جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

الموسومة ب:

الآليات الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار

إعدادا الطالبة:

- مصطفى خيرة

تحت إشراف:

– د. شايفة بديعة

لجنة المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
- د بوناصر إيمان	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
- د. شايفة بديعة	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا ومقررا
- د. سعادة فاطمة الزهراء	أستاذ مساعد "أ"	مناقشا

السنة الدراسية: 2024/2023

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

قال تعالى ﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ صدق الله العظيم

سورة ابراهيم الآية (7)

نشكر الله عز وجل على تمام المنة علينا وتوفيقنا في إنهاء هذا العمل ونرجو من الله أن يسدد خطانا ويوفقنتا لما يحبه ويرضاه.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتي المشرفة الأستاذة الفاضلة الطيبة التي وافقت على الإشراف على عملي وعلى كل ما قدمته لي من إرشادات وتوجاهات قيمة ساعدتني في تذليل الصعاب على إنهاء العمل.

كما لا أنسى بالشكر والتقدير كل من ساعدني من أساتذة في الخفاء على تقديم النصائح والنوجيهات والارشادات.

ولا أنسى بالشكر صديقاتي في العمل بمديرية التربية لولاية الأغواط على تقديم الدعم والتشجيع.

ولا أنسى بالشكر الجزيل لأعضاء اللجنة المناقشة على تفضلهم لمناقشة هذه المذكرة.

واتمنى أخيرا التوفيق والسداد وأن تكون هذه المذكرة في المستوى المطلوب

الإهداء

إلى روح أمي الحبيبة الطيبة الحنونة التي تمنين وجودها معي في هذا اليوم.

إلى أبي سندي وقوتي الذي غمرني بكل دعوات النجاح والتوفيق أنرت لي دربي في الظمات

إلى زوجي الغالي الذي ساندني على اتمام الطريق عندما كدت أن أفشل في بعض المرات.

إلى ابنتي حبيبتي من ساندتني وشجعتني بارك الله فيها

إلى كل اخوتي وأخواتي الذين دعموني بكل حب والثقة لمواصلة المشوار

إلى كل من قدم لي كلمة طيبة ذللت لي الصعاب وخففت ثقل تلك الأيام.

إلى كل هؤلاء جميعا أهدي ثمرة عملي

قائمة المختصرات

ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ج.ر	الجريدة الرسمية
ع	العدد
ر	الرقم

مقدمة

إن التغيرات والتطورات الاقتصادية التي شهدتها دول العالم المتقدمة منها والنامية في مجال الاستثمار أظهرت الاهتمام الجلي لهذه الأخيرة بمجال الاستثمار وذلك لما يقدمه من تنمية اقتصادية لها عن طريق تدفق لرؤوس الأموال وادخال التكنولوجيا واكتساب الخبرة وتوفير مناصب العمل.

حيث تعتبر قضية التنمية الاقتصادية التي تسهر دول العالم لتحقيقها من أهم قضايا هذا العصر؛

ونظرا للظروف الذي يمر بها العالم من نشاط وتنافس اقتصادي قوي في مجال التنمية أصبحت الحاجة إلى **عقود الاستثمار**ضرورة لابد منها خاصة بالنسبة للدول النامية التي أصبحت تسعى بكل السبل الى فتح باب الاستثمار واستقطاب المستثمرين من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية وهذا ما جعلها (عقود الاستثمار) محل بحث واجتهاد للفقهاء والمشرعين والباحثين.

حيث تتميز عقود الاستثمار عن غيرها من العقود بعدة مميزات تتمثل في:

- بتم ابرام هذه العقود من الدولة من جانب المستثمر الأجنبي الذي يتمتع بالشخصية القانونية تبعا لأحكام قانون الدولة التي تنتمي اليها مما يؤدي الى عدم تكافئ في المراكز القانونية بين طرفين العقد.
- تتسم هذه العقود بطول المدة فهي تمتد لفترة زمنية طويلة يتم من خلالها تملك هذا المستمثر الأجنبي لممتلكات ومنشآت وعقارات طوال مدة العقد.
- تخضع هذه العقود في جانب منها الى القانون العام بينما القانون الخاص على بعض جوانبها.
- يتمتع المستثمر الاجنبي بحقوق تعاقدية غير مؤلوفة قد يكون لها طابع سياسي.
- تتميز هذه العقود من ناحية ابرامها او تنفيذها لفكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الأجنبية التي يتبعها المستثمر الأجنبي.
- وبالاضافة الى عدم تكافئ المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار بسبب أن احد طرفيها هو الدولة صاحبة السيادة والامتياز القانوني فهي لا تتكافئ كذلك في المراكز الاقتصادية ذلك أن المستثمر الأجنبي طبيعي أو معنوي يتمتع بقوة اقتصادية لا تتمع بها الدولة.

وهذا التفاوت في القوى السياسية والاقتصادية يدفع بالدول الى التمسك بخضوع هذه العقود ومنازعاتها الى قضائها الوطني وقانونها الداخلي في حين يسعى المستثمر الاجنبي بسبب ضعف

مركزه القانوني الى تحرير عقد الاستثمار القائم بينه وبين الدولة المضيفة من قانونها الوطني، واخضاعه للقانون الدولي العام او القانون التجاري الدولي من اجل حماية مصالحه.

وعليه فالعلاقة القائمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي تقوم على أساس المصلحة المشتركة بينها، فكلاهما يعتمد على الآخر ويستفيد منه لتحقيق أهدافه، حيث يحصل كل منهما على الكثير من العائدات، حيث تذهب أهداف المستثمر الأجنبي إلى تحقيق الربح فان أهداف الدولة المضيفة عديدة ومتنوعة، حيث تعود عقود الإستثمار على الدولة المضيفة بعدة فوائد وعائدات تتمثل في:

- تدفق لرؤوس الأموال الأجنبية.
- تحقيق إيرادات اضافية للدول المضيفة للإستثمار عن طريق فرض ضرائب على المشاريع الناجحة عن هذه الإستثمارات.
- تعد هذه الإستثمارات مصدرا هاما للعملة الصعبة (النقد الأجنبي).
- دعم ميزان المدفوعات من خلال زيادة الصادرات والحد من الواردات.
- زيادة الإنتاج وتحقيق معدلات مرتفعة في النمو الاقتصادي.
- زيادة معدلات فرص العمل والحد من البطالة.
- التنوع في هياكل الانتاج والصادرات وتقليل الاختلال في هيكل الانتاج وذلك بزيادة نمو القطاع الصناعي.
- إكتساب الخبرة الأجنبية والمعرفة الفنية والإدارية الحديثة.
- تفتح هذه الإستثمارات الباب أمام رأس المال الوطني وتشجيعه على المشاركة في الانتاج عن طريق امداد الشركات الممثلة بالعمالة ذات الخيرة الأجنبية و بالتكنولوجيا المتقدمة أو عن طريق خلق فرص العمل عن طريق تقديم الخدمات والمساعدات للشركات الأجنبية مثل خدمات النقل والتسويق.
- تدفع الإستثمارات الأجنبية بالمنتجين الوطنيين إلى تحسين أساليبهم الإنتاجية وتطويرها، عن طريق محاكاتهم للصناعات التي تنتجها المشروعات الأجنبية.

– ونتيجة لهذه العائدات التي تجنيها الدول من عقود الإستثمار الأجنبية أصبحت الحاجة إليها (عقود الإستثمار) أكثر، خاصة بالنسبة للدول النامية فأصبحت بذلك تلجأ إلى ابرام عقود الإستثمار

مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب، حسب ما تقتضيه الخطط التنموية لها كإبرام عقود الإستغلال الثروات الطبيعية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود البناء المصانع الكبرى، والبنى التحتية وغيرها من أنواع عقود الإستثمار.

وعقود الإستثمار كغيرها من العقود يصدق عليها ما يصدق على أي نظام قانوني، من حيث حتمية ظهور المنازعات بين أطرافها، فالعلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة وان ظهرت حسنة في بداية العلاقة الإستثمارية فهي سرعان ماتتغير، نتيجة لتعارض مصالح الأطراف وذلك نتيجة لإنتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للإلتزامات المنصوص عليها في عقد الاستثمار، أو بسبب إتخاذ أي اجراء انفرادي من قبل أحد الاطراف مما ينتج عنه أضرارا جسيمة للطرف الآخر، يستلزم معها تعويض الطرف الواقع عليه الضرر عما لحقه من أضرار نتيجة لتلك الإنتهاكات أو الاجراءات.

وتعتبر منازعات عقود الاستثمار ذات طبيعة خاصة لعدة جوانب.

* أطراف النزاع القائم في عقود الإستثمار أو مايسمى بالنزاع الدولي الاقتصادي يكون أحد طرفيها الدولة والطرف الآخر أشخاص خاصة (طبيعية أو اعتبارية)، مثل النزاع القائم بين الدولة وشركة أجنبية أو دولة ومستثمر أجنبي.

* موضوع النزاع دائما يكون نقدي.

* حجم النزاع عادة مايكون كبير، حيث يتنازع أطراف عقد الإستثمار على قيمة مالية كبيرة ضخمة مايستلزم السرعة في تسوية النزاع حتى لا تتفاقم الآثار المالية الناجمة عن تأخير تسويتها.

* التعويضات الناجمة عن منازعات الاستثمار تكون ضخمة لأنها تتعلق بعقود إستثمار أو مشاريع استثمار ضخمة مما يكلف مبالغ طائلة.

– وعليه فإن الأضرار التي تلحق بكلا الطرفين نتيجة نشوء منازعات بينهما وخاصة بالنسبة للدولة المضيفة نتيجة تعويضها لأي ضرر يلحق بالمستثمر.

عن إجراء فردي تقوم به إزاءه يستنزف أموالا ضخمة من ميزانيتها أدى بالأطراف إلى ضرورة إعادة النظر في بنود عقد الإستثمار، والسعي إلى إيجاد وسائل من أجل تجنب وقوع هذه المنازعات، لتحقيق التوزان بين أهداف الدولة التي تسعى إلى تحقيق التنمية من جهة وأهداف المستثمر من الذي يسعى الى تحقيق الربح من جهة، أخرى وذلك بإدراج بعض الشروط في عقود الإستثمار من شأنها تقييد

سلطة الدولة في احداث تغييرات وتعديلات على عقد الاستثمار بارادتها المنفردة، وزرع الثقة في نفس المستثمر وطمأنته على مشروعه الإستثماري وهذا ما سيكون موضوع بحثنا هذا.

حيث أن لموضوع الآليات الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار، أهمية بالغة بالنسبة للدول والمستثمرين على حد سواء ذلك أنه يتعلق بسيادة الدولة لأن المشروع الإستثماري موجود على اقليمها مما يؤدي إلى فرض سيادتها عليه فهي صاحبة السلطة العليا في التشريع.

* أن الطرف الآخر في هذه المنازعة هو شخص أجنبي من جنسية مختلفة يتمتع بحماية من دولته إزاء أي ضرر يلحق به من قبل الدولة المضيفة، مما ينتج عن منازعات الإستثمار من إضطراب بين الدول (دولة جنسية المستثمر والدولة المضيفة).

* تظهر أهمية منازعات الاستثمار في المجهودات الدولية المبذولة لتسوية هذه المنازعات، التي يوليها القانون الدولي والمجتمع الدولي تنظيما وإهتماما، خاصا عن طريق إنشاء مراكز لتسوية منازعات الإستثمار كالمؤسسة العربية لضمان الإستثمار والوكالة الدولية لضمان الإستثمار.

* يعتبر إبرام عقود الإستثمار من أهم العوامل التي تحقق التنمية الاقتصادية للدول النامية، وذلك من أجل تضييق الفجوة بين الشمال والجنوب، لذلك تحتل مسألة تسوية منازعات الاستثمار أهمية كبيرة لأنها تساهم في التنمية الاقتصادية.

وعليه نظرا لأهمية هذه العقود ومسألة تسوية منازعاتها نهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

* محاولة إعطاء صورة واضحة لعقود الاستثمار عن طريق تقييم تعاريف هذه العقود وتكييفها القانوني وأطرافها.

* تحليل الأسباب المختلفة التي تؤدي الى قيام منازعات عقود الإستثمار.

* إدراج بعض الشروط والضمانات التي تعتبر كوسائل للحد من هذه المنازعات ومحاولة تجنبها.

* تقديم مقارنة بسيطة بين المؤسسة العربية لضمان الإستثمار والوكالة الدولية لضمان الإستثمار وما تقدمه من آليات للحد من منازعات الاستثمار، موضوعا ثريا ومهما للدول المضيفة والمستثمر الأجنبي على سواء، فكان الموضوع من اختيار الأستاذة الفاضلة و موضوع الآليات الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار هو موضوع جديد في عائلة مواضيع الإستثمار لم أكن أملك عنه أي فكرة مسبقة مما صعب مهمة إنجاز الموضوع في البداية وذلك نظرا لتشابه هذ الموضوع وموضوع وسائل

حل منازعات الإستثمار، حيث أن موضوع حل منازعات الاستثمار يعني بالطرق التي تنتهجها الدول بعد نشوء المنازعة في حين أن موضوع اليوم هو " الآليات الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار" يعني بالوسائل التي تستعملها الدول قبل نشوء المنازعة. أي لتجنب قيام المنازعة أصلا. وهو موضوع لم أجد له دراسات وطنية (جزائرية) مسبقة، مما يصعب في الدراسة أكثر وبعد الإطلاع على بعض الدراسات الأجنبية (العربية) كدراسة الأستاذة: م.م محمد شنجار، غسان أحمد، أ.م د.علي والتي كانت دراسة عراقية حول الآليات الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار، اتضحت أفكار الموضوع حيث قمت بإسقاط هذه الدراسة على قانون الإستثمار الجزائري، حيث أن موضوع الآليات الوقائية لتجنب منازعات الإستثمار تستلزم التركيز والتدقيق في دراسة المواد والقوانين وهذا ماصعب من الموضوع نظرا لضيق الوقت وقلة توفر المراجع فيه.

وانتهجنا في هذه الدراسة الأسلوب التحليلي لنصوص القوانين وآراء الفقهاء دون أن ننسى موقف المشرع الجزائري منها

ومن أجل دراسة هذا الموضوع طرحنا الإشكالية التالية:

ماهي الوسائل القانونية للحد من منازعات الإستثمار ؟

للإجابة على هذه الإشكالية لابد من دراسة عقود الإستثمار وأسباب منازعتها والتي من خلالها نستطيع إيجاد وسائل لتجنب هذه المنازعات.

وعليه سنفصل دراستنا هذه إلى فصلين وفي كل فصل مبحثين حيث سنتطرق في الفصل الأول الى دراسة أهم الأسباب المؤدية لمنازعات الإستثمار تطرقنا فيها في المبحث الأول إلى دراسة ماهية عقود الإستثمار وفي المبحث الثاني إلى أهم أسباب منازعات عقود الإستثمار أم في الفصل الثاني فتطرقنا إلى وسائل الحد من منازعات الإستثمار حيث تناولنا في المبحث الأول إلى إدراج شرط الثبات التشريعي كآلية وقائية لتجنب منازعات الإستثمار وفي المبحث الثاني إلى ادراج شرط إعادة التفاوض كآلية وقائية لتجنب منازعات الإستثمار وإلى التأمين كآلية وقائية لتجنب منازعات الإستثمار.

وختمنا دراستنا بخاتمة أجملنا فيها بعض التوصيات التي خلصنا بها من هذه الدراسة.

وتكون بذلك قد أتممنا دراستنا لهذا الموضوع آملين أن نكون موفقين في هذه الدراسة

الفصل الأول

منازعات الاستثمار

تمهيد :

يعد الإستثمار من أهم الآليات التي أصبحت تعتمدها الدول لتحسين الظروف الاقتصادية والإجتماعية لشعوبها ولاسيما الدول النامية منها وذلك من خلال جذبه لرؤوس الأموال الأجنبية وادخال التكنولوجيا والخبرة الفنية إليها وتوفير اليد العاملة.

ونظرا إلى هذه الأهمية فقد عرف قانون الإستثمار عدة تعديلات منذ الإستقلال إلى غاية 2022 حتى يتماشى مع تغير الظروف السياسية والإقتصادية وحتى الإجتماعية للدولة.

ويقوم عقد الإستثمار مثل غيره من العقود بتطابق إرادة الطرفين وهما المستمثر والدولة المضيفة الا أنه يختلف عن غيره من العقود في اختلاف المراكز القانونية لطرفي العقد، ذلك أن الدولة تعتبر الطرف السيادي والقوي في العقد مايمنحها الحق في اتخاذ عدة اجراءات بخصوص العقد مما يلحق الضرر بالمستثمر الأجنبي الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد رغم ماله من قوة إقتصادية ومالية وهذا مايؤدي إلى نشوب منازعات بين الدولة والمستثمر الأجنبي.

ولدراسة أسباب منازاعات عقود الاستثمار لابد من التطرق أولا الى دراسة عقود الاستثمار و أطرافه (المبحث الأول) ثم دراسة أسباب منازاعات الاستثمار (المبحث الثاني).

المبحث الاول: ماهية عقود الإستثمار

أصبحت عقود الاستثمار من العقود التي تبتغي بها الدول تحقيق التنمية الاقتصادية حيث تظهر فيها (الدولة) جنبا إلى جنب مع شخص أجنبي طبيعي أو إعتباري، وهو مايضفي ميزة على هذه العقود التي تقوم بين طرفين غير متكافئين في المراكز القانونية.

ونظرا لأهمية هذه العقود لتحقيق التنمية الإقتصادية فهي تستوجب دراسة للملامح الأساسية لها من تعريفها وتكييفها القانوني إلى أطرافها.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة مفهوم عقود الإستثمار (المطلب الأول) ثم إلى أطراف عقد الإستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الاول: مفهوم عقود الاستثمار

حتى يتسنى لنا دراسة مفهوم منازعات الاستثمار يجب التطرق اولا الى تعريف الاستثمار وتعريف عقود الاستثمار.

الفرع الاول: تعريف الاستثمار

1- تعريف الاستثمار لغة :

الاستثمار في اللغة العربية من فعل إستثمر يستثمر استثمارا وهو مستثمر والمفعول مستثمر واستثمارا "اسم" واستثمارات "جمع"، ويقال استثمر امواله بمعنى استغلها وجعلها تثمر[1].

والاستثمار مشتق من الثمر وثمار الشيء ما نتج وتولد عنه، وقد ورد في لسان العرب بأن الثمر هو من جاء من حمل الشجر، وكذلك الثمر هو انواع المال وهو ايضا الذهب والفضة، ويقال ثمر ماله أي نماه[2]. وقد عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه استخدام الاموال في الانتاج اما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية وإما بطريق غير مباشر كشراء، الاسهم والسندات"[3].

وجاء في قول الحق تعالى: ﴿ **وَكَانَ لَهُ ثَمَرٌ فَقَالَ لِصَاحِبِهِ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَنَا أَكْثَرُ مِنكَ مَالًا وَأَعَزُّ نَفَرًا**﴾[4].

2- التعريف الفقهي للاستثمار:

كان فقهاء الاقتصاد السباقون في تعريف الاستثمار ثم تلاهم فقهاء القانون حيث يعتبر مصطلح الاستثمار من اصعب المصطلحات التي عجز الفقه عن ايجاد تعريف موّحد لها[5].

---

[1] https//www.almaany.com.ar.ar

[2] موشارة حنان، نظام استثمار محاضرات لطلبة سنة اولى ماستر تخصص قانون اعمال مطبوعة بيداغوجية، جامعة قالمة، الجزائر، سنة 2021/2020، ص09.

[3] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشرق الدولية، مصر، ص100.

[4] سوره الكهف، الآية 34.

[5] موشارة حنان، المرجع السابق، ص10.

أ- تعريف الاستثمار في الفقه الاقتصادي:

اختلف فقهاء الاقتصاد في تعريف الاستثمار حيث يعرفه احد الفقهاء: « بأنه اكتساب الموجودات المادية ذلك انه يشمل التوظيف والتثمير للأعمال في عملية الانتاج كما هو توظيف النقود لأي أجل في أي أصل او ملكية لتنميتها او إنمائها سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الاموال والمنافع المادية او الغير المادية في نهاية المدة».

وعرفه فريق آخر بأنه: "عملية إيجاد مشروعات مالية تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق فوائد مالية".

ويعرفه رأي آخر بأنه: "تكوين رأس المال أو إستخدامه بهدف تحقيق الربح في الاجل القريب او البعيد بشكل مباشر او غير مباشر".

من خلال هذه الجملة من التعريفات يمكن القول بأن مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين:«هو عبارة عن عملية توظيف اموال حالية وحاضرة في سبيل الحصول على إيرادات وعوائد ومنافع أكبر في المستقبل» أي توظيف المال للحصول على الربح ومن ثم تثميره وزيادته[1].

ب- تعريف الاستثمار في الفقه القانوني:

الاستثمار من الناحية القانونية هو: "عمل او تصرف بشكل اموال مادية او غير مادية (الملكية الصناعية، المهارة الفنية، نتائج البحث، قروض) من أجل تطوير نشاط اقتصادي.

ولقد اختلف فقهاء القانون في إعطاء تعريف موحد للاستثمار وذلك من خلال تباين التعريف في التشريعات الوطنية، في حين ان هناك تشريعات لم تعرفه اطلاقا حيث ان المشرع الجزائري لم يشير الى تعريف الاستثمار بصفة صريحة في اي من قوانينه الاستثمارية منذ بداية 1963م الى غاية 2022م، وإن كان قد نص في المادة 02 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار حيث تناول تعريف الاستثمار بصفة عامة، حيث نصت المادة 02[2] منه على: "يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا القانون ما يلي:

[1] سي فضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، رسالة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018 /2019، ص 25 ،26.

[2] قانون 09/16 المتعلق بترقية استثمار مؤرخ في 3 اوت 2016، ج ر عدد 46 مؤرخة في 2016/08/03.

01- اقتناء اصول تندرج في اطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الانتاج و/او إعادة التأهيل.

02-المساهمات في رأس مال الشركة".

* في حين ان قانون الاستثمار الجديد **22 -18** لم ينص على الاستثمار اطلاقا واكتفى في المادة 05 منه الى التطرق بتعريف المستثمر والى اشكال الاستثمار، حيث نصت المادة 05 من القانون **22-18:** "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يلي:

المستثمر: كل شخص طبيعي او معنوي وطنيا كان او اجنبيا مقيما او غير مقيما بمفهوم التنظيم الخاص بالصرف ينجز استثمارا طبقا لأحكام هذا القانون.

استثمار الانشاء: كل استثمار منجز من أجل إنشاء رأس مال تقني من العدم باقتناء اصول بغرض إنشاء نشاط إنتاج سلع او خدمات.

استثمار التوسع: كل استثمار منجز بهدف رفع قدرات انتاج السلع و/أو خدمات عن طريق اقتناء وسائل انتاج جديدة تضاف الى تلك الموجودة لا يخول اقتناء تجهيزات تكميلية ملحقة و/أو مرتبطة طابع التوسع للاستثمار وكذلك هو الشأن بالنسبة لاقتناء تجهيزات تجديد او استبدال مماثلة لتلك الموجودة.

استثمار إعادة التأهيل: كل الاستثمار منجز يتمثل في عمليات اقتناء سلع و/او خدمات موجهة لمطابقة العتاد وتجهيزات الموجودة من اجل معالجة التأخر التكنولوجي او بسبب الاهتلاك لقدمها والتي تؤثر عليها من اجل رفع الإنتاجية او اعادة بعث نشاط متوقف منذ ثلاث سنوات على الاقل.

نقل انشطة من الخارج: عمل التحويل الذي تقوم بموجبه مؤسسة خاضعة للقانون الاجنبي لكل او لجزء من أنشطتها من الخارج الى الجزائر[1].

[1] قانون رقم 22 /18 متعلق بالاستثمار المؤرخ في 24 يوليو سنة 2022. ج.ر رقم 50 مؤرخة في 20 يوليو سنة 2022.

3- تعريف الاستثمار في الاتفاقيات الدولية:

أما على المستوى الدولي فلا وجود تعريف موحد للاستثمار ولكنه توجد اتفاقيات عالجت مفهوم الاستثمار بصفة عامّة، وساعدت في وضع نظام قانوني لاستثمار من حيث الضمانات والحماية القانونية له.

حيث نلاحظ أنه من خلال الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في إطار الحماية والتشجيع المتبادلتان للاستثمارات الأجنبية فقد تضمنت معظمها تعريفا للاستثمار اشتمل على نفس عناصر التعريف الواردة في على سبيل المثال لا الحصر حيث رأت هذه الاتفاقيات ان كلمة استثمارات تدل على الاموال كالأملاك والسلع والحقوق وكل عنصر من الاصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة او غير مباشرة نقدية او عينية او خدمات سواء كانت مستثمرة او أُعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه.[1]

- ومعظم الاتفاقيات الثنائية تبّنت مفهوما واسعا للاستثمار وهو يشمل كافة الاموال والاصول التي يمتلكها المستثمر الاجنبي في الدولة المضيفة للإستثمارات الأجنبية وذلك على غرار الاتفاقيات الجماعية في ميدان الاستثمار بهدف مجال تحقيق التكامل الاقتصادي العالمي والاقليمي والعربي والاوروبي والاسيوي[2].

- ومن أمثلة هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980م، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 306 -95 المؤرخ في 07-10-1995م، والتي عرفت الاستثمار في مادتها السادسة بقولها: "هو استخدام راس المال العربي في احدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في اقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي او تحويله اليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية"[3].

---

[1] سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 29.

[2] سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 29.

[3] المادة 06 من الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوسي الاموال العربية في الدولة العربية لسنة 1980 التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95- 360 المؤرخ في 1995/10/07.ج.ر 59 سنة 1995.

*** تعريف الإستثمار الأجنبي:**

يمكن تعريف الاستثمار الاجنبي بانه: "اشتراك الاجنبي بالتنمية الاقتصادية او الاجتماعية للدولة المضيفة بمال او عمل او خبرة في مشروع محدد بقصد الحصول على ارباح مجزية وطبقا للقانون". حيث تناول هذا التعريف العناصر التالية:

1) بيان صفة المستثمر بانه اجنبي سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا
2) المال ويشتمل جميع صوره ومهما كانت طبيعته مادية أو معنوية
3) يفرق هذا التعريف بين الاموال المستثمرة والاموال التي تقدم من الدولة والهيئات الدولية كإعانات وقروض وغيرها من الاغراض التي لا تهدف الى الربح.
4) يقرر هذا التعريف حق الدولة المستضيفة الاستثمار في التوجيه والرقابة على الاستثمارات الأجنبية ما يتفق مع قوانينها ويتلاءم مع خطط التنمية الاقتصادية لها وذلك ما اريد به من عبارة طبقا للقانون[1].

الفرع الثاني: تعريف عقود استثمار

1. التعريف الفقهي لعقود الاستثمار:

يعرفها الدكتور احمد **حسان الغندور** العقود الدولية للاستثمار بانها: "العقود التي تبرم في الغالب بين طرف وطني (الدولة او احد الاشخاص العامة) وطرف خاص اجنبي حيث يتعهد بمقتضاها الطرف الاجنبي بتشييد مشروع كأعمال بناء او اشغال الهندسة المدنية او التشييدات الصناعية الاخرى وما يلحق بها من اعمال مثل تصميم المشروع وتوريد تكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني وقد يتمثل الاجر في حصته في مشروع مشترك يتقاسم الاطراف تكاليفه وتوزع بينهم ارباحه وخسائره"[2].

[1]: رواء يونس محمود النجار: نظام القانوني للاستثمار الاجنبي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دراسات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات، سنة 2012، ص 42.

[2] بالحسان الهواري: تسويه المنازعات الاقتصادية الدولية دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة مستغانم، الجزائر، 2017، ص21.

وعرّفها الاستاذ **عصام الدين القصبي:** "بأنها كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص من اشخاص القانون الخاص الاجنبي والتي تتعلق بمباشرة الأنشطة التي تدخل في إطار الخطط الاقتصادية للبلاد".[1]

كما نجد تعريف شبيه لعقد الاستثمار الاجنبي المباشر من خلال تعريف الموسوعة العربية للعقد الدولي هذا الاخير ينطبق على عقد الاستثمار الاجنبي اذ تصف العقود الدولية: "بأنها تلك العقود التي تبرم بين الدولة بشخصيتها الاعتبارية او بواسطة إحدى هيئاتها العامة او التي تعمل لحسابها وبين شخص أجنبي طبيعي او اعتباري غالبا ما يكون شركة خاصة او متعددة الجنسيات يقصد القيام بعملية تجارية محددة تتعلق بالبيع والشراء او الاستيراد والتصدير او باستغلال الثروة الطبيعية عبر إنشاء مشروع استثماري في مقابل يتم الاتفاق عليه بين الطرفين سواء كان مبلغ من المال ام حصة من الثروة المستخرجة او نسبة من الارباح المحصل عليها"[2].

ويلاحظ من هذا التعريف أنه يحتوي في مضمونه على عقد استثمار الاجنبي مما يدل على ان العقد الدولي اوسع نطاقا من عقود الاستثمار.

من خلال التعريفات السابقة نستطيع استنتاج اهم عناصر عقود استثمار[3] والتي تتمثل في:

- أطراف عقود الاستثمار هما: الدولة المضيفة للاستثمار او احدى الهيئات او المؤسسات التابعة لها والطرف الثاني هو المستثمر الاجنبي والذي يعبر عنه كشخص من اشخاص القانون الخاص.
- عقد الاستثمار تلحق به صفة الدولية باعتبار ان محتواها عابر للحدود الجغرافية للدول.
- تتميز عقود الاستثمار بطول مدتها فهي عقود مركبة تحتوي على اكثر من عملية واحدة والتي يستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن.

[1] سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 48.

[2] سي فضيل الحاج، المرجع السابق، ص 48.

[3] عبد السلام احمد حسين امحمد، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود استثمار وفقا لقانون تشجيع الاستثمار الليبي، مجلة البحوث القانونية، العدد 12، سنة 2021،ص08.

2- التكييف القانوني لعقود الاستثمار الاجنبي:

لقد استقر الرأي لدى جانب من الفقه القانوني على اطلاق مصطلح "عقود الدولة" على العقود التي يتم إبرامها بين الدولة وأحد اشخاص القانون الخاص من الاجانب سواء كان طبيعيين او معنويين ويندرج عقد الاستثمار ضمن هذه العقود[1] ولمعرفا الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار الاجنبي يجب معرفة الطبيعة القانونية لعقود الدولة، والتي لا تزال قيد الاجتهاد.

فحضور دولة كطرف في هذه العقود يفترض تحريك قواعد القانون العام بصفتها صاحبة السيادة والسلطة في الوقت الذي يحتل فيه الطرف الآخر الافراد والشركات الخاصة التي يفترض وجودهم تحريك عناصر القانون الخاص ومن هذا المنطلق فإن التداخل بين القوانين العامة والخاصة أدى الى تعدد الاتجاهات حول الطبيعة القانونية لهذه العقود.

فالجانب الذي اعتبر عقود الدولة هي عقود خاصة أخذ كمبدأ له طبيعة محل وموضوع هذه العقود في حين ان الجانب الاخر اعتبر هذه العقود ادارية ولكل منها اساليبه.

فمن اعتبر صفات العقود الادارية على عقود الدولة استند الى عدة اعتبارات منها: أن عقود الدولة تكون الدولة او احد مؤسستها طرفا فيها ويكون الطرف الاخر من اشخاص القانون الخاص وهذا ما يتضمنه العقد الاداري.

- ان عقود الدولة في مجال الاستثمار تنص على خدمة احد مرافق الدولة كالاستثمار في مرفق السياحة او الاتصالات وغيرها. كما ان غالبية اتفاقيات الاستثمار (خاصة الثنائية منها) تعرض الدولة بمالها من سيادة مجموعة من الشروط بصفتها مضيفة للاستثمار كحقها في التأميم المشروع الاستثماري اذا تطلبت المصلحة العامة ذلك[2].

من خلال هذه الشروط نجد ان من اخذ بالرأي القائل بأن عقود الاستثمار هي عقود ادارية فقط قام بإسقاط عناصر العقد الاداري على عقد الاستثمار من حيث ارتباطه بالمرفق العام ووجود عنصر الادارة المتمثل بالدولة او احد اجهزتها واحتوائه على شروط استثنائية لا توجد في القانون الخاص[3].

---

[1] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص81.

[2] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 82.

[3] سي الفضيل الحاج، المرجع السابق، ص101.

– ومع كل هذا التقارب بين عناصر العقد الاداري وعقود استثمار فإنه هناك جانب من الفقه يرفض وجود هذا التقارب بين العقدين مؤكدين ان التشابه الموجود بينهما انما هو تشابه فني فقط وان هناك فوارق جوهرية بينهما من الناحية القانونية تؤدي الى انهيار فرضية اطلاق العقد الاداري على عقود الاستثمار ومنها موضوع القانون الذي يفترض تطبيقه عند حصول نزاع ما، حيث انه في عقود استثمار فان المؤسسات التحكيمية تحيل الامر الى ادارة الاطراف او القانون الوطني او القانون الدولي في حين انه في العقود الادارية يبقى العقد وطنيا بخضع في جميع الاحوال الى قانون الدولة[1].

وعليه مما سبق تقول الدكتورة رواء يونس محمود النجار: "انه لا يمكن سحب صفة العقد الاداري وتعميمها على عقود الدولة". [2]

وهناك جانب من الفقه اعتبر عقود الاستثمار هي عقود للقانون الخاص ولها طبيعة خاصة وهذا العقد اعتبارات وهي[3]:

- وجود مرونة في عقد الاستثمار وذلك حتى تستطيع الدولة المضيفة التوفيق بين مصالحها الخاصة ومصالح المستثمر الاجنبية معها وهذا ما لا يوجد في العقد الاداري.
- في معظم عقود الاستثمار قد لا تكون الدولة طرفا فيه وقد تكون جهة الادارة طرفا في العقد ومع ذلك لا يعد عقدا اداريا متى ما تطرقت جهة الادارة بوصفها شخصا عاديا لا شخصا عاما.
- بالإضافة الى ان متطلبات التجارة تفرض بالدولة ان تنزل للتعاقد شأنها بذلك شأن الشخص العادي حتى تحقق مصالحها وحتى تحتفظ بعلاقاتها بالخارج.
- الدولة تستطيع بسط اساليب القانون العام على رعاياها داخل اقليمها في حين لا تستطيع ممارسة ذلك مع من تتعاقد معه من الاجانب ذلك ان سيادة الدولة محدودة النطاق داخل اقليمها أما خارج اقليمها فان لها نفس موقف مستثمر الاجنبي المتعاقد معها.

[1] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص82.

[2] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص83

[3] احمد سيد احمد سيد واحمد حمود احمد الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية مجالات متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، ص 152.

كما ان الشروط الاستثنائية الموجودة في عقود الاستثمار هي لمصلحة المستثمر الاجنبي لمواجهة الدولة وليس العكس.

وعليه مما سبق توضيحه تقول الدكتورة رواء يونس محمود النجار: "ان عقود استثمار هي عقود ذات طبيعة خاصة مختلطة تجمع بين القانون العام والقانون الخاص. لذا نجد ضرورة افرادها بمعاملة متميزة سواء من حيث القواعد القانونية المطبقة عليها او تلك المتعلقة بتسوية منازعاتها"[1].

الفرع الثالث: منازعات الإستثمار

1- تعريف النزاع

أ- تعريف النزاع لغة:

نزع الشيء ينزعه نزعا فهو منزوع والتنازع التخاصم وتنازع القوم اختصموا وبينهم، نزاعة اي خصومة في حق.[2]

ب- تعريف النزاع في الفقه: هو اختلاف ينشأ بين اختلاف بين افراد او مجموعة او دول او شعوب او قارات على فكرة ما او ظاهرة ما او اسلوب ما او ارض ما، تكون سبب في التصادم مع الفكر او التراث او الارض او الوطن او العرض او الشرف او المال وتتقاطع مع مفاهيم احد طرفي النزاع متوقع نشوبه[3].

ج- تعريف النزاع اصطلاحا:

هو ترجمة لكلم صراع- تصادم- تضارب- شقاق- قتال، مأخوذ من كلمة انجليزية conflict وفرنسيةconflit ويقصد بالنزاع الدولي خلاف بين دولتين على مسألة قانونية او حادث معين او بسبب تعارض وجهات نظرهما القانونية او مصالحهما.[4]

[1] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص83.

[2] محمد الماحي صالح احمد، تسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة شندى، السودان، 2019، ص 17.

[3] محمد الماحي صالح احمد، المرجع السابق ص 17.

[4] درقولي كريم، النزاع الدولي وادارة النزاع الدولي، مجلة الابحاث القانونية والسياسية، ع01، سبتمبر 2019، كلية الحقوق العلوم السياسية، سطيف 2، ص95.

2- تعريف منازعات الاستثمار:

تعرف منازعات الاستثمار بأنها ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري (الدولة المضيفة والمستثمر) نتيجة انتهاك احد الاطراف لحقوق الطرف الاخر وخرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثمار او انهاء العقد او اتخاذ اي اجراء انفرادي من قبل احد الاطراف مما ينتج عنه اضرار جسيمة للطرف الاخر يستلزم عنها تعويض الطرف المتضرر عما اصابه من اضرار نتيجة لتلك الانتهاكات[1].

المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار

تقوم عقود الاستثمار كغيرها من العقود بين طرفين بهدف إحداث أثر قانوني وهما "الدولة" و"المستثمر الأجنبي"، إلا أنها تختلف عن بقية العقود بسبب اختلاف المراكز القانونية لأطرافها حيث تعتبر الدولة الطرف السيادي الذي يتمتع بمزايا خاصة سواءا في اطار القانون الداخلي أو اطار القانون الدولي العام في حين أن المستثمر الأجنبي يعتبر كطرف خالي من أي امتياز رغم ما يتمتع به من قوة اقتصادية ومالية.

وسنفصل في أطراف عقد الاستثمار كمايلي:

الفرع الأول: الدولة المضيفة للاستثمار:

تقوم الدولة بإبرام عدة عقود مع المستثمرين الاجانب من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية حيث تعد الدولة طرف في عقد الاستثمار عندما تنزل[2] الى ميدان التجارة الدولية وتقوم بارام عقود الاستثمار وتدخل في مشروعات مشتركة بينها وبين الشركات الخاصة أو الأشخاص الطبيعيين.

وتقوم الدولة بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء أو بطريقة غير مباشرة عن طريق احدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام هذه العقود.

[1] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص299.

[2] قصوري رفيقة، عيواج طالب، النظام القانوني لعقود الاستثمار الاجنبي، العدد الخامس، ص185

وقد أثارت الصور التي تظهر بها الدولة كطرف في عقود الاستثمار العديد من الاشكاليات القانونية التي تنحصر في اذا ماكان الشخص الذي يتعاقد مع المستثمر الاجنبي ليس الدولة بوصفهاشخص من أشخاص القانون العام وانما بشكل جهاز تابع للدولة ويعمل لحسابها وهنا ظهر اتجاهان:

أ. الإتجاه المضيق لعقود الدولة: ويقتصر هذا الإتجاه عقود الدولة على العقود التي تقوم الدولة بنفسها بابرامها من خلال من يمثلها مع الطرف الأجنبي.[1]

أما العقود التي تقوم الاجهزة التابعة للدولة بابرامها مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى فإنها تعد عقودا من عقود التجارة الدولية التقليدية ولا تدخل في طائفة عقود الدولة بالمعنى الضيق.

ب. الإتجاه الموسع لعقود الدولة: وهذا الاتجاه أوسع من عقود الدولة لتشمل العقود التي تقوم الأجهزة التابعة للدولة بابرامها علاوة الى العقود التي تبرمها الدولة بنفسها.

وأيد هذا الجانب من الفقه هذا الإتجاه بالاشارة الى نص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن[2] المنشئة للمركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار التي جاء في نصها "يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة أو هيئة عامة أو جهاز تابع للدولة التي تقوم الدولة بتحديده أمام المركز".... إذا فالمركز بمتد اختصاصه ليشمل النظر في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد أطرافها هيئة عامة أو جهاز تابع لدولة المتعاقدة. [3]

ويشير الأستاذ "**فارهوفن**" أن المعيار الذي وضعته معاهدة واشنطن من أجل إعمال بها وتطبيقها يتسم بالدقة والوضوح في آن واحد ذلك أن المؤسسة العامة أو الجهاز التابع للدولة يجب أن يمتد تحديده بواسطتها أمام المركز لأن هناك عقود تقوم الدولة بابرامها عن طريق أجهزتها تكون الدولة قد أنشاتها وعينها لتحل محلها في العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية.[4]

---

[1] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة من الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعة، جورج عوض، أمام كلية الحقوق الاسكندرية، ص37.

[2] اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل منزاعات الاستثمار

[3] علاوة الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون أعمال، جامعة محمد خيضر، بسكرة،2016/2015.

[4] حفيظة السيد، مرجع سبق ذكره، ص39

وفي هذا السياق ثار الإشكال بشأن المعيار الذي يمكن بواسطته تحديد الدولة كطرف في العقد في حالة العقود التي تبرمها بواسطة المؤسسات والهيئات التابعة لها فتذهب اتجاه الى اعتماد المعيار القانوني وذهب اتجاه آخر الى اعتماد المعيار الاقتصادي.

1- المعيار القانوني: ذهب أصحاب هذا الإتجاه على اعتماد معيار الشخصية القانونية المستقلة،[1] التي تعتمد على العملية المادية للتوقيع والاستقلالية القانونية، الظاهرة التي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز، الذي قام بالتوقيع على عقد الاستثمار والتي تتمتع بها المؤسسة أو الجهاز الذي قام بالتوقيع على عقد الاستثمار والي تتحمل نتيجة هذه الاستقلالية المسؤولية الكاملة للتعاقد دون أن تشاركها الدولة بمفهومها الضيق في هذه المسؤولية.

مما يعني أن الهيئة التي تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة تحجب عنها الحصانة القضائية وبالتالي تخضع لسيادة القضاء الوطني للدولة الأجنبية. وعليه فوجود أو انعدام هذا المعيار هو ما يحدد تمتع هذه الهيئة بالحصانة القضائية أو انتقائها.

إلا أن هذا المعيار لاقى انتقادا على أساس أنه معيار تحكيمي وإن اضفاء الشخصية القانونية على مشروع ما أو منعه يعد قرارا اداريا [2] فقط أو وسيلة تلجأ اليها الدولة لادارة مرافقها فلا يجوز أن يكون سببا في حرمان هذه الدولة أو احدى الهيئات التابعة لها من الحصانة القضائية التي تعتبر حقا مقررا لها وفقا لمبادئ القانون الدولي العام.

2- المعيار الاقتصادي: هذا ما أدى إلى ظهور معيار آخر لتحديد الطبيعة القانونية للطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي وهو المعيار الاقتصادي الذي يرى أن الهيئات العامة والأجهزة التابعة للدولة بالشخصية القانونية ليس سببا وجيها وكافيا ليحول دون القول بأنها تمثل الدولة على المستوى القانوني طالما ان هذه الهيئات أو الأجهزة كانت تخدم المصالح الأساسية للدولة أثناء تعاقدها مع المستثمر الأجنبي وتسهر على تطبيق وتنفيذ السياسة المرسومة تحت اشراف وتوجيه الدولة التي تنتمي إليها هذه الأجهزة.

[1] قصوري رفيقة، عيواج طالب، المرجع السابق، ص

[2] قصوري رفيقة، عيواج طالب، المرجع السابق، ص

وعليه بناءا على المعيار فإن الدولة تعتبر طرف بواسطة المؤسسات والهيئات العامة في العقود المبرمة مع الطرف الأجنبي طالما كانت تنفذ وتطبق سياسة وبرنامج مع الدولة التابعة لها هذه الأجهزة.

الفرع الثاني: الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار (المستثمر)

ويعرف الطرف الأجنبي في عقود الاستثمار بأنه ذلك الشخص الذي لا يتمتع بجنسية الدولة التي تعاقد معها.

وجاء في نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن يكون الطرف الثاني في التحكيم مستثمرا أجنبيا يتنهي إلى دولة أخرى طرفا في الاتفاقية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وجاء في نصها "يمتد اختصاص المركز الى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى.....". وبينت بالمقصود برعايا الدول المتعاقدة الأخرى مايلي:

– كل شخص طبيعي يحمل جنسية احدى الدول المتعاقدة من خلاف على الدولة الطرف...

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

وعليه فالمستثمر يكون شخص طبيعي او شخص معنوي يتمتع بجنسية دولة متعاقدة بخلاف دولة طرف النزاع[1] وهو معيار تحديد المستثمر الأجنبي.

ولقد عرف المشرع الجزائري المستثمر الذي هو الطرف الثاني في عقود الاستثمار في المادة 5 من قانون 18/22.[2]

يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:

– المستثمر كل شخص طبيعي أو معنوي وطنيا كان أو أجنبيا مقيما أو غير مقيم لمفهوم التنظيم الخاص بالمصرف ينجز استثمار طبقا لأحكام هذا القانون.

من خلال ما سبق نجد أنه المستثمر قد يكون شخص طبيعي كما يمكن أن يكون شخص اعتباري.

[1] علاوة الصادق، المرجع السابق، ص11

[2] القانون18/22 المتعلق بالاستثمار، مؤرخ في 24 يوليو 2022، ج ر ع 50 مؤرخة في 20 يوليو 2020.

1- الشخص الطبيعي:

لقد استعملت الجنسية كمعيار للتميز بين المستثمر الأجنبي على المستثمر الوطني حين تعتبر الجنسية هي الرابطة القانونية والسياسية التي بمقتضاها ينتمي شخص لدولة معينة.

ولقد كان لاتفاقية واشنطن التي ذكرناها سابقا الدور الفعال[1] في تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي حتى ينعقد اختصاص المركز أين ركزت في نشأة ذلك على شرطين أساسين هما:

- أن يتمتع الشخص بجنسية دولة متعاقدة خلاف الدولة الطرف في النزاع وأن يكون متمتعا بهذه الجنسية عند اتفاق الأطراف على عرض النزاع على المركز ولحظة تسجيل طلب التحكيم وفقا لقواعد المركز.
- أن لا يكون قد حصل على جنسية الدولة الطرف في النزاع في يوم اتفاق الأطراف على اللجوء الى المركز لتسوية النزاع ويوم تسجيل طلب التحكيم.

إذن فصفة الجنسية تلحق بالمستثمر المتعاقد مع الدولة اذا كان لا يتمتع بجنسيتها أما اذا كان للمستثمر عدة جنسيات فإن القواعد العامة تقتضي أنه لا يمكن اعتبار الشخص أجنبيا اذا كان يتمتع بجنسيات أخرى غير جنسية وطنه فاذا وقع خلاف بخصوص ذلك [2] فإن القانون الفاصل في القضية هو قانون جنسيته الدولة التي يدعي بها المستثمر وهي التي تحدد ما اذا كان حقا يتمتع بجنسيتها أولا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن اتفاقية واشنطن لم تشر الى معيار التعامل مع الأشخاص مزدوجي الجنسية أو عديمي الجنسية.

إلا أن الرأي المستقر أن المركز لا ينظر في أية منازعات[3] وبشكل مطلق في منازعات الأشخاص مزدوجي الجنسية اذا كانت جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع هي احدى الجنسيتين التي يتمتع بها الشخص الطبيعي حتى ولو اتفقت الدولة الطرف في المنازعة على غير ذلك ورضيت بالخضوع لتحكيم المركز لما تجدر الاشارة كذلك إلى أن ليست كل العقود التي تكون الدولة طرفا فيها الى جانب

[1] قصوري رفيقة، عيواج طالب، المرجع السابق، ص194

[2] علاوة الصادر، المرجع السابق، ص194

[3] حفيظة السيد الحديد، المرجع السابق، ص169، 170

شخص طبيعي أجنبي تكتسب صفة عقود الاستثمار[1] بل تشترط كذلك أن يكون محل العقد ومضمونه متعلقا بالتنمية الاقتصادية في الدولة المتعاقدة والمساهمة فيها.

2- الشخص الاعتباري:

كما ذكرنا سابقا المستثمر قد يكون شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا وطنيا أو اجنبيا ويما أننا بصدد الاستثمار الأجنبي فسنحصر تفصيلا على المستثمر الأجنبي الذي يكون في غالب الأحيان عبارة عن شخص اعتباري عبارة عن شركة متعددة الجنسيات أو مشروعا مشتركا.

حيث يعرف الفقه القانوني الشخص المعني بأنه "وحدة أو كيان اجتماعي ينشأ من أجل تحقيق أغراض معينة ويتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن الأعضاء المكونين له وله نظام قانوني خاص به وقادر أن يكون طرفا في العلاقات القانونية.[2]"

ولتحديد صفة اذا كان الشخص الاعتباري وطني أو اجنبي فقد تم اعمال معيار الجنسية[3] بخصوص ذلك حيث يعتبر الشخص الاعتباري أجنبي يجب أن تكون له جنسية تحتلف عن جنسية الدولة المضيفة للاستثمار.

وهناك عدة معايير لتحديد جنسية الشخص الاعتباري نذكرها كالتالي:[4]

1- معيار جنسية الأعضاء أو الشركاء: يعتمد هذا المعيار جنسية أعضاء الشركة فاذا تعددت جنسياتهم يعتمد على جنسيته الدولة التي ينتمي اليها أغلبهم.

2- معيار التأسيس: حيث تتمتع الشركة بجنسية الدولة المضيفة للاستثمار التي تم تسيسها في ظل قوانينها.

3- معيار مركز الاستغلال: بمعنى أن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يتواجد فيها مركز ادارته الرئيسي ويقصد به المكان الذي يتواجد فيه مقر اتخاذ القرارات كمجلس الادارة او الجمعية العامة.

---

[1] قصوري رفيقة، عيواج طالب، المرجع السابق، ص190

[2] قصوري رفيقة، عيواج طالب، المرجع السابق، ص 195

[3] علاوة الصادق، المرجع السابق، ص13

[4] علاوة الصادق، المرجع السابق، ص13-14

4- معيار الرقابة: يقصد به الشركة أو الشخص الاعتباري يعتبر أجنبيا اذا ما كان يخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية من حيث الأموال المستثمرة أو من حيث القائمين على الادارة.

تعتبر هذه جملة المعايير التي تعتمدها الدول لتحديد جنسيته أي شخص اعتباري ولكل دولة الحرية في اختيار المعيار الذي تراه مناسبا حيث أن اتفاقية واشنطن لم تحدد معيار الجنسية المعتمد لتحديد جنسية الشخص الاعتباري وعليه فمحكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليست ملزمة بتطبيق معيار معين.

وعليه ومن أجل تجنب حدوث اشكالات بخصوص الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة فمن خلال الأطراف يحددوا جنسية المستثمر الأجنبي[1] اذا كان شخصا اعتباريا.

[1] علاوة الصادق، المرجع السابق، ص14

المبحث الثاني: اسباب منازعات الاستثمار

تمنح عقود الاستثمار الأجنبي للدولة المضيفة حقوقا وتضع على عاتقها التزامات واجبة الوفاء اتجاه المستثمر الاجنبي من جهة وتمنح هذا الاخير اي (المستثمر) كذلك حقوقا وتلزمه بواجبات اتجاه الدولة المضيفة فإن إخلال أحد الطرفين بالتزاماته تنشأ عنه منازعة بين طرفين، فالهدف هنا ليس حصر انواع المنازعات التي تنشأ نتيجة انتهاك الحقوق او المنازعات التي تنشأ نتيجة لخرق الالتزامات بل الهدف هو معرفة الاسباب الحقيقية التي ادت الى هذه الانتهاكات ان كانت اسبابا قهرية او ظروفا طارئة[1] ليس للأطراف دخل فيها او كانت سبب اخلال احد طرفي العقد بالتزاماته (المستثمر او الدولة المضيفة) هذا ما سنتطرق اليه خلال هذا المبحث.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة أسباب منازعات الإستثمار الخارجة عن ارادة الأطراف (المطلب الأول) ثم دراسة أسباب منازعات الاستثمار تعود إلى ارادة طرفي العقد (المطلب الثاني).

[1] طه احمد علي قاسم، تسويه المنازعات الدولية الاقتصادية دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص 109.

المطلب الأول: الاسباب المؤدية الى المنازعات عقود الاستثمار الخارجي الخارجة عن ارادة الاطراف

من الأسباب المؤدية إلى منازعات عقود الاستثمار هناك القوة القاهرة والظرف الطارئ.

الفرع الأول: القوة القاهرة:

في مفهومها الاصطلاحي تعني حدث او مجموعة من الاحداث لم تكن في وسع احد من الاطراف توقعها او تداركها يترتب عليها إنقضاء الإلتزام لاستحالة تنفيذه دون ان يتحمل تبعة ذلك.[1]

وهي بعبارة اخرى مجموعة الظروف المفاجئة التي تمر بها الدولة وتؤدي بها الى عدم الالتزام بالقواعد القانونية بحيث لا يعد ارتكابها فعلا مخالف لالتزاماتها موجبا للمسؤولية[2].

ويجب لإثباتها توفر ثلاث شروط وهي:

عدم التوقع – استحالة الدفع – استقلال الحدث عن ارادة المدين.

واذا كانت القواعد العامة تقتضي ان القوة القاهرة تؤدي الى انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة تنفيذه خاصة في العقود الملتزمة لجانبين فإن الامر يختلف في عقود الاستثمار الاجنبي حيث هناك حرص على مواجهة الاحداث المستقبلية عند وقوعها لضمان استمرار العلاقة الاستثمارية بين الاطراف المعنية[3].

وبخصوص التشريع الجزائري فان قانون الاستثمار لم يحدد المقصود بالقوة القاهرة لكن المادة 107 الفقرة 02 من ق.م.ج نجد انها تعرف القوة القاهرة حيث جاء في نصها: "غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا اصبح مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[4].

---

[1] عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال المنازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 1991، ص131 –132.

[2] عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال المنازعات الاستثمارالمرجع السابق، ص131 –132.

[3] محمد عبابسة، اسباب منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر واشكالية الحماية الدولية للمستثمر، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد8، العدد01، ماي 2021، صفحه 1048.

[4] المادة 107 من الامر 75– 58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: الظرف الطارئ

تؤدي بعض الظروف المحيطة بالعقد الى الإستحالة النسبية في التنفيذ أو إلى اختلال التوازن المالي للعقد، مما يدعو بالأطراف الى ضرورة مراجعة عقد الاستثمار.

ويقصد بالظروف الطارئة « تغير في الظروف التي أبرم أثنائها العقد أدى إلى جعل تنفيذ التزام أحد أطراف العقد مرهقا له حيث اذا أجبر على تنفيذه فإنه يتحمل خسارة كبيرة».[1]

ولأن عقود الاستثمار من العقود الطويلة الأجل ويستدعى تنفيذها عدة مراحل فان أي تعديل في العقد بسبب الظروف الطارئة قد تؤدي الى المساس بتوازن العقد باعتباره أن هذه الأحداث غير متوقعة وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلة وبالتالي يغلب تعديله بدل فسخه أو إلغائه.

ويتخذ هذا التعديل عدة صور[2] منها:

1- وقف التنفيذ مؤقتا.

2- منح المتعاقد المرهق مهلة للتنفيذ.

3- تعديل مقدار الإلتزام.

4- رد الإلتزام إلى الحد المعقول.

*** التمييز بين القوة القاهرة والحدث الطارئ:**

اذا كانت نظرية القوة القاهرة تشترك مع نظرية الحدث الطارئ في قاعدة Robus.sio-stanibus والتي بمقتضاها ان العقد يقوم على شرط مضمر بين المتعاقدين يجعل بقاؤه **منوطا ببقاء** الظروف التي ابرم في ظلها فان الفارق بين النظريتين يظل قائما وذلك ان القوة القاهرة تجعل الالتزام مستحيلا اما الحدث الطارئ فيجعل تنفيذه مرهقا لا مستحيلا ويترتب على ذلك فرق في الاثر، اذ ان القوة القاهرة تؤدي الى انقضاء الالتزام فلا يتحمل طرف المدين تبعة عدم تنفيذه اما الحدث الطارئ فلا ينقضي الالتزام بل يرتد الى الحد المعقول فتوزع الخسارة بين الاطراف[3].

---

[1] عبابسة محمد، المرجع السابق، ص 1050.

[2] عبابسة محمد، المرجع السابق، ص 1050.

[3] طه احمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الثالث: الطابع الفني لمنازعات القوة القاهرة

نظرا لأهمية احداث القوة القاهرة على العقد فقد جرى لعمل على ادراج شروط القوة القاهرة في عقود الاستثمار الا ان ذلك لم يحل دون حدوث كثير من المنازعات الناجمة عن اعمال هذا الشرط والتي يغلب عليها الطابع الفني حيث يحتاج العمل فيها الى آلية خاصة والى توافر القائمين عليها على خبرة فنية ودراية علمية لا يتمتع بها رجل قضاء العادي فالمنازعة قد تكون حول تنفيذ غير مطابق لمواصفات المتفق عليها عند ابرام العقد.

وقد تتعلق بتحديد درجة الضرر الذي لحق بالمتعاقد الاخر وما اذا كان مبررا لإيقاف العقد ام انه قد وصل الى درجة يتعذر معها إتمام العمل وإنهاء العقد وقد تكون المنازعة بخصوص تقرير مبدأ التعويض واذا كان له محلا طبقا لشروط العقد.

فهذه المسائل تضاعف من صعوبة المهمة الملقاة على عاتق هيئة التحكيم[1] وعلى الرغم من ان مبدأ القوة القاهرة من المبادئ المتعارف عليها في المعاملات التجارية الدولية الا انه لا يمكن للدولة ان تتملص من تحمل بعض التضحيات التي تنتج عن القوة القاهرة فالدولة لا يعوقها عائق في معاملتها مع الاطراف الدولية الا حالة الحرب[2]. فالدولة تدخل في معاملتها الاقتصادية اما مباشرة او عن طريق الاجهزة العامة التابعة لها وذلك بهدف الاستفادة من تلك المعاملات ومن المعلوم ان هذه المعاملات قد تتبعها تضحيات من قبل الاطراف المتعاملة نتيجة للتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية ويجب ان لا يقتصر هذه التضحيات على طرف دون اخر.

فلا يمكن لجهاز عام تابع للدولة ذو شخصية قانونية منبثقة من الدولة ان يتحلل من التزاماتها بحجة القوة القاهرة لقرارات اصدرتها الدولة فهذا يعد من قبيل التحايل ذلك وان الجهاز منبثق من الدولة لا يعد مستقلا عنها بل هو اداة لتنفيذ سياستها وتوجيهاتها[3].

فعلى الدول وخاصة الدول الراغبة في النمو ان تتمتع بمصداقية نحو التزاماتها في تعاقداتها مع الاطراف الأجنبية حتى ولو اضطرت الى تحمل بعض من الاعباء الناجمة عن ظروف القوة القاهرة

[1] بلحسن الهواري، المرجع السابق، ص90.

[2] طه احمد علي قاسم، نفس المرجع، ص 120.

[3] طه احمد علي قاسم، المرجع السابق ، ص 120.

وذلك حتى يشعر المستثمر الاجنبي بنوع من الامان على مشروعه بالرغم من الظروف القاهرة التي تمنح الدولة الحق في التحلل من التزاماتها وهذا يعد محفزا ومشجعا لقدوم استثمارات الأجنبية اليها.

المطلب الثاني: الاسباب المؤدية الى منازعات عقود الاستثمار الراجعة الى احد طرفي العقد

- جاء في نص المادة 12 من القانون 22 -18[1]: « زيادة على احكام المادة 11 اعلاه يخضع كل خلاف ناجم عن تطبيق احكام هذا القانون بين المستثمر الاجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيها المستثمر او يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة» من هذا نستنتج ان الخلاف في المنازعات القائمة في الاستثمار قد يكون بسبب مستثمر وقد يكون بسبب الدولة المضيفة[2].

الفرع الأول: النزاعات الناشئة بسبب المستثمر

يحدث ان يقوم المستثمر الاجنبي بخرق الالتزامات التعاقدية التي يجب عليه القيام بها والتي تعد بالمقابل حقوق للدولة المضيفة ومنها مثلا عدم قيام المستثمر بالإعلام والاخبار حول مشروعه الاستثماري. عدم تدريب العمالة الوطنية و.....إلخ.

1- عدم التزام المستثمر بالإعلام والاخبار:

يحق للدولة او احد اجهزتها المتعاقدة مع المستثمر الرقابة والمعرفة الدائمة عن كيفية سير المشروع الاستثماري لذلك يقع على عاتق المستثمر الاعلام والاخبار وان يعطي للدولة المضيفة او الجهاز التابع لها كل المعلومات التي تطلبها مع تقديم تقارير دورية تفصيلية عن حالة المشروع **وإحلال** المستثمر بهذه الالتزامات يؤدي الى حدوث نزاع بينه وبين الدولة المضيفة[3].

2- عدم تنفيذ المشروع في وقته المحدد:

يتعين على المستثمر التقيد بالجدول الزمني المقدم من قبل الهيئة المختصة وعليه الإلتزام بالمواعيد التي حددها لتنفيذ المشروع الاستثماري وذلك لأهمية الوقت في المشاريع الاستثمارية التي تساهم في

[1] المادة 12 من القانون 22- 18 مؤرخ في 24 جويلية 2022 المتعلق بالاستثمار ج.ر عدد 50، سنة 2022

[2] م.م محمد عامر شنجار وغسان أ.م.د على، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار دراسة قانونية مقارنة، ص40.

[3] م.م محمد عامر شنجار وغسان أ.م.د على ، نفس المرجع، ص40.

عملية التنمية الاقتصادية لذلك فإن التأخر في البدء في المشروع او التأخر في إتمامه في الوقت المحدد او عدم البدء فيه اصلا يعتبر سببا رئيسيا لنشوء نزاع بين المستثمر والدولة المضيفة[1].

3- عدم التزام المستثمر بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها:

تتضمن بعض عقود الاستثمار التزاما يقضي بنقل التكنولوجيا الى الدولة المضيفة وهنا يجب على المستثمر اتخاذ كافة الوسائل والاجراءات للنقل الفعلي للتكنولوجيا وتصبح بذلك الدولة مالكة للعناصر المادية للتكنولوجيا وليس منتفعة بها فقط لذلك فان نقل التكنولوجيا يتمثل في نقل المعرفة الفنية من المستثمر الى الدولة المضيفة كدراسة الخرائط والرسوم والتصاميم والنماذج والتدريب الخبرة الهندسية وتدريب العمال على تركيب وتشغيل الأجهزة والآلات وامتناع المستثمر عن الوفاء بأحد هذه الالتزامات يعتبر انتهاكا واضحا للالتزامات المفروضة على المستثمر مما يؤدي الى نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة.[2]

الفرع الثاني: النزاعات الناشئة بسبب الدولة المضيفة

قد تتخذ الدولة المضيفة عدة تصرفات من شأنها ان تؤثر على حقوق المستثمر مما تجعل المستثمر ينظر اليها نظرة شك من هذه التصرفات الاستيلاء على المشروع الاستثماري وقيامها بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة وتغيير تشريعاتها الوطنية المنظمة للاستثمار ونزع الملكية وغيرها.

1- القيام نزع الملكية:

في إطار ممارستها لسيادتها الوطنية فإن للدولة الحق في تنظيم ملكية الاجانب للأموال وحيازتها واستثمارها في القطاعات الاقتصادية داخل اقليمها كما لها الحق في منعهم بشكل كلي او جزئي من ممارسة هذه الحقوق داخل اقليمها فالدولة التي تسمح للأجانب بتملك الاموال واستثمارها بطريقة قانونية ويتعين عليها (الدولة) الا تستحوذ على هذه الاموال الا بصورة أصولية مسببة وباتباع اجراءات قانونية ينظمها القانون الداخلي وهو ما يعرف بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة وهو مبدأ مستقر في القانون الدولي[3]. الا ان هذا المبدأ لا يرتب للمستثمر الاجنبي حقا مطلقا اذ يجوز للدولة طبقا لقواعد القانون الدولي ان تحدد هيكلها الاقتصادي وتستعمل النظم القانونية لما يحقق منفعتها العامة والوطنية

[1] م.م محمد عامر شنجار وغسان أ.م.د على ، نفس المرجع، ص41.
[2] م.م محمد عامر شنجار وغسان أ.م.د على ، نفس المرجع، ص40.
[3] طه احمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 122.

ويمكنها التدخل في تنظيم الملكية عن طريق تجريد الاشخاص من حقوقهم على الاشياء بمقتضى سلطتها العامة وهو ما يطلق عليه الفقه "نزع الملكية" ويعد نزع الملكية من اهم المعوقات التي تعترض الاستثمارات الأجنبية وله عدة صور تتمثل في:

1-1 نزع الملكية للمنفعة العامة:

تعرف نزع الملكية للمنفعة العامة "بانها تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب قرار اداري يصدر عن الجهة المختصة" وعرفت كذلك بانها "الاجراء الذي تتخذه الدولة او احد هيئاتها العامة لنزع ملكية اموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار اداري يصدر عن الجهة المختصة" وعليه يمكن القول ان نزع الملكية تقوم به الدولة او احد الأجهزة التابعة لها بنزع ملكية المشروع الاستثماري للصالح العام للمجتمع مما يؤدي الى اضرار المستثمر المتعاقد معها ويعتبر سبب من اسباب نشوب المنازعة بينها ولنزع الملكية خصائص تتمثل[1] في:

1. نزع الملكية اجراء يتم بموجب قرار اداري يصدر عن جهة مختصة في الدولة وفقا لنصوص القانون ويسري على كل المواطنين والاجانب ويعد من اجراءات السيادة التي تمارسها الدولة.
2. ووفقا لمبدأ السيادة فإن حق الدولة في نزع ممتلكات الاجنبي الخاصة اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك فإن القانون كفل للأجنبي الحق في طلب التعويض.
3. واجراء نزع الملكية يرد على العقارات فقط دون المنقولات.
4. القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة هو قرار نسبي الاثر من حيث المكان فلا يمكن ان يمتد الى الاموال التي في اقليم دولة اخرى.
5. ان يكون اجراء نزع الملكية للمنفعة العامة بمعنى ان المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة واجراء نزع الملكية لا يتخذ الا للضرورة من اجل تحقيق المصلحة العامة[2].

[1] رواء يونس محمود النجار المرجع السابق صفحه 233

[2] بلحسان الهواري، المرجع السابق، ص 111.

1-2 التأميم:

هو عبارة عن تصرفات تقوم السلطة العامة بها يترتب عنها نقل الملكية من القطاع الخاص الى القطاع العام وهو حق غير قابل للتنازل معترف به في القانون الدولي[1].

ويعرفه البعض بانه اجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة من الاموال التي تكون في صورة مشروع الى الامة بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الانتاج تلاقيا للاستغلال ويسمى التأميم الايديولوجي مثل: (تأمينات روسيا واوروبا)، او بمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الاموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى التأميم الاصلاحي. [2]

من خلال التعريفين السابقين نوضح ان:

- التأميم اجراء يترتب عليه انتقال ملكية الشيء المؤمم من الافراد الى الدولة او الى افراد خاصة حيث لا يلزم انتقال الملكية للدولة في كل الحالات ولا يوجد مانع من انتقاله للأفراد الخاصة سواء طبيعية او اعتبارية.
- محل التأميم يكون مشروعا في كل الحالات.
- الباعث الى التأميم هو احداث اصلاح في الكيان الاقتصادي للدولة وهو ما يميز التأميم عن باقي صور نزع الملكية.
- هو أمر يوجب استحقاق التعويض اذا ما ادى ذلك الى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية الى الاستثمار لمدة معينة سواء كان الاجراء مطابقا للقانون او لا[3].
- والتأميم حق مشروع اقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بأن لكل دولة الحق في تأميم او مصادرة او نقل او تحويل ملكية الاموال الأجنبية مع وجود دفع تعويض كافي وفق قوانينها ولوائحها[4].

---

[1] عقيدة اصيل وتواتي احمد، ضمانات الاستثمار في ظل القانون 22- 18 المتعلق بالاستثمار، مذكرة ماستر، تخصص قانون اعمال، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج-الجزائر، ص 66.

[2] بلحسان الهواري، المرجع السابق، ص 98.

[3] بلحسان الهواري، المرجع السابق، ص 98.

[4] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 242.

1-3 الاستيلاء:

هو إجراء اداري تستولي عن طريقه الإدارة على عقار مملوك لاحد الافراد لمدة مؤقتة مقابل تعويض المالك عن عدم انتفاعه بالعقار طوال المدة الملازمة للاستيلاء ويكون من اجل تحقيق المنفعة العامة[1].

ويتم الاستيلاء بموجب قرار صادر من السلطة الإدارية المختصة طبقا لأحكام القانون وهو عقار في غالب الاحيان وينتج عنه ان للسلطة الحق في الانتفاع بالمال المستولى عليه دون ان تصبح مالكه له لان الاستيلاء لا يضيف هذا المال الى الذمة المالية للدولة وانما يبقى في ذمة صاحبه حتى يعود اليه بعد انتهاء مدّة الاستيلاء[2].

1-4 المصادرة:

هي إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة انطلاقا من مبدأ سيادتها وعلى اقليمها وتستولي بمقتضاه على ملكية بعض او كل الاموال او الحقوق المالية المملوكة لاحد الاشخاص وذلك دون مقابل[3] ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة التنفيذية او القضائية استنادا الى نص قانوني على اساس عقوبة تكميلية او ثانوية.

*** موقف المشرع الجزائري من صور نزع الملكية:**

بالرجوع الى القانون 9/16 فان المادة 23 منه نصت على: « زيادة على القوانين التي تحكم نزع الملكية لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف». حيث اقر المشرع الجزائري فيها على صورتان لنزع الملكية وهما نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء[4].

حيث اخذ المشرع الجزائري بموجب هذا القانون بمصطلح الاستيلاء في النسخة العربية والتي تعني بالفرنسية l'occupation في حين ان النسخة الفرنسية اعتمد مصطلح la réquisition والتي تعني بالعربية التسخير.

[1] زايدي خالد، النظام التحفيزي الاستثمار في القانون الجزائري، بيت الافكار، 2023، ص 108.
[2] بلحسان الهواري، المرجع السابق، ص 111.
[3] طه احمد علي قاسم، نفس المرجع، ص 124.
[4] زايدي خالد، المرجع السابق، ص 109.

اما في القانون 22- 18 فقد استدرك المشرع الجزائري[1] الخطأ واستخدم مصطلح التسخير في نص القانون بالصيغة العربية اي la réquisition حيث تنص المادة 10 من القانون 22 -18[2]: "لا يمكن ان يكون الاستثمار المنجز محل تسخير من طرف الإدارة الا في الحالات المنصوص عليها في القانون ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف طبقا للتشريع المعمول به".

حيث اقرن المشرع نزع الملكية بضرورة تقديم تعويض عادل ومنصف من طرف الدولة.

اذ يتعين عليها ان توفر الامن والاستقرار الذي يخلق مناخا يطمئن اليه المستثمرين ويجنب الدولة نشوء نزاعات بينها وبين المستثمر الاجنبي.

وعليه ومن خلال ما سبق فان حق الدولة ذات السيادة في اتخاذ اي اجراء من اجراءات نزع الملكية بصورها حق معترف به على النطاق الدولي ما دامت هذه الاجراءات تدخل داخل اقليمها وتهدف الى المصلحة العامة فانه من الطبيعي الا تدور النزاعات القائمة حول مناقشة حق الدولة صاحبة السيادة فيما تتخذه من اجراءات داخل اقليمها وانما تدور منازعات الاستثمار حول ما اذا كانت الدولة قد قامت بهذه الاجراءات دون التقيد بالقيود الموضوعية التي اقرها القانون الدولي مثل التقيد بمبدأ اداء التعويض[3] الذي تقوم بأدائه الدولة الى الشخص او المستثمر الاجنبي واذا ما كان هذا التعويض مستوفيا للشروط من حيث ان يكون كاملا وحالا وفعالا او اذا ما امتنعت الدولة عن تقديم التعويض الى المستثمر الاجنبي.

2- قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية:

من حق الدولة صاحبة السيادة سن وتشريع القوانين التي تراها محققة لمصلحتها القومية كما لها الحق في تعديل هذه القوانين او الغائها اذا ما رأت ان هذه التعديلات او الالغاءات تهدف الى صالح العام ومن بين هذه القوانين تلك القوانين التي تنظم علاقاتها مع الاطراف الأجنبية كالمستثمرين مثلا.

[1] زايدي خالد، المرجع السابق، ص 110.

[2] القانون 22- 18 المتعلق بالاستثمار المؤرخ في 24 جويلية 2022 ج.ر، عدد 50، سنة 2022

[3] طه احمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 130

حيث ان مثل هذه التعديلات قد تحرم المستثمر من بعض المزايا التي كان يتمتع بها في ظل القانون الذي ابرم خلاله العقد والتي قد تلحق اضرارا بالمستثمر مما يؤدي الى نشوب نزاع بينه وبين الدولة المضيفة[1].

واختلفت الآراء حول مؤيد ومعارض لهذه التعديلات حيث يرى المؤيدون لها ان للدولة كامل السيادة في تنظيم تشريعاتها سواء كانت تتعلق بالسياسة او القضاء او غيرها ما دامت داخل اقليمها ولأجل المصلحة العامة ولم تخالف به القواعد الدولية ومسائلة الدولة عن هذه التعديلات او الاجراءات يعد خرقا لمبادئ القانون الدولي المعترف للدولة بالسيادة الكاملة على اقليمها، اما المعارضون بهذه الاجراءات فانهم يرون ان هذه التعديلات ما هي الا وسيلة لتحلل دولة من التزاماتها التي تضمنها عقد الاستثمار كحقه في اللجوء الى التحكيم او عدم الالتزام بالأحكام الصادرة عن التحكيم.

فكيف لا تتم مسائلة الدولة وهي بهذه الاجراءات قد خالفت التزامات تعاقدية سبق وان ابرمتها مع الاطراف الأجنبية ونجم عنها اضرارا بالغة لهم مما يوجب انعقاد مسؤولية الدولة اتجاه هذه الاطراف[2].

3- الاجراءات الانفرادية المختصة بإنهاء العقد او عدم الالتزام بشروطه:

وهذا النوع من الاجراءات مرتبط بالإجراء السابق الخاص بتغيير التشريعات ويشترك معه في ان كلاهما يتم عن طريق الإرادة المنفردة للدولة ودون الرجوع الى المستثمر الاجنبي الذي هو طرف في العقد.

فمن حق المستثمر ان تحترم الدولة التزاماتها التعاقدية معه هو من اهم هذه الالتزامات العمل على تنفيذ العقل بمجرد ابرامه واحترام كافة الشروط الواردة فيه وفقا بمقتضى حسن النية[3].

فتتخذ الدولة هذه الإجراءات بموجب سيادتها والتي تراها محققة لمصلحتها القومية على المشروعات القائمة داخل إقليمها سواءا بسن التشريعات والقوانين واللوائح التي تنظم إقامة هذه المشروعات أو بتنظيم الإجراءات التي تتعامل بها الدولة أو الأجهزة العامة، التابعة لها مع هذه المشروعات.

كما تعتمد الدولة إلى القيام بإنهاء العقود، التي سبق وأبرمتها مع المستثمر الأجنبي أو تعمد إلى ابطال أي شرط من شروط العقد كحق اللجوء الى التحكيم في حالة قيام نزاع بينه وبين الدولة المضيفة أو رفض تنفيذ الإلتزامات الواردة في العقد على عاتقها.

---

[1] م.م محمد عامر شنجار و أ.م.د علي، المرجع السابق، ص 32.

[2] طه احمد علي، المرجع السابق، ص 132.

[3] حسين علي فاطمة الحملاوي، المرجع السابق، ص 1107.

خلاصة الفصل:

بعد عرضنا للفصل الأول الذي كان حول عقود الاستثمار ومنازعاتها استخلصنا منه أن "الإستثمار" هو "انتقال لرؤوس الأموال من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة" وأن عقود الإستثمار أو ما يطلق عليها " بعقود الدولة" هي تلك العقود التي تكون الدولة أو إحدى أجهزتها طرفا فيها حيث كيفها جانب من الفقه على أنها عقود ادراية من القانون العام لعدة اعتبارات، وكيفها جانب آخر من الفقه أنها عقود خاصة من القانون الخاص لعدة اعتبارات كذلك في حين تقول الدكتورة: "رواء يونس محمود النجار": أنها تعتبر عقودا ذات طبيعة خاصة تجمع من القانون العام والخاص مما يفردها بمعاملة خاصة سواء كانت في قوانينها أو في حل منازعاتها.

واسنتنجنا كذلك أن عقود الإستثمار كغيرها من العقود تقوم بين طرفين هما الدولة (بمفهومها) الواسع والضيق وبين المستثمر الأجنبي (الذي قد يكون طبيعيا أو معنويا) وذلك وفقا لما جاءت به إتفاقية واشنطن المؤسسة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في مادتها 25 منها.

وأن من بين الأسباب التي تؤدي إلى نشوء منازعات بين المستثمر والدولة المضيفة هو قيام الدولة بتغيير تشريعاتها وقوانينها الوطنية في إطار ممارستها لسيادتها أو بسبب اجراءات نزع الملكية لتحقيق المنفعة العامة أو عدم قيام المستمثر بتنفيذ التزاماته المتفق عليها في العقد أو لأسباب أخرى خارجة عن إرادة الطرفين كالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ.

الفصل الثاني
وسائل الحد من منازعات الإستثمار

تمهيد :

تعد مسألة ظهور نزاعات في عقود الإستثمار أمر محتوم منه وذلك بسبب اختلاف المراكز القانونية لطرفي العقد والذي يعطي للدولة صاحبة السيادة كل الحرية في اجراء تعديلات على تشريعاتها الوطنية أثناء ممارستها لسيادتها وهو مايمس ببعض من حقوق وامتيازات المستثمر الأجنبي والتي تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد وتلحق بالمستثمر الأجنبي الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد أضرارا تؤدي لا محالة إلى قيام منازعات بينه وبين الدولة المضيفة.

كما أن حدوث بعض الظروف الخارجة عن ارادة الأطراف كالحدث المفاجئ أو القوة القاهرة يؤثر على تنفيذ العقد وتجعله مرهقا لأحد الطرفين يؤدي كذلك إلى نشوء منازعة بين المستثمر والدولة المضيفة بسبب عدم القدرة على تنفيذ العقد هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الفصل في هذه المنازعات التي تقوم بين المستثمر والدولة المضيفة يستغرق من الوقت ويستنزف من الأموال ما يلحق أضرارا بكلا من الطرفين مما يستلزم إيجاد وسائل للحد من هذه المنازعات تتمثل في إدراج بعض الشروط في عقد الإستثمار (كشرط الثبات التشريعي وشرط إعادة التفاوض) والقيام بتأمين المشروع الإستثماري لدى المؤسسات الخاصة بالتأمين وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل حيث من خلال دراسة شرط الثبات التشريعي (المبحث الأول) وشروط إعادة التفاوض والتأمين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: شرط الثبات التشريعي

يعد التشريع الأداة التي تعبر بها الدولة المستضيفة للاستثمار عن سياستها الاستثمارية واستقرار الأحكام التشريعية يوفر أساسا ثابتا لتوقعات المستثمر وحساباته ويعكس الثقة في استقرار الأوضاع العامة المحيطة بالاستثمارات، فإذا ما أريد بالتشريع أن يكون أداة تشجيع وجذب للاستثمارات الأجنبية لا بد أن يتسم بالاستقرار النسبي بالشكل الذي يمكن أن يتخذه المستثمر الأجنبي مقياسا لضبط الاحتمالات وتقدير نتائج نشاطه الاستثماري هذا الاستقرار في التشريع الوطني للدولة المضيفة هو ما يطلق عليه بمفهوم الثبات التشريعي أو الاستقرار القانوني فأصبح إدراج شرط الثبات التشريعي شرطا أساسيا في عقود الاستثمار. وهو في نفس الوقت يعتبر كآلية من الآليات الوقائية التي تضمنها الدولة لتجنب منازعات الاستثمار وجذب المستثمرين.

وعليه سنتاول الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعية (المطلب الأول) .... آثار شرط الثبات التشريعية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي:

الفرع لأول: تعريف شرط الثبات التشريعي

يقصد بالثبات التشريعي:" التزام الدولة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات"[1].

– ويقصد به كذلك:" الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي".[2]

– ويقصد به كذلك:" أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع، والتي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرفي العقد في نفس الوقت يمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت ابرامه ، حيث تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين المستثمر المتعاقد معها على نحو يخل بالتوازن الإقتصادي للعقد ويترتب عليه الإضرار بالطرف الآخر المتعاقد.[3]

فشرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة الى كانت عليها في تاريخ إبرام العقة بهدف حماية الطرف الأجني ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد وذلك من خلال تشريعها واجب التطبيق سواءا بوصفه القانون الذي يحكم الحق أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري.[4]

وقد أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 39 من المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار وفي المادة 15 من الأمر 01–03 المتعلق بتطوير الاستثمار.

فاستقرار القانون لا يقصد به عدم تعديل القانون نهائيا وإنما تفادي تعديله دون مبرر أو دون الحفاظ على الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب ، فإذا كانت مصلحة الدولة تقضي تعديل تشريع الاستثمار

[1] د. كسال سامية (زايدي)، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر– الملتقى الدولي السادس عشر حول الضمانات القانونية للاستثمار في الدولة المغاربية"– مجلة الحقوق والحريات، العدد3 ديسمبر 2006، ص 176.

[2] طه أحمد علي قاسم– مرجع سابق، ص 72.

[3] م.م محمد عامر شنجار– غسان أحمد، أ.م.د علي– المرجع السابق، ص 45

[4] طه أحمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 72.

مثلا فهذا التعديل يجب أن يجري بطريقة تحفظ المستثمرين حقوقهم المكتسبة قبل القانون المعدل أو الملغى عدا إذا أبدى المستثمر رغبته في تطبيقها عليه باعتبارها الافضل له.[1]

وهذا ما يحقق الأمان والاستقرار في الأوضاع القانونية المكتسبة وعدم المساس بها إلا بما يحقق فائدة وزيادة لها.

وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 38 ف2 من القانون 22-18.[2]

الفرع الثاني: أنواع شروط الثبات التشريعي

بأخذ الاستقرار القانوني Clause de Stabilisation عدة صيغ وصور والتي هي كالتالي:

أ-شروط الاستقرار القانونية من حيث طبيعتها ومضمونها:

1- شرط الثبات الشريعي Clauses de stabilité législative :

يقصد به تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة الى كان عليها لحظة إبرام العقد مع استبعاد التعديلات التي يمكن أن تطرأ في المستقبل ، بين الدولة والأطراف الأجنبية الخاصة، لاسيما في مجال عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية .

2- شرط التوازن الاقتصادي clause d'équilibre économique :

وتعني هذه الشروط أن يلتزم المستثمر بالقوانين الجديدة على أن يتم تعويضه عن تكلفة الخضوع لهذه الأخيرة وهي على عكس الأولى تضمن من جهة تجدد القوانين وعدم جمودها و من جهة أخرى تضمن للمستثمر مصالحه الاقتصادية بتعويضه عن الخسائر التي يمكن أن يتعرض لها عند تطبيقها مقابل التزامه بتطبيق القانون الجديد أي أن هذه الشروط تحقق نوع من التوازن بين مصلحة المستثمر ومصلحة الدولة المضيفة[3]

---

[1] زايدي خالد، المرجع السابق، ص 96.

[2] المادة 02/38" دون الإخلال بأحكام المادة 32 ف3 أعلاه تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بتطوير وترقية الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة به خاضعة للقوانين التي تم التسجيل أو التصريح في ظلها الى غاية انقضاء مدة المزايا.

[3] د.زايدي خالد، المرجع السابق، ص 101.

3- شرط عدم المساس بالعقد clauses d'intangibilité :

ويقصد بها أن تتعهد الدولة بعدم المساس بالعقد ذاته بإرادتها المنفردة مستخدمة ما تتمتع به من مزايا يمنحها القانون الداخلي ، وهذه الشروط تشكل نوع من الحصانة المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة ويطلق عليها أيضا بشروط الضمان.

وكثيرا ما تستعمله الدولة في الاتفاقيات الدولية لترقية وحماية الاستثمارات لضمان حماية المستثمرين الأجانب في حال عدم احترام الدولة لاتزاماتها التعاقدية فيصبح للمستثمر حماية مزدوجة ، حماية عقدية على أساس العقد و حماية اتفاقية على أساس الاتفاقية الدولية[1].

4- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية :

هي تلك التي تجد مصدرها في العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها وتنص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليه[2].

ب- صور شروط الاستقرار القانوني من حيت نطاقها ومجالها

1- شروط استقرار مطلقة

وذلك عندما يرد تعهد الدولة بأن لا تعدل القانون الذي يمس حقوق و مصالح المستثمر الأجنبي بصفة عامة تشمل كافة التشريعات الجديدة على هذا العقد فهنا تكون شروط الاستقرار مطلقة وعامة[3]

2- شروط استقرار نسبية

وهى التي ترد بصفة خاصة ، حيث تنص على عدم سريان بعض الشريعات المعمول بها في الدولة (كتشريعات الضرائب والجمارك ... الخ) فهنا يكون التعهد نسبي على بعض القوانين التي ممكن أن تزيد أعباء الطرف الأجنبي.[4]

---

[1] د.زايدي خالد، المرجع السابق، ص100.

[2] د.سامية كسال، المرجع السابق، ص 180.

[3] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، ص 329.

[4] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 102.

*** موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاستقرار التشريعي:**

لقد أدرج المشرع الجزائري شرط الاستقرار القانوني في مختلف التشريعات المتعلقة بالاستثمار وكان بدايتها المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 والمادة 15 من الأمر 01-03 في المادة 22 من القانون 16-09 ونفس الأحكام نصت عليها المادة 13 من قانون الاستثمار 22-18.

إعمالا بهذه المواد فإن المستثمر يستفيد من امتيازات القانون الذي نشأ فيه مشروعه إلا اذا طلب هو صراحة وكتابة امتداد القانون الجديد عليه[1] متى تضمن حوافر وامتيازات إضافية . ولقد أقر المشرع الجزائري حماية الحقوق المكتسبة التى استفاد منها المستثمر الأجنبي، فيما يخص المزايا المحصل عليها بموجب التشريعات السابقة بنص المادة 29 من الأمر 01-03 و المادة 35 من القانون 16-09 والمادة 38 من القانون 22-18.

فبعد ما نص المشرع على ضمان استقرار القانون المعمول به، عاد و أكد على استقرار الحقوق المكتسبة في ظل القانون السابق أي المزايا و الحقوق الأخرى المتحصل عليها وعدم المساس بها.[2]

*** الاتفاقيات إلى أبرمتها الجزائر المتضمنة شروط الاستقرار القانوني :**

تمت الإشارة إلى شرط الاستقرار القانوني وتأكيده من خلال نص الاتفاقية المبرمة بين وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها APSI المتصرفة باسم وبحساب الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم القابضة (ش م م) المتصرفة باسم ولحساب اوراسكوم تيليكوم الجزائر في 5-8-2001 التي تنص:" تمنع الدولة على نفسها بعد التوقيع على هذه الاتفاقية أن تتخذ ازاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية.[3]

[1] د. زايد خالد، نفس المرجع ، ص 103.

[2] د.زايدي خالد، نفس المرجع ، ص 103.

[3] د. زايدي خالد، نفس المرجع ، ص 104-105.

الفرع الثالث: التكييف القانوني لشروط الثبات التشريعي

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي حيث يرى جانب من الفقه أنه تعد استثناء على مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد في حين يذهب جانب آخر إلى اعتبارها شرطا تؤدي إلى اندماج القانون في العقد على نحو يفقد معه صفتة التعاقدية.

1- شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ السريان الفوري المباشر للقانون الجديد :

يذهب جانب من الفقه إلى النظر إلى شروط الثبات التشريعي على اعتبار أنها بمثابة استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر القانون الجديد فمن المعلوم أن القانون الجديد يسري بأثر فوري ومباشر على كافة العقود حتى تلك التي تكون ابرمت في القانون القديم قبل صدور القانون الجديد.

- وبهذه المثابة فإن شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى استمرار سريان القانون التي تم للأطراف اختياره على العقد على الرغم من صدور قانون جديد يعد **استثناءا** على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد.

*و مبدأ امتداد سريان القانون القديم على الآثار الجارية للمراكز العقدية لاينطبق على العقود الإدارية فهو في نظر البعض ينطبق على عقود الدولة وذلك أن المبدأ المذكور هو مبدأ يتفرع من مبدأ سلطان الإرادة و بالتالي لا يكون له محل حيث لا يكون له مبدأ سلطان الإرادة، والمعروف أن إرادة الأفراد لا تلعب دورا في نطاق العقود الإدارية بل تظل هذه العقود محكومة بفكرة المصلحة العامة التي تؤدي إلى حلول لا يمكن التوفيق بينها وبين أبسط المبادئ ولذلك فإن القانون الذي أبرمت العقود الإدارية في ظله لا يمتد سريانه بعد الغائه على الآثار الجارية على هذه العقود بل تخضع للقانون الجديد ولذلك فإن الرأي المقدم بصدد تحديد طبيعة وشروط الثبات مع اعتبار أنها بمثابة استثناء من مبدأ التطبيق المباشر والفوري للقانون الجديد لا يخلو من الإنتقاد.[1]

2- شرط الثبات التشريعي وإدماج القانون في العقد:

يرى هذا الإتجاه أن التعديلات التي تطرأ على القانون الواجب التطبيق لا تسري على العقد إذ أن ذلك القانون قد فقد صفته باعتباره كذلك فقانون العقد لمجرد اختياره من قبل الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشرع معين ويعتبر مجرد شرط تعاقدي.[2]

[1] أ.د حفيظة السيد الحديد ، المرجع السابق، ص 338.

[2] د، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 340.

وهنا لا يكون لذلك القانون إلا إسمه فقط ويفقد صفته القاعدية ومن هنا نستخلص أن شرط ثبات العقد أو تجميده أو استقراره يمارس أثرا تحويليا لطبيعة القانون المختار لتنظيم العقد وذلك التحويل يأتي من مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية، واستنادا إلى هذا المبدأ يستطيع الأطراف المتعاقدة ليس استبعاد القوانين الأخرى الداخلية من مبدأ التطبيق على العقد الدولي فقط بل بإمكانهم صهر تلك القوانين في العقد الدولي ذلك بحيث لا يكون لها قوة إلا تلك إلى تعطيها الأطراف لأنفسهم.[1]

إلا أن إعطاء شرط الثبات التشريعي الصفة التحويلية للقانون بناءا على إرادة الأطراف في اختياره إن كان يصح بشأن شروط الثبات التعاقدية فما حكم شروط التوقيف التشريعية التي ترد في صلب القانون ذاته دون أن تستند إلى إرادة المتعاقدين ؟

ويضيف المنتقدون لهذا الرأي أنه إذا تمكن أصحاب هذا الإتجاه من تفسير ظاهرة عدم سريان التعديلات الجديدة في القانون على العقد في حالة وجود نصوص القانون المختار مندمجة في صلب العقد ذاته ولكنه يعجز عن تفسير عدم سريان أحكام القانون الجديد إذا كانت شروط الثبات التشريعي شروطا تشريعية وضعها المشرع ذاته تشجيعا للاستثمار.

فهنا تبدأ النظرية الأولى القائلة بأن شروط الثبات التشريعي تعد إستثناءا على مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد أكثر ملائمة في هذا الغرض الأخير.

ومن جهة أخرى فان النظر إلى شروط الثبات على اعتبار أنها شروطا تحويلية تؤدي إلى فقدان القانون لطبيعته القاعدية ، وتحوله إلى مجرد شرط تعاقدي تجعل من هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع القانون لأي عقد وهو ما يؤدي بنا إلى النتائج المعروفة التي تؤدي إليها نظرية العقد الطليق ، من خضوع العقد لقانون وضعي لا محل للقول بوجوده بالكيفية المنصوص عليها في العقد.[2]

– ويرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أن مجال هذا النوع من الشروط لا يصلح إلا في الحالة التي يكون هناك اختيار صريحا لقانون العقد من قبل الأطراف، أو تم تحديد ذلك القانون من قبل القاضي حال غياب إرادة الأطراف فإن فكرة الإدماج ذاتها والطبيعة التحويلية للتجميد لا تتوفر[3].

---

[1] د. كسال سامية، نفس المرجع ، ص 182.

[2] د حفيظة السيد حداد – المرجع السابق، ص 342.

[3] يوسفي عبد الهادي، شرط الثبات التشريعي صمام أمان للاستثمار في الجزائر على ضوء القانون 16–09، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 9– العدد 2 – 2021 ، ص 1403.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على شرط الثبات التشريعي:

إن شروط الثبات تؤدي دورا مهما في تحقيق التوازن العقدي حيث تهدف هذه الشروط إلى الحد من السلطة العامة للدولة أو إلغاء العقد وذلك لحماية العقد من أن يطبق عليه أية إجراءات تشريعية أو إدارية بعد توقيعه ونظرا لأهمية شروط الثبات التشريعي ودورها في الحد من المنازعات التي تنشأ عن الاستثمار[1] فقد أكد عليها المشرع من خلال نصب المادة 13 من القانون 18/22.

ومن أهم الأثار المترتبة على شرط الثبات التشريعي:

الفرع الأول: الآثار الإيجابية لشرط الثبات التشريعي

- تجسيد شرط الثبات التشريعي حماية الطرف المتعاقد مع الدولة :

* يعتبر شرط الثبات التشريعي أحد الركائز التي تعود على الدولة بعدة منافع، كما تعتبر دافع للتنمية داخل الدولة الذي يؤدي في حال تغيير النظام السياسي داخل الدولة أو حتى الاقتصادي إلى التأثير على العلاقة التعاقدية خاصة تلك التشريعات التي تجيز للدولة فسخ العقد أو تعديله باعتبارها صاحبة السيادة دون أن تتحمل أي مسؤولية.

* ويعتبر شرط الثبات التشريعي دليل على حسن نية الدولة تقدمه إلى المستثمر المتعاقد معها لأن مبدأ حسن النية هو مبدأ من مبادئ القانون الدولي التي تلتزم بها الدولة.

* يعتبر شرط الثبات التشريعي مبدأ ضمان إيجابي بالنسبة للمستثمر فهو يعود عليه بالنفع أكثر من الدولة المضيفة لأنه يعتبر كحافز ضمان ويمنحه الحماية الكافية من التغييرات التشريعية[2] مما يطمئنه على مشاريعه الاستثمارية وتجنب المنازعات التي قد تقوم بينه وبين الدولة المضيفة بسبب الأضرار التي يمكن أن تلحق به جراء التغييرات والتعديلات التي تجريها الدولة على قوانينها وتشريعاتها.

*ومن هنا يرتب شرط الثبات التشريعي آثارا إيجابية للطرف المتعاقد مع الدولة، ذلك أن مبدأ القوة الملزمة للعقد تلعب دورا كبيرا في غل يد الدولة وجعلها طرف عادي بما أنها تبحث عن فرض التنمية التي يوفرها الإستثمار الأجنبي.[3]

---

[1] م م محمد عامر شنجار، غسان أحمد – أ محمد علي، المرجع السابق، ص 47.

[2] بن الزوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية 2014-2015، ص 42.

[3] يوسفي عبد الهادي، نفس المرجع، ص 1406.

*وإخفاق شرط الثبات على أداء الوظيفة المنوط القيام بها لا يعني فشلها كشرط تعاقدي في لفت الأنظار إلى الصراع القائم بين مصالح الأطراف المتعاقدة في عقود الدولة ، فهذه الشروط تحقق للدولة مصلحة كبيرة وهي فرض سيادتها على جميع ممتلكاتها ومواردها الاقتصادية وتوجيه استقلال هذه الموارد إلى الاستغلال الأفضل[1] هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه إخفاق شرط الثبات التشريعي في حالة التأميم و المصادرة لأملاك الطرف الأجنبي المستثمر بإرادة الدولة المنفردة وهذا بالإلغاء أو بالتعديل للقوانين يسمح للمستثمر المطالبة بالتعويض فإنهاء العقد بالإرادة المنفردة من طرف الدولة يعطيه حقا خالصا في التعويض وتكون قيمة التعويض في هذه الحالة أكثر ارتفاعا من الحالات التي لا يتضمن العقد فيها شرط الثبات حيث أن وجود شرط الثبات يؤدي إلى إمكانية تعويض الطرف الأجنبي ليس فقط عما لحقه من خسارة بل أيضا عما فاته من كسب كان يمكن أن يكسبه في الفترة التي كان من المتوقع أن يظل فيها المشروع نافذا[2].

* ويرى الأستاذ غسان عبيد المعموري على غرار بعض الفقهاء " أن الإخلال بهذا الشرط من شأنه خلق بيئة لا تشجع المستثمر الأجنبي الذي في كثير من الأحيان يكون متمتعا بأهلية اقتصادية وفنية لا تقوى عليها الدولة.[3]

الفرع الثاني: الآثار السلبية لشرط الثبات التشريعي

*** تقييد شرط الثبات التشريعي لسيادة الدولة:**

تعتبر السيادة عبارة عن سلطة الدولة في إدارة شؤونها الداخلية والخارجية دون أي تدخل من أي كان ولها حق اختيار نظامنها السياسي والاقتصادي وحق سن ووضع التشريعات والقوانين وحق إلغائها وتعديلها متى تشاء وهذه التغييرات ترتب آثارا بالنسبة للعقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي فالدولة ليست ببعيدة عن المستثمر المتضرر فكلاهما يرتب عليهما شرط الثبات التشريعي آثارا سلبية منها:

واختلف الفقه حول شرط الثبات التشريعي من حيث أنه: لا يجمع بين السيادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين لأن هناك تنازل من جانب الدولة في إجراء تعديلات لقوانينها، حيث اعتبر الأستاذ: محند إسعاد " أن إدراج شرط الثبات التشريعي يتعارض مع السيادة باعتبار سلطة ممارسة التشريع من

[1] حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 390.

[2] أ. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 398.

[3] د. يوسفي عبد الهادي ، نفس المرجع ، ص 1405.

صلاحياتها التي لا يمكن التنازل عنها باعتبار أن الدولة قد تصدر قواعد قانونية تعبر عن النظام العام تلتزم التطبيق الفوري"[1].

ويرى الأستاذ Well " أنه يمكن أن يكون الأمر صحيحا بأن لا تتنازل الدولة عن سيادتها وطنيا لكن في الإطار الدولي يمكن للدولة عن طريق الاتفاقيات الدولية أو عن طريق العقود الدولية أن تتنازل عن جزء من سيادتها"[2].

– وكذلك فإن مبدأ الثبات المطلق للعقد وقدسيته وعدم المساس به مبدأ لا يعمل به في العلاقات القائمة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد على نحو مطلق إذا أنه لا يوجد مبدأ عام يقرر أن الأشخاص الأجنبية المتعاملة مع الدولة تقف معها على قدم المساواة، على تحو يحول دون قيام هذه الدولة بالتمتع بالحقوق التي تتمتع بها أصلا بصفتها شخص عام، إذ لا يوجد في أي نظام قانوني تغليب المصالح الخاصة للأفراد على المصلحة العامة على نحو يؤدي إلى استحالة اتخاذ الدولة لأي إجراءات أو تصرفات من قبلها بهدف تحقيق هذه المصلحة بل العكس هو الصحيح فحق الدولة في التأميم كما هو معروف حق معترف به للدولة وفقا للقرار 03–18 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14–12–1962 باعتباره تعبير عن سيادتهم الإقليمية وميزة أساسية من مزايا السيادة الإقليمية.

فتضمن العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي لنصوص واضحة ومحددة على نحو كاف بشأن كيفية حساب قيمة التعويض المستحق للطرف الأجنبي يؤدي إلى تجنب الكثير من المشاكل والمنازعات التي قد تظهر في حالة عدم وجود هذه النصوص[3].

فإذا كان التأميم قد تحقق في بداية قيام المستثمر الأجنبي بالاستثمارات الضخمة على إقليم الدولة المنعقدة فإن ضخامة التعويض للطرف الأجنبي تجعل الدولة تفكر أكثر من مرة قبل اتخاذها لإجراء التأميم.

أما إذا كان التأميم قد تم بعد فترة معقولة من قيام المستثمر الأجنبي بممارسة نشاطه في إقليم الدولة على نحو مكنه من الإستفادة من تعاقده مع الدولة وحقق أرباح كافية فإن هذا المستثمر سيقتنع في غالب الأمر بالاتفاق عللا قيمة التعويض وتكون أقل بكثير من القرض السابق.

---

[1] يوسفي عبد الهادي، نفس المرجع، ص 1408.

[2] يوسفي عبد الهادي، المرجع السابق، ص 1408.

[3] حفيظة السيد، الحداد، نفس المرجع، ص 399.

وعليه فإن المستثمر الأجنبي قد يفضل في الكثير من الأحيان أن يتضمن العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة شرطا يحدد قيمة التعويض الذي يستحقه في حالة إنهاء العقد بواسطة الدولة قبل الميعاد المحدد له بدلا من أن يتضمن شرطا يلزم الدولة بعدم التأميم.

*** طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بشرط الثبات وجزاؤها :**

1- طبيعة المسؤولية:

بما أن عقود الاستثمار عقود رضائية تبنى على الرضى بين الأطراف وبأن أول ما يسعى إليه المستثمر هو ضمان ثبات التشريع في اللحظة التي تلي إبرام العقد فيها وهذا لضمان مشروعه الاستثماري ولكونها عقود طويلة المدى و القانون الوطني بطبيعته هو قانون مرن قابل للتغير في أي وقت وعلى حسب الظروف التي تستدعي التغيير فإن المصلحة الوطنية للدولة تلعب دورا كبيرا في قيام الدولة بإجراءات قانونية وتشريعية في أي وقت **لتعديل القانون** الذي سبق وأن اتفقت الدولة مع متعاقدها الخاص على تثبيته لحظة إبرام العقد على الرغم من وجود اتفاق يمنع قيام الدولة بذلك وفي هذه الحالة تكون الدولة قد خرقت هذا الإتفاق وأخلت شروطها وخرقت قاعدة جوهرية في القانون الدولي وهي عدم احترام سلطان الإرادة وهنا يترتب عليها مسؤولية عقدية تختلف باختلاف مبدأ حسن النية أو سوء النية.[1] حيث أن حسن النية هو أمر مفترض منذ بداية الاتفاق إلا إذا ثبت العكس كما لو أنها لم تستهدف المصلحة العامة بإخلالها بشرط الثبات بل استهدفت مركزا تعاقديا خاصا بعينه دون باقي المراكز القانونية، فمن خلال مبدأ حسن النية أو سوء النية في التعاقد بين الدولة والطرف الأجنبي يمكن تحديد المسؤولية المترتبة من الإخلال بالتزام الدولة بشرط الثبات.

2- الجزاء المترتب عن المسؤولية:

- إن إخلال الدولة بشرط الثبات التشريعي هو إخلال لالتزام مبرم بينها وبين المستثمر مما يؤدي إلى خلاف بينها وبين المستثمر الأجنبي يمكنه من خلاله اللجوء إلى الجهات المختصة قضائيا من أجل المطالبة بالتعويض، أما الجهات القضائية للدولة المضيفة أو إذا كان هناك اتفاق أو معاهدة تنص على أنه في حال قيام الدولة بإجراء ينافي الاتفاق المبرم بينهما فإنه يمكنه اللجوء إلى هيئات التحكيم للمطالبة بالتعويض والقاضي هو الذي يحدد قيمة التعويض.

والأصل أن القضاء هو الجهة المختصة بالفصل في هذه المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة.[2]

---

[1] بن الزوخ جمعة ، نفس المرجع، ص 47.

[2] بن الزوخ جمعة، المرجع السابق، ص 48.

المبحث الثاني: شرط إعادة التفاوض و التأمين

إنطلاقا من مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يستمد قوته من الإرادة المستقلة للأطراف فإن الحاجة الى جعل هذا العقد وسيلة لتحقيق التوازن الاقتصادي وتحقيق الاستقرار بين التزامات الأطراف التي قد تتعرض أحيانا لظروف تجعل العقد مرهقا لطرف على حساب الطرف الآخر مما ينجر عنه نزاعات بين المستثمر والدولة المضيفة.

أبرزت الأهمية الكبيرة لإدراج شرط اعادة التفاوض في في عقود الاستثمار والذي بمقتضاه يلتجأ الأطراف على إعادة التفاوض حول سبب النزاع ولأجل تسويته رغبة في استمرارية عقد الاستثمار، وذلك سعيا من الدولة لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية وسعيا من المستثمر لتحقيق غاية في تحقيق الربح.

سنتطرق فيه إلى دراسة شرط إعادة التفاوض كآلية وقائية لتجنب منازعات الاستثمار (المطلب الأول) ثم التأمين كآلية وقائية كذلك في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شرط إعادة التفاوض

ويعد هذا الشرط مهما في عقود الاستثمار لأنه يتسم بالمرونة والضمانة ذلك أن عقود الاستثمار تعتبر من العقود الطويلة المدى مما يجعل شرط إعادة التفاوض تمنح الأطراف فرصة لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد وتجنب المنازعات التي قد تنشأ نتيجة التغير الظروف.

وهنا نثير التساؤل حول فعالية اعتبار شرط إعادة التفاوض كآلية وقائية لتجنب منازعات العقود الاستثمار.

الفرع الأول: تعريف شرط إعادة التفاوض

تعرف شروط إعادةالتفاوض بأنها تلك الشروط التي يتم إدراجها من قبل أطراف العلاقة العقدية وتتضمن اتفاقهم على إعادة التفاوض بينهم بقصد تعديل أحكام العقد عندما تقع أحداث معينة يحددها الأطراف من شأنهم الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر جسيم.[1]

أو هو ذلك الشرط الذي يدرجه لأطراف في عقد الاستثمار ويتفقون فيه على إعادة التفاوض فيما بينهم عند ما تقع أحداث من طبيعة معينة يحددها الأطراف في العقد سواء في ذات عقد الإستثمار (في صورة بند أو شرطا من شروطه) أو فيها اتفاق مستقل عن عقد الاستثمار وتكون هذه الأحدات مستقلة عن إرادته وتوقعات الأطراف عند التعاقد ويكون من طبيعتها الإخلال بتوازن العقد وإصابة أحد المتعاقدين بضرر فادح.[2]

ومن خلال هاذين التعريفين يمكن القول أن شرط إعادة التفاوض يتميز بـ :

1- شرط اتفاقي محض

لأن مضمونه متوقف على ما اتفق عليه أطراف العقد حيث يحدد عناصر الشرط:

1- أن يتم تحديد الأحداث التي بمقتضاها يستوجب تطبيق الشرط أي تحديد نطاق(تطبيق شرط إعادة التفاوض) بذكر الأحداث التي تستوجب تطبيقه مثال أن تكون وطنية – دولية اقتصادية – سياسية – مالية – قوة قاهرة – ظروف طارئة أو غيرها .

[1] م م محمد عامر سنجار، غسان أحمد، أ.م.د علي ، المرجع السابق، ص 51.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ– التزام إعادة التفاوض في العقود المدنية، ص 70.

2- الاتفاق على مصير العقد أثناء التفاوض بمعنى إلى أين سيؤول مصير العقد أثناء التفاوض هل يستمر الأطراف في تنفيذ العقد أم يتم توقيفه إلى غاية الإنتهاء من إجراءات التفاوض وذكر الحل في حالة فشل التفاوض.[1]

2- مضمون هذا الشرط ليس واحدا في كافة عقود الاستثمار:

إن شرط اعادة التفاوض تختلف باختلاف العقود والظروف فهذه الشروط تتخذ عدة صور وذلك حسب رغبات أطراف العقد وطبيعة الظروف المحيطة بالعقد.

حيث يمكن أن يلجأ إلى إعادة التفاوض بمجرد تضرر، أحد الأطراف ويمكن أن يشترط أن يكون الضرر جسيما وكما يمكن أن تشترط أن يكون مقتصرا على الظروف الاقتصادية فقط بينما في عقد آخر يشترط أن يكون الطرف سياسيا.

إذن فهو شرط يختلف من عقد لآخر حسب إرادة أطراف العقد

الفرع الثاني: الأساس القانوني لالتزام إعادة التفاوض

1- التزام إعادة التفاوض تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة

سبق وذكرنا أن شرط إعادة التفاوض هو شرط إتفاقي بين الأطراف حيث يعتبر تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة لأن هذا الاتفاق يكون بمحض إختيار الأطراف أما إدراج هذا الالتزام في العقد فيضفي الصفة الإلزامية على المتعاقدين بضرورة الدخول إلى التفاوض بحسن النية للتوصل إلى حل لإعادة التوازن العقدي وبالتالي فإن امتناع أحد الأطراف عن التفاوض يعرضه للمسؤولية العقدية.[2]

وطالما كان التزام اعادة التفاوض ومن يجد أساسه القانوني في إرادة الأطراف بالدرجة الأولى فإن نطاقه وآثاره يتحدد بما أتفق عليه الأطراف في العقد

2- التزام إعادة التفاوض ليس استثناء من القوة الملزمة العقد:

حيث ان ادراج الأطراف المتعاقدة للإلتزام اعادة التفاوض في عقودهم يجد أهميته في تلك الدول التي لا تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ولاتسمح للقاضي بالتدخل لإعادة التوازن العقدي في مرحلة التنفيذ مثل فرنسا التي تأخذ بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين حتى أن هذا الإلتزام يجد، أهميته في الدول

[1] بلحسان الهواري، لمرجع السابق، ص 84.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 35.

التي تطبق نظرية بحسن نية لإعادة التوازن العقدي دون التقييد بالوسائل التي تطبقها نظرية الظروف الطارئة يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول.

* ونظرا للأهمية الكبيرة التي يلعبها شرط إعادة التفاوض في العقود الدولية فقد تمت الإشارة إليه في الكثير من المبادئ المتعلقة بهذه الأخيرة ومن ذلك ما تضمنته القواعد التي تعني بتوحيد عقود التجارة الدولية في الفقرة الثالثة من المادة السادسة، حيث نصت على " في حالة وجود شرط الظروف الاقتصادية يجوز للطرف المتضرر أن يطلب إعادة التفاوض ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسببا".

*** تطبيقات شرط إعادة التفاوض:**

تضمنت العديد من العقود الدولية شرط إعادة التفاوض نظرا للأهمية الكبيرة التي يتميز بها على مستوى تجنب العديد من المنازعات في عقود الاستثمار، كما وجد تجسيدا له في العديد من اتفاقيات الاستثمار ومن بين الاتفاقيات الوطنية تلك المبرمة بين وكالة الاستثمار الجزائرية والشركة الوطنية الكويتية للاتصالات[1]حيث جاء في البند الخاص بتسوية منازعات الاستثمار في المادة 13:" يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهما والتي لها علاقة بالإتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية".

* وكذلك تجد فكرة إدراج شرط إعادة التفاوض تجسيدا لها في التشريعات الدولية على غرار المشرع الجزائري الذي تبنى هذه الفكرة وذلك تزامنا مع التحولات الاقتصادية التي يشهدها الدولة نتيجة انتقالها من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق وذلك ما يتطلبه منن مواكبة قانونية لهذا التحول[2]

ومن أمثلة ذلك لجوء الجزائر إلى إعادة التفاوض مع المؤسسة المغربية أمام الغرفة التجارية الدولية لحل نزاعها البترولي.

وكذلك الأمر بلجوء الحكومة الجزائرية ممثلة بوزارة الأشغال العمومية إلى إعادة المفاوضات الجديدة مع مجمع "كوجال" الياباني بخصوص العقد الخاص بإنشاء مقاطع الطريق السيار، وتفاديا للجوء إلى التحكيم الدولي.

[1] د. بوخالفة عبد الكريم، شرط إعادة التفاوض، آلية لإعادة التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، المجلد 01- العدد 03- ديسمبر 2018 ، ص 184.

[2]

ومن خلال ماسبق نجد أن التعامل القانوني في التشريع الجزائري مع مشكلة تغيير ظروف تنفيذ العقد حيث تخضع العقود الداخلية إلى نظرية الظروف الطارئة حسب نص المادة 107 من ق.م.ج أما بالنسبة للعقود الدولية فتخضع لفكرة إعادة التفاوض بناءا على مفهوم النص[1].

وعليه فإن شرط إعادة التفاوض له عدة تطبيقات تشريعية وقانونية في مجال العقود الدولية خاصة عقود الاستثمار وذلك لما له من دور فعال في تجنب المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد.

*** دور شرط إعادة التفاوض:**

يهدف دور شرط إعادة التفاوض بشكل رئيسي إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي في العقد حيث يسمح بمراجعة العقد عند تغير الظروف المحيطة بالعقد، بشرط إعادة التفاوض لا يقدم حلولا مباشرة لمواجهة مثل هذه التغيرات وإنما الالتزام الناشئ عنه هو جلوس الأطراف على مائدة التفاوض وإيجاد حلول من أجل توازن العقد والإبقاء على استمراريته.

وعليه فإن وجود شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار يؤدي إلى أمرين :

1- السماح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن والتفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة الأضرار التي لحقت بأحد طرفي العقد جراء تغيرات الظروف

2- إعطاء العقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل بعض أحكامه[2]

الفرع الثالث: آثار شرط إعادة التفاوض

- إن تغير الظروف المحيطة بالعقد الاستثماري تؤدي إلى دخول الأطراف في مرحلة التفاوض ومتى ما نشأت هذه الحالة فإن الأطراف ملزمون بآثار التفاوض والتي هي عبارة عن جملة من الإلتزامات تتمثل في: الإلتزام المدين المضرور بالإعلام (إعلام الطرف الآخر بالظروف الجديدة والإلتزام الثاني هو التزام الطرف الثاني بالدخول في المفاوضات).

2- الالتزام بإعادة التفاوض (الأثر القانوني) (الدائن)

- إذا كان إعادة التفاوض هو الترجمة الفعلية لالتزام إعادة التفاوض فإن الدخول في المفاوضات تؤدي إلى المحافظة على العقد واستمراريته و تطويعه حتى يصبح ملائما مع الظروف الجديدة المحيطة به

[1] د. بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق – ص 186.

[2] م.م. محمد عامر سنجار- غسان- أحمد- أ.م.د علي ، المرجع السابق، ص 54.

لذلك يجب على المتعاقدين عدم الامتناع عن الدخول في المفاوضات من أجل التوصل الى حل للمحافظة على العقد إلا إذا كان الامتناع مشروعا و تبرره ظروف معينة، مثل عدم توفر الشروط اللازمة لإعادة التفاوض أو أن تغير الظروف ليس كافيا لتطبيق التزام إعادة التفاوض.[1]

ويلتزم المتعاقدون بإعادة التفاوض وفقا لمبدأ حسن النية ويعتبر التعاون بين الأطراف كذلك كشكل من أشكال حسن النية حيث تسعى إلى توازن العقد وتجنب أستئثار أحد الأطراف بالفائدة على حساب الطرف الآخر.[2]

و مما يجدر الإشارة إليه أن التزام الأطراف بإعادة التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية[3] فإعادة التفاوض لايوجب التوصل إلى حل معين وإنما ينبغي على الأطراف بذل عناية لغرض الوصول إلى حل.

فعدم الوصول إلى حل لا يعني خرقا للعقد لأن الإلتزام بالتفاوض لا يعني الإلتزام بتعديل العقد.

* هذا في حالة تم إدراج شرط إعادة التفاوض في عقد الاستثمار فكيف هو الحال في حالة خلو عقود الاستثمار من شرط إعادة التفاوض؟

- هنا يمكن القول أن شرط إعادةالتفاوض يعد من قبيل الشروط المفترضة[4] التي يلتزم بها أطراف العقدوحتى ولم يتم إدراجها في عقود الاستثمار.

ونص المشرع الجزائري في المادة 107 ق.م.ج التي نصت على:" ولا يقتصر العقد إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

1- الإلتزام بالإعلام (الإخطار) (المدين):

و معناه أن يلتزم المدين المضرور من تغيير الظروف بالإبلاغ أو بالاإخبار أو بإعلام الدائن بشأن كل ما يعرقل تنفيذ العقد وذلك حتى يتسنى للطرف الآخر المشاركة في عملية التفاوض وحتى يتمكن

[1] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق. ص 65.
[2] م.م. محمد عامر شنجار، غسان أحمد، أ.م.د علي ، المرجع السابق، ص 55.
[3] م.م محمد عامر سنجار، غسان أحمد، أ.م.د علي ، المرجع السابق ، ص 55.
[4] بوخالفة عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 189.

من اتخاذ كافة الإجراءات حتى يتفادى الخسائر التي يمكن أن تصيبه بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته[1]

حيث يرى البعض أن الإعلام له دور هام بالنسبة للعقد لأنه قد يوقف تنفيذ العقد لمدة زمنية لحين تحديد موقف المدين من تنفيذ العقد حيث نصت عليه التشريعات الدولية صراحة مثل نص المادة 79 الفقرة4 من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع: "وجب على الطرف الذي لم ينفذ التزاماته أن يوجه إخطارا إلى الطرف الآخر بالعائق وأثره في قدرته على التنفيذ وإذا لم يصل الإخطار إلى الطرف الآخر خلال مدة معقولة بعد أن يكون الطرف الذي لا ينفذ التزاماته قد علم بالعائق أو كان من واجبه أن يعلم فعندئذ يكون مسؤولا عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم استلام الإخطار المذكور".[2]

ونجد التزام الإعلام أساس القانوني طبقا لمبدأ حسن النية في المعاملات التي توجب على كل طرف إعلام الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات و معلومات وحقائق تتعلق بالتفاوض

والإلتزام بالإعلام مرتبط بالشفافية حيث يجب التحلي بالصدق والصراحة والوضوح في تقديم المعلومات ولا يجوز لأي طرف إخفاء معلومات عن الطرف الآخر والا يعتبر مخلا بالإلتزام بالإعلام مما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ حسن النية[3] .

*** طبيعة المسؤولية المترتبة على الإخلال بشرط إعادة التفاوض**

جزاء الإخلال بشرط إعادة التفاوض

كا سبق وذكرنا : فإن الإلتزام بإعادة التفاوض يعد التزاما ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية وعليه فإن مسؤولية الأطراف تنعقد بمجرد الإمتناع عن البدء في المفاوضات مع المتعاقد الآخر سواءا كان هذا الإمتناع كلي أو جزئي أو معيب أو ناقص فهنا نكون أمام إخلال شرط اعادة التفاوض والتي يترتب عليه آثار تتمثل في :

[1] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 49

[2] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 51.

[3] م.م.محمد عامر شنجار– غسلان أحمد .أ.م.د علي، المرجع السابق، ص 56.

1- الدفع بعدم التنفيذ

حيث يكون من حق المتعاقد الذي يرغب في إعادة التفاوض مع الطرف الآخر الذي رفض هذا التفاوض أن يكون من حقه أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته حتى يجبر الطرف الآخر الرافض للتفاوض على الجلوس على مائدة المفاوضات وإعادة التفاوض على العقد[1].

وبهذا يكون التزام كل متعاقد مترتب على التزام الطرف الآخر و مرتبط به ويتحقق هذا في عقود الإستثمار التي تمتاز بكونها عقود متبادلة وترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيها[2].

2- التعويض:

من حق المتعاقد المتضرر أن يلجأ الى القضاء لإثبات مدى توفر شروط إعادة التفاوض فإن أثبت له القضاء ذلك كان من حقه إجبار الطرف الآخر على الجلوس إلى طاولة المفوضات عن طريق فرض غرامة تهديدية[3] عن كل يوم يمتنع فيه عن الجلوس للتفاوض فإذا بقي الطرف الآخر من مصرا على عدم التفاوض حق للطرف المتضرر المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر جراء امتناع المتعاقد الآخر عن الدخول في المفاوضات.

3- الفسخ:

مع أن الفسخ يتعارض مع روح شرط إعادة التفاوض وهي الرغبة في استمرارية تنفيذ العقد إلا أنه من حق الطرف المتضرر من فسخ العقد[4] بإرادته المنفردة في حالة رفض الطرف الآخر الجلوس إلى طاولة المفاوضات وإعادة التفاوض للنظر في بنود العقد لما يتماشى مع الظروف الجديدة.

*** آثار إعادة التفاوض على العقد**

1- في حالة نجاح المفاوضات:

من مسلمات نجاح المفاوضات هو وصول الأطراف إلى اتفاق يحقق التوازن للعقد الذي اختل بسبب تغيير الظروف حيث اختلف الفقهاء حول التكييف القانوني للعقد الجديد هل هو تجديد العقد أو تجديد للإلتزام ؟

[1] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 70

[2] بوخالفة عبد الكريم، المرجع السابق، ص 190.

[3] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص 70.

[4] بلحسان الهواري، المرجع السابق، ص 86.

* فجانب من الفقه يرى أن الإتفاق الجديد ما هو إلا تعديل للعقد الأصلي وهو الذي يتماشى مع شرط إعادة التفاوض وهي الإبقاء على العقد وعدم زواله في حين يرى الإتجاه الثاني أن الإتفاق الجديد بين المتعاقدين هو **تجديد** للعقد وذلك باستبدال التزام قديم بالتزام جديد مغاير له في عنصر من عناصرة الرئيسية[1] هما في حين ذهب إتجاه ثالث إلى فرضين اثنين وهما الفرض الأول في حالة ورد التغيير على وجود الإلتزام ذاته أو مصدره فإن التغيير يؤدي إلى إخفاء هذا الإلتزام أو تعديل مصدره فهنا يكون أمام تجديد للعقد (إذ انصب التغيير على التزام أساسي للعقد) والفرض الثاني إنه اذا ورد التغيير على طريقة تنفيذ العقد أو على المدة اللازمة لتنفيذه وغيرها فهنا يكون أمام تعديل للعقد.

2- في حالة فشل المفاوضات:

1- الفسخ الإتفاقي: في هذه الحالة فإنه يجوز للأطراف الإتفاق على فسخ العقد حيث أنه إذا تحقق ظرف أدى إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ولم يستطع الطرفان الاتفاق على تعديل يسمح لهما بالفسخ دون حاجة إلى حكم وهو فسخ الاتفاق[2] .

2- التدخل القضائي: كما يمكن للطرفان أن يحتكما إلى القاضي كي يقوم بالتوفيق بينهما حيث يقوم بتعديل العقد تعديلا يحقق التوازن بين الطرفين فإن لم يتفقا عليه يمكن لأحدهما أن يطلب من القاضي تعديل العقد بما يلزم الطرف الآخر أو بإنهائه وفقا للشروط وبالتاريخ الذي يحدده القاضي.

المطلب الثاني: التأمين

يعتبر التأمين كآلية وقائية ناجحة لتجنب منازعات الإستثمار.

الفرع الأول: المقصود بعقد تأمين الإستثمار الأجنبي

يعرف عقد التأمين بصورة عامة بأنه اتفاق يتعهد بموجبه شخص يدعى المؤمن لشخص آخر يدعى المؤمن له بتعويضه عن المخاطر التي يتعرض لها لقاء وفاء المؤمن له إلى المؤمن بمبلغ يسمى قسط التأمين.

أما فيما يخص عقود التأمين على الإستثمار فيمكن تعريفه بأنه التزام هيئة التأمين بتعويض المستثمر عما لحقه من خسائر نتيجة لتحقق خطر واحد أو أكثر من الأخطار المشمولة بالتأمين[1].

---

[1] د. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق، ص75.

[2] رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المرجع السابق.

إلا أنه لا تعتبر هذه الوسيلة أكثر حماية للمستثمر الأجنبي إذا كانت جهة التأمين تابعة للدولة المستضيفة للإستثمار والتي قد تكون هي نفسها مصدر الخطر المؤمن منه.

ويعرفه البعض بأنه ذلك العقد الذي تلتزم بموجبه مؤسسة دولية للتأمين على الإستثمار تعويض المستثمر(طالب التأمين على الاستثمار) من الأضرار التي تصيبه من تحقق خطر غير تجاري ناتج عن تصرف قانوني أو أي عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للإستثمار أو الغير مقابل قسط معلوم يدفعه المستثمر.

ويقوم عقد التأمين بين طرفين وهما المؤسسة الدولية التي تقوم بالتأمين وبين المستثمر.

وترى بعض التشريعات أن التأمين على المشروع الإستثماري يعد التزاما مفروض على المستثمر في حين ترى تشريعات أخرى أنه حق للمستثمر وليس إلزاما عليه[2]

وفي هذا السياق اتجهت بعض الدول ذات الاستثمارات الواسعة والمصدرة لرؤوس الأموال إلى تأسيس هيئات وطنية لحماية استثمارات شركاتها و مواطنيها في الخارج . أما على صعيد الإتفاقيات الدولية فقد تم إنشاء هيئات دولية لضمان الإستثمار في مقدمتها – المؤسسة العربية لضمان الاستثمار – الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

*** الطبيعة القانونية لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي.**

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد تأمين الاستثمار الأجنبي له أهمية كبيرة ذلك أن اعتبار هذه العقود هي من قبيل عقود التأمين فذلك يدفع بها إلى اللجوء للمبادئ العامة لعقود التأمين في حال خلو العقد من قاعدة تحكم المسألة محل النزاع أما إذا اعتبرت هذه العقود من قبيل عقود الكفالة فذلك يدفعها كذلك إلى اللجوء إلى المبادئ العامة لهذه العقود كذلك[3]

وعقد التأمين المتعلق بالنشاط الاستثماري يتطلب وجود علاقة قانونية بين الدولة التي يحمل المستثمر جنسيتها والدولة المضيفة للإستثمار أي بين مستثمر ودولته أو بين مستثمر والدولة المضيفة للإستثمار.

---

[1] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 293.

[2] م.م. محمد شنجار، غسلان أحمد– أ م. د علي ، المرجع السابق، ص 59.

[3] الحياني ليلى، تأمين الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادةالماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2010–2011، ص 81.

فتحديد طبيعة العقد ليست بمسألة مطلقة وإنما ينظر إليها طبقا للتقسيمات المتبعة في قانون محدد دون غيره من القوانين وعليه فإن تحديد طبيعة العقد بمعناها الواسع يتم في ظل النظام القانوني الداخلي لطرفي العقد.[1]

فإذا كان العقد بين هيئة دولية ومستثمر فالغالب أن العقد التي ينظم العلاقة بينهما يبرم في إطار قانون دولة معينة إما دولة المستثمر أو دولة يختارها الطرفان والإختلاف في التسمية أو في العبارات التي استعملتها الإتفاقيات الدولية لضمان الاستثمارلا تأثير له على مضمون العقد خاصة إذا كانت إرادة طرفي المعقد تصب في معنى واحد معين هو تحقيق التأمين ضد الخسائر الذي يتعرض لها المستثمر في الدولة المضيفة.

الفرع الثاني: عقد الضمان وعقد التأمين

– يعتبر عقد الضمان ذلك العقد الذي تتعهد بموجبه هيئة الضمان (وطنية أو دولية) بأن تتحمل ما قد يتعرض له المستثمر المضمون من خسارة نتيجة الأخطاء غير التجارية التي يتعرض لها استثماره مقابل دفع أقساط متفق عليها[2].

وتتماثل عقود هيئات الضمان الدولية للتأمين مع عقد التأمين من حيث أن كليهما ينطوي على نفس الأركان والعناصر ونفس الالتزامات

أ- من حيث الأركان:

يتشابه عقد ضمان الإستثمار مع عقد التأمين مع غيره من العقود في أركان العقد والتي تتمثل في: المحل- الرضى – السبب.

1- **الرضا:** يقوم عقد التأمين على التراضي بين المؤمن والمؤمن له والممثلان في هيئة التأمين والمستثمر الأجنبي ويقوم عقد التأمين بتراضي الطرفين المنصب على تغطية المخاطر التي تضمنها العقد.

الأصل أن إرادة الطرفين كافية كركن في عقد التأمين حسب الإتفاقيات الدولية لضمان الإستثمار إلا أن في عقود التأمين التي تبرمها هذه الهيئات(هيئات الضمان) تشترط الموافقة المسبقة للدولة

[1] اللحياني ليلى، نفس المرجع ن ص 83.

[2] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 283.

المضيفة أو دولة المستثمر الأجنبي[1] من أجل إبرام عقد التأمين بين المستثمر و هيئة التأمين حيث اشترطت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن تتم تقديم طلب مشترك من المستثمر طالب الضمان والدولة المستضيفة[2] لجميع الإستثمارات المؤمن عليها.

2- المحل: محل عقد التأمين هو الأخطار المؤمن ضدها أما محل عقود هيئات التأمين الأخطار الواردة في العقد ،وعليه ففي كلتا الحالتين يتماثل محل العقد وإن اختلفت الأخطار محل العقد.

فمبلغ التعويض الذي تلتزم هيئة التأمين بدفعه عند حدوث الخطر وتحقق الخسارة هو بمثابة محل التزامه الاساسي في مواجهة المستثمر ويقابله ذلك من حيث الشكل لا من حيث الموضوع التزام المستثمر بدفع الأقساط إلى هيئة الضمان المتعاقد معها.

3- السبب: السبب في عقد التأمين يماثل السبب في عقد هيئات التأمين (الضمان) حيث أن التزام المستثمر المضمون بدفع قسط لمؤسسة التأمين هو التزام هذه الأخيرة بعويضه في حال تعرض لأحدى المخاطر المغطاة، أما سبب التزام مؤسسة التأمين بالتعويض هو التزام المستثمر بأداء الأقساط الدورية لها.[3]

فالدافع الرئيسي للمستثمر في عقد التأمين هو تحقيق الطمأنينة وضمان استثماره في الخارج من المخاطر غير التجارية التي يخشى وقوعها أما بالنسبة لهيئة التأمين فالسبب المباشر إلتزامها اتجاه الطرف الثاني ليست الرسوم والأقساط التي تتلقاها من المستثمر وتحقيق الكسب[4] وإنما المساهمة في تنمية اقتصاديات الدول المضيفة للإستثمار وتشجيعا للإستثمار

2- من حيث العناصر:

مهما يكن النظام القانوني الذي ينفذ نطاقه عقد الضمان أو عقد التامين فإن يقوم على ثلاثة عناصر أساسية وهي:

الخطر – القسط المدفوع – مبلغ التعويض.

---

[1] اللحياني ليلى، المرجع السابق ، ص 85.

[2] رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق ص 285.

[3] اللحياني ليلى، المرجع السابق، ص 86

[4] اللحياني ليلى، المرجع السابق 88

1- الخطر: وهو العنصر الأساسي في عقد التأمين الذي يخشاه المستثمر ويلجأ إلى هيئة التأمين لأجل تحمل الخسائر التي تنجم عن تحققه .

والخطر المقصود تغطيته بعقد التأمين الاستثمار الأجنبي هو الخطر الذي يتعذر تغطيته عن طريق التأمين التجاري المعتاد ويوصف الخطر الذي يشمله هذا النظام عادة "بالخطر السياسي" أو "الخطر غير التجاري" الذي تتعرض له الإستثمارات الأجنبية، حيث يعتبر الخطر السياسي من أهم الأخطار التي يخشاها المستثمرون.

- ويشرط في الخطر أن يكون غير محقق الوقوع أي أن يكون احتماليا وأن لا تكون لإرادة الطرفين دخل فيه.

2- الأقساط: ويقصد بها الأقساط التي يدفعها المستثمر قبل وقوع الخسائر المحتملة ولا يشترط أن تكون مجموع ما يدفعه المستثمر من أقساط لهيئة الضمان المتعاقد كافية لتغطية الخسائر التي التزمت بتغطيتها في حال إصابة المستثمر بخسائر في استثماره[1].

- ويرى البعض أن هذه الأقساط التي تقع على عاتق المستثمر اتجاه الهيئة الضامنة للإستثمار أو الدولة المستقبلة لاستثماره تقترب أكثر من صفة الرسوم كمقابل للخدمة الإدراية التي تتولاها الهيئة أو الجهة الوطنية المختصة بالموضوع و يعتبر عدم التزام المستثمر بدفع الأقساط بعد إخلال بإلتزاماته التعاقدية يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه وفقدان المستثمر الحق في التعويض.

3- مبلغ التعويض: وهو التعويض التي يقع على عاتق هيئة الضمان في حالة وقوع خسارة ناجمة عن خطر متفق على تغطيته وهيئة الضمان لا تدفع التعويض لمجرد وقوع الخطر وإنما تدفعه لتغطية الخسائر الناجمة عن ذلك الخطر[2].

3- من حيث الآثار:

تتماثل الآثار الذي ترتبها عقود التأمين مع الآثار التي ترتبها مؤسسات الضمان حيث يترتب على عقود مؤسسات الضمان بالتزام المضمون بأداء قسط التأمين وتلزمه بإعلان الخطر عند التعاقد والإخطار بتغيره بعد ذلك وبالمقابل تلزم العقود المؤسسة بتعويض المستثمر في حال تعرضه و لأحد الأخطار المضمونة ونفس الأمر بالنسبة للتأمين.

[1] اللحياني ليلى، المرجع السابق 89

[2] اللحياني ليلى، المرجع السابق ص

ويعتبر مبلغ التعويض الذي تلتزم به هيئة الضمان بدفعه عن حدوث الخطر وتحقق الخسارة يعتبر هو محل التزامها الأساسي في مواجهة المستثمر.

ورغم تطابق عقود هيئات الضمان الدولية مع عقد التأمين كما سبق و عرضنا إلى أنه هناك من يعترض على هذا التشابه أو التقارب على أساس أن عملية الضمان والتأمين لا يجمعها هدف واحد حيث يرى هذا الجانب أن عملية التأمين تقوم على هدف الربح في حين أن عملية الضمان يراد بها تشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول المتعاقدة وتنمية اقتصاد الدول المضيفة.[1]

الفرع الثالث: نفاذ عقد التأمين و انقضاءه

1- نفاذ عقد التأمين:

يبدأ نفاذ تأمين الاستثمار مباشرة بعد تاريخ التوقيع عليه من قبل هيئة التأمين أو المستثمر المؤمن له وتمتد لـ 10 سنوات ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك في الشروط الخاصة أو لم ينته للأسباب التي ترد فيه هي مدة قابلة للتجديد لمدة 5 سنوات إضافية.

وتكون قابلية التمديد حسب تقدير المؤسسة ، حيث يمكن لها أن ترفض طلب التمديد أو تقبله حسب الأحوال والإعتبارات.

ويلتزم المستثمر المؤمن فور بدأ التنفيذ بإخطار المؤسسة وتزويدها بالوثائق المؤيدة لذلك وكل الوثائق التى تثبت تنفيذ المراحل المختلفة للإستثمار خلال فترة لا تتعدى 30 يوما من بداية تنفيذ.

وفي حالة تأخر المستثمر المؤمن عن تنفيذ التزامه بإخطارها ببدأ الاستثمار مع كل المعلومات اللازمة فإن هيئة التأمين لا تلتزم في هذه الحالة بتعويض المستثمر عن أي خسارة ناشئة[2] خلال هذه الفترة أي الفترة التي سبقت عدم تقديم الوثائق.

2- انقضاء عقد التأمين:

كما سبق وذكرنا فإن مدة عقد تأمين الإستثمار المباشر هي 10 سنوات قابلة للتجديد فإن العقد ينقضي بانقضاء المدة (10 سنوات) كما يمكن أن ينقضي لأسباب أخرى[3] مثل عدم تنفيذ المستثمر لالتزاماته في تنفيذ عقد الإستثمار.

---

[1] اللحياني ليلى، المرجع السابق ص90

[2] اللحياني ليلى، المرجع السابق، ص 101.

[3] اللحياني ليلى، المرجع السابق، ص 101.

إذ يترتب على إخلال المؤمن له بأي التزام من الالتزامات التي تقع على عاتقه بموجب أي نص من نصوص العقد ودون حاجة إلى انذار أو حكم من طرف هيئة التأمين التي تعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه[1] وذلك من تاريخ الإخلال، ويسقط بذلك حقه في التعويض، كما يمكن أن ينتهي عقد التأمين بتنفيذ المستثمر لجميع التزاماته في تنفيذ الاستثمار وقبل انتهاء مدة عقد التأمين، كما يمكن أن ينتهي عقد التأمين على الاستثمار نتيجة أداء المؤسسة لمبلغ التعويض للمؤمن له إذا تعرض الاستثمار المؤمن عليه لأحد الأخطار المشمولة بالتأمين مما يعني أنه إذا كانت مدة العقد 10 سنوات وتعرض الإستثمار المؤمن عليه لأحد الأخطار المشمولة بالتأمين لدى هيئة التأمين خلال مدة أقل من مدة التأمين (أقل من 10 سنوات) وتحصل المؤمن له على تعويض نتيجة لذلك فإن عقد التأمين يعتبر منتهيا.[2]

*** دور المؤسسات الدولية في التأمين على الاستثمار:**

إن تزايد الحاجة إلى الاستثمار أي إلى إنشاء مؤسسات دولية متخصصة بضمان وحماية الاستثمارات ضد المخاطر التي قد يتعرض له المستثمر وعند تنفيذ مشاريعهم الاستثمارية وذلك عن طريق اتفاقيات دولية لإنشاء هذه المؤسسات أهمها: اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار واتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار وذلك كتسجيد للمجهود الدولي الجماعي ولدعم المناخ الاستثماري الذي يجب أن يسود العلاقات الاقتصادية الدولية حيث حددت هذه المؤسسات المستثمر الصالح للضمان ونوعية الأخطار المضمونة وكذلك اللاستثمارات الصالحة للضمان والتي سنتناولها كالتالي:

1- المستثمر الصالح للضمان:

لقد اشترطت مؤسسات التأمين على المستثمر سواءا كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يكون متمتعا بجنسية إحدى الدول الأعضاء في مؤسسة التأمين حسب نص المادة 13 من اتفاقية الوكالة[3]، إن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار شملت المستثمرين من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المتمتعين بجنسية الدول المضيفة للإستثمار على شرط أن يتم تقديم طلب مشترك بين المستثمر طالب الضمان

[1] اللحياني ليلى، المرجع السابق، ص 112

[2] اللحياني ليلى، المرجع السابق، ص 112

[3] نص المادة 13 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار:" يجوز لمجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة وبناء على طلب مشترك من المستثمر والدولة المضيفة أن يضفي الصلاحية للضمان على شخص طبيعي ينتمي بجنسية إلى الدولة المضيفة أو على شخص اعتباري يكون قد تم تأسيسه في الدول المضيفة أو تكون غالبية رأس ماله مملوكة لمواطني الدولة المضيفة وذلك بشرط أن يتم تحويل الأصول المستثمرة من خارج الدولة المضيفة".

والدولة المضيفة وأن تكون الأصول المستثمرة محولة من الخارج حيث أن الاستثمار يكون أجنبيا أو وطنيا حسب توطن أو إقامة مالكه وليس حسب جنسية مالكه.[1]

أما المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فقد اشترطت في المادة 1 من اتفاقيتها على أنه يكون المستثمر صالحا للضمان لدى المؤسسة أن يكون متمتعا بجنسية إحدى الدول المتعاقدة على أن لا تكون هذه الجنسية هي جنسية الدولة المضيفة فإذا كان المستثمر متمتعا بجنسيته أو جنسيات أخرى الى جانب الدولة المتعاقدة فإنه يأخذ بجنسية الدولة المتعاقدة أما إذا كان يتمتع بجنسيات إلى جانب جنسية الدولة المضيفة فإنه يأخذ بجنسية الدولة المضيفة.

وهنا لا يعد صالحا لضمان المؤسسة حتى ولو كان يتمتع بجنسيات أخرى[2] وهذا ما يعيب على هذا الشرط من الإتفاقية لما يترتب عليه من حرمان المستثمر التابع لجنسية الدولة المستضيفة من حقه في الضمان والحل يكون بتعديل الفقرة 1 من المادة 17 من الإتفاقية وذلك لمنح الضمان إلى المشروعات الوطنية المملوكة للدولة المستضيفة.

2- الإستثمارات الصالحة للضمان:

وبالنسبة للإستثمارات القابلة للضمان في الإتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار هي حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع فضلا عما يحدده مجلس إدارة الوكالة من صور الاستثمار المباشر بحيث يتضمن ذلك عقود الخدمات والإدارة والإختيار والترخيص واتفاقيات الشراكة[3].

في حين أن المؤسسة العربية لضمان الإستثمار نصت على أن الإستثمارات الصالحة للضمان تشتمل كافة الإستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة سواء اكانت في الإستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات أو من إستثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، فضلا عن القروض الي تجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الآجال الأقصر التي يقرر المجلس صلاحيتها للتأمين على سبيل الاستثناء.[4]

---

[1] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 170.

[2] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 285.

[3] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 288.

[4] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 288.

* أما بالنسبة للشروط الواجب توفرها في هذه الاستثمارات حتى تكون صالحة للضمان فهي أن يكون الإستثمار ما بين الدول الأعضاء[1] لما ورد في اتفاقيات ضمان الإستثمار الدولية إلا أن الإتفاقية العربية لضمان الإستثمار أجازت تغطية الإستثمارات في أية دولة ولو لم تكن من الدول النامية في حالة الإستثمارات المؤيدة، كما اشترطت الإتفاقيات الدولية لضمان الإستثمار كذلك أن يكون الإستثمار جديدا[2] وما يراد به أن يكون جديدا أن يبدأ تنفيذه بعد تسجيل الوكالة لطلب الضمان.

– أما الوكالة الدولية لضمان الاستثمار فقد أجازت تغطية الإستثمارات التي يكون هدفها تجديد استثمارها أو توسيعه أو تطويره أو تغطية إعادة استثمار الأرباح التي تدركها الاستثمارات القائمة اذا أمكن تحويلها إلى خارج الدولة المستضيفة للاستثمار[3]

والسبب في قصر الضمان على الاستثمارات الجديدة أنها ذات طبيعية انمائية لما لها من رؤوس أموال جديدة تساهم في تنمية الدول.

– وكما ذكرنا سابقا فإن المؤسسة العربية لضمان الإستثمار أضافت شرطا آخر وإن كان يعتبر عائقا أمام الاستثمارات الأجنبية ألا وهو موافقة الدولة المستضيفة للإستثمار على طلب المستثمر بالتأمين على استثماره ضد المخاطر المطلوب تغطيتها.

حسب ما جاء في المادة 15 فقرة 06 من إتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وذلك بسبب البيروقراطية والتعقيدات الإدارية في أجهزة الحكومة العربية.

3- المخاطر الصالحة للضمان:

من جملة المخاطر التي حددتها الإتفاقيات الدولية لضمان الاستثمار ذكرها كالتالي:

1- مخاطر القيود على تحويل العملة:

يتحقق هذا النوع من المخاطر متى اتخذت الدولة المضيفة إجراءات تحد بصورة جوهرية من قدرة المستثمر في تحويل فوائده أو أصل استثماره أو دخله كأن تقوم الدولة المضيفة باتخاذ إجراءات تمنع التحويل المالي للخارج وقد تناولتها المادة 11 من اتفاقية الوكالة الدولية في الفقرة (أ) منها حيث يعتبر

[1] حسب المادة 2 من اتفاقية الوكالة الدولية للاستثمار والمادة 15 من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

[2] نص المادة 12 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

[3] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 89.

القيد في ذاته خطرا يدخل في نطاق الضمان[1] وتشترط هذه المادة أن تكون هذه المخاطر قد حدثت بالفعل من الدولة المضيفة أو أن أجهزتها.

2- خطر الحروب والإضطرابات الداخلية و المدنية:

ويقصد بها مخاطر الثورات و الإنقلابات والحروب والإضطرابات المدنية والتمرد والأحداث السياسية التي تحدث على إقليم الدولة المضيفة وكذلك كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن الدولة المضيفة حيث تلحق هذه الاضطرابات أضرارا بالمستثمر في أصوله المادية.

ويستبعد من هذه الإضطرابات الحوادث الفردية[2] والأعمال التخريبية التي يقوم بها العاملون في المشروع.

كما تم استبعاد الأعمال الإرهابية والأنشطة المماثلة لها[3] التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة حيث تعتبر أعمالا غير صالحة التأمين

3- المخاطر السياسية:

وتعد من أهم المخاطر التي يخشاها المستثمرون ويقصد بها تلك المخاطر الناشئة عن عمل أو امتناع عن عمل[4] يصدر عن حكومة الدولة المستضيفة أو إحدى أجهزتها ويترتب عليه حرمان المستثمر من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على الإستثمار.

حيث نصت الاتفاقية العربية لضمان الاستثمار على عدة صور للمخاطر السياسية تمثلت في التأميم والمصادرة، الحراسة، الاستيلاء، ونزع الملكية.

في حين أن إتفاقية الوكالة الدولية للضمان اكتفت بالإشارة الى التأميم والمصادرة حسب ما جاء في المادة 11 من اتفاقية الوكالة.

ولا تشمل هذه الإجراءات تلك التي تتخذها الدولة في إطار الاجراءات العامة قصد تنظيم النشاط الإقتصادي[1] و التي تتصف بالعمومية ولا يقصد بها مستثمر أجنبي بعينه كإجراءات تشريعات الضرائب وحماية البيئة والعمال وإجراءات السلامة العامة.

---

[1] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 158.

[2] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 172.

[3] م.م محمد عامر شنجار، غسان أحمد ، أ.م.د علي، المرجع السابق، ص 64.

[4] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 286.

4- خطر الإخلال بالعقد:

وتفردت بهذا الشكل من الأخطار الوكالة الدولية لضمان الإستثمار في مادتها 11 حيث يحق للمستثمر التمتع بهذا الضمان إذا استنفذ كل الطرق للحصول على تعويض نتيجة الإخلال بعقد الإستثمار المبرم بينه وبين الدولة المضيفة أو إذا كانت هذه الطرق فيها من المعوقات[2] ما يحول دون حصول المستثمر على حقوقه كعدم تمكنه من اللجوء الى هيئة قضائية للفصل في ادعائه حول نقض العقد من الإخلال به من طرف الدولة المضيفة أو إذا لم تقم الهيئة القضائية بالفصل في ادعائه في مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان أو إذا كان من غير الممكن تنفيذ القرار الصادر عن الهيئة المذكورة.

وأيا كان الخطر المشمول بالضمان من المخاطر السابقة الذكر لا به من توفر عنصرين فيه و هما:

1- أن يكون الخطر غير محقق الوقوع أي أن يكون احتماليا فهذه هي الصفة الجوهرية في عقد ضمان الإستثمار أما اذا كان الخطر المضمون مستحيلا فعقد الضمان يكون باطلا فالخطر هو محل عقد الضمان وكما جاء في نص المادة 11 فقرة (ج) من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان على "عدم جواز تغطية الخسائر الناجمة عن أي إجراء تنفذه الحكومة المستضيفة و تعمل على اتخاذه قبل إبرام عقد الضمان وأي حدث وقع قبل إبرام هذا العقد" وهنا عدم جواز ضمان الأخطار التي تتحقق قبل إبرام عقد الضمان فضلاً عن الأخطار التي تتخذها الحكومة المستضيفة تم تتوقف على متابعة إجراءاتها.

2- أما الشرط الثاني أن لا يكون تحقق الخطر متوقفا على إرادة المستثمر المضمون[3] وهو ما يفهم من المادة 11 فقرة (ج) من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار بأن يكون الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة قد وافق عليه المستثمر المضمون أو كان مسؤولا عن إتخاذه.

و عليه ومما سبق وذكرناه من شروط المستثمر المضمون والأخطار المضمونة والاستثمارات المضمونة وبعد المقارنة والتحليل يظهر جليا أن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار تعتبر أوسع نطاقا[4] من المؤسسة العربية لضمان الإستثمار من خلال النقاط التالية :

---

[1] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 158.

[2] د. زايدي خالد، المرجع السابق، ص 159.

[3] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 288.

[4] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 290.

1- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أيدت أي استثمارات تكون صالحة للضمان بغض النظر عن شرط الجنسية حتى وإن كان من رعايا دولة غير متعاقدة.

2- كما أن الوكالة الدولية لضمان الإستثمار أجازت أن يكون المستثمر المشمول بتغطية الضمان منتميا إلى الدولة المستضيفة بشرط تقديم طلب مشترك من المستثمر والدولة المستضيفة وأن تكون الأموال المستثمرة محولة من الخارج في حين أن المؤسسة العربية لضمان الإستثمار اشترطت أن لا يكون المستثمر ينتمي بجنسيته إلى الدولة المستضيفة.

3- وفي ما يخص شروط الإستثمار الصالح للضمان فإن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لم تقتصر على الاستثمارات الجديدة بل أجازت كذلك الاستثمارات التي هدفها التوسيع أو التطوير الاستثمارات القائمة من أجل تحسين مناخ الاستثمار وتشجيع وفود الاستثمارات الجديدة نفسها.

4- وما يميز الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[1] هو ما جاء في نص المادة (23) فقرة (أ) عن وجوب إجراء أبحاث ونشر معلومات متعلقة بفرص الاستثمارات في الدول النامية والقيام بالأنشطة اللازمة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية.

كما يمكن للوكالة كذلك بناءا على طلب من أعضائها كأن تقوم بتقديم المساعدات الفنية وإسداء المشورة فيما يخص إعداد قوانين الاستثمار أو مراجعة حوافز الإستثمار.

[1] د. رواء يونس محمود النجار، المرجع السابق، ص 291.

خلاصة الفصل:

بعد عرضنا للفصل الثاني الذي يعتبر الفصل الجوهري لموضوع مذكرتنا والذي كان حول وسائل الحد من منازعات الاستثمار استخلصنا منه ان ادراج شروط الثبات التشريعية يعتبر آلية ناجعة لتجنب منازعات الاستثمار ذلك لأنه يلزم الدولة يعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد الذي تبرمه مع المستثمر الأجنبي وهو أداة قانونية لحماية المستثمر الأجنبي من التغيرات التشريعية وقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 38 من قانون 18/22.

أما عن الآثار المترتبة على ادراج شرط الثبات التشريعي فهي تنقسم بين آثار ايجابية في حماية الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة وتمنحه الحماية وبين آثار سلبية في غل يد الدولة وتقييد سلطانها.

ويترتب على الاخلال بهذا الشرط مسؤولية عقدية يترتب عليها مطالبة المستثمر المتضرر باللجوء الى القضاء والمطالبة بالتعويض.

اما شرط اعادة التفاوض فهو آلية بديلة لتجنب فسخ عقود الاستثمار وإنهاء ذلك بادراجه من قبل أطراف العقد اعادة التوازن الى العقد في حالة وقوع أحداث معينة تصيب أحد المتعاقدين او كليها بأضرار جسمية، حيث يعتبر شرط اعادة التفاوض شرط اتفاقي مخص يتفق عليه الطرفان وعلى الأحداث التي يستوجب تطبيقه وان مضمونه يختلف باختلاف عقود الاستثمار باختلاف الظروف.

ولشرط اعادة التفاوض دور كبير ورئيسي في المحافظة على توازن الاقتصادي للعقد عن طريق ايجاد حلول من أجل الابقاء على استمرارية العقد بتعديل بعض أحكامه أو ينوده أما عن آثار شرط اعادة التفاوض فإن تطبيق شرط اعادة التفاوض فينتج آثارا فالبنسبة للمدين المضرور فهو ملزم بالاعلام أو الاحظار الدائن يغر الظروف التي من شانها ان تعرقل تنفيذ الحكم وذلك حتى يتسنى للظرف الآخر المشاركة في عملية التفاوض وأما بالنسبة للدائن فهو ملزم باعادة التفاوض والجلوس الى طاولة المفاوضات من أجل التوصل الى حل للمحافظة على العقد وفقا لمبدأ حسن النية، اما في حالة الاخلال بشرط اعادة التفاوض والامتناع عن بدء المفاوضات فهناك جملة من الآثار تتمثل في امتناع المدين عن تنفيذ الالتزام الى غاية عدول الطرف الآخر عن فضه وجلوسه الى طاولة المفاوضات كما من حقه كذلك أن يلجأ الى القضاء لاثبات مدى توفر شروط اعادة التفاوض ورفض الطرف الآخر للتفاوض ومطالبته بالتعويض عما لحقه من أضرار بسبب رفضه كما له الحق في طلب فسخ العقد.

اضافة الى شرطي الثبات التشريعي واعادة التفاوض كآليين للحد من منازعات الاستثمار هناك آلية لا يمكن الاستغناء عنها وهي التأمين الذي ترى بعض التشريعات أنه يعد الزاما مفروضا على المستثمر حيث تقوم مؤسسة التأمين بتعويض المستثمر عن الأضرار التي تصيبه نتيجة خطر غير تجاري أو عمل مادي ناتج عن الدولة المضيفة ورغم تشابه عقد التأمين مع عقد الضمان من ناحية الأركان، العناصر، الآثار الا أن الأهداف تختلف فعقود التأمين تهدف الى الربح في حين أن عقود الضمان تهدف الى تشجيع الاستثمار وإنتقال رؤوس الأموال وتنمية اقتصاد الدول.

الخاتمة

من خلال دراستنا لعقود الاستثمار المبرمة بين الدول والمستثمرين الاجانب واسباب منازعاتها والاليات الوقائية لتجنبها استخلصنا حملة من نتائج المهمة

– تعتبر عقود الإستثمار ذات اهمية اقتصادية كبيرة كونها تتعلق قيود الامتيازات لأنها تضخ رؤوس أموال كبيرة في خزينة الدولة وتساهم في إدخال التكنولوجيا الى البلدان المضيفة وتحقيق التنمية الاقتصادية.

*أطراف عقد الإستثمار هما الدولة بمعناها الموسع أو الضيق والمستثمر الأجنبي الذي قد يكون طبيعي أو معنوي الذي يميز حسب معيار الجنسية.

* ان المراكز القانونية في عقود الاستثمار غير متوازنة ذلك انها تبرم بين طرفين غير متكافئين في السلطة والقوة ممّا يحصل هذه العقود خاصية فريدة عن بقية العقود فهي تجمع بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص.

* رغم إختلاف المراكز القانونية في عقد الاستثمار وتمتع الدولة بالسيادة والامتيازات إلا أنها لا تكون دائما هي السبب في منازعات الاستثمار وهناك حالات يكون فيها المستثمر هو السبب في منازعات الإستثمار.

* تختلف الطبيعة القانونية لعقود الإستثمار بين من يراها إدارية أو مدنية ومن يراها عقودا مختلطة تستدعي قوانين وتسوية قضائية خاصة.

* التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار عنصر غير ثابت الا ان عقود الاستثمار من العقود الطويلة الاجل وتغير ظروف المحيطة بالعقد سواء كان الظروف سياسية او اقتصادية او اجتماعية او من الطبيعية منها او كغير تشريعات الوطنية يؤدي الى خلل في التوازن الاقتصادي مما يؤدي الى نتوء نزاعات بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي كسبب او لعدم قيام احد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته السابقة الذكر لسبب آخر.

* شرط الثبات التشريعي وهو شرطا له من الأهمية والقوة القانونية ما يجعله يلغي تنفيذ القانون الجديد على عقد الاستثمار ذلك ان تعديل الدولة لتشريعاتها الوطنية قد يمس ببعض حقوق المستثمر الاجنبي مما يؤدي الى اختلال في التوازن الاقتصادي لعقد الاستثمار وإلحاق ضرر بالمستثمر الذي كان يتمتع بجملة من الامتيازات والضمانات في ظل القانون او التشريع القديم فاصبح ادراج شرط الثبات

التشريعي امر محتوم لابد منه من اجل تحقيق التوازن الاقتصادي للعقد والمحافظة على حقوق الاطراف وضمان الاستمرارية العقد الاستثمارية وتجنب المنازعات

* شرط اعادة التفاوض هو شرط يضفي على عقد الاستثمار ميزة قانونية اكثر ذلك ان اعادة التفاوض حول بند او عدة بنود من العقد يعتبر اكثر عدالة واكثر قانونية منه من انهاء العقد او فسخه مما الحق ضرر بأحد طرفيه العقد ما دام هناك فرصة لإعادة التفاوض وتسوية المسألة لتجنب وقوع نزاع

* التأمين هو عبارة عن آلية وقائية يضمن للمستثمر تعويض ما قد يلحقه من خسائر يتسبب قيام الدولة بإنهاء او فسخ العقد بإرادتها المنفردة او بسبب حدوث ظروف مفاجئة لقوة قاهرة او ظروف سياسية او اقتصادية تلحق بها اضرارا تؤدي الى خسائر مالية ضخمة للمستثمر ولان التأمين يعتبر آلية ناجعة لتجنب منازعات واستثمار التي قد تكلف أطراف رؤوس اموال ضخمة تم إنشاء منظمات دولية وعربية لضمان الاستثمار من اجل التشجيع على الاستثمار في هذه الدولة المنظمة لهذه المنظمات من جهة ومن اجل تفادي نشوء نزاعات بين طرفي العقد من جهة اخرى.

التوصيات

وفي الاخير وبعض استخلصنا اهم العناصر الأساسية لموضوعنا بإيجاز نقدم جملة من التوصيات او المقترحات التي رأيناها بمفهوم من البسيط من اجل اتمام بعض التغيرات التي رأيناها فيما تم عرضه مسبقا من هذا الموضوع والتي هي كالتالي:

- عند تحرير عقود الاستثمار في الواجبة الاستعانة بمختصين من اجل تحرير عقد متكامل الشروط والعناصر وبكل دقة واحترافية فنية من اجل تجنب ادراج بنود مبهمة تؤدي الى اشكالات في تنفيذ العقد مما يؤدي الى نشوء منازعات الاستثمار؛
- فرض التزامات على المستثمر الاجنبي عند تنفيذ استثماره على استعمال المواد الأولية الوطنية المحلية للدولة المضيفة مع ادخال التكنولوجيا الحديثة وذلك من اجل تشجيع الانتاج المحلي الوطني وتطويرها اكثر وتقديمه للتصدير الخارجي؛
- ضرورة إلغاء شرط الجنسية الذي تفرضه المنظمة العربية للاستثمار من اجل السماح للمستثمرين في عن المستثمرين الحاملين لجنسية احد الدول الاعضاء المقيمين بالخارج للاستثمار في بلدانهم واعادة ادخال رؤوس الاموال اليها لتحقيق التنمية الاقتصادية ذلك ان

الدافع الوطني عنده يكون اقوى في تقديم ما هو الافضل لبلده عن غيره من المستثمر الاجنبي؛

- توسيع مهام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الى الفصل في المنازعات التي تكون أحد طرفيها عربيا.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

- **القرآن الكريم**

- **الدساتير:**

1) دستور 2016

2) دستور 2020

- **القوانين:**

1) القانون 10/90 قانون النقد والقرض المؤرخ في 14 افريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض ج.ر.ع 16 سنة 1990

2) القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار المؤرخ في 03 اوت 2016 ج.ر.ع 46 سنة 2016

3) قانون 18/22 المتعلق بالاستثمار المؤرخ في 24 يونيو 2022 ج.ر.ع 50 اللمؤرخة في 24 يونيو 2022

- **الأوامر:**

1) الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

2) الامر 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001 يتعلق بتطوير الاستثمار ج.ر.ع 47 سنة 2001

المراسيم التشريعية والتنفيذية والرئاسية:

1) المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 اكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار ج.ر.ع 64 سنة 1993

2) المرسوم الرئاسي 95-306 المؤرخ في 1995/10/07

3) المرسوم التنفيذي 298/22 المؤرخ في 08 سبتمبر 2022 ج.ر.ع 60 سنة 2022 يدد تنظيم الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار وسيرها.

مرسوم رئاسي 345/95 مؤرخ في 1995/10/30 المتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ج.ر.ع 66 الصادرة في 1995.

- **الاتفاقيات:**

1) الاتفاقية الموحدة للاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية سنة 1980
2) اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات أبريل2015

- **الكتب القانونية:**

1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشرق الدولية، مصر ط4، ص100.

2) رواء يونس محمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، درا شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2012

3) طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008

4) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعة، جورج عوض، امام كلية الحقوق، الاسكندرية، 2016

5) زايدي خالد، النظام التحفيزي للاستثمار في القانون الجزائري، بيت الافكار، ماي 2023

4)

- **رسائل الدكتوراه:**

1) سي الفضيل الحاج، آليات فض منازعات عقود الاستثمار الاجنبي المباشر، رسالة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019/2018.

2) بلحسان هواري، تسوية منازعات الاقتصاد الدولية، دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة مستغانم، الجزائر، 2017.

- **رسائل الماجستير:**

1) محمد الماحي، صالح أحمد، تسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، جامعة شندى، السودان، 2019

2) اللحياني ليلي، تأمين الاستثمار الاجنبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011/2010

- رسائل الماستر:

1) عقيدة أصيل تواتي احمد، ضمانات الاستثمار في ظل القانون 18/22، مطرة ماستر، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج

2) حناشي هناء، بوطفاس نهار بشرى، الامتيازات الجبائية الممنوحة في ظل قانون 18/22 المتعلق بالاستثمار، مذكرة ماستر، جامعة 8 ماي 1945م، قالمة، 2023/2022

3) هشام سيد علي، أحمد ياسين قنوش، ضمانات المستثمر الاجنبي في ظل قانون 16-09 وقانون 22-18 (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر، جامعة محمد البشير الابراهيمي، برج بوعريريج، 2023/2022

4) علاو الصادق، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون أعمال جامعة محمد خيضر بسكر، 2016/2015

المحاضرات:

1) حنان موشارة، نظام الاستثمار محاضرات لطلبة السنة الاولى ماستر، تخصص قانون أعمال، مطبوعة بيداغوجية، جامعة قالمة، 2021/2020.

المجلات:

1) محمد عبابسة، اسباب منازعات عقود الاستثمار الاجنبي واشكالية الحماية القانونية للمستثمر، مجلة الدراسات الحقوقية، مج08، ع01، ماي 2021

2) أمقران راضية، ضمانات الاستثمار في إطار القانون 18/22، مجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، مخبر قانون الاسرة، مج01، ع01، جامعة الجزائر، 2023.

3) العشاش محمد، المبادئ والضمانات في ظل قانون الاستثمار الجديد 18/22 من التكريس الى التعزيز، المجلة العربية في العلوم السياسية والاجتماعية، مج15، ع3، جويلية 2023

4) بلكعيبات مراد، منح ضمانات الادارية للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مج5، ع2، سنة 2022

5) كسال سامية (زايدي)، دور بشرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمار في حماية المستثمر، مجلة الحقوق والحريات، ع3، ديسمبر 2016

6) يوسفي عبد الهادي، شرط الثبات التشريعي صمام أمان للاستثمار في الجزائر على ضوء القانون 16-19، مجلة الحقوق والحريات، مج9، ع3، سنة 2021

7) عبد السلام أحمد حسين أمحمد، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار وفقا لقانون تشجيع الاستثمار الليبي، مجلة البحوث القانونية، ع21، سنة 2021

8) أحمد سيد احمد سيد، احمد حمود احمد الحبسي، خصائص عقد الاستثمار وطبيعته القانونية، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية)

9) رقوية كريم، النزاع الدولي وادارة النزاع الدولي، مجلة الابحاث القانونية والسياسية، سطيف، ع01، سبتمبر 2019

المقالات:

1) عصام القصيب، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، جامعة المنصورة، كلية الحقوق 1991

2) محمد عامر شنجار، غسان احمد، أ.م.د على الوسائل القانونية لتجنب منازعات الاستثمار، دراسة قانونية مقارنة

3) بوبكر فارس ط.د خوالفية جمال، طبيعة الضمانات الممنوحة للمستثمر في القانون 18/22، ملتقى وطني حضوري، جامعة عباس القدور، خنشلة، 04-10-2023

4) قصوري رفيقة، عيواج طالب، النظام القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي، العدد الخامس، 2016.

المواقع الإلكترونية:

1) الموقع الالكتروني معجم المعاني، معجم، عربي، عربي

https://almany.com.ar-ar

الفهرس

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
مقدمة	أ – هـ
الفصل الأول: منازعات الاستثمار والضمانات الادارية للإستثمار	
تمهيد	**2**
المبحث الأول: ماهية عقود الإستثمار	**3**
المطلب الأول: مفهوم عقود الإستثمار	**4**
الفرع الأول: تعريف الإستثمار	**4**
الفرع الثاني: تعريف عقود الإستثمار	**8**
الفرع الثالث: منازعات الإستثمار	**12**
المطلب الثاني: أطراف عقد الاستثمار	**13**
الفرع الأول: الدولة المضيفة للإستثمار	**13**
الفرع الثاني: الطرف الأجنبي في عقود الإستثمار (المستثمر)	**16**
المبحث الثاني: أسباب منازعات الاستثمار	**20**
المطلب الأول: الأسباب المؤدية إلى المنازعات عقود الإستثمار الخارجي عن إرادة الأطراف	**21**
الفرع الأول: القوة القاهرة	**21**
الفرع الثاني: الظرف الطارئ	**22**
الفرع الثالث: الطابع الفني لمنازعات القوة القاهرة	**22**
المطلب الثاني: الأسباب المؤدية الى منازعات عقود الاستثمار الراجعة إلى أحد طرفي العقد	**24**
الفرع الأول: النزاعات النائشة بسبب المستثمر	**24**
الفرع الثاني: النزاعات النائشة بسبب الدولة المضيفة	**25**
خلاصة الفصل	**31**
الفصل الثاني: وسائل الحد من منازعات الاستثمار	
تمهيد	**32**
المبحث الأول: شرط الثبات التشريعي	**33**
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشرط الثبات التشريعي	**34**

الفرع الأول: تعريف شرط الثبات التشريعي	**34**
الفرع الثاني: أنواع شروط الثبات التشريعي	**35**
الفرع الثالث: التكييف القانوني لشروط الثبات التشريعي	**38**
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على شرط الثبات التشريعي	**40**
الفرع الأول: الآثار الإيجابية لشرط الثبات التشريعي	**40**
الفرع الثاني: الآثار السلبية لشرط الثبات التشريعي	**41**
المبحث الثاني: شرط إعادة التفاوض والتأمين	**44**
المطلب الأول: دور شرط إعادة التفاوض	**45**
الفرع الأول: تعريف شروط إعادة التفاوض	**45**
الفرع الثاني: الأساس القانوني لالتزام إعادة التفاوض	**46**
الفرع الثالث: آثار شرط إعادة التفاوض	**48**
الفرع الرابع: جزاء الإخلال بشرط إعادة التفاوض	**50**
المطلب الثاني: التأمين	**52**
الفرع الأول: المقصود بعقد التأمين الإستثمار الأجنبي	**52**
الفرع الثاني: عقد الضمان وعقد التأمين	**54**
الفرع الثالث: نفاذ عقد التأمين وانقضاءه	**57**
خلاصة الفصل	**64**
خاتمة	**66**
قائمة المصادر والمراجع	**70**
فهرس المحتويات	
ملخص	

ملخص:

يعتبر الاستثمار الاجنبي من اهم الوسائل لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول كما انه يساهم في تدفق رؤوس الاموال الى خزينة الدولة خاصة وانه يتميز بعقوده الطويلة الاجل ولان عقود الاستثمار كغيرها من العقود فإنها ترتب اثارا على كل طرف في العقد من حقوق والتزامات حيث ان أي انتهاك لهذه الحقوق او عدم تنفيذ هذه الالتزامات يؤدي الى قيام منازعة بين الدولة والمستثمر الاجنبي من اجل تجنب قيام مثل هذه المنازعات هناك جملة من الوسائل او الاليات التي اتخذتها الدولة لتجنب القيام مثل هذه المنازعات وهذا ما سيكون موضوع دراستنا في هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار– عقود الاستثمار– الدولة المضيفة– المستثمر– منازعات الاستثمار– الضمانات

Study summary:

Foreign investment is one of the most important means to achieve the economic development of countries as it contributes to the flow of capital to the state treasury, especially since it is characterized by long-term contracts and because investment contracts, like other contracts, have effects on each party to the contract of rights and obligations, as any violation of these rights or non-implementation of these obligations leads to a dispute between the state and the foreign investor in order to avoid such disputes. taken by the state to avoid doing such disputes and this is what will be the subject of our study on this subject .

Keywords: Investment - Investment Contracts - Host Country - Investor - Investment Disputes - Guarantees