

[1]سالم ليلى، مرجع سابق، ص113.

[2]الأمر (11-03) المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم المؤرخ في 27أوت، 2003ج.ر عدد62.

التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى ولو كان هذا المبلغ يفوق رأسمال المستثمر في البداية.

المطلب الثاني: أليات القانونية لحماية المستثمر

اقر المشرع الجزائري من خلال القانون 18/22 مجموعة من الضمانات التي تدخل في اطار معاملة المستثمر، مما يبعث في نفسه الثقة و يشجعه على الإقبال إلى الاستثمار أمواله بكل ارتياح، من خلال تكريس مبدا حرية الاستثمار للمستثمر الفرع الأول، و ضمان تحقيق المساوات عند التعامل مع الاستثمارات الفرع الثاني، كما نص على ضمان حماية ملكية المستثمرين الفرع الثالث، و استقرار التشريعي الفرع الرابع .

الفرع الأول: مبدا حرية الاستثمار

كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية الإستثمار في كل النصوص القانونية التي عرفتها الجزائر هذا المجال، وخاصة بمقتضى الأمر ،62-03حيث نصت المادة4/1 منه على أنه "تنجز الإستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، كما أحد الأمر في المادة 03/4منه على ضرورة أن تخضع الإستثمارات للتصريح المسبق لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار.

يلاحظ أن هذا الأمر لم يحصر عملية الإستثمار في بعض القطاعات الاقتصادية، ولم يخصص للدولة إمكانية التدخل في بعض القطاعات الحيوية للإقتصاد الوطني، ولم يرد فيه أي نص صريح يؤكد وجود قطاعات مخصصة للدولة أو لفروعها[1].

أما بخصوص القانون الحالي 16-09فإنه لم ينص على حرية الإستثمار بصورة صريحة بسبب أن المشرع أراد تفادي النقد الذي وجه لمبدأ حرية الإستثمار على أساس أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بوجوب مراعاة التنظيمات المعمول بها وبالنشاطات والمهن المقننة، مع ضرورة مراعاتها للتنظيمات المتعلقة بحماية البيئة، لذلك نصت المادة 03منه على أنه "تنجز الإستثمارات المذكورة أحكام هذا القانون ظل إحترام

[1] عيبوط محمد وعلى، **الاستثمارات الأجنبية القانون الجزائري**، دارهومة، الجزائر،، 2013ص77.

القوانين والتنظيمات المعمول بهاء لاسيما تلك المتعلقة بحماية البيئة، وبالنشاطات والمهن المقننة، وبصفة عامة بممارسة النشاطات الإقتصادية."

إلا أننا نرى أنه ما دام أن لكل مبدأ استثناء، وأن حرية الإستثمار بإعتباره مبدأ دستوريا، وأن النصوص القانونية يجب أن تخضع للدستور، فكان يتعين على المشرع النص عليه 2القانون 16-09؛ بأن ينص على المبدأ العام وهو حرية الإستثمار وبعده يورد القيود والضوابط التي يخضع لها المستثمر في ممارسته لهذه الحرية.

من جهة أخرى نصت المادة 04من القانون 20-09بأنه "تخضع الإستثمارات قبل إنجازها من أجل الاستفادة من المزايا المقررة أحكام هذا القانون للتسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار المذكورة في المادة 26أدناه.

تحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات عن طريق التنظيم ؛ وتطبيقا لذلك أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 17-102المؤرخ 05مارس 2017الذي يحدد كيفيات تسجيل الإستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به[1].

أولا: القيود الواردة على حرية الاستثمار.

المادة 03من المرسوم التشريعي رقم 12/93المتعلق بترقية الإستثمار[2]المؤرخ في 05 أكتوبر 1993وضعت شرطا متمثل في ضرورة "مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالنشاطات المقننة، والمادة 04من الأمر 03/01المتعلق بتطوير الإستثمار[3]أضافت إلى النشاطات و المهن المقننة "حماية البيئة"، و هو ما أكدته المادة 03من القانون الجديد 09/16المتعلق بترقية الإستثمار[4]، كما أضاف المشرع بعض القيود لحرية الاستثمار في قانون المالية التكميلي لسنة 2009 5تتمثل في نظام الشراكة، وحق الشفعة، وكذا نظام

[1]المرسوم التنفيذي رقم 102-77 المؤرخ 05 مارس 2017 الذي يحرد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ع.16 المؤرخة في 08 مارس2017.

[2]لمادة 03من المرسوم التشريعي 12/93المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع سابق.

[3]المادة 04من الأمر 03/01المتعلق بتطوير الإستثمار، مرجع سابق.

[4]المادة 03من القانون 09/16المتعلق بترقية الإستثمار، مرجع سابق.

التصريح لدى الوكالة الوطنية للاستثمار والدراسة المسبقة للمجلس الوطني للاستثمار وبعض القيود بالصرف وحركة رؤوس الأموال"، بالإضافة إلى القيود الواردة في قانون المالية التكميلي لسنة 2010وقانون المالية لسنة 2012هذه الشروط من شأنها أن تقلص من حرية الاستثمار، هذا إلى جانب غموض بعض العبارات في القانون.

الفرع الثاني: المساواة بين المستثمرين

المساواة بين المستثمرين يقصد منه المساواة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ومعاملتهم على قدم المساواة وهو ما سيتم تناوله من خلال تحديد مفهوم المساواة بين المستثمرين أولا أساس المساواة بين المستثمرين في التشريع الجزائري ثانيا.

أولا: مفهوم المساواة بين المستثمرين

يقوم هذا المبدأ على فكرة تسهيل ممارسة النشاط الاقتصادي والتجاري لجميع الأشخاص دون تفرقة بين شخص وطني وآخر اجنبي في معاملة المستثمرين الأجانب حيث يسويهم في المعاملة مع المستثمرين الوطنيين للدولة المضيفة[1].

ويقتضي هذا المبدأ عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي في المعاملة حيث تلتزم الدولة المضيفة بأن تعامل المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي تعامل بها المستثمر الوطني: ويترتب على هذا أن تكون المعاملة منصفة وعادلة: وهو ما يقصد به أن يتمتع كل منهما بنفس الحقوق ويتحمل نفس الواجبات: معاملة العادلة والمنصفة نظام قانوني تلتزم بموجبه الدولة المستقطبة للاستثمار بمنح المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفصيلاً عن تلك الممنوحة للمستثمرين الوطنيين؛ وبالتالي يتمتع المستثمر الأجنبي بشروط المنافسة التي يتمتع بها المستثمر الوطني 2إقليم البلد المستقطب للإستثمار[2].

---

[1]سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، ..91 جامعة وهران،، 2011-2012، ص 91.

[2]ونوغي نبيل، عن واقع الضمانات القانونية المقررة للاستثمار في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد دباغين، سطيف2، العدد، الجزء 3ص220.

كرس المشرع الجزائري مبدأ المساواة بمقتضى القانون 16-09بمقتضى نص المادة 21 منه التي تنص على أنه "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقفة من قبل الدولة الجزائرية يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة بإستثماراتهم."

المادة 21من القانون 20-63السالفة الذكر نص صراحة على مبدأ عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني كميداً عام مع ضرورة مراعاة أحكام الإتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، ولكنه نص عليه قبل ذلك ولكن بصفة ضمنية بموجب المادة 01من القانون 20-63عندما قرر أنه يهدف إلى تحديد النظام المطبق على الإستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة النشاطات الإقتصادية لإنتاج السلع والخدمات.

وقد يتخذ هذا المبدأ عدة أشكال، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي، مبدأ المعاملة بالمثل، ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة[1].

1-مبدأ المعاملة وفق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية:

قررت اتفاقية الشراكة الأورو جزائرية الموقعة بين الجزائر ودول الاتحاد الأوروبي والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 159/05مؤرخ في 27أفريل 2005تكريسا لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية بين مستثمريها أن يمنح كل طرف متعاقد فيها رعايا الطرف الآخر معاملة لا تقلعن تلك التي يمنحها لرعايا دول أخرى،[2] أي أن كل طرف يتعهد بمنح مستثمري الطرف الآخر أفضل معاملة منحتها أو ستمنحها لاستثمارات أجنبية أخرى، على أن هذه المعاملة لا تؤخذ على إطلاقها، حيث يمكن أن توجد معاملة تفضيلية لا

[1] سالم ليلى، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي، رسالة ماجيستير تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة وهران 2012، ص92.

[2] المادتين 30. 31من اتفاقية الشراكة الأوروجزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم159-05 مؤرخ في 27افريل 2005متضمن التصديق على الاتفاق الشراكة، ج.ر، عدد31 ، لسنة 2005.

تمنح إلا في إطار تنظيمات اقتصادية أو أسواق مشتركة حتى لا يمتد أثر هذه المعاملة خارج هذه التنظيمات[1].

جاءت به الفقرة الثانية من المادة 30 من اتفاقية الشراكة أن المعاملة وفق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية لا تخص التدابير المتخذة لتطبيق الاتفاق العام حول تجارة الخدمات أجسياس ولا المزايا الأخرى التي يتم منحها وفق قائمة الإعفاءات التي تدرجها المجموعة الأوربية ودولها الأعضاء في ملحق الاتفاق العام حول تجارة الخدمات.

2- مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي:

تطبيقا لمبدأ المعاملة الوطنية فإن المجموعة الأوربية تمنح رعايا الدولة الجزائرية معاملة لا تقل عن تلك التي يحظى بها رعاياها[2] ،مما يعني أن المستثمر الجزائري له الحق في نفس المعاملة التي يتمتع المستثمر الأوربي في إقليم أي دولة طرف في اتفاقية الشراكة الأورو جزائرية على أن هذه الاتفاقية لم تلزم الجزائر على تطبيق هذا المبدأ على رعايا الدول الأوربية بل ألزمتها بمبدأ الدولة الأولى بالرعاية[3].

3- مبدأ المعاملة بالمثل

كرست اتفاقية الشراكة الأوروجزائرية بصفة عامة مبدأ المعاملة بالمثل بين رعايا طرفي الاتفاقية في الميادين التي تطرقت إليها، كما أكدت ديباجة الاتفاقية من جهتها على أن العلاقات بين المجموعة الأوروبية والجزائر ترتكز على المعاملة بالمثل، ومبدأ المعاملة بالمثل يقتضي أن تعامل الدولة المضيفة المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي تتلقاها رعاياها في دولة المستثمر الأجنبي خاصة إذا كانت آليات الحماية والحوافز وكذا الضمانات التي تقدمها الدولة المضيفة لا ترقى إلى ما تقدمه دولة المستثمر الأجنبي.

---

[1] سالم ليلى، مرجع سابق، ص 93.

[2] لمادتين 30. 31من اتفاقية الشراكة الأوروجزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم159-05 مؤرخ في 27افريل، 2005متضمن التصديق على الاتفاق الشراكة، ج.ر عدد 31لسنة 2005.

[3] سالم ليلى، المرجع نفسه، ص94

4- مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة

أحكام اتفاقية الشراكة الأورو جزائرية لم تعتمد على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في العلاقات التي تجمع الطرفين، في حين أنها اعتمدت مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي، مبدأ المعاملة بالمثل، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، والسبب عدم اعتمادها هذا المبدأ قد يعود إلى اعتمادها المبادئ السابقة من جهة، وكذلك إلى عدم وضوح مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وذلك لعدم وجود معايير تحدد متى تكون هذه المعاملة عادلة ومنصفة، الأمر الذي يجعل هذا المبدأ نسبي في مواجهة المستثمر الأجنبي.

غير أن بعض الدول الأوربية في اتفاقياتها الثنائية مع الدولة الجزائرية اعتمدت هذا المبدأ ومثال ذلك المادة 30من الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات [1]بقولها: " يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين، طبقا لقواعد القانون الدولي، بضمان على إقليمه ومنطقته البحرية، معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر، بحيث ممارسة هذا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تميزية قد تؤثر على التسيير والصيانة [2]والاستعمال والتمتع ذه الاستثمارات أو تصفيتها."

ثانيا-الأساس القانوني للمساواة بين المستثمرين في التشريع الجزائري.

أقر المشرع هذا المبدأ في القوانين الوطنية خاصة بصدور قانون النقد والقرض لسنة 1990 أين أصبح يعتمد على معيار الجنسية، ثم في المرسوم التشريعي 12/93المؤرخ في05 أكتوبر 1993المتعلق بترقية الاستثمار، ثم في الأمر 03/01المؤرخ في 20غشت2001 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم ليؤكد بصفة قاطعة على هذا

[1]مرسوم رئاسي رقم (01-94) مؤرخ في 02فيفري، 1994متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع فرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخضع للاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة ا، ج ر ،عدد 10،سنة1994 .

[2]فاطمة الزهراء روابحية، أحلام جفافلية، آليات حماية المستثمر الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجزائري الجديد، 09/16 رسالة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2016-2017، ص85.

المبدأ في مادتيه الأولى والرابعة عشر التي نصت على: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار، ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية.

كما أن المادة الأولى أشارت إلى أن نفس النظام القانوني يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية، وهو المحور الأساسي لمبدأ عدم التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي[1].

كما أن المادة 21من القانون رقم 09/16المتضمن قانون ترقية الاستثمار الجديد: "مع مراعاة أحكام الاتفاقية الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم حيث أن المشرع كان واضحا بالنسبة لمبدأ المساوات بين المستثمرين حيث نص في الفقرة الأولى على أنه يجب أن تراعى أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار والتي تمنح امتيازات وضمانات أفضل لأطراف الدول المتعاقدة، فتطبق هذه الاتفاقيات كاستثناء من المبدأ العام الذي يقضي بعدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين.

والمنظمات الدولية خاصة المنظمة العالمية للتجارة والمؤسسات المالية الدولية: البنك العالمي(BIRD) وصندوق النقد الدولي(FMI).

[1] عيبوط محمد وعلي، مرجع سابق، ص77.

الفرع الثالث: الثبات التشريعي استقرار التشريع

والمقصود بهذا المبدأ هو أن تتعهد الدولة بعدم تغيير الإطار التشريعي الذي يحكم الإستثمارات والذي قد يتم ش ظله إبرام العقود أو إتفاقيات الإستثمار، فالأمر يتمثل في تعطيل مؤقت متعمد لحق الدولة حكيان ذي سيادة 4ممارسة إختصاصاتها التشريعية و الدستورية في بعض الأحيان، فالهدف من إدخال هذا البند هو تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة وضمان إستمرار سريان الإطار القانوني الذي إتخذت وفقنا له الإلتزامات التعاقدية[1].

لذلك نجد أن الجزائر عملت على إزالة مخاوف المستثمر الأجنبي عن طريق تضمين قانونها الداخلي الذي يحكم الإستثمار مبدأ إستقرار القانون المطبق، الذي نجده يلعب دورا هاما في جذب المستثمرين وتشجيعهم على تجسيد مشاريعهم الإستثمارية في الدولة المضيفة، ويعتبر من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمار، وخاصة في الدول التي هي بحاجة للاستثمار، فهو يستند إلى نصوص قانونية قائمة في قانون الدولة المضيفة للإستثمار، بحيث ينص على منح الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة كافة المزايا الإستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون، مع التعهد باستمرارها في حال تعديل هذا القانون[2].

وتأسيسا لذلك نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 22من القانون 63- 20على أنه" لا تسري الآثار الناجمة عن م ارجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا على الإستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة وبذلك قرر المشرع الجزائري المبدأ العام وهو ثبات النص التشريعي في مجال الإستثمار حتى في حالة تعديله أو إلغائه، وهذا المبدأ مقرر في القواعد العامة بما يعرف الأثر غير

[1]محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر –دراسة حالة أوراسكو -مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة منتوري ،قسنطينة، ،2009–2010، ص 47.

[2]ونوغي نبيل، المرجع السابق، ص220.

الرجعي للقانون الجديد، أي امتداد القانون القديم إلى المستقبل ليسري على الالتزامات التي نشأت في ظله[1].

أولا: الاستفادة من الاستقرار التشريعي

إن الدولة لها كامل السلطات التشريعية في سن قوانين وأنظمة جديدة أو تعديل أو إلغاء القوانين القديمة، وهو حق لا يمكن تصور الدولة تتخلى عنه، وبالمقابل فإن المستثمرين الأجانب يولون الأهمية الكبيرة للنظام القانوني في الدولة المضيفة للاستثمار وأن تكون الدولة المضيفة للاستثمار قادرة على منح المستثمر الأجنبي أمنا قانونيا يسمح له بالمحافظة على استثماره، وهو ما يعرف بـ ،مبدأ استقرار التشريع[2]".

يجد هذا المبدأ مرجعه في مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ الحقوق المكتسبة، وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين، هذا الأخير يعني أن التشريع لا يسري على الماضي، ولا يمكن تطبيقه بأثر رجعي على الوقائع إلا ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي"، وهو ما يعرف بالضمانات ضد المخاطر التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي.

كذلك نصت عليه المادة 39من المرسوم التشريعي 12/93المتعلق بترقية الاستثمار ،"لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر صراحة ذلك، وما يلاحظ على هذا المبدأ أنه يمس بشكل مباشر مبدأ السيادة للدول، حيث أن هذه الأخيرة من حقها أن تعدل أو تلغي تشريعا الداخلية متى رأت مصلحة في ذلك دونما أن تنتظر موافقة أي طرف آخر، لكن هذا الأمر قد يمس بمصالح المستثمر الأجنبي، لذلك يسعى دائما إلى المطالبة بعدم تغيير القانون الساري وقت إنجاز استثماره، خاصة إذا كانت هذه القوانين الجديدة تضر بمصالحه أو تزيد من أعبائه[3].

---

[1]لعماري وليد، الحوافز والحواجز القانونية للاستثمار الأجنبي والجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010–2011، ص 55.

[2]أمر رقم 75-58المؤرخ في 26سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني ،ج ر رقم78.

[3]عجة الجيلالي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار، الأنشطة العادية وقطاع المحروقات، دار الخلدونية للنشر والتوزيع2006 ، ص601.

وهو ما جعل الدول المستضيفة تستجيب لهذه المطالب حتى يطمئن المستثمر الأجنبي بأنه حتى في حالة تعديل أو إلغاء القانون الخاص بالاستثمار فإن المقتضيات الجديدة لن تطبق عليه إذا لم تكن في صالحه، لذلك يعد مبدأ استقرار التشريع تعهدا من طرف الدولة المضيفة بتثبيت النظام القانوني الذي يحكم المشروع الاستثماري الأجنبي.

والمشرع الجزائري أكد على مبدأ استقرار التشريع ومن خلال المادة 15من الأمر (03-01)المتعلق بتطوير الاستثمار بقولها: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة."

وهي نفسها المادة 39من المرسوم التشريعي ،12/93وبالتالي إذا ألغى أو عدل المشرع قانونيا وكان لصالح المستثمر الأجنبي جاز له أن يستفيد من أحكام النص الجديد إذا طلب ذلك صراحة من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار طبقا لما جاء به الأمر(03-01) أما المادة 22من القانون 09/16المتعلق بترقية الاستثمار فقد أكدت على هذا المبدأ، والذي يقصد به عدم إدخال أي تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند إلغاء أو تعديل القوانين الخاصة بالاستثمار[1] حيث تضمنت المادة 22من القانون السالف الذكر أعلاه على عدم تطبيق التعديلات أو القوانين الجديدة على الاستثمارات المنجزة إلا إذا طلب المستثمر الأجنبي ذلك صراحة.

ثانيا: مسؤولية الدولة الجزائرية عن الإخلال باستقرار التشريع

إذا قامت الدولة الجزائرية بإحداث تعديلات أو تغييرات تمس بشكل مباشر مبدأ استقرار التشريع الذي تعهدت بتوفيره للمستثمر الأجنبي فهل يؤدي ذلك إلى قيام مسؤوليتها الدولية؟

بداية ينبغي التعرض لموقف الفقه الذي انقسم إلى ثلاثة اتجاهات رئيسية حول مسؤولية الدولة عند إخلالها بالتزاماتها الناجمة عن العقود المبرمة في إطار القانون الداخلي.

[1]المادة 22من القانون 09/16المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق

الاتجاه الأول :وهو اتجاه متشدد يرى أن القانون الدولي يجب احترامه بشكل مطلق وكامل، بحيث أن أي مساس بالعقد مهما كانت الدوافع والأسباب يعد سببا في انعقاد مسؤولية الدولة، هذا الموقف تعرض إلى انتقادات على أساس أن الحصانة المطلقة للعقود غير معترف في القانون الدولي، بالإضافة إلى أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا يمكن إعماله على العقود الناشئة بين الدول والأشخاص الخاصة نظرا لخصوصية هذه العقود.

أما **الاتجاه الثاني:** فذهب إلى أن الدولة لا تسأل إلا إذا كانت مخالفتها للعقود تشكل فعلا دوليا غير مشروع ،وبالتالي فإن خضوع العقود بين الدول والأشخاص الأجنبية يخضع إلى قوانين الدول الداخلية.

و**الاتجاه الثالث**:يقر كقاعدة عامة أن المساس بالعقد لا يعد عملا غير مشروع دوليا، إلا أن المسؤولية الدولية تنعقد نتيجة التعسف الذي لحق بالمستثمر الأجنبي على اعتبار أن القانون الدولي يتضمن تنفيذ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية[1] رغم أن هذه العقود يحكمها القانون الداخلي.

ورغم الاختلاف الفقهي حول مدى انعقاد المسؤولية الدولية للدولة التي تحدث تغييرات أو تعديلات في العقود المبرمة مع المستثمر الأجنبي، إلا أن المتعارف عليه أن القانون الدولي العام لا يكرس مبدأ قدسية العقد بصورة مطلقة وعليه فإن الدولة الجزائرية بمالها من إمتيازات سيادية الحق في إحداث تغييرات في كل أو جزء من الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتقها في مواجهة المستثمر الأجنبي متى كان هذا التعديل للمصلحة العامة وكان مصحوبا بالتعويض العادل.

لذلك يرى كثيرون أن موقف الجزائر تجاه شركة أوراسكوم تيليكوم الجزائر هو موقف قانوني، وأن التعديلات التي قامت بها الجزائر هي لصالح اقتصادها الوطني لأنها أولى من أي تحويل لأصول شركات أجنبية عاملة في إقليمها لفائدة مستثمر أجنبي.

[1] سالم ليلى، مرجع سابق، ص106.

المبحث الثاني: ضمانات تسوية منازعات عقود الاستثمار

إن تسوية منازعات الاستثمار يكون عبر الطرق القانونية والرسمية إما في المحاكم الوطنية أو الدولية إلا إذا اتفق الأطراف على اختصاص محكمة معينة وعلى هذا الأساس، فإن حل منازعات الاستثمار ينعقد الاختصاص فيها للقضاء الوطني بناءا على قوانين الاستثمار والنص عليه في مختلف الاتفاقيات المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي، وبناءا على اتفاق الأطراف على أن اللجوء إلى القضاء الظني في مجال الاستثمارات الأجنبية قد لا يطمئن إليه المستثمر الأجنبي، مما يجعله يطرق باب الوسائل القضائية الدولية التي يثق فيها أكثر من المحاكم الوطنية.

سنتناول ، دور القضاء الوطني في تسوية منازعات عقود الاستثمار المطلب الاول ، ومن ثمة **حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي المطلب الثاني** .

المطلب الاول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار،[1].

الفرع الأول: تسوية منازعات المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني

كون الاستثمار الأجنبي يتمتع بطبيعة خاصة ومرتبط بالمصالح الوطنية للدولة التي يقام على إقليمها النشاط الاستثماري، فلذلك تحرص الدول المضيفة للاستثمار بجعل قضائها الوطني جهة مختصة لتسوية النزاع الواقع بينها وبين المستثمر الأجنبي ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك لهذا يعد نطاق البند المتعلق بتسوية منازعات الاستثمار بين الجزائر و المستثمر الأجنبي مسألة هامة في تحديد مدى الحماية التي يمكن للاتفاقيات الدولية المتعلقة حماية الاستثمار توفيرها للطرف الخاص في بتشجيع و

[1] المادة 48من القانون رقم 13/82مؤرخ في 28غشت 1982يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط ج.رعدد35الصادر في 19غشت 1982معدل ومتمم بموجب القانون 13/86المؤرخ في 19غشت 1986ج.ر عدد 35الصادرة بتاريخ 27غشت1986.

العلاقة العقدية للاستثمار، لكن مسألة إدراج بند يحيل على القضاء الوطني للدولة الجزائرية دون غيرها ضمن عقد الاستثمار يجعل من عير الواضح إذا كان بند التحكيم الدولي الذي أقرته في اتفاقيتها الدولية للاستثمار مع دولة المستثمر الأجنبي متاحا لهذا الأخير طالما انه وافق في عقده مع الدولة الجزائرية على التخلي عن الاستفادة من أحكام هذه الاتفاقية [1]الدولية ضمنيا بموافقته على اختصاص القضاء الوطني ،وفي قضية فريدة من نوعها صدرت عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سنة 2004 أكدت فيه محكمة لتحكيم التابعة للمركز على اختصاصها على أساس أن المسائل التي عرضت و حسمت مسبقا أمام التحكيم الداخلي للدولة المضيفة هي مسائل عقدية تختلف عن تلك المعروضة أمامها، و التي تتعلق بالادعاء بإخلال الدولة المضيفة ليس بعقد الاستثمار و لكن بالتزاماتها الدولية الواردة في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي أبرمتها مع دولة المستثمر الأجنبي، و واهم ما جاء به هذا الحكم التحكيمى هو ما قضى به من تعويض عن الضرر الأدبي نتيجة إخلال الدولة المضيفة بالاتفاقية الثنائية المضيفة لتشجيع و حماية الاستثمار، رغم أن المستثمر الأجنبي في قضيته كان قد اتفق مع الدولة المضيفة ضمن عقد الاستثمار الذي أبرمه معها على تسوية النزاع وفق طرق التسوية الداخلية وانه بالفعل كان قد استفاد من حكم حكيمي داخلي من الدولة المضيفة وبالرغم من ذلك لا ن نكر أن القضاء الوطني هو الجهة الوحيدة التي تختص بنظر منازعات الاستثمار بين الشركات الأجنبية المستثمرة والدولة المضيفة لهذا نحد أن المشرع الجزائري قد نص في المرسوم التشريعي الذي يتعلق بترقية لاستثمار[2].

في المادة 12على أنه " يعرض أي نزع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها

[1]سلسلة دراسات الأنتكاد المتعلقة بقضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية، العقود الحكومية مؤتمر الأم المتحدة للتجارة والتنمية نيويورك وجنيف 2004 ص32.

[2]مرسوم تشريعى رقم 23/32المؤرخ ي 2332/26/60يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 1993/64 تضمنه أيضا الأمر رقم 62/62المؤرخ في 3662/60/36المتعلق بتطوير الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 12لسنة 2001.

الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح أو التحكيم، واتفاق خاص ينص على التحكيم"، ولم يكتفي التشريع الجزائري.

بالنص على هذا المبدأ في التشريع الخاص المتعلق باستثمار فحسب، بل قام تجسيده أيضا في بعض الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف التي أبرمتها مع الدول الأوروبية في إطار الحماية و الترقية المتبادلة للاستثمار، إذ قد نصت على خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي لاختصاص المحاكم الوطنية، حيث تضمن الاتفاق الإيطالي الجزائري الموقع في 1991/05/18 في مادته 02/08 على هذا المبدأ حينما نصت على انه " إذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهة التقاضي المختص في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها"، [1] وقد نصت الاتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية 2على اختصاص القضاء الوطني في المادة 62/63من الفصل الثاني المتعلق بمعاملة المستثمر العربي حينما يتخذ بشأن رأسمال عربي مستثمر في أية دولة عضو تدبير عام يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة على وجوب إتاحة فرصة الطعن للمستثمر العربي حول مدى مشروعية قرار نزع الملكية و مقدار التعويض أمام القضاء الوطني.

كما نصت الفقرة الثانية على تمكين المستثمر العربي من اللجوء إلى الجهة القضائية الوطنية المختصة في طلب الأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية أو إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة قضائية مختصة ونتيجة لتطور العلاقات الدولية في بمجال الاستثمارات الأجنبية، أصبح دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار خاصة مع وجود طرف أجنبي بها بدأ في التراجع لصالح التحكيم الدولي.

[1] المرسوم الرئاسي، رقم 436/91 المؤرخ في 05-10-1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 2332/60/20الجريدة الرسمية.رقم1991/46.

وهو ما يعكس الاتجاه الذي انتهجته الجزائر في محاولة منها لمواكبة التطورات في هذا المجال، فبعد أن كانت تصر في السابق على إحالة منازعات الاستثمار على قضائها الوطني لأسباب تتعلق بالجانب السيادي لها، إعمالا لمبدأ استن فلذ طرق التقاضي الداخلية[1].

حيث نص المشرع على ضرورة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية قبل لجو المستثمر الأجنبي إلى الهيئات القضائية الدولية، فقد جاء في المادة 17 من 01/03 المتعلق بتطوير الاستثمار أنه بإمكان المستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم بعد عرض نزاعه على الجهات القضائية المختصة، كما تم التأكيد على مبدأ استنفاذ طرق التقاضي الداخلية في العديد من الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار التي أبرمتها الجزائر ومنها: اتفاقية الجزائر ورومانيا المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة الاستثمارات المبرمة .

نصت كذلك على مبدأ استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من خلال تقريرها لضرورة التوصل إلى تسوية ودية قبل إحالة النزاع إلى التحكيم بموجب الفقرة الأولى من المادة 07 من الاتفاقية مع الإبقاء على التسوية القضائية التي يؤول منها الاختصاص للمحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار فوق إقليمه. يمثل هذا الموقف الذي اتخذته الجزائر موقفا انتهجت أغلب الدول النامية على أساسان سيادتها على الموارد الطبيعية تخول لها سلطة اختصاص قضائها بكل نزاع يتعلق بالاستثمار الأجنبي فاستنفاذ طرق التقاضي الداخلية عملية ضرورية لأنها تؤدي إلى تحقيق المساوات بين جميع الأشخاص المقيمين على الدولة المضيفة، إذ لا يجوز للمستثمر الأجنبي المطالبة بحقوق أكثر من تلك الممنوحة للمستثمر الوطني غير أن مبدأ استنفاد طرق التقاضي الداخلية لا يعني أنه مبدأ مطلق لا يمكن الاتفاق

[1] الاتفاقية المصادق عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 306/95 الصادر في 07-10- 1995 جريدة رسمية رقم 86/59.

على استبعاده إلا أنها قامت بالاتفاق على إستبعاده في العديد من الاتفاقيات الثنائية ومنها الاتفاقية التي أبرمتها مع الاتحاد البلجيكي اللكسمبورغي بتاريخ 21 أبريل 1991 حيث جاء في المادة 02/09 على أنه " يعطي كل طرف الموافقة المسبقة على أن يجال كل خلاف للتحكيم، وتتضمن هذه الموافقة التخلي على شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائى الداخليين.

كما تم استبعاد هذا المبدأ كلية أي مبدأ استنفاذ طرق التقاضى الداخلية من القانون الجديد ألا وهو قانون 09/16 [1]المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 31حيث نصت على أنه " يخضع كالخلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون سبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف التي أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح الطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

حيث جاء هذا نص صريح باستبعاد مبدأ استنفاذ المستثمر الأجنبي لطرق التقاضي الداخلية، وبالتالي أصبحت الجزائر حاليا تستبعد خيار اللجوء إلى القضاء الوطني أو على الأقل لا تمنحه الأولية في تسوية منازعاتها الاستثمارية لما تمتاز به من سرعة في الإجراءات والكفاءة اللازمة للنظر في المواضيع الفنية والقانونية الدقيقة والمعقدة التي تتضمنها منازعات الاستثمار، حيث أصبح القضاء الوطني غير مجد نظرا لوجود عدة أسباب منها:

-اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع.

-البطء في إصدار الأحكام.

[1] المادة 31 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

-الشك في حياد القاضي الوطني حيال دعاوي تكون دولته طرفا فيها في مواجهة طرف أجنبي[1].

الفرع الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني

حل منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي نتيجة إخلال أحدهم بالتزاماته التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة سواء بنص تشريعي أو اتفاقي أمر سيجعل المستثمر الأجنبي في وضع مماثل للمستثمر المحلي على اعتبار علمه بالقواعد القانونية، وإتقانه التعامل بها ،إلا أن هذا الأمر قد يثير بعض الإشكاليات؛ خاصة عندما يخلق المستثمر الأجنبي أعذارا من أجل التهرب من القضاء الوطني إلى وسائل بديلة لحل النزاع ربما يراها أكثر ضمانا ولعل أهم المبررات والأسباب وأكثرها انتشارا لاستبعاد القضاء الوطني هي:

-أن المستثمر الأجنبي دائما ما يدعي عدم علمه بالقوانين وإجراءات التقاضي في الدولة المضيفة إلى جانب عدم وضوح وتعقيد الإجراءات.

-أن المستثمر الأجنبي عادة ما يشكك في حياد القاضي الوطني، وكذا تخوفه من تأثره بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في بلاده.

-كما أن المستثمر الأجنبي قد يتمسك بفقدان الخبرة اللازمة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي والتي تحتاج عادة إلى خبراء في هذا المجال وهو الأمر الذي يفتقر إليه القاضي الوطني.

أيا كانت الأسباب المقدمة من طرف المستثمر الأجنبي لتبرير موقفه المعادي للقضاء الوطني، فإن ذلك لا ينفي وجود عدة عوامل داخلية وخارجية ساهمت في تعزيز هذا الموقف السلبي تجاه القضاء الوطني[2].

[1] بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقي بيروت،2006ص332

[2] رفيقة قصوري ، النظام القانوني لاستثمار الاجنبي في الدول النامية ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم سياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2011، ص 215

المطلب الثاني: حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

يعد إخضاع النزاعات المتعلقة بالاستثمار إلى التحكيم من الآليات والضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في البلاد النامية، لأنها عامل مشجع على الاستثمار، كما أن التحكيم يجعل المنازعات التي تحدث بين الدول المضيفة والمستثمر تفلت من اختصاص القضاء[1].

الفرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي

نصت م (1039) من ق.إ.م.إ على: يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل من خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري يتحدث عن التحكيم الدولي فقرر في هذا الخصوص بأن التحكيم التجاري الدولي وفقا لهذا القانون يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[2].

أما القانون المصري وفقا للمادة الثالثة من قانون التحكيم، فإن التحكيم يكون دوليا إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية[3]، و بهذا يكون التحكيم دوليا وفقا لقانون الجزائري حسب معيار الاقتصادي الذي يقضي اذا كانت العلاقة تجارية أي انتقال اموال و خدمات يكون التحكيم دوليا .

الفرع الثاني: تسوية منازعات المستثمر الأجنبي أمام القضاء الدولي

تغيير الفرع من بين أهم الوسائل القضائية الدولية التي يمكن اللجوء إليها لتسوية منازعات الاستثمار، بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة في محكمة العدل الدولية أولا، ثم محكمة التحكيم الدائمة ثانيا، ومحكمة الاستثمار العربية ثالثا.

---

[1] قادري عبد العزيز، **الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار**، دار هومة، ص 215.

[2] سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية" نصا– شرحا– تعليقا– تطبيقا"، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر سنة 1429هـ الموافق لـ25فبراير سنة 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار هومة2011، ص1219.

[3] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي ، دار الهومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 28

أولا: محكمة العدل الدولية.

تعد محكمة العدل الدولية الهيئة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة وفق المادة 33من ميثاق الأمم المتحدة، تتألف هذه المحكمة من خمسة عشر قاضيا يمثلون ثقافات قانونية مختلفة، يتم انتخابهم بناء على ترشيح افقة الجمعية العامة، أما فيما يتعلق باختصاص محكمة العدل الدولية في حسم منازعات بعلس الأمن و هو الاستثمار، فإن المادة 31من نظام هذه الأخيرة حصرت اختصاص المحكمة في الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الدول، الأمر الذي يعني عدم منح المستثمر الأجنبي حق المثول أمام هذه المحكمة مباشرة، و بالتالي فإن الوسيلة الوحيدة لعقد اختصاصها هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة استنادا إلى مبدا الحماية الدبلوماسية، إذ يعتبر نظام الحماية الدبلوماسية ضمانا مهم لحماية حق المستثمر الأجنبي في حالة تعرضه لأضرار من قبل الدولة المضيفة لاستثماره[1].

فالثابت أن الحماية الدبلوماسية هي حق الدولة المعنية، وليس واجبا عليها، وأساسا ذلك أن هذه الدولة قد ترى أنه من الملائم أن تباشر هذه الحماية ضد الدولة المضيفة المعنية حفاظا على حقوق مستثمرها المضرور، كما يمكن أن ترى أنه من غير الملائم أن تستعمل هذا الحق، وبعبارة أخرى فإن دولة المستمر لها سلطة التقدير في استعمال هذا الحق أو عدم استعماله إذا لا توجد قاعدة قانونية تلزمها بذلك مما يجعل لجو المستثمر الأجنبي مباشرة إلى محكمة العدل الدولية أمرا غير ممكن، وفي سبل تغير هذا الوضع وجهت اقتراحات إلى هذه المحكمة بتغير نظامها سواء بتشكيل لجنة خاصة تتبع المحكمة، وتختص بالفصل منازعات الاستثمار أو بتوسيع اختصاص المحكمة ككل، إلا أن هذه الاقتراحات لم تجدي نفعا إذ أن الاختصاص لهذه اللجنة المقترحة بالفصل في منازعات الاستثمار يحتاج إلى عقد اتفاق خاص بين الدولة المضيفة و بين دولة

[1] عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1986، ص 86.

المستثمر الأجنبي، و بالتالي يتعذر على هذا الأخير اللجو إلى محكمة العدل الدولية إلا عن طريق دوله كما أن توسيع اختصاص هذه المحكمة يعني تعديل ميثاق الأمم المتحدة، أي أنه في كل الأحوال لا يمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء مباشرة إلى هذه المحكمة إلى عن طريق نظام الحماية الدبلوماسية.

ثانيا: محكمة التحكيم الدائمة.

يرجع تاريخ محكمة التحكيم الدائمة إلى اتفاقية التسوية السلمية التي اعتمدها مؤتمر السلام الدولي الذي انعقد في لاهاي سنة 1899 وكذا إلى مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي انعقد في لاهاي سنة 1907 أين تم تعديل النظام الأساسي هذه المحكمة حيث كانت تختص فقط بتسوية المنازعات بين الدول الأطراف في اتفاقية لاهاي سنة 1907 أما الآن أصبح بإمكان هذه المحكمة ان تفصل في المنازعات التي تنشا بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، لكن بشرط ان تكون الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها طرفا في اتفاقية لاهاي 1907 وهو ما تعذر معه لجو أغلب مستثمري الدول النامية إلى هذه المحكمة[1].

ثالثا: محكمة الاستثمار العربية

أنشأت محكمة الاستثمار العربية بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار العربية لسنة 1980 وتم وضع نظامها الأساسي من قبل الهيئة العربية للاستثمار سنة 1985 بينما لم يتم تشكيلها حتى سنة 1991 بموجب قرار المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية تختص هذه المحكمة في تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام الاتفاقية المنشأة لها[2].

لمكان المستثمر العربي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة أوإلى هذه المحكمة اختياريا وتعتبر الأحكام الصادرة عن محكمة الاستثمار العربية أحكام نهائية

[1] عبد العزيز محمد سرحان ، المرجع السابق، ص 90 .

[2] عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية 1975، ص 80.

غير قابلة لأي طعن إلى انه واستناد، إلى المادة 20من هذه الاتفاقية فإن المحكمة تستطيع إعادة النظر في الأحكام التي تصدرها، إلى ما تضمنت انتهاكا جسيما لقاعدة أساسية في هذه الاتفاقية أو عند اكتشاف وقائع جديدة، وبالتالي إنها تستطيع وقف تنفيذ حكمها إلى حين الفصل في التماس إعادة النظر حسب ما نصت عليه المادة 06من ذات الاتفاقية الشيء المميز في محكمة الاستثمار العربية هو أن المستثمر العربي يستطيع اللجوء مباشرة إلى محكمة الاستثمار العربية بصفته الشخصية في منازعات التي يقوم بينه و بين الدولة المضيفة، الأمر الذي يعتبر تطورا ملموسا المنازعات الاستثمارية و من هذا الغرض يتضح أنه مازالت إلى حد الآن القاعدة القائمة التي تدين بعدم قدرة الشخص الطبيعى أو المعنوي بصفته كذلك على اتخاذ إجراءات مباشرة ضد الدولة أمام المحاكم القضائية الدولية القائمة، و يظل السبيل أمام الأفراد هو تبني دولة جنسيتهم دعواهم أمام القضاء الدولي و هو ما يعرف بالحماية الدبلوماسية و هو ما أشارت إليه المادة 30من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الموقعة 300 وكذلك ما عبرت عن ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة بقرارها " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها، عندما يلحق بجم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ويكون غير قادرين على أن يحصلوا منها على تسوية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية[1].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي

كان موقف المشرع الجزائري معاديا للتحكيم، إلا أن هذا الموقف تلاشى خاصة في ظل الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها البلاد وانضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1988حيث بدأت الجزائر تساير الوضع الجديد بتغيير نظامها القانوني من أجل استقطاب رؤوس الأموال عن طريق توفير مناخ قانوني مريح للمستثمر الأجنبي ،فأدرجت

[1]سلسلة دراسات الأنكتاد بقضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية، العقود الحكومية مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية نيويورك وجنيف 2004 ص32.

في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فصل خاص بالتحكيم طبقا للمرسوم التشريعي (09-93) أين اعتمد المشرع التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

ومن ثمة أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، وهو ما تم التنصيص عليه في قانون الاستثمار (09-16) في مادته رقم كما اعترف المشرع الجزائري بتنفيذ أحكام التحكيم في ق.إ.م.إ في مادته (1051) خاصة وأن فعالية التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار تتوقف على قدرة تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا ما قيمة اللجوء إلى التحكيم إذا لم توجد آلية لتنفيذه. ويمكن اللجوء إلى التحكيم بناءا على إدراج بند في نصوص عقد الاستثمار المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، أو في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي باللجوء إلى التحكيم[1].

كما يتم اللجوء إلى التحكيم بناءا على اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف مع المستثمرين الذين ينتمون إلى الدول المصادقة على هذه الاتفاقيات وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري، كما أقر المشرع على التحكيم كطريقة من طرق حل رقم المنازعات بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي بموجب القانون 09/16المتعلق بترقية الاستثمار في المادة 24.

في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية متعلقة بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر سيسمح للطرفين باللجوء إلى التحكيم في حالة الخلاف، والدولة الجزائرية من أجل تعزيز علاقا الدولية وكذا من أجل تشجيع الاستثمار أعطت اهتماما كبيرا للاتفاقيات الدولية المشجعة للاستثمار لذلك أبرمت العديد من الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار، وكذلك العديد من الاتفاقيات متعددة الأطراف لتوفير الضمانات والحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي.

[1] لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.،2017 ص42.

غير أنه ما يلاحظ على مختلف الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع غيرها عدم وجود اختلاف كبير حول الضمانات التي كفلها المشرع من خلال قوانين الاستثمار، كضمان نزع الملكية، وحرية الاستثمار، بالإضافة إلى تحويل رؤوس الأموال وغيرها من الضمانات التي حاولت أغلب الاتفاقيات النص على حمايتها.

الفرع الرابع: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الإستثمار.

لقد أصبحت الحجج والمبررات التي يدفع بها المستثمر الأجنبي تكتسي مصداقية كبيرة، وتلقى قبولا أكثر ويمكن إبراز أهمها:

– يمكن لهيئة التحكيم اتخاذ الاجراءات اللازمة لسرعة الفصل في النزاع بناءا على إرادة الأطراف، كما أن مدة التحكيم يمكن تحديدها والتحكم فيها.

– يعطي نظام التحكيم للأطراف كامل الحرية في اختيار القضاة (المحكمين) المؤهلين وذوو الخبرة والمعرفة اللازمة لموضوع النزاع، كما أن نظام التحكيم يمكن الأطراف بالإضافة إلى اختيار الإجراءات اللازمة إختيار القانون الواجب التطبيق بناءا على إرادة الأطراف، وهو ما لا يمكن أن يوفره القضاء العادي.

– التحكيم يبدد الخوف للمستثمر الأجنبي من انحياز القضاة إلى الدولة المضيفة.

– كما أن التحكيم يمكن الحفاظ على السرية، خلافا لمبدأ العلنية الذي يقوم عليه القضاء العادي، وهو أمر يحبذه المستثمر حفاظا على الأسرار المرتبطة بالعقد، والتكنولوجيا المصاحبة له، وحتى لا تتعرض مراكزهم المالية والاقتصادية للمساس أو الاهتزاز[1].

– كما أن المحكم لا يشترط أن يكون رجل قانون حتى يكون أهلا لحل النزاع لأن الأطراف بإمكان اختيار محكم ذا خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، لذلك يسهل عليه فهم طبيعة النزاع دون الاستعانة بخبراء كما هو الشأن بالنسبة للقاضي

[1] رفيقة قصوري، النظام القانون للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، ص235.

الوطني، وكذا الدخول في متاهة الخبرة المضادة مما يطيل في أمد التحكيم، وكما أن طبيعة منازعة التجارة الدولية عموما تتسم بطابع فني معقد لا يفهمها إلا خبير فني له دراية بالعادات التجارية، وكذا النواحي النفسية للمتعاملين لذلك يمكن تفسير العقد تفسيرا لحل منازعات الاستثمار، إلا أنه تعرض للنقد من طرف المتمسكين بأولوية القضاء الوطني لحل وتسوية منازعات الاستثمار، حيث أسس البعض معارضته على اعتبار أن القضاء سلطة من سلطات الدولة ولا يمكن أن تترك في متناول الأفراد وإلا سيطرت القوى العظمى على حقوق الدول النامية لأنها الطرف الضعيف في العلاقات الاقتصادية وساق البعض الآخر حججه على أن نظام التحكيم لا يكون دوما سريعا وأقل كلفة من القضاء العادي، خاصة إذا لم تحسن هيئة التحكيم تنظيم وقتها كما أن الأطراف يتحملون الأعباء المالية للتحكيم كاملة على خلاف القضاء الوطني أين يدفعون رسوم رمزية لرفع دعواهم.

كما اعتبر البعض الآخر أن ميزة السرية ليست بالأمر القاطع، خاصة وأن أسرار التجارة الدولية كانت ولا أزلت محل دعاوى قضائية في كثير من الدول وكذلك المحكم رغم معرفته الفنية والتقنية للتجارة الدولية إلا أن قلة تصرفه في تطبيق القانون الوضعي، وانعدام الرقابة الكافية على أحكام المحكمين قد يؤدي إلى حدوث انحرافات يصعب اكتشافها، صحيحا يعبر عن إرادة الأطراف فعلا[1].

الفرع الخامس : شرط اعادة التفاوض إلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار

تضمنت العديد من العقود الدولية شرط اعادة التفاوض نظرا للأهمية الكبيرة التي يتميز بها على مستوى تجنب العديد من المنازعات في عقود الاستثمار، كما وجد تجسيدا له في العديد من اتفاقيات الإستثمار من بينها اتفاقية الاستثمار المنعقدة ما بين وكالة الاستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات، حيث جاء في البند الخاص بتسوية منازعات الاستثمار في نص المادة 13 منها ما يلي: "يعبر الطرفان عن نيتهما

[1] رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 236 .

لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية ويظهر تجسيد آخر لهذا الشرط في الإتفاقية النموذجية لدولة قطر من أجل الاستكشاف والمشاركة في الإنتاج سنة 1994.

إذ تضمنت الإتفاقية في نص المادة 34 تحت عنوان توازن الإتفاقية والتي جاء في مضمونها "أن الموقف أو الوضع المالي للمستثمر يستند بموجب الإتفاقية إلى القوانين واللوائح السائدة وقت التوقيع فإنه يتم الإتفاق على أنه إذا صدر قانون أو لائحة تؤثر على الوضع المالي للمستثمر خاصة إذا زاد معدل الجمارك أثناء سريان الإتفاقية فإنه يلزم الأطراف الدخول في مفاوضات بهدف الوصول إلى موقف متكافئ يحفظ التوازن الإقتصادي للعقد، وفي حالة فشل المفاوضات إلى الوصول إلى حل متكافئ ومتوازن فإنه يجوز لأحد الأطراف أن يحيل الأمر إلى التحكيم وذلك بموجب المادة 31 من الإتفاقية.

يفهم من مضمون الإتفاقية المذكورة أنه في حالة نشوء منازعات حول العقد بين دولة قطر والمستثمر الأجنبي فإنّه يجب عليهم أن يلجؤوا إلى التفاوض على المنازعات وجوبا وفي حالة عدم الوصول إلى الحل الأنسب في هذه الحالة يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي .

ونجد تجسيدا كذلك لهذا الشرط في اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية والتي تم الموافقة عليها في 12 أكتوبر 1967، حيث جاء في طياتها الحث على التفاوض ما بين الدولة والشركات المتعددة الجنسيات في حالة الصدام بينهما ونشوب نزاع حول فعل إرادي أصدرته الدولة المستقبلة بشأن التأميمات أو نزع الملكية، فإنه يجب على الدولة المستقبلة أن تعيد التفاوض مع هذه الشركة بخصوص هذه الأفعال أو بخصوص التعويضات التي تلزمها لدفعها إلى الشركة [1].

[1] بوخلفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض ألية لإعادة التوازن في عقود الإستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية ، المجلد 01، العدد 03 ، 2018 ، ص ص 184 185 .

أشار كذلك العقد المبرم بين شركة البترول الحكومية لجمهورية أذربيجان ومجموعة الشركات البترولية إلى أنه لا يصح على الإطلاق التعديل أو التغيير بأي حال من الأحوال في الحقوق المخولة للمقاول والمقاولين من الباطن بموجب الإتفاقية دون الموافقة المسبقة من قبل المقاول 28. وإذا ما أصدرت الحكومة قانونا جديدا أو تم توقيع معاهدة أو إصدار قرار يتعارض مع بنود الإتفاقية أو سيؤثر سلبا أو إيجابا على حقوق ومصالح المقاول ومنها على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر حدوث أية تغيرات في التشريعيات الضريبية أو الممارسات الإدارية أو القضائية المتعلقة بالعقد، فإنه يلزم حينئذ إعادة ضبط الإتفاقية لإعادة خلق التوازن الإقتصادي ما بين الأطراف وإذا ما ثبت التأثير السلبي لحقوق ومصالح الطرف المقاول فإنه يلزم على الدولة التعويض على الخسائر في حدود ما تسمح به سلطاتها بضمان أن تتخذ الإجراءات اللازمة لتسوية أي تعارض بين تلك المعاهدة والقانون

ونجد كذلك تجسيدا لهذا الشرط ما جاء في نص المادة 39 من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية للبترول وشركة ريسو لإكسبلورإ يجبتد أس إيه وشركة موبيل إكسبلور يشن إيجيبت إنك حيث أشارت هذه المادة إلى أنه في حالة حدوث أي تعديل تشريعي أو النحي يؤدي إلى إنتقاص أو زيادة حقوق أحد الأطراف فإنه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض يجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات

تجد فكرة إدراج شرط إعادة التفاوض تجسيدا لها في العديد من التشريعات الدولية والداخلية على غرار المشرع الجزائري الذي تبناها تزامنا مع التحولات الإقتصادية التي شهدتها الدولة بإنتقالها من الإقتصاد الموجه إلى إقتصاد السوق وما يتطلبه ذلك من مواكبة قانونية لهذا التحول الذي مازال مستمرا[1].

[1] بوخلفة عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 185 .

إمتدادا لما سبق لجأت الجزائر في قضيتها مع مؤسسة مغربية بترولية المطروحة أمام غرفة التجارة الدولية cci والتي تحمل رقم 3344 ، إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية لحل نزاعهم البترولي.

وكذلك الحال في قضية . ANADARKO وهي شركة بترولية أمريكية يربطها عقد إستغلال بترولي مع شركة سونطراك، حيث كانت الإشكالية قائمة بعدما فرضت الجزائر ضريبة جديدة ضريبة الأرباح الإستثنائية بموجب الأمر رقم 06-10 المتعلق بقانون المحروقات في نص المادة 100 منه: "بغض النظر عن أحكام المادة 101 يطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الإستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز 30 دولار للبرميل الواحد وذلك فيما يخص عقود الشراكة بين سونطراك وشريك أجنبي أو أكثر في إطار القانون 86/14 المؤرخ في 19 أوت 1989 ويطبق هذا الرسم إبتداء من أول أوت 2006 وعلى إثر هذا الخلاف الذي ثار بين شركة ANADARKO وشركة سونطراك بخصوص الضريبة المستحدثة، وبعد جولات أمام التحكيم التجاري الدولي باشر الطرفان مفاوضات توصلت إلى إتفاق مشترك يقضي بتعديل بعض الأجزاء في العقد المبرم بينهما مع التنازل على القضية المطروحة أمام التحكيم.

كما لجأت الحكومة الجزائرية إلى نفس الإجراء ممثلة في وزارة الأشغال العمومية والتي باشرت المفاوضات الجديدة مع مجمع الياباني " كوجال " التي يربطها معه عقد إنشاء مقاطع الطريق السيار، وهذا تفاديا من اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.[1]

وتبعا لذلك يتضح التعامل القانوني في التشريع الجزائري مع مشكلة تغير ظروف تنفيذ العقد حيث تخضع العقود الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة لنص المادة 107 من القانون المدني، أما العقود الدولية فتخضع لفكرة إعادة التفاوض بناءا على المفهوم

[1] بوخلفة عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 186 .

الواسع لهذا النص تجد فكرة إعادة التفاوض تطبيقا لها على المستوى القضائي وخاصة في القضاء الفرنسي حيث يركز الفقه في تتبع هذه الفكرة في الأحكام القضائية الفرنسية على حكمين أساسيين تبنى فيها القضاء الفرنسي تطبيق هذه الفكرة وهي الحكم الصادر عن الغرفة التجارية في 03 نوفمبر 1992 والحكم الصادر في 24 نوفمبر 1998

يتعلق الحكم الأول بإقرار مسؤولية شركة بترولية لعدم بحثها مع المتعاقد الآخر سبل الحفاظ على عقدهما من خلال الحفاظ على القدرة التنافسية لهذا الأخير في السوق، وذلك بعد تعديل حكومي الأسعار بيع المواد البترولية أفقد الموزع القدرة على البيع بأسعار تنافسية، أما الحكم الثاني الصادر في 24 نوفمبر 1998 فقد أقرت فيه الغرفة التجارية مسؤولية موكل القانونية نتيجة عدم إتخاذه إجراءات ملموسة تسمح للمتعاقد الآخر بعرض أسعار تنافسية بعد المشاكل القانونية التي حدثت و هو ما يفهم معه أن المسؤولية وقعت على المركز نتيجة عدم دخوله في التفاوض مع الطرف الآخر.

يتضح من خلال القرارات المذكورة أن شرط إعادة التفاوض له العديد من التطبيقات التشريعية والقانونية في مجال العقود الدولية بالخصوص عقود الاستثمار لما يلعبه هذا الأخير من دور فعال في تجنب المنازعات ما يبرر الدور الفعال القوي لإرادة المتعاقدين في إدراج هذا الشرط في عقدهم الدولي .[1]

[1] بوخلفة عبد الكريم ، المرجع السابق ،ص ص 186 187 .

خلاصة الفصل:

اقر المشرع الجزائري ضمانات التي تحمي الاستثمار من التغيرات التي شملها النظام الاقتصادي، و عليه فقد بينا في هذا الفصل الضمانات القانونية المتمثلة في حرية الاستثمار، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة و كذا استقرار التشريع إضافة لضمانات مختلفة بحسب طبيعتها عن الأولى، و التي تنقسم لضمانات مالية تتمثل في ضمان التعويض عن نزع الملكية و حرية حركة رؤوس الأموال، و ضمانات قضائية تتمثل في اختصاص الأصيل للقضاء الوطني لتسوية النزاعات ثم إمكانية تسويتها في إطار التحكيم .

الخاتمة

الخاتمة:

تعد الاستثمارات خاصة الأجنبية منها اهم الوسائل التي تلجا إليها الدول لتحقيق التنمية الاقتصادية، لذلك فهي تقدم لها ضمانات و مزايا حتى تتمكن من استقطابها.

تبرم عقود الاستثمار بين الدولة المضيفة من جهة و المستثمر طبيعيا كان أم معنوي من جهة أخرى، فهما طرفان غير متكافئان من النواحي القانونية و الاقتصادية، إضافة إلى ذلك ما يعرف عنها إنها غالبا ما تكون طويلة الأمد الأمر الذي قد ينتج عنه تغير في ظروف الالتزام شروط العقد، مما يعيق استمرارية العقد.

لذلك يتم الخرص على توفير الضمان لمواجهة مختلف المخاطر غير التجارية التي يؤدي تحققها لإعاقة تنفيذ العقد، و تؤثر على مصير الاستثمارات بحيث لا تكون ظاهرة للمستثمر في بادئ الأمر.

لكي تتم عملية الاستثمار في الجزائر على احسن وجه يتطلب توفير الاستقرار السياسي و الأمني و القانوني و هذا بعد العشرية السوداء التي تميزت بنفور المستثمرين الأجانب ليعود الاستقرار السياسي و الأمني من خلال الطاقم الحكومي و تبني سياسة الوئام المدني و المصالحة مما أدى إلى تقليص مخاطر الاقتصاد الجزائري، و تمتع الجزائر بسوق داخلية واسعة من خلال العدد الهائل لسكانها و موقعها الاستراتيجي واحتمال نمو السوق الاستثماري عبر الأجيل القادمة و كذلك بعث روح الاطمئنان و الثقة و الشفافية في قراراتها المتعلقة بالاستثمارات و عدم المساس باي شكل من أشكال ملكية المستثمر وتوقيره على الشو المناسب من اجل جذب الاستثمارات.

-النتائج :

انطلاقا من الإشكالية التي تم طرحها في المقدمة هذا البحث حول معرفة مدى فعالية النظام الجبائي الذي كرسه المشرع الجزائري لعقود الاستثمار في اطار سياسته لتشجيع و حماية الاستثمار، فقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج أهمها :

1- ان هذه العقود عادة ما يحتل فيها التوازن لصالح الدولة المضيفة لاستثمار على حساب المستثمر، وذلك بسبب تدخل الدولة في تغيير شروط العقدية بإرادتها المنفردة ن الشيء الذي يتنافى و اختراق الدولة لالتزاماتها التعاقدية كما يتنافى و حسن نية في تنفيذ الالتزامات، مما ينعكس سلبا على التوقعات و النتائج التي ينتظرها المستثمر، و المبنية على الشروط المتفق عليها بموجب عقد الاستثمار من جهة و على النصوص القانونية السارية المفعول وقت التعاقد من جهة اخرى .

2- لإعادة التوازن لعقود الاستثمار اقر المشرع الجزائري مجموعة من الضمانات منها ما يهدف إلى تحقيق استقرار الرابطة العقدية من خلال حماية الثقة المشروعة بين الدولة و المستثمر بالدرجة الأولى، و يكون ذلك بوضع ايديولوجيات داخلية لحماية المستثمر، تبعث في نفسه الثقة و الاطمئنان على مشروعه الاستثماري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

3- اعتماد المشرع الجزائري على شرط الثبات التشريعي سواء كبند في العقد أو تم اعتماده ضمن المنظومة القانونية للدولة المضيفة لاستثمار، حيث يضمن تجميد مختلف صلاحيات الدولة سواء التشريعية أو التنفيذية في مواجهة المستثمر، بحيث يتم استمرار المشروع الاستثماري في اطار الأحكام و القواعد التي تمد في ظلها إبرام العقد.

4- ان المستثمر يبحث عنة وسائل كفيلة و محايدة و فعالة لتسوية منازعاته، و خاصة الوسائل التي تمنح المستثمرين الأجانب الثقة و الطمأنينة عندما تتعرض المشاريع إلى مخاطر الغير تجارية، كنزع الملكية و الاستيلاء، وعيرها من المخاطر.

5- تكتسي منازعات عقود الاستثمار طبيعة خاصة، اذ و رغم الاختلاف في المراكز القانونية و تعارض المصالح و سبب حدوث النزاع الذي يرجع إلى احدى طرفي العقد فهم يعلمون ان أنهاء العقد بسبب هذه المنازعات يلحق الضرر بكلاهما، لذلك أعطى المشرع لكلا الطرفين الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني، أو الاستعانة بالتحكيم لما له من فعالية .

6- كرس المشرع الجزائري نظاما قانونيا حمائيا تحفيزيا شاملا لاستثمارات، و ذلك رغبة منه في استقطاب الاستثمارات الأجنبية و تدفق رؤوس الأموال بالشكل الفعلي الذي يحرك عجلة التنمية الاقتصادية .

-اقتراحات:

من خلال دراسة موضوع أليات القانونية لحماية عقود الاستثمار و التعرض لمختلف جوانبه و خصائصه العلمية و القانونية يمكن تقديم بعض الاقتراحات التي تساهم في إضفاء الحماية الأزمة لهذه العقود بما يتماشى و النصوص القانونية أهمها:

1- ضرورة التقليل من التعديلات و التغييرات الكثيرة للقوانين المتعلقة بالاستثمار، و محاولة خلق الثبات تشريعي لها و لو على المدى المتوسط، مما يعزز ثقة المستثمر المحلي و الأجنبي، و يدفعه لاستثمار دون تردد .

2- ضرورة اعادة النظر في مبدا حرية الاستثمار، لان دسترة هذا المبدأ وحده لا يكفي بل يحتاج لأليات قانونية ووسائل مادية و أخرى بشرية حتى نتمكن من إرساء ضمانات حقيقية تحمي المستثمر و الاستثمار في نفس الوقت، يجب ان يراعى جانب الحماية القانونية لعملية الاستثمار و إيجاد مناخ يمتاز بالأمان .

3- تبقي تبسيط إجراءات و الوثائق المطلوبة لإنشاء المشروع الاستثماري، مع تكوين خبراء على اعلى مستوى لتكليفهم بصياغة و إمضاء عقود الاستثمار، حيث ان الجزائر خسرت اغلب القضايا التي يتم اللجوء فيها إلى التحكيم التجاري الدولي .

4- ضرورة الفصل التام بين القوانين المؤطرة لعملية الاستثمار في الجزائر بين قوانين المالية و قانون ترقية الاستثمار و حصرها في قانون ترقية الاستثمار.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرأن الكريم، رواية ورش

1- القوانين و المراسيم:

1. الاتفاقية المصادق عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 306/95 الصادر في 07-10- 1995 جريدة رسمية رقم 86/59.
2. اتفاقية واشنطن، لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الخرى، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-364 المؤرخ في 30 اكتوبر سنة 1995، ج ر ج ج عدد 66، صادر في 06 نوفمبر 1995.
3. الأمر (11-03) المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم المؤرخ في 27أوت 2003، ج.ر عدد62.
4. امر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 ،يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 47، صادرة في 22 أوت 2001 معدل و متمم بالأمر رقم.
5. الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت المعدل و المتمم بالأمر 08/06، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر، عدد 22 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001.
6. الأمر 96-06 المؤرخ في 19 شعبان 1416 الموافق ل 10 جانفي 1996، المتضمن تامين القرض عند التصدير الجريدة الرسمية، العدد 03، الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.
7. تنص المادة 10 منه على ان: " تستفيد من مزايا خاصة.
8. تنص المادة 12 من المر 01-03 سالف الذكر، على ان :" يترتب على الاستثمارات المذكورة في الفقرة 2 من المادة 10 أعلاه إبرام اتفاقية متفاوض عليها وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 12 مكرر أدناه.

9. تنص المادة 16من المرسوم التشريعي –12 32أنه" لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع تسخير عن طريق الإدارة ماعدا الحالات التي نص عليها التشريع المعمول به ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف.

10. تنص المادة 25 من القانون رقم 16–09، المتعلق بترقية الاستثمار، السالف الذكر: " تستفيد من ضمان التحويل الراس المال المستثمر و العائدات اللازمة عنه."...

11. طبقا للمادة 22من دستور 1996المعدل بالقانون 16/01المؤرخ في 06/03/2016،ج ر عدد ،14الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

12. قانون رقم 18/22، الصادر بتاريخ 24 جويلية 2022، المتعلق بالاستثمار، ج ر، العدد 50.

13. قانون رقم 18/22، المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1443، يتعلق بالاستثمار، الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 50، صادر في 24 يوليو 2022.

14. القانون 16–09 المتعلق بترقية الاستثمار، المؤرخ في 03 أوت 2016، ج ر، عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت 2016.

15. قانون رقم 09–01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

16. قانون رقم 16–09 مؤرخ في 30 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، صادر في 03 أوت سنة 2016.

17. القانون رقم 91–11 المؤرخ في 27 ابريل 1991، المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 21، الصادر بتاريخ 08 مايو 1991.

18. لمادتين 31 ،30من اتفاقية الشراكة الأورو جزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم159–05.

19. المادة 11من المرسوم التشريعي 93-12 والمادة 31 من الأمر 01-03.

20. المادة 2 قانون رقم 16-09 المؤرخ في 29 شوال 1437 و المتضمن قانون المالية لسنة 2016، ج ر ،العدد 46 ،الصادرة في 2016/08/03 .

21. المادة 20 من دستور1996 معدل و متمم .

22. المادة 23 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 صادر في 3 أوت 2016.

23. المادة 31 من قانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار.

24. المادة 48من القانون رقم 82/13مؤرخ في 28غشت 1982يتعلق بإنشاء وتسيير شركات الاقتصاد المختلط ج.ر عدد 35الصادر في 19غشت 1982معدل ومتمم بموجب القانون 86/13المؤرخ في 19غشت 1986ج.ر عدد 35الصادرة بتاريخ 27غشت1986.

25. المادة 6من القانون 63/277المؤرخ في 26يوليو 1963المتضمن قانون الاستثمار ج.ر عدد 53الصادرة في 02غشت 1963.

26. المادتين 31 .30من اتفاقية الشراكة الأوروجزائرية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم159-05 مؤرخ في 27افريل 2005متضمن التصديق على الاتفاق الشراكة ،ج.ر عدد 31لسنة 2005.

27. المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 اكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 64.

28. المرسوم التشريعي رقم 88-201 المؤرخ في 18 اكتوبر 1988 ،المتضمن الغاء جميع أحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات العامة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي الانفراد باي نشاط أو احتكار التجارة، ج ر، العدد 42، الصادر ة بتاريخ، 19 اكتوبر 1988.

29. مرسوم التشريعي رقم 93-12، مؤرخ في 05 اكتوبر سنة 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر، عدد 64، صادر في 10 اكتوبر 1993، المعدل و متمم بالقانون رقم 98-12، المؤرخ في 31 ديسمبر 1998، ملغى .

30. المرسوم التنفيذي رقم 102-77 المؤرخ 05 مارس 2017 الذي يحرد كيفيات تسجيل الاستثمارات وكذا شكل ونتائج الشهادة المتعلقة به، ج.ر.ع.16 المؤرخة في 08 مارس2017.

31. المرسوم الرئاسي، رقم 436/91 المؤرخ في 05-10-1991 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة.

32. مرسوم تشريعى رقم 32/23المؤرخ ي 60/26/2332يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 1993/64 تضمنه أيضا الأمر رقم 62/62المؤرخ في 36/60/3662المتعلق بتطوير الاستثمار الجريدة الرسمية رقم 12لسنة 2001.

33. مرسوم رئاسي رقم (01-94) مؤرخ في 02فيفري ،1994متضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المبرمة مع فرنسا بشأن التشجيع والحماية المتبادلين فيما يخضع للاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلقة ا، ج ر، عدد 10،سنة1994.

34. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري، الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أفريل 2002، معدل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

35. النظام رقم 05-03 المؤرخ في 06 يونيو 2005المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج .ر .ع.02المؤرخة في 31يوليو2005.

2- الكتب:

1. احمد سمير ابو الفتوح، دور القوانين و التشريعات في جذب الاستثمار ،المكتب العربي للمعارف ،ط1، 2015 .

2. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقي بيروت،2006.

3. بشار محمد الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، د ط ،بيروت، 2010.

4. خفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجانب لتحديد ماهيتها و النظام القانوني الحاكم لها ،دار المطبوعات الجامعة ،الإسكندرية ،د ط، 2007 .

5. د.هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

6. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي " المعوقات و الضمانات القانونية "، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2014، 2006.

7. رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (8) لسنة (1997) ولائحته التنفيذية، ط 3، بدون النشر، 2007.

8. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية لاستثمارات الاجنبية المباشرة، ط1، المركز القومي لاصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2011.

9. زياد فيضل حبيب الخيزران، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قوانين الاستثمار العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

10. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

11. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية" نصا- شرحا- تعليقا- تطبيقا"، القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18صفر سنة 1429هـ الموافق لـ25فبراير سنة 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار هومة2011.

12. سي فضيل الحاج، اليات فض منازعات عقود الاستثمار الجنبي المباشر ،اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة مستغانم، 2019.

13. صغير بيرم عبد المجيد، محاضرات في قانون الاستثمار، كلية الحقوق و العلوم سياسية ،جامعة مسيلة، 2021-2022 .

14. عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية ،دار النهضة العربية 1975.

15. عبد العزيز محمد سرحان، المبادئ العامة للقانون الدولي العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1986.

16. عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الاجنبية، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة تلمسان، 2011.

17. عصام الدين القصبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993.

18. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.

19. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمار الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

20. عيبوط محمد وعلى، الاستثمارات الأجنبية القانون الجزائري، دارهومة، الجزائر، 2013،

21. قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان للاستثمار، دار هومة.

22. محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007.

23. محمد علي عوض الحرازي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.

24. محمودي مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة ،بن عكنون الجزائر، 2006 .

25. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

26. هفال صديق إسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

27. ونوغي نبيل ،عن واقع الضمانات القانونية المقررة للاستثمار في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد دباغين، سطيف2، العدد، الجزء 3.

3- الرسائل و الأطروحات

1. اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجا "، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2006.

1.بوهادي محمد, عقد الاستثمار في التشريع الجزائري , مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم، 2019.

2. خير الدين سعدي، كمال مجناح، ضمانات الاستثمار في القانون الجزائري (دراسة تحليلية للقانون 16-09)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي في قانون

الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017.

3. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009.

4. زروال معزوزة، الضمانات القانونية للاستثمار في الجزائر الجزء الأول، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم سياسية، تلمسان، 2015-2016.

5. زكريا عيلوط، دور التحكيم في تحقيق التوازن المالي في عقود الاستثمار الدولية ن مذكرة نيل شهادة الماستير، جامعة ورقلة، كلية الحقوق و العلوم سياسية، 2017.

6. سالم ليلى، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011-2012.

7. سمية كمال، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2002-2003.

8. عاشوري نصير، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، فترة التكوين، 2010.

9. فارس بوكروح، الضمانات التشريعية في عقود الاستثمار الاجنبية، مذكرة نيل شهادة ماستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2016 .

10. فاطمة الزهراء روابحية، أحلام جفافلية، آليات حماية المستثمر الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجزائري الجديد ،16/09 رسالة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس ،2017-2016.

11. فدواري فاطمة الزهراء ،ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر، ،كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ،2016.

12. قرفي محمد رؤوف، ضمان الاستثمار من المخاطر عير التجارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستير، جامعة بسكرة، كلية لاالحقوق و العلوم سياسية، 2016.

13. لوصيف إيمان، حماية المستثمر الأجنبي في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،2017 .

14. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، رسالة دكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000.

15. ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، 1995.

16. هاشمي اعمر، سيداة الدول النامية في عقود الاستثمار، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي لاعمال، كلية الحقوق و العلوم سياسية، جامعة تيزي وزو، 2016.

5- المجلات:

1. حسين نوارة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد1، 2009.

2. خالد محمد جمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق المشروعة، الشروط)"، مجلة الحقوق، الكويت، عدد3، 1979.

3. خالد محمد جمعة، انهاء الدولة المضيفة لاستثمار اتفاقية الاستثمار من المستثمر الاجنبي الطرق ن المشروعية ن الشروط، مجلة الحقوق ن العدد الثالث، الكويت، 1992.

4. د.باسم علوان طعمة، قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 في الميزان، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثاني، .

5. رحمان امينة، الحماية القانونية لعقد الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية و المستثمر الاجنبي ن المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018.

6. رحمان امينة، الخماية القانونية لعقد الاستثمار بين الدولة الجزائرية و المستثمر الاجنبي , المجلة الاكاديمية للبخث القانوني، العدد 02، 2018.

7. زروق يوسف، رقاب عبد القادر، ضمانات و حوافز الاستثمار الاجنبي وفق القانون رقم 16-09، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، العدد الثامن، جامعة زيان عاشور، الجلفة.

8. سميرة مولاي طاهر، حماية الاستثمار الاجنبي من المخاطر غير التجارية، مجلة البحوث القانونية و السياسية، العدد 11، الجزائر ،2018.

9. شحاتة إبراهيم، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 24، السنة 24، 1968.

10. عبابسة محمد، أسباب منازعات عقود الاستثمار الأجنبي المباشر و إشكالية الحماية الدولية للمستثمر الأجنبي، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 8 العدد 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سعيدة، مولاي الطاهر سعيدة، 2021.

11. فضيلة سنينة، "الضمانات والحماية المقررة للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة البشائر الاقتصادية، المجلد الخامس، العدد 2،، جامعة طاهري محمد، بشار،2019.

12. لمزيد من التفصيل بخصوص موضوع الشراكة انظر: شنتوفي عبد الحميد، الشراكة: آلية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 13، عدد 01، 2016.

6- المؤتمرات:

1. سلسلة دراسات الأنتكاد المتعلقة بقضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية، العقود الحكومية مؤتمر الأم المتحدة للتجارة والتنمية نيويورك وجنيف 2004 .

2. سلسلة دراسات الأنكتاد بقضايا اتفاقيات الاستثمار الدولية، العقود الحكومية مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية نيويورك وجنيف 2004 .

3. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الاجنبي و حوافزه في القانون المصري دراسة مقارنة المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر، قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية و اثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2011.

7-المراجع باللغة الأجنبية:

1- .1 2Y.BERNARD Dictionnaire économique et financier édition seuil paris Vi 1975

2- i.Cité par BAL linder K le myth de la souveraineté en droit internationalK ،thèse de doctorat en droit spécialité droit international .université de strasbourg .2012 .p 608

1- ii. P.DIETERIEM, L'investissement, Paris 1957 19-22

iii.WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique, Mélanges ROUSSEAU,

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

البسملة

تشكر

مقدمة: 1
الفصل الأول: ماهية عقود الاستثمار والمخاطر التي تتعرض لها.....8
المبحث الأول: ماهية عقود الإستثمار.....9
المطلب الأول: مفهوم عقد الاستثمار.....9
الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار.....10
الفرع الثاني: اطراف عقود الاستثمار 17
المطلب الثاني: خصوصية عقد الاسثمار.....28
الفرع الأول: معيار دولية العقد 28
الفرع الثاني: تقنية عقود الاستثمار.....29
المبحث الثاني: المخاطرالتي تتعرض لها عقود الاستثمار.....30
المطلب الأول: المخاطر السياسية 31
الفرع الأول: انواع الخاطر السياسية.....31
الفرع الثاني: تأثيرالظروف الطارئة على عقد الاستثمار 34
المطلب الثاني: المخاطر المتعلقة باطراف العقد.....35
الفرع الأول: التدخلات الانفرادية للدولة 35
خلاصة الفصل الأول: 51
الفصل الثاني: ضمانات اعادة التوازن لعقود الاستثمار 53
المبحث الأول : احترام الثقة المشروعة بين الدولة والمستثمر.....54
المطلب الأول: الاليات المالية للحماية المستثمر.....54
الفرع الأول: ضمان نزع الملكية.....54
الفرع الثاني: الحق في التعويض 57
الفرع الثالث: ضمان حرية تحويل الأموال 60
المطلب الثاني: أليات القانونية لحماية المستثمر 65
الفرع الأول: مبدا حرية الاستثمار 65
الفرع الثاني: المساوات بين المستثمرين.....67
المبحث الثاني: ضمانات تسوية منازعات عقود الاستثمار 76

فهرسالمحتويات:

المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار. 76
الفرع الأول: تسوية منازعات المستثمر الأجنبي أمام القضاء الوطني.....76
الفرع الثاني: موقف المستثمرالأجنبي من القضاء الوطني.....81
المطلب الثاني: حق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي.....82
الفرعا لأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي 82
الفرع الثاني: تسوية منازعات المستثمرالأجنبي أمام القضاء الدولي.....82
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التحكيم الدولي.....85
الفرع الرابع: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الإستثمار.....87
الخاتمة:.....70
المصادروالمراجع..... 73

الملخص :

عقد الاستثمار هو عقد يبرم بين الدولة المضيفة ذات سيادة ، و مستثمر محلي أو اجنبي لا يتمتع بأدنى سيادة ، يعتبر هو الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، هذا التفاوت في المراكز القانونية والذي يضع الدولة في مركز قوة ، إضافة إلى المخاطر غير التجارية المعرض لها من مخاطر سياسية ناتجة عن ظروف تاريخية لدولة و المخاطر تتسبب فيها الدولة بسبب ممارساتها السيادية، تجعل عقد الاستثمار يفقد توازنه الاقتصادي.

سعيا من المشرع الجزائري لإعادة التوازن إلى هذه العقود و حمايتا لها ، ضمن قوانينه بمختلف ضمانات منها موضوعية التي أقرها في القانون 22-18 ساري المفعول ، بحيث تعد الأساس القانوني لحماية توقعات المستثمر و من ثمة الثقة المشروعة بين اطراف العقد ، ومنها إجرائية لها دور في تسوية مختلف النزاعات هذه عقود، و بث جو ملائم لاستقطاب اكبر عدد من الاستثمارات .

الكلمات المفتاحية: عقد الاستثمار، المخاطر غير التجارية .ضمانات .المستثمر

Summary :

An investment contract is a contract concluded between a sovereign host country and a local or foreign investor who does not have the slightest sovereignty. He is considered the weak party in this contractual relationship. This disparity in legal positions places the country in a position of strength, in addition to the non-commercial risks it is exposed to. Political risks resulting from the historical circumstances of a country, and the risks caused by the country due to its sovereign practices, make the investment contract lose its economic balance

In an effort by the Algerian legislator to restore balance to these contracts and protect them, within his laws with various guarantees, including objective ones that he approved in Law 18-22 in effect, so that they are the legal basis for protecting the investor's expectations, and there is legitimate trust between the parties to the contract, including procedural ones that have a role in Settlement of various disputes, these are contracts, and creating a suitable atmosphere to attract the largest number of investments.

Keywords: investment contract, non-commercial risks, guarantees, the investor