جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
القسم الخاص

# خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي في الجزائر

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

من إعداد الطالبتين
- محود زهرة
- مخلوف نادية

تحت إشراف الأستاذ (ة)
- د. عينوش عائشة

أعضاء لجنة المناقشة

| | | |
|---|---|---|
| أ/ | جامعة البويرة | رئيسا |
| أ/ عينوش عائشة | جامعة البويرة | مشرفا ومقررا |
| أ/ | جامعة البويرة | ممتحنا |

تاريخ المناقشة
2021/...../.....

نتقدم بالشكر والامتنان إلى الأستاذة المشرفة " لوني فريدة " على قبولها الإشراف على هذا العمل، ولها منا كل الاحترام والتقدير.

كما نتوجه بالشكر إلى أساتذتنا الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على رحابة صدورهم وقبولهم مناقشة هذا البحث وإثرائه بآرائهم.

# إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات....

إلى الحياة التي ما بعدها حياة أمي.....

إلى سندي ما بعده سند أبي.....

إلى ضلعي الثابت الذي لا يميل أخواتي، أخي...

إلى زوجي رفيق دربي "نبيل"

إلى من جمعتني بهم أجمل الذكريات صديقاتي.....

إلى كل الزميلات والزملاء في قسم الحقوق....

إلى زميلتي في انجاز هذا العمل " زهرة "...

نادية

# إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال من إخوة العزيزة "فرح"، وإلى وإخوتي "جمال، أمين، رضا، أنيس".

إلى رفيقات المشوار رعاهم الله ووفقهم "أمينة عامر، هاجر حيسوس".

إلى زميلتي في إنجاز هذا العمل "مخلوفي نادية"

إلى كل الزميلات والزملاء في قسم الحقوق

زهـــــــــــــــرة

**قائمة أهم المختصرات**

**باللغة العربية:**

ج ر: جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية.

د.ذ.س.ن: دون ذكر سنة النشر.

ص: الصفحة.

ص ص: من الصفحة.... إلى الصفحة....

ط: طبعة.

ع: عدد.

**باللغة الفرنسية:**

ACC : Algerian Cement Company Annuaire des Entreprises.

AMGI : Agence Multilatérale pour la Garantie des Investissements

ANDI : Agence Nationale de Développement de l'Investissement.

C : contre.

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

N° : Numéro.

P : Page.

R.A.R.J : Revue Académique de la Recherche Juridique.

SIGICE : Société Islamique de Garantie des Investissements et des.

Vol : Volume.

# مقدمة

# مقدمة

أصبح الاستثمار من بين أهم مصادر التمويل التي تلجأ إليه الدول النامية، لمساهمته ودوره الفعال على المدى الطويل والمتوسط في تحقيق التنمية، وذلك من خلال رفع معدلات النمو وخلق فرص العمل ونقل التكنولوجيا الحديثة لبناء هياكل اقتصادية ثابتة للدولة، وتنظم بيئتها وادارة مرافقها العامة، ومن أجل ذلك تلجأ الدول إلى ابرام عقود الاستثمار مع المستثمرين الأجانب المالكين لرؤوس الأموال. حيث تكتسي هذه العقود أهمية بالغة، باعتبارها من المفاهيم المتجددة.

فعقود الاستثمار تجمع بين طرفين غير متسأويين في المراكز القانونية، حيث تكون الدولة المضيفة كطرف أول، والتي تتمتع بحق سيادي، والمستثمر الأجنبي الخاص كطرف ثاني، الذي لا يتمتع بأي قدر من سيادي، كما ان مصالح هذه الاطراف معارضة .

الأمر الذي يظهر معه أهمية تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود، حيث تطالب الدول النامية بضرورة إيجاد نظام قانوني يمكنها من الاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية، وفق إجراءات وشروط عادلة لتحقيق التنمية المستهدفة من إبرام هذه العقود، بينما تطالب الدول المالكة لرؤوس الأموال والمستثمرين الأجانب بضرورة حماية مصالحها وحقوقها عند قيامها بالاستثمار خارج حدود اقليمها.

اشتد التنافس بين مختلف الدول على كيفية جذبه الاستثمارات الاجنبية الخاصة . خاصة بعد الاقتناع بالدور الذي يلعبه الاستثمار الأجنبي في عملية التنمية الاقتصادية، سواء من حيث كونه مصدرا مستقلا، أومن حيث كون وسيلة هامة لتوفير فرص الشغل لشريحة هامة من الأشخاص.

كما يساهم الاستثمار الأجنبي في تنظيم البنية الأساسية للدول المضيفة، وادارة مرافقها العامة وتحسين مستوى هياكلها القاعدية وتطويرها لجعلها تتماشى وتضاهي الهياكل التي تتميز بالتكنولوجيا المتطورة والجودة العالية.

هذا ما يفسر لنا تزايد تتدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الدول الأكثر انفتاحا على الاستثمارات وإزاء ذلك بادرت الدول النامية على الخصوص بإجراء إصلاحات في هياكلها الاقتصادية والمؤسساتية وفي سياستها العامة، مما يجعل بيئتها الاقتصادية منفتحة على الاستثمارات الأجنبية إلى درجة أصبح هناك منافسة قوية بين مختلف الدول قصد جلب أرس

المال الأجنبي، فاغرت المستثمر الأجنبي بفتح كل القطاعات للاستثمارات الخاصة، وازالة القيود على الملكية، وسمحت بتحويل الأرباح...الخ.

تدرك الدول المضيفة للاستثمار ان حجم الاستثمار الوافد الى اراضيها مرتبط بمدى ما توفره له من ضمانات قانونية تكفل حمايته من المخاطر التى يمكن ان يتعرض لها، لذلك تسعى الدول المضيفة الى خلق مناخ استثماري ملائم من اجل جذب الاستثمار الاجنبي .

غير ان عدم ثقة المستثمر الاجنبي بالتشريعات الداخلية للدولة المضيفة جعل منها ادات قانونية غير فعالة كون ان كل دولة تتمتع بالسيادة على اقليمها، وهذا الأمر يمنحها الحرية في تعديل تشريعاتها لما يتماشى معى مصالحها باعتبارها شخص ذات سيادة يتمتع بمزايا خاصة، الى ان هذا التعديل قد لا يخدم مصالح المستثمر الاجنبي، وهو الأمر الذي يزيد من مخاطر ومخأوف المستثمر الاجنبي في تعامله مع الدول المضيفة فالتفأوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف عقود الاستثمار(كعلاقة تعاقدية)، دفع بعض الدول الى تضمين هذه العقود شروط خاصة بالثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وتجميده زمنيا، بينما بالمقابل قامت دول ومنها الجزائر باتخاذ عدة وسائل قانونية في شكل اجراءات ذات طابع تشريعي أو تنفيذي أو اداري تؤثر بصورة تدريجية في ملكية المستثمر الاجنبي، وهو الأمر الذي يعد اخلالا بعقد الاستثمار المبرم بينهما.

وباعتبار الدولة كشخص من اشخاص القانون العام يتمتع بالسيادة وهو أمر لا مفر منه بالنسبة للعلاقة التعاقدية مع المستثمر الاجنبي، فإن هذا الأخير يفضل أن يتضمن عقد الاستثمار شروطا أو بنودا تقرر له التعويض في حال اخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها بدلا من أن يتضمن العقد شروطا تقيد يد الدولة عن تغيير عقودها أو قوانينها

يسعى المستثمر الأجنبي جاهدا أن يتجنب مثل هذه المخاطر التي قد يتعرض لها الاستثمار في اقليم الدولة المضيفة باعتبار خطر الاخلال بالعقد نوع من أنواع المخاطر الغير تجارية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة وهي التي تسمى كذلك بالأخطار السياسية باعتبار النظام المتبع في الدولة هو مصدر هذه الأخطار.

ومن أنجع الوسائل المبتكرة في هذا الجانب هو نقل عبئ هذه المخاطر السياسية الى جهة أخرى عن طريق العقود كقعود التأمين والضمان أين تتمثل وظيفة هذه العقود في نقل

عبئ الخطر من المستثمر الأجنبي الى هيئة الضمان التي تولى ضمان مثل هذه المخاطر وذلك بتعويض المستثمر المضمون في حالة تحقق المخاطر المضمونة.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية: **كيف يستطيع المستثمر الأجنبي التقليل من حدة آثار سلطة الدولة المضيفة للاستثمار في تعديل أو فسخ عقد الاستثمار المبرم بينهما ؟**

ومن خلال الإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع دراستنا لما يتوفر عليه من مزايا، بحيث بواسطته تقوم عملية تحليل ودراسة لأفكار النصوص القانونية وفهم مضمونها، بالإضافة على الاعتماد على المنهج الوصفي الذي بواسطته نقدم صورة واضحة للموضوع وبيان صفاته وشروطه، وكذلك المنهج المقارن الذي يعتبر ضروريا في دراستنا على اعتبار القيام بعرض ومقارنة بعض النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع لبعض تشريعات العديد من الدول والمنظمات الدولية التي تتولى عملية ضمان المستثمر الأجنبي.

باعتبار الدولة أحد أطراف عقد الاستثمار وفي الوقت ذاته تعد شخص من أشخاص القانون الدولي العام، فهي قد تلجأ الى تعديل عقد الاستثمار أو فسخه أو الغاءه على أساس أنها شخص سيادي تتمتع بسلطة التعديل أو فسخ عقد الاستثمار (الفصل الأول).

في سبيل مواجهة هذا الخطر الذي يهدد المستثمر الأجنبي في مشروعه الاستثماري يسعى الى تأمين أو ضمان مشروعه الاستثماري بموجب عقود الضمان التي تسمح له بتحويل عبئ تحمل المخاطر الى جهة أو هيئة متخصصة هي هيئة الضمان التي تتولى ضمان الاستثمارات الأجنبية من مخاطر غير التجارية أو السياسية، حيث يعد خطر الاخلال بالعقد أحد هذه المخاطر (الفصل الثاني).

# الفصل الأول

# سلطة الدولة المضيفة للاستثمار في تعديل أو فسخ عقد الاستثمار

تعتبر الدولة شخص من أشخاص القانون العام، وهذا ما يمكنها من تعديل أو فسخ عقود الاستثمار مستعملة عدة وسائل قانونية مثل سلطتها التشريعية، التنفيذية والإدارية، سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي، حيث تعتبر أحد أطراف العقد، في حين أن الطرف الثاني هو شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري) لا يتمتع بهذه المزايا على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية. وبما أن تنفيذ العقد يتم في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة هذا يكسبها حق اتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية.

والمستثمر الأجنبي من أجل ضمان حماية لمصالحه وتفاديا للأخطار المختلفة الناتجة عن ممارسة الدولة لصلاحياتها، يفرض بعض الشروط من أجل الحد من سلطة الدولة المضيفة، سواء منها تلك التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها في إطار صلاحياتها التشريعية أو تلك التي تندرج في إطار سيادتها الإقليمية.

إذا كانت الدولة مستوردة لرؤوس الأموال تفرض على المستثمر الأجنبي الخضوع لقانونها الداخلي، لكن المستثمرون الأجانب يرفضون الخضوع للقانون الداخلي للدولة المضيفة لأن ذلك لا يمنح لهم الحماية القانونية المناسبة ويطالبون باحترام مبادئ وقواعد القانون الدولي في مجال المعاملة والحماية لضمان استقرار العلاقة العقدية.

للإحاطة بجوانب الموضوع علينا أولا التطرق إلى ماهية عقد الاستثمار الأجنبي **(المبحث الأول)** وبعد ذلك نتطرق إلى أساليب تدخل الدواة لتعديل أو فسخ عقد الاستثمار **(المبحث الثاني)**

## المبحث الأول

## ماهية عقد الاستثمار الأجنبي

لطالما حظي الاستثمار الأجنبي بأهمية كبيرة، كونه حافزا هاما للنمو والتطور الاقتصادي، وعلى هذا الأساس أصبح توفير مناخ ملائم للاستثمار تسوده الحرية والمساواة في المعاملة من بين أهم التحديات التي تواجهها الدول الراغبة في استقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الأجنبية.

تتمتع الدولة في مواجهة المستثمر الأجنبي بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي، وهذا ما يجعل العلاقة التعاقدية بينهما تتميز بالتفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية فما المقصود بعقد الاستثمار(المطلب الأول) وأين تظهر طبيعته المختلفة عن بقية العقود الأخرى(المطلب الثاني)

## المطلب الأول

## مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي

تعتبر عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة لتنمية اقتصاد الدول التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدول المضيفة للاستثمار والمستمر الأجنبي، وتنتمي هذه العقود إلى طائفة عقود الدول المبرمة في هذا المجال، لكنها تختلف عنها، ويتضح ذلك في تحديد الضوابط المحددة لهذه العقود، كما أن الطبيعة الغير المتجانسة لأطراف هذه العقد تلزم عليهم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم تجنبا لأي خلاف، والذي يحدد غالبا من طرف المتعاقدين أو المحكمين. فما المقصود بعقد الاستثمار(الفرع الأول) وأطرافه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### تعريف عقد الاستثمار الأجنبي

تتعدد وتتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب بحسب حاجاتها ورغباتها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وتعتبر من عقود الاستثمار وتلك المتعلقة بعقود الاعتراض وعقود انجاز مشاريع تدخل في إطار تحقيق المنفعة العامة كإقامة السدود، إنجاز الطرقات والأنفاق...

وإذا كانت الاستثمارات الأجنبية تتخذ أشكالا مختلفة، وتتم من خلال أساليب متنوعة، فإن العقد يبقى الأداة القانونية التي يتم التعامل بمقتضاها في المجال، فأصبحت الاستثمارات المحل الرئيسي لهذه العقود،[1]

1.اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص67.

بموجب عقود الاستثمار يتعهد المستثمر الأجنبي بالقيام بإنجاز استثمارات ضرورية للاقتصاد الوطني، حيث يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مقابل الاعتراف للمستثمر الأجنبي بضمانات وامتيازات تؤدي إلى حمايته وتحقيق مردود معتبر للمؤسسة.

يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضى عقد الاستثمار بتقديم رأس ماله، لا يكون مقابل عبارة عن مبلغ معين دائما بل عقد يتثمل في الفائدة التي يجنيها من النشاط الذي يقوم به، ومن ثم فإن العقد يخضع للظروف التي يمارس فيها المستثمر نشاطه، كما تخضع هذه الظروف للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي السائد في الدولة المضيفة.

تجسد الأسلوب التعاقدي في خدمة الاستثمار في الكثير من النصوص، سواء في الاتفاقيات الثنائية للتشجيع الحماية المتبادلة الاستثمارات[1]، أو في القوانين الاستثمار[2]، وهو عقد يبرم بين الدولة من جهة والشخص الأجنبي الخاص من جهة أخرى وهو المستثمر الأجنبي.

فعقد الاستثمار تم تكريسه إذن في مختلف النصوص حتى أصبح أكثر الأساليب استعمالا، خاصة عندما يتعلق الأمر باستثمارات تمثل أهمية وطنية كبيرة[3].

وإذا كانت عقود الاستثمار تستمر على المدى البعيد، فإنها تتأثر بالمعطيات والظروف السياسية والاقتصادية التي تحيط بها مما يطرح عدة مشاكل قانونية، لاسيما وأن المستثمر يعمل على تأمين وضمان نفسه ضد كل محاولة من طرف الدولة في استعمال سلطتها التشريعية أو التنفيذية، استعمال صلاحيتها المتعلقة بالسلطة العامة.

---

[1]- أذكر في بعض المراسيم الرئاسية التي تتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر ودولة أجنبية (مثل فرنسا، إيطاليا، بلجيكا...).

[2]- مرسوم تشريعي رقم 12-93، المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414هـ الموافق ل 05 أكتوبر لسنة 1993، المتعلق بترقية الاستثمار,

وأمر رقم 01-01، المؤرخ في 2001/02/27، المعدل والمتمم للقانون 10/90 (أنظر المادة 02)، ج ر، ع: 52، الصادرة بتاريخ 2003/10/28.

[3]- إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 69.

يرى الأستاذ (JUILLARD) بأن " كل عقد دولة هو عقد بين الدولة ورعية دولة أخرى، غير أن كل عقد بين دولة ورعية دولة أخرى ليس بالضرورة عقد دولة "، لأن العنصر المميز له يوجد في طبيعة التعهد، باعتبار أن عقد الدولة ينصب على موضوع ذو بعد استثنائي هو عملية الاستثمار[1].

لذلك يمكن تعريف عقد الاستثمار بأنه العقد الذي يبرم بين الدول ذات سيادة وهي في الغالب تكون دول مستوردة لرأس المال هذا من جهة، والفرد أو الشخص الخاص الأجنبي من جهة أخرى ويكون إما شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، وهو رعية الدولة الأخرى مصدرة لرأس المال، ويتثمل موضوع العقد في إقامة او إنشاء استثمار من طرف ذلك الشخص في إقليم الدولة المضيفة [2].

## الفرع الثاني

## أطراف عقد الاستثمار الأجنبي

تتميز عقود الاستثمار بوجود الدولة وهي شخص ذو سيادة يتمتع بامتياز السلطة العامة في المجال الداخلي وفي نفس الوقت فهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام.

أما الطرف الآخر، وهو الشخص الأجنبي، طبيعي أو معنوي، فإنه لا يتمتع بتلك الامتيازات، ولا يعد شخصا قانونيا دوليا، لكنه يملك إمكانيات تكنولوجية ومن ثم قوة التي قد تفوق في بعض الأحيان الدولة المضيفة، خاصة إذا كانت من الدولة النامية، وعليه فإن العلاقة بين الطرفين تتميز بعدم التجانس وبتفاوت قانوني واقتصادي.

وعليه يتم إبرام عقود الاستثمار الأجنبي بين طرفين، ويتم إبرام عقود الاستثمار الأجنبي بين طرفين، يتمثل الطرف الأول في الدولة التي تحتل مركزا سياديا وتبرم هذه العقود بواسطة ممثليها إما بطريقة مباشرة أو غير مباشرة (أولا)، وطرف ثاني وهو المستثمر الأجنبي، الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو شخص معنويا ( ثانيا).

---

[1]- رأي الأستاذ (JUILLARD)، مشار إليه في المرجع نفسه، ص 71.

[2]- رأي الأستاذ (JUILLARD)، مشار إليه في إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 72.

**أولا: الدولة كطرف في عقد الاستثمار**

تعد الدولة أحد أطراف عقود الاستثمار الأجنبي، وتقوم بإبرام هذا النوع من العقود إما بطريقة مباشرة وذلك بواسطة مؤسساتها والهيئات العامة لها، مما يطرح في هذا الصدد المعيار الذي يمكن من خلاله اعتبار الدولة طرفا في العقد من عدمه[1].

وقذ اتجه في هذا الإطار كل من الفقه والقضاء إلى إيجاد معيارين يمكن من خلالهما اسناد الآثار المترتبة عن عقد الاستثمار الأجنبي المبرم من طرف المؤسسات والهيئات العامة للدولة في حد ذاتها أو لا، ويتمثل المعيار الأول في المعيار القانوني الذي يعتبر بأن المؤسسات التابعة للدولة في حال قيامها بالتوقيع المادي على عقود الاستثمار الأجنبي وتمتعها بالشخصية القانونية المستقلة، تنصرف آثار العقد لهذه المؤسسات ولا تعتبر الدولة في هذه الحالة طرفا في العقد[2]. بل أجهزتها هي التي تعد طرفا في العقد.

أما بالنسبة للمعيار الثاني فيتمثل في المعيار الاقتصادي الذي يعتبر بأن عملية التوقيع المادي على عقود الاستثمار الأجنبي من طرف المؤسسات التابعة للدولة لا يحول دون تبعية هذه المؤسسات للدولة حتى في حال تمتعها بالشخصية القانونية المستقلة، لأنها تبقى خاضعة لرقابة وتوجيه الدولة، وتكلف مقابل ذلك بتنفيذ السياسة الاقتصادية للدولة لتحقيق مصالحها، وبهذا فإن عقود الاستثمار الأجنبي التي تبرمها المؤسسات التابعة للدولة عملا بالمعيار الاقتصادي تعد الدولة طرفا فيها[3].

وعليه فإن الاعتماد على المعيار الاقتصادي في تحديد ما إذا كانت الدولة تشكل طرفا في عقود الاستثمار الأجنبي التي تبرمها المؤسسات والهيئات العامة التابعة لها يعتبر المعيار الأقرب إلى الصواب، ورغم امتلاك هذه المؤسسات لشخصية معنوية وذمة

1 - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، 2006، ص 12.

2 - بشار محمد الأسعد، المرجع نفسه، ص 17.

3 - سمية يحياوي، عقود الاستثمار الأجنبي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، 2019، ص 215.

مالية مستقلة لكن لا ينفي تبعيتها للدولة ذات السيادة، وذلك من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد وتنفيذ سياستها ومشاريعها.

**ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار**

يعتبر المستثمر الأجنبي سواء كان شخصا معنويا أو طبيعيا[1] ذلك المستثمر الذي ينتمي إلى دولة أجنبية غير الدولة المضيفة لاستثماره، ففي حالة ما إذا كان المستثمر شخصا طبيعيا فإن هذا الأمر لا يؤثر على طبيعة العقد وأطرافه، بل هناك معايير بموجبها تتحدد الصفة الأجنبية للشخص الطبيعي المتعاقد مع الدولة، والتي تتمثل في الغالب في معيار الجنسية باعتبارها الرابطة القانونية والسياسية بين الدول والأشخاص[2].

أما إذا كان المستثمر الأجنبي شخص معنويا، فإنه في غالب الأحيان يكون شركات مثل شركات متعددة الجنسيات وهنا للدولة كامل الحرية في تحديد المعايير التي بموجبها تتحدد جنسية هذه الشركات.

والملاحظ في الوقت الحالي أن المستثمر الأجنبي غالبا ما يكون شخصا معنويا وليس طبيعيا، ذلك أن العقود التي يبرمها خاصة مع الدول النامية، تتطلب رؤوس أموال ضخمة وتكنولوجيا متطورة لا تملكها الأشخاص الطبيعية بمفردها.

تتخذ الاشخاص المعنوية عدة تسميات في الممارسة العملية كالمشروع أو الشركة...، غير أنه جرى العمل على استخدام مصطلح الشركة، وقد تكون مدة الشركات الأجنبية عامة أو خاصة، لكن أثبتت الدراسات أن أغلبية العقود التي تبرمها الدول النامية تتم مع شركات أجنبية خاصة، وهو في الغالب تخضع لنظام القانون الخاص، وأن جنسيته تعد جنسية أجنبية عن جنسية الدولة المتعقدة، لكن حتى وإن كان ينتمي إلى دولة

1 - موسى إلياس الباقي، النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي ووسائل حلها في القانون العراقي، رقم 13-2006، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد 43، جامعة الكوفة، العراق، 2016، ص 97.

2 - يحياوي سمية، المرجع السابق، ص 215.

لتأخذ بنظام اقتصاد السوق، إلا أنه يمكن أن يكون تحت السيطرة الكلية أو الجزئية للحكومة التابع لها[1].

وتتمتع الشركات الأجنبية الخاصة بجنسية دولة أخرى غير الدولة المتعاقدة معها لذلك يعد ضابط الجنسية هنو الضابط المعمول به في الوقت الحالي، الذي تعددت اختلفت بشأنه معايير تحديد جنسية المستثمر.

غير أن اكتساب هذه الأشخاص المعنوية للجنسية يتطلب وجود رابط اقتصادي بين الدول والشركة، وهذه الروابط تخضعه لضوابط ومعايير مختلفة تعتمدها الدول في منح جنسيتها وفقا لسلطتها التقديرية ولظروفها الاقتصادية، عكس جنسية الأشخاص الطبيعية التي تتطلب توافر رابط حقيقية وواقعية.

ولقد تعددت معايير تحديد جنسية الأشخاص المعنوية، منها اعتماد معيار مكان تأسيس الشركة، جنسية المؤسس لها، المركز الرئيسي للنشاط الاقتصادي، مركز الإدارة الرئيسي (المقر الاجتماعي)، وأخيرا معيار الرقابة.

## المطلب الثاني

## الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي

من أجل تفادي الأخطار المختلفة الناتجة عن ممارسة الدولة لسلطتها وصلاحياتها التشريعية وضمان الحماية اللازمة، يحاول المستثمرون الأجانب فرض بعض الشروط من اجل الحد من سلطات الدولة سواء منها تلك التي تتمتع بها كسلطة عمومية أو تلك التي تمارسها في إطار صلاحياتها التشريعية أو تلك التي تندرج في اطار سيادتها الإقليمية[(2)].

[1]- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، 1991، ص 44.

2 - عيبوط محند وعلي، " عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي " المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 53.

فإذا كانت الدول المستوردة لرؤوس الأموال تتمسك بضرورة خضوع الاستثمارات الأجنبية لقانونها الداخلي احتراما لسيادتها ومركزها في القانون الدولي، فإن المستثمرين الأجانب يرفضون الخضوع للقانون الداخلي الذي لا يمنح لهم الحماية القانونية المناسبة ويطالبون باحترام مبادئ وقواعد القانون الدولي في مجال المعاملة والحماية لضمان استقرار العلاقة العقدية.

إن الجنسية الأجنبية للمستثمر ووجود أشخاص القانون العام كطرف في العلاقة العقدية جعلت مسألة القانون الواجب التطبيق أكثر تعقيدا أو محل خلاف في الفقه والقضاء.

يبرم عقد الاستثمار الأجنبي بين طرفين مختلفين من حيث المراكز القانونية، فهو عقد مبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وهو الدولة المضيفة للاستثمار من جهة، ومن جهة أخرى يظهر المستثمر الأجنبي المتمتع بجنسية أجنبية عن الدولة المضيفة باعتباره شخص من أشخاص القانون الخاص، ولاختلاف المراكز القانونية بين الطرفين أمر بالغ الأهمية ما يجعل من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق مسألة أكثر تعقيدا بسبب الخلاف الموجود حول فكرة اعتبار عقد الاستثمار الأجنبي عقد داخلي يخضع للنظام القانوني للدولة المضيفة (الفرع الأول) مع محاولات المستثمرين الأجانب الحثيثة لتدويله (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## عقد الاستثمار عقد داخلي

يخضع النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية لتشريع الدولة المضيفة التي تتمتع بحرية كاملة في مجال تحديد شروط الاستثمار وحقوق والتزامات المستثمرين والضمانات المعترف بها والقطاعات المعنية إلى جانب تسوية المنازعات.

فالدولة لها الحرية في تخصيص بعض القطاعات لمواطنيها وتجسيد مبدأ حرية الاستثمار ولديها الحرية في تقرير ومنح امتيازات لدولة معينة على حساب دول أخرى، نظرا لمركزها في القانون الدولي لاعتبارات تتعلق بالسيادة التي تتمتع بها الدولة في

مواجهة المستثمر الأجنبي المتعاقد معها[1]. وهذا بسبب اختلاف المراكز القانونية لطرفي عقد الاستثمار(أولا)، بحث عن الأساس القانوني لهذا الخضوع (ثانيا).

**أولا: اختلاف المراكز القانونية لطرفي العلاقة العقدية**

يرى البعض أن عقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين المستثمر الأجنبي والدولة ليس له علاقة بالقانون الدولي، بل له علاقة بالقانون الوطني، بحيث يستمد قوته الإلزامية من قانون الدولة المتعاقدة الذي يحكم مختلف الجوانب العقدية، بما في ذلك الآثار المترتبة عن إخلال الدولة بالتزاماتها العقدية، نتيجة لذلك فإن عدم احترام بنود العقد لا يترتب عنه الاخلال بالالتزام دولي، وأي خلاف بين الطرفين يجب أن يخضع للقانون الوطني في جميع عناصره ما دامت العلاقة بين الأطراف واقعة في نظام القانون الداخلي أساسا[2].

فمن الصعب على الدولة الدخول في علاقة عقدية غير خاضعة لقانونها الوطني وذلك لأسباب تتعلق بالسيادة، رغم أن المستثمر الأجنبي عادة ما يلجأ الى قانون آخر لأسباب مختلفة كأسباب أمنية جهل التشريع الداخلي للدولة وعدم ملائمته.

يعتبر القانون الاتفاقي عقود الاستثمار بأنها تصرفات قانونية خاضعة أول او قبل كل شيء للقانون الداخلي للدولة التي يتم الاستثمار على إقليمها، ومعظم الاتفاقيات الثنائية تشير إلى خضوع عقود الاستثمار للقانون الداخلي بشكل صريح.

تعتبر اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة لمركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI) الاتفاقية الوحيدة التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق[3].

---

1 - سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص ص 55-65.

2 - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 56.

3 - المادة رقم 42 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95، المؤرخ في 1995، ج ر، عدد 66، الصادر في 1995، التي تنص (تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلق بالموضوع.

ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عمومية مثل هذه النصوص.

ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة – إذا ما اتفق الطرفان على ذلك – في الحكم بموجب العدل والإنصاف).

يطبق قانون الدولة المتعاقدة وفي حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق يطبق قانون الدولة المتعاقدة بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي، هذه الاتفاقية تعطي ضمانات لعقود القانون الدولي، ولكن لا تنشئ " تصرفات قانونية دولية " كما تشير إلى تطبيق مبادئ العدل والإنصاف إذا ما اتفق الطرفان على ذلك، وإن كانت الاتفاقيات الدولية لا تستبعد تطبيق القانون الدولي على العلاقة العقدية فيجب أن يكون ذلك نتيجة إرادة الطرفين.

**ثانيا: الأساس القانوني لخضوع عقد الاستثمار للقانون الداخلي**

خضوع العلاقات العقدية لقانون الدولة المضيفة يجد أساسا له في المبادئ الأساسية للقانون الدولي للتنمية خاصة منها: " مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية " الذي تعتبره الدول النامية شرطا أساسيا لممارسة سيادتها الاقتصادية[1].

ولم يتم الاتفاق حول كيفية خضوع العلاقة العقدية بين الدولة والمستثمر الأجنبي للقانون الدولي نظرا للآثار القانونية المترتبة عن الاعتراف للخواص بحقوق في النظام الدولي، لذلك بقيت الاستثمارات الأجنبية خاضعة لنفس الأحكام الخاصة بحماية الأجانب المعترف بها في القانون الدولي العام. ما يعني أن عقود الاستثمار تخضع في نظامها لقانون الدولة المضيفة، لا للقانون الدولي.

## الفرع الثاني

## محاولات تدويل عقد الاستثمار

يحاول كل طرف في عقد الاستثمار تطبيق القانون الذي يحقق له مصالحه لينظم العلاقة التعاقدية، حيث نجد تمسك البلدان النامية بتطبيق قانونها الوطني لضمان امتيازاتها كسلطة عمومية والدفاع عن سيادتها، وعلى غرارها تحاول البلدان المتقدمة وشركاتها المتعددة الجنسيات بوضع حدود لهذه السيادة عن طريق التجميد التشريعي وتفادي تطبيق القانون الداخلي للدولة، وعلى هذا الأساس توجد محاولات لتعديل عقد الاستثمار يتم تدويل العقد إما بإخضاعه للقانون الدولي على أساس إرادة الأطراف (أولا) أو على أساس اللجوء للتحكيم التجاري الدولي (ثانيا).

1 - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 59.

**أولا: تدويل عقد الاستثمار على أساس ارادة الاطراف**

إن تدويل عقد الاستثمار يقوم على أساس الإرادة باختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه، حيث تدخل عقود الاستثمار في إطار العلاقات الاقتصادية الدولية، لذلك يجب إخضاع هذه العلاقة العقدية للنظام القانوني الدولي.

حيث يعرف قانون الإرادة لدى فقه القانون الدولي الخاص بأنه الحرية المتروكة للأطراف المتعاقدة لتعيين القانون الذي يخضعون له خصوصا وأنه يرتبط بأكثر من نظام قانوني، وكل هذا وفق قاعدة حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

حيث يرى الفقيه الفرنسي DUMOULIN أن قانون محل الإبرام فرض اختصاصه استنادا للإرادة الضمنية، بإمكان المتعاقدين بإرادتهما الصريحة اختيار قانون آخر ليحكم عقدهما[2].

وبالتالي فإن اختيار الاطراف للقانون الدولي ليحكم العقد يكون في عدة صور فعند عرض النزاع على القاضي أو المحكم بخصوص العقد الدولي يبحث عن الإرادة الصريحة للمتعاقدين في تطبيق قانون معين على العقد[3]، فإن لم يجدها يبحث عن إرادتهم الضمنية، من خلال الظروف المحيطة بالتعاقد[4].

---

1 - عبد الكريم سالمة أحمد، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021، ص33.

2 - لقد قرر DUMOULIN خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون الإرادة، وذلك بخصوص النظام المالي للزوجين Gini، فقد أراد هذين الزوجين الخضوع للنظام المالي السائد في باريس من أجل تجنب القواعد العرفية التي كانت سائدة في المقاطعات المختلفة التي تقع فيها أموالهما، ولقد أقر DUMOULIN بأنه وان كانت أموال الزوجين تقع في أكثر من بلد الى أن النظام المالي يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجين على أساس أن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى اختيار ذلك لقانون وهو العرف السائد في باريس. وبذلك سعىDUMOULIN إلى إخراج العقد من نظام السيادة الإقليمية للقانون تأسيسا على دور الإرادة في العقد، فهي أي إرادة من يوجد العقد وليس القانون، وهي تحدد القانون الذي يخضع إليه العقد.

3-عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص 220

4 - مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 2001/12/20، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات وعمها ومتابعتها، ادرا سكوم تيليكوم، ج ر عدد80، الصادرة في 2001/12/26.

**1-التدويل الصريح**

وذلك في حالة ما إذا تضمن العقد نصا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق، أين يلزم كل من القاضي الوطني والمحكم الدولي، إذا أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم التي تحترم تلك الإرادة. وتشكل هذه الاخيرة حماية مستقبلية للأطراف.

أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية في إطار عقود الاستثمار وأدرجت فيها بندا صريحا بخصوص القانون الواجب التطبيق إذ نصت المادة 08 من عقد أو اتفاقية الاستثمار المبرم بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تيليكوم على أنه: "يعترف الطرفان بأن هذه الاتفاقية خاضعة لقوانين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وتنظيماتها"[1].

**2-التدويل الضمني**

يعرف بانه خيار حقيقي غير معلن عنه بحيث يستنتج المحكم أو القاضي من خلال تخمينه المنطقي وملابسات العقد من خلال استخدام قرائن وأدلة إضافية لاستنباط هذه الارادة الضمنية [2].

تم التأكيد على ضرورة الكشف عن الإرادة الضمنية من خلال أحكام القضاء الداخلي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 05 ديسمبر 1910 بأن "القانون المختار بواسطة العقد ليس هو القانون فقط المختار بواسطة إرادتهم الصريحة، ولكن من الممكن استخلاصه من مختلف الظروف الملابسة للعقد"[3].

وجهت هذه النظرية عدة انتقادات، أهمها[4]:

- أن تشبيه العقد بالاتفاقية ليس له أي تطبيق من الناحية العملية.

---

1 - مرسوم تنفيذي رقم 01-416، المرجع السابق.

2 - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003. ص 485.

3 - آيت معمر الطاهر، الإطار القانوني لعقد الاستثمار -ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2020، ص44.

4- عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 6.

- أنها تجسد فكرة تنازل الدولة عن سيادتها واختصاصاتها في المجال التشريعي وهذا ليس دائما
- تعتمد على فكرة التنمية وهذا العنصر الاقتصادي غير محدد.
- أن القانون الدولي ليس له القواعد القانونية الكافية لتنظيم العلاقة العقدية.

**ثانيا: تدويل عقد الاستثمار على أساس إمكانية اللجوء لتحكيم الدولي**

عند تعاقد الدولة مع طرف أجنبي بشأن عقد من عقود الاستثمار فغالبا ما تقضي هذه العقود باللجوء إلى التحكيم الدولي باعتباره مبدأ حتمي وواقعي تدول على أساسه عقود الاستثمار ووسيلة لحل المنازعات المبرمة بين الدول والمستثمرين الأجانب هذا ما جعله أكثر من ضرورة في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

لم تعرف معظم التشريعات التحكيم بل اكتفت بتحديد المعايير التي يعتبر فيها التحكيم دوليا، فالمشرع الجزائري على سبيل المثال لم يعط تعريفا للتحكيم بل بين معايير دوليته في نص المادة 1232 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص على أنه:" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"[1].

رغم أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتحكيم، إلا أنه عرف اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم في نص المادة 1211من ق إ م إ على أنه: " الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم". وعلى أساس هذا الاتفاق يتم اللجوء إلى التحكيم أثناء نشوء النزاع، ولهذا يمكن القول بأن عقد الاستثمار من العقود الدولية.

1 - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25-فيفري-2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 02 الصادر في أفريل/ 2008.

## المبحث الثاني

## أساليب تدخل الدولة للإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي

يتمثل موضوع عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في عمليات الاستثمار معينة، يكون الغرض الأساسي منها تحقيق الربح للطرف الأجنبي وخدمة التنمية في الدولة المضيفة.

تبرم عادة عقود الاستثمار بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي ومستثمر أجنبي، وتتمتع الدولة باعتبارها شخصا قانونيا ببعض الامتيازات في مواجهة المستثمر الأجنبي، مما يسمح لها باتخاذ بعض الإجراءات من أجل الدفاع عن مصالحها وتحقيق أهدافها التنموية[1]. وتتمثل هذه الإجراءات في تعديل عقد الاستثمار أو إلغائه على أساس أنها شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة، سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي، في حين أن الطرف الثاني هو شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري) لا يتمتع بهذه المزايا على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية[2].

لذلك نجد أن أساليب تدخل الدولة لتعديل أو فسخ عقد الاستثمار المستمد من الامتياز التشريعي للدولة باعتبارها تتمتع بسلطة اصدار وتعديل وإلغاء النصوص التشريعية (المطلب الأول)، كما قد تتم هذه الأساليب بشكل منفرد يظهر في شكل إجراءات انفرادية تقليدية (المطلب الثاني) أو مستحدثة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول

### الامتياز التشريعي كأسلوب في تعديل أول فسخ عقد الاستثمار الأجنبي

تتمتع السلطة العامة للدولة بامتيازات واسعة بمناسبة أدائها لمهامها المختلفة بمقتضى ما تصدره من قرارات وما تبرمه من عقود متنوعة، ومن أبرزها سلطة تعديل شروط العقد والالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في طياته وبالرغم من اختلاف الفقهاء

---

1- عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الاجنبية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص 192.

2- شنتوفي عبد الحميد، الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار، مجلة الدراسات الحديثة حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 01 العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017 ص 195-197.

حول ثبوت هذا الحق إلا أنه أصبح من المبادئ المعترف بها في إطار قانونها الداخلي في المجال التعاقدي للسلطة العامة التي تسعى لتحقيق المصلحة العامة. وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى الإطار القانوني للامتياز التشريعي على الاستثمار الأجنبي (الفرع الأول) وكذلك الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ شروط عقد الاستثمار (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## الإطار القانوني للامتياز التشريعي على الاستثمار الأجنبي

حتى لو تضمنت عقود الاستثمار شروط الاستقرار وشرط عدم المساس به فإن هذا القيد لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية، من خلال تعديل منظومتها التشريعية، التي قد تمس بطريقة أو بأخرى محتوى عقد الاستثمار، وذلك من أجل مسايرة التطورات الراهنة من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى باعتبار تحقيق هذه الأخيرة يقع على عاتق الدولة.

غير أن مثل هذه التعديلات القانونية الجديدة، قد تلحق بالمستثمر الأجنبي أضرارا جسيمة خاصة إذا مس التعديل مجالات حساسة كالتشريع الجنائي، الجمركي، والنقدي[1].

لقد ابرمت الدولة الجزائرية عقود استثمار مع بعض المستثمرين الأجانب أين تم تضمينها بشروط الاستقرار التشريعي وشرط التجميد التشريعي ونذكر في هذا المقام اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة اوراسكوم تيليكوم (OTA) أين تنص المادة 1/6[2] منها على أنه " **إذا تضمنت القوانين والتنظيمات المستقبلة للدولة الجزائرية نظام استثمار أفضل من النظام المقرر في هذه الاتفاقية يمكن لهذه الشركة أن تستفيد من هذا النظام شريطة استيفاء الشروط المقررة في هذه التشريعات أو تنظيماتها التنظيمية** ".

نفس المعنى الذي تضمنته نص المادة 06 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة

1- شنتوفي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 198.

2 - اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) مؤرخة في 30 أكتوبر 2003. ج ر، العدد 47، الصادر في 2001.

الجزائرية للإسمنت (ACC) التي تنص على أنه: " **طبقا للمادة 15 من الأمر المؤرخ في 20 أوت لسنة 2001 فإن المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقية الحالية** ".

وعليه يتبين لنا أن التعهدات التي أقرتها المادتين من الاتفاقيتين السالفتي الذكر والمتضمنتين لشروط الاستقرار وعدم المساس بالعقد أنها التزامات صادرة عن الدولة الجزائرية هدفها هو تحفيز المستثمرين الأجانب على الاستثمار في الجزائر ومنحهم ضمانات إضافية، ولكن على الرغم من كون هذه الشروط تعتبر من المسائل الهامة بالنسبة للمستثمر الأجنبي الذي يتعاقد معها والذي يشترط دائما تثبيت النظام القانوني لحماية استثماره، إلا أنها من جانب آخر تعتبر قيدا على حق ممارسة الدولة لسلطتها التشريعية، كما تؤدي أيضا إلى إحداث تفاوت في المركز القانوني وحتى الاقتصادي للطرفين وقد تضر بمصالح الدولة في حالة عدم احترامها للتعهدات المرتبطة بهذه الشروط، أين يترتب عنها مسؤولية دولية خاصة في إطار الممارسات الرامية إلى جعل عقود الدولة في مجال الاستثمار في مصف الاتفاقيات الدولية[1].

## الفرع الثاني

## الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ شروط عقد الاستثمار

مما لا شك فيه أن المستثمر الأجنبي يفضل الاستثمار في الدول المضيفة التي تتميز بالاستقرار التشريعي، بحيث أن هذا الأخير يعد من أهم المعايير التي تسمح بالحكم على مدى توفر الأمن القانوني في بلد معين من عدمه.

غير أنه لا يمكن إنكار أن الدولة ككيان يتمتع بالسيادة، لها مطلق الحرية في تعديل قوانينها الداخلية وكذا تعديل شروط عقد الاستثمار كيف ما تشاء ومتى تشاء[2]. وعادة ما يتم تنفيذ عقود الاستثمار في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، حيث يعتبر

1- معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 318.

2- حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمار في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ،2018، ص 274.

ثبات واستقرار عقد الاستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي ذا أهمية قصوى لحماية حقوقه[1].

غير أن الدولة قد تتصرف مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة تنفيذية وإدارية أثناء تنفيذ الاتفاق، ليست بصفتها طرفا متعاقدا على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، وإنما باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الدولي العام. فهي شخص ذا سيادة، وهذا الأمر يسمح لها باتخاذ مجموعة من الإجراءات الانفرادية وفق ما يخدم مصالحها الاقتصادية، فهي إجراءات تتخذها الدولة بصفة منفردة وفق ما تراه مناسبا لمصالحها. غير أن هذه الإجراءات الانفرادية المتخذة من الدولة قد تشكل خطرا على مصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما يجعله يبحث بكل الطرق لإدراج شروط الاستقرار وشرط عدم المساس بالعقد الاستثمار المبرم بينه وبين الدولة المضيفة.

في حالة المساس بعقد الاستثمار من قبل الدولة المضيفة فإن الالتزام التعاقدي لهاته الأخيرة لا يمنعها من اللجوء إلى نقضه أو فسخه إذ أن حقها في الفسخ أو النقض أسمى من مجرد وعد اتجاه شخص أجنبي خاص متعاقد معها. فالممارسات السيادية والإجراءات الانفرادية التي تقوم بها الدولة المضيفة وحتى في حالة نزع الصفة القانونية عنها قد تؤدي إلى تمكينها من الاخلال بعقد الاستثمار، خاصة إذا اعتبر أن مثل هذه الإجراءات الانفرادية تدخل في سلطاتها ولها الحرية في اتخاذها[2].

من جهة أخرى أصبح المستثمر الأجنبي يستفيد من الحماية الدولية استنادا الى الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الدولة المضيفة والدولة المصدرة للاستثمار، وليس فقط استنادا إلى عقد الاستثمار المبرم بينه وبين الدولة المضيفة، إذ أنه بوجود الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات، فإن الشروط التي تلزم الدولة باحترام التزاماتها التعاقدية الناتجة عن عقد الاستثمار تفقد أهميتها.

---

1- عيبوط محند واعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، رسالة الدكتوراه دولة في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص 130.

2- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 101.

فقد انتقلت النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية من خرق الالتزامات التعاقدية المتضمنة في عقود الاستثمار إلى تلك الناتجة عن اتفاقيات الاستثمار التي أنجزت من خلالها الاستثمارات في حال غياب اتفاق خاص بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي، فتتحول الالتزامات التعاقدية بين الدول إلى التزامات دولية حقيقية من منظور القانون الدولي، لذلك يعد خرق الدولة لالتزاماتها التعاقدية خرقا مباشرا للقانون الدولي العام ما يؤدي إلى تدويل الالتزامات التعاقدية لهذه الدول، وهذا في حالة وجود اتفاقية ثنائية بين الدولتين.

يضاف إلى ذلك أن المستثمر الأجنبي يواجه دائما خطر التعديل الكلي أو الجزئي للحقوق العقدية من قبل الدول المضيفة استنادا إلى امتيازات السلطة العامة في إطار ممارستها لسلطتها التشريعية، فإذا كان بعض الفقه يؤكد على التطبيق المطلق لمبدأ عدم تعديل شروط العقد، فإن البعض الآخر يعترف بسلطة الدولة كطرف في العقد في تعديله أو فسخه بصفة انفرادية.

فإذا كانت بعض القرارات التحكيمية تعترف بحق الدولة في التراجع عن التزاماتها العقدية التي سبق لها الموافقة عليها فإن هذه القرارات تؤكد على ضرورة مراعاة بعض القواعد التي تنظم هذه العقود وهذا ما يظهر في قضية Aminoil c/Kweït [1]. كما تعترف معظم القرارات التحكيمية بحق السلطة العامة في تعديل أو فسخ عقد الاستثمار أخذا بعين الاعتبار "الحق في التأميم" الذي تتمتع به الدولة والمعترف به على المستوى الدولي ويظهر ذلك جليا من خلال الحكم التحكيمي الصادر في قضية Texcaco-calaiatic[2].

غير أن سلطة التعديل أو الفسخ الانفرادي للعقد التي تتمتع بها الدولة المضيفة ليست مطلقة ويجب ألا تكون وسيلة للتحرر من التزاماتها العقدية بصفة مطلقة وغير محددة، فإذا كانت المصلحة العامة هي أساس هذه السلطة، فإن هذا المبدأ نفسه يبرر إمكانية قيام هذه السلطة بوضع حدود لسلطتها في هذا المجال وفقا لمقتضيات المصلحة

1- نقلا عن: عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 193-194.

2- عيبوط محند واعلي، مرجع سابق، ص 128

العامة[1]. ولكن في الوقت نفسه يمكن لها أن تتراجع عن هذه الحدود بإرادتها المنفردة، وهو الأمر الذي يخل بالأمن القانوني لعقد الاستثمار الذي يبحث عنه المستثمر الأجنبي بشكل دائم [2].

ما زاد في تأكيد المسؤولية الدولية للدول تطور قضاء التحكيم لاسيما تحكيم CIRDIمن خلال القضايا العديدة خاصة تلك القائمة على أساس الاتفاقيات الثنائية[3].

نجد أن السمات الخاصة بعقود الاستثمار والمتمثلة في آجالها الطويلة وتنفيذها على مراحل وتعلقها في أغلب الأحيان وخاصة في البلدان النامية باستغلال الثروة الطبيعية ومصادرها وارتباط هذه العقود بخطط التنمية الاقتصادية التي تبنتها الدولة المضيفة إضافة إلى ارتباطها بالمناخ التشريعي والسياسي والاجتماعي في هذه الدولة، فانطلاقا مما تتمتع به الدول من سلطات سياسية وسيادية وامتيازات، فإن ذلك يجعلها أقوى من المستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وهذه السلطات تمكنها من الإخلال بالالتزامات التعاقدية بسهولة.

## المطلب الثاني

## الإجراءات الانفرادية كأسلوب لتعديل وفسخ عقد الاستثمار الأجنبي

إن الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يعني أن الدولة تطلق يد المستثمر الدولة، وبالتالي يكون لها الحق في ممارسة الرقابة أثناء مزاولة المستثمر للنشاط الاستثماري والهدف من الرقابة هو التحقق من مدى وضعية التقدم المشروع والتدخل عند الضرورة للمنع ما من شأنه إلحاق الأضرار لمصالحها الوطنية لأن تشجيع الاستثمارات لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضيها، تتمثل هذه الإجراءات في ممارسة السلطة العامة لامتيازاتها عن طريق مراقبة المشاريع الاستثمارية والإشراف عليها

---

1- عيبوط محند وعلي، المرجع السابق، 128.

2 -ZOUAIMIA Rachid, A la recherche de la sécurité juridique de l’investissement étranger, Revue Académique de la Recherche Juridique, p-ISSN :0087-2170, E-ISSN :2588-2287, p 638, 639.

3- اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 276.

(الفرع الأول) وحق الدولة في تعديل عقد الاستثمار الأجنبي ووضع نهاية له بإرادتها المنفردة (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## ممارسة السلطة العمومية أسلوب الرقابة

تتعدد أساليب الرقابة من حيث شمولها ودقتها، كما أن حدود الرقابة تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها، وتتحقق هذه الرقابة بفرض نسبة المشاركة الأجنبية في قوانين الاستثمار الداخلية (أولا)، أو بالنص على تعديل عقد الاستثمار أو فسخه (ثانيا).

**أولا: ألية الشراكة كأسلوب للرقابة**

يأخذ الاستثمار الأجنبي المباشر شكل مشروعات مشتركة بين المستثمر الأجنبي والوطني، أو مع الدولة المضيفة، أو بنسيب متفاوتة تحدد وفقا لاتفاق الشركاء، حسب القوانين المنظمة لتملك الأجانب في الدولة المضيفة، لذلك فقد أصبحت الشراكة أسلوبا مفضلا لما تحققه من مزايا لأطراف عقد الاستثمار.

يمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة المشاريع، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأس مال كل مشروع أو في إدارته، حيث كرسته السلطات العمومية الجزائرية أسلوب الرقابة في إطار قانون المالية التكميلي لسنة 2009[1]من خلال تجسيد آلية الشراكة لإنجاز الاستثمارات الأجنبية وذلك بتطبيق مبدأ الأفضلية الوطنية ب 51 % و49% للطرف الأجنبي، فضلا عن اشتراطها خلق مناصب الشغل وحماية الأيدي العاملة في الداخل وتكوينها بهدف تخفيض نسبة البطالة.[2]

---

1- قانون رقم 09-01 مؤرخ في 22/جويلية/2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر، ع 44، الصادرة في 26-07-2009.

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

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

تتمكن الدولة المضيفة من خلال آلية الشراكة من مراقبة المشروع الاستثماري من الداخل بطريقة فعالة، ومشاركة المستثمر الأجنبي فيها يحققه من أرباح، كما يحقق آلية الشراكة للمستثمر الأجنبي الطمأنينة على استثماراته وضمان عدم اتخاذ حكومة الدولة المضيفة الإجراءات الانفرادية تضر بمشروعه الاستثماري باعتبارها طرفا شريكا في المشروع.

إلا أن نسبة المشاركة التي تلزم المستثمر الأجنبي بالمشاركة بنسبة 49% ملغاة غلا ما يتعلق بأنشطة شراء وبيع المنتجات، وتلك التي تكتسي طابعا استراتيجيا، التابعة للقطاعات المحددة في المادة 50 من قانون رقم 20-07 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020 وما دون هذه القطاعات الاستراتيجية فإن كل نشاط آخر لإنتاج السلع والخدمات مفتوح للاستثمار الأجنبي دون الالتزام بالشراكة مع طرف محلي.

**ثانيا: حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة**

تحرص الدولة على أن ينص عقود الدولة المبرمة مع الطرف الأجنبي على حقها في تعديل العقد في حدود معينة أو فسخه عند إخلال الطرف الأجنبي بالالتزامات المفروضة عليه، وغالبا ما تحدد الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد.

في الأصل لا يجوز تعديل العقد إلا بموافقة الطرف الآخر، إلا أنه في عقود الدولة للدولة الحق في تعديل العقد بدون موافقة الطرف الأجنبي إذا كان تنفيذه يتعارض مع المصلحة العامة، على أن يتم تعويض الطرف الأجنبي عند حصول ذلك في الالتزامات، وسبب ذلك هو طبيعة عقود الدولة التي يسري لفترات طويلة عادة وتأثيرها على خطط

التنمية الاقتصادية في البلاد، مما يخول للدولة الحق في تعديلها وفقا لهذه الظروف حتى لو لم ينص العقد على ذلك.

كما أن للدولة الحق في فسخ العقد وفقا لأحكام التي تنطبق على العقود في القانون الخاص وذلك عند إخلال الشركة الأجنبية بالالتزامات الجوهرية المفروضة عليها في العقد[1] وعادة ما يتم حصر هذه الالتزامات في العقد وحالات الفسخ، إلا أن حق الدولة في الفسخ يكون قائما بثبوت الإخلال الجوهري للالتزامات المفروضة على المستثمر الأجنبي[2].

إن اغلب النزاعات التي تثار بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والطرف الخاص سببه تمسك الدولة بضرورة تحقيق المرونة في النظام العقدي، حتى يتسنى لها مواكبة التطورات والتحولات الحاصلة. في حين أن الطرف الأجنبي يتمسك بثبات النصوص العقدية لاعتقاده أن هذه العقود المبرمة بينه وبين الدولة تندرج ضمن خطيرة القانون الخاص الذي يركز على الاتفاق الحر.

بينما الدول كطرف في العقد ترى أن من حقها إحداث تغيرات فيه خاصة أن معظم هذه العقود ذات آجال طويلة، فهي قابلة للتعديل لمواكبة التطورات الحاصلة لما يستلزم إحداث تغيرات على بنود العقد وشروطه الشيء الذي يؤدي بالدول إلى إدراج شروط المراجعة وإعادة التفاوض على محتوى العقد وهو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفين بتعديل العقد الذي يربطهما في حالة حدوث تغيرات في الشروط الجوهرية التي التزم بموجبها وأدت إلى إحداث نوع من اللاتوازن أثناء تنفيذ العقد وتحمل إحداهما، وإذا لم

1- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص128.

2- ومن ضمن حالات الفسخ عدم تنفيذ الأعمال طبقا لمواصفات العقد وتوقف الشركة عن دفع الرسوم والضرائب المفروضة وتنازل الشركة عن تنفيذ أعمال العقد لطرف آخر دون موافقة الدولة وحالة الإعلان عن إفلاس الشركة الأجنبية وعدم التزام الشركة بالحد الأدنى للاستثمار وغيرها.

تتضمن هذه العقود على أي شروط من الشروط المتعلقة بثبات العقد أو بمراجعته وإعادة التفاوض، فهل يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها[1] ؟

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

ونظرا لعدم التوازن الاقتصادي والفني بين أطراف العلاقة العقدية، فإن الدولة المضيفة لا تملك الإمكانيات التي تؤهلها لإجراء مفاوضات عادلة طالما أنها تقدم على التعاقد بدافع الحاجة الماسة إلى إبرامها مثل هذه العقود[2].

## الفرع الثاني

## حق الدولة في انهاء عقد الاستثمار

للدولة الحق في إنهاء العقد، وذلك عندما تقوم الدولة المضيفة بالاستثمار عادة بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون بنقل ملكية المشروع الاستثماري إلى الدولة المضيفة للاستثمار ثم القيام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على الإدارة الرئيسية للمشروع ومنع موظفي المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، وقد يؤدي إلى إخراج المستثمر الأجنبي من أراضي الدولة المضيفة للاستثمار[3]، وعليه فمن الواجب على الدولة الدفاع عن حقوقها لاسيما إذا كانت تلك العقود المبرمة متصلة اتصالا وثيقا بالتنمية الاقتصادية، باعتبار المسألة ذات صلة بسيادة الدولة على ثرواتها، وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في مختلف القرارات الصادرة عنها، التي تؤكد على حق

---

1- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيلا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية واحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، دار النهضة، العربية، القاهرة، مصر، 2004 ص107.

2- شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 201-202.

3- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص128

الدول والشعوب في تقرير مصيرها وحقها في سيادتها الدائمة على مواردها وثرواتها الطبيعية[1]، وبالتالي للدولة الحق في فسخ وإنهاء عقود الاستثمار، إذا ما أخل المستثمر الاجنبي بإلتزاماته التعاقدية اعتمادا على قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة [2].

## المطلب الثالث

## الإجراءات الانفرادية الحديثة المتخذة للمساس بملكية المستثمر الأجنبي

اتخذت الجزائر إجراءات انفرادية حديثة في تشريعاتها المؤطر للاستثمار تمس بملكية المستثمر (الفرع الأول)، وكذلك من خلال تقييد المستثمر الأجنبي نسبة المشاركة الأجنبية في المشروع وإدارته، وإجراء الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### الأخذ التدريجي لملكية المستثمر الأجنبي

أقرت معظم التشريعات على اعتبار إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حقا مقررا للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية مساواة ما بين المستثمر الأجنبي والوطني الذي يتعرض في إقليم دولته لمثل هذه الإجراءات دون أن يكون في ذلك أي إجحاف بحق الأجنبي ما دام أنه يتعرض لنفس ما يتعرض له المستثمر الوطني إذا كان في الوضعية نفسها[3].

تتنوع الأساليب المتبعة من طرف الدول المضيفة في سبيل أخذ ملكية الأجانب ويمكن حصرها في الصور التقليدية المعروفة في القانون الدولي لأخذ الملكية، ولكونها لا يمكن حصر هذه الصور فإنها تدخل فيما يسمى بالإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم، كما يمكن إضافة أشكال أخرى، تتثمل عموما في جميع الإجراءات المتخذة من

---

1 - شنتوفي عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 201-202.

2- نذكر من هذه القرارات : القرار رقم 626 سنة 1952، القرار رقم 803 سنة 1962،القرار رقم 3171 لسنة 1974، القرار رقم 3271 و هي قرارات تعني بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، ة تعطي لدولة الحق في التأميم ونزع الملكية بشرط دفع تعويض، راجع في ذلك: كاشر عبد القادر ، نحو تنظيم اقتصادي دولي جديد (من منظور الدول النامية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1995 ص 102

3- حسين نوارة الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 18.

قبل الدولة المضيفة وتؤدي إلى نفس أثر نزع الملكية أو التأميم بشكل غير مباشر أي بشكل تدريجي وبشكل يحول دون استعمال المستثمر الأجنبي لمشروعه أو فقدان السيطرة عليه حتى ولو بقي المشروع في حوزته، وذلك انطلاقا من اعتماد أسلوب التدخل في انهاء نشاط الشركة الأجنبية أو في أدائها له بطريقة سيئة عن طريق سن القوانين الخاصة بتنظيم الملكية وتوزيع الثروة[1].

وتسمى بالإجراءات الزاحفة لأنها تحول دون قدرة المستثمر الصمود أمامها، وبالتالي تدفعه إلى التخلي أو التنازل عن مشروعه مقابل تعويض ولو كان مبلغا بسيطا[2].

وعليه تتخذ حكومات الدول إجراءات إدارية سياسية وقضائية في منظومتها التشريعية لا يمكن وصفها بصفة نزع الملكية، إلا أنها تحرم المستثمر من سلطاته على مشاريعه الاستثمارية أو تمس بحقوقه وتحول دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره بطريقة غير مباشرة، وبصورة تدريجية إبقائه مالكا للمشروع، فهذا الأسلوب تمارسه الدولة على ممتلكات الأشخاص من خلال مصادرتها للمشروع الاستثماري بطريقة تدريجية من خلال التعديل الذي يطرأ في التشريع الجبائي، النقدي، والجمركي كالزيادة في الضرائب من فترة لأخرى والتمييز في فرض الضرائب بين المستثمرين أو بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من جنسية دون أخرى وكذا فرض زيادة اليد العاملة المحلية عن المستثمر الأجنبي وهذا ما من شأنه أن يلحق أضرارا معتبرة به[3].

فضلا عن قيامها أيضا بالتمييز في الضرائب أو في تراخيص الاستيراد ومنح رعاياها التراخيص استغلال في موقع مملوك للمستثمر أو تغييرها لأعضاء مجلس الإدارة، المدراء والإداريين في المشروع الاستثماري ومنع استقدام أو توظيف خبراء وفنيين أجانب وإجباره على تشغيل العمال المحليين حتى لو بقيت الملكية باسم المستثمر الأجنبي، بل

1 - مرداري كمال، " مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي "، مجلة العلوم الإنسانية، ع 17، جامعة عنابة، 2002، ص 55.

2 - عينوش عائشة، المرجع السابق، ص 163.

3 - شنتوفي عبد الحميد، المرجع السابق ص 203-204.

وحتى وإن كانت مخالفة لأحكام القانون الدولي[1]، وغيرها من الإجراءات الحكومية التي لا يمكن حصرها والتي يطلق عليها اسم " التأميمات الزاحفة ".

تتم الإجراءات المماثلة بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة، مما يعني أن الإجراءات غير الارادية أو التي تخرج عن نطاق الدولة أو إحدى سلطاتها العامة لا تعتبر إجراءات مماثلة حتى وإن مست بملكية المستثمر بصفة كلية كتدميرها بسبب القوة القاهرة مثلا.

## الفرع الثاني

## الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات

يعتبر حق الشفعة من التدابير التمييزية التي تبرز بشكل واضح الطابع التدخلي للسلطة العامة فيما يخص الاستثمار الأجنبي وذلك بغرض فرض رقابة صارمة على الأموال الخاصة التابعة للشركات الأجنبية.

ونظرا لحداثة اعتماد حق الشفعة كإجراء تمييزي في مجال الاستثمار يقتضي الأمر تحديد المقصود بالشفعة (أولا) وتكريسه القانوني (ثانيا) والتخلي عنه واستبداله بإجراء الرخصة(ثالثا).

### أولا: المقصود بحق الشفعة

إن التعريف القانوني لحق الشفعة يجد مصدره في المبادئ العامة وذلك من خلال المادة 794 من القانون المدني الجزائري حيث ينص على أنه: " الشفعة هي رخصة تجيز حلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية " [2].

ويستخلص من هذا التعريف أن الشفعة في القانون المدني تعد وسيلة من وسائل لاكتساب الملكية إذا ما يستعملها الشفيع لتملك العقار باعه صاحب لغير الشفيع الذي يحل محل هذا المشتري كما يعرف حق الشفعة على أنه اسم معطى تقليديا الإمكانية التي يمنحها القانون أو الاتفاقية لشخص في أن يتملك بالأفضلية على أي شخص آخر ما لا

1- حسين نوارة، المرجع السابق، ص73

2- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78، الصادر في 1975/09/30، معدل ومتمم

ينوي المالك التفرغ عنها بترشيح لفئة تملك هذا المال مهلة معينة على وجه العموم والثمن والشروط المعروضة للتفرغ[1] ورغم تعدد التعاريف الممنوحة لحق الشفعة إلا أن المعنى الأدق هو حق قانوني أو تعاقدي يمنح لبعض الأشخاص الخاصة أو العامة لغرض اكتساب ملكية بصفة أولوية عن أي شخص آخر في الحالة التي يعلن فيها المالك عن رغبته في البيع، إذا بصفة عامة يقصد بحق الشفعة إمكانية السماح لشركة أو شخص ما شراء شيء قبل أن يعرض على الآخرين أي بأفضلية عنهم بشرط أن يبدي المالك استعداده للبيع.

والشفعة وفقا لأحكام القانون المدني هي حق امتلاك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بما قام عليه الثمن أو أنه أخذ الشركاء حصة شريكه جبرا شراء[2].

**ثانيا: تكريس حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية المتنازل عنها في الجزائر**

تم تكريس حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية لأول مرة في قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وكذا قانون المالية التكميلي لسنة 2010 بموجب أحكام المادة 46 منه، والذي تأكد بموجب المادة 30 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار التي نصها: " **بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب. تحدد كيفيات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم** ".

فإذا قرر المستثمر الأجنبي بيع مشروعه الاستثماري أو التنازل عنه، فإنه يجب تحت طائلة البطلان أن تخضع عملية التنازل إلى طلب شهادة التخلي من ممارسة حق الشفعة، وهي شهادة تسلمها المصالح المختصة للوزير المكلف بالاستثمار بناء على تقديم طلب من طرف المكلف بتحرير عملية التنازل والذي يحدد فيه سعر التنازل وشروطه وهوية الأطراف.

1- حساييني لامية، مرجع سابق، ص 217.

2 - راجع في ذلك: خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، ط 3، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 20.

يترتب على الأخذ بالشفعة تأثير سلبي على حرية حركة رؤوس الأموال الأجنبية مما يعني تقييدها ومنع تداولها وفقا لإرادة وحرية تصرف المستثمرين عن استثماراتهم، ونظرا لهذا التأثير السلبي فقد تم استبداله بإجراء الرخصة، وهو ما يظهر من خلال العنصر التالي.

**ثالثا: استبدال إجراء الشفعة بطلب الترخيص**

حق الشفعة على النحو المنصوص عليه في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار موضع تساؤل بموجب القانون رقم 20-07 المتعلق بقانون المالية التكميلي لعام 2020 والذي يعني بشكل صريح المادتين 30 و31 من القانون رقم 16-09 بموجب نص المادة 51 من قانون رقم 20-07.

المادة 52: يخضع لرخصة من الحكومة، أي تنازل عن حصص تقوم به أطراف أجنبية لصالح أطراف أجنبية أخرى يشمل رأس المال الاجتماعي لهيئة خاضعة للقانون الجزائري تمارس في أحد النشاطات الاستراتيجية المحددة في المادة 51 من القانون.

يعتبر أي تنازل عن أصول طرف أجنبي غير مقيم لطرف وطني مقيم بمثابة استيراد لسلعة أو خدمة، وتستجيب بذلك للأحكام المنظمة لمراقبة الصرف في مجال تحويل عائدات عمليات التنازل.

المادة 53: تلغي أحكام المادة 46 من الأمر رقم 10-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، وأحكام المادتين 30 و31 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 غشت سنة 2016 والمتعلق بمراقبة الاستثمار.

وبهذا الشكل فقد تم إلغاء آلية الشفعة نظرا لتأثيرها السلبي على مناخ الأعمال في الجزائر باعتبارها تخل بالأمن القانوني وتم استبدالها بإجراء الرخصة عن أي عملية تنازل عن حصص يملكها المستثمر الأجنبي أو يتم التنازل لصالح المستثمر الأجنبي في حالة التنازل عن أحد النشاطات الاستراتيجية المحددة قانون ويتم الحصول عن هذه الرخصة من الحكومة الجزائرية[1].

[1]- للمزيد من التفصيل راجع: ZOUAIMIA Rachid,

أخيرا يعدل قانون المالية لعام 2021 شروط المادة 52 كما يلي: القطاعات الاستراتيجية المنصوص عليها في المادة 50 من القانون، رقم 20-07[1] المنفذة من أجل الاستفادة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الأجانب بخضع لترخيص مسبق من الخدمات المصرح بها، وتضيف المادة المعنية: " تحدد اللوائح شروط تطبيق هذا الحكم "[2].

وبهذا يبحث المستثمر الأجنبي دائما عن أمن قانوني كامل أو تام باعتبار الأمن القانوني يشكل أحد العوامل الأساسية في القدرة التنافسية لأي دولة، والتي تجعل من المحتمل تحسين وتوسيع جاذبيتا كسوق استثمارية.

وبالنسبة للوضع في الجزائر فإن تحليل الإطار القانوني للاستثمارات، ولاسيما في ظل قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار.

يتبين التذبذب الدائم والتدهور الأكيد في مادة الأمن القانوني الذي يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة به، كما يكشف من جهة أخرى عن تراجع واضح للسلطات العامة عن الحوكمة في مجال الاستثمارات الأجنبية[3].

يترتب خطر الإخلال بالعقد إذن عن إجراء اتخذته الدولة المضيفة أو امتنعت عن اتخاذه فهو خطر يهدد عقد الاستثمار بالزوال والانقضاء بالإرادة المنفردة للدول المضيفة لذلك يترتب الإخلال بالعقد وجوب دفع تعويض للمستثمر.

لذلك يكون مصدر خطر الاخلال بالعقد هو الدولة مما يجعله من جملة المخاطر غي والتجارية أو ما يسمى بالمخاطر السياسية كون النظام السياسي المتبع في الدولة هو سبب هذا الخطر، فكلما تحقق إلا ويجب أن تلتزم الدولة بتعويض المستثمر الأجنبي.

1 - قانون رقم 20-07، مؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر، عدد 33، الصادر في 4 يونيو 2020.

2 - ZOUAIMIA Rachid, opc, p 639.

3 -ZOUAIMIA Rachid, op, cit, p 639.

# الفصل الثاني

# ضمان خطر الاخلال بعقد الاستثمار الأجنبي

يقترن الاستثمار الأجنبي كمشروع ينشأ وينفذ على إقليم الدولة المضيفة له، بالمخاطر غير التجارية ترجع في شق منها للإرادة المنفردة للدولة إذا تعلقت هذه المخاطر بالإجراءات التي تمس بالملكية كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة أو التدابير المماثلة التي ترمي بصفة غير مباشرة إلى نتائج مماثلة، في حرمان المالك من استغلال أملاكه ولو بصفة مؤقتة كرفض لإعادة تحويل رؤوس أمواله أو منع استيراد المواد الأولية أو التأخير في ذلك وتأجيل دفع ضمانات التنفيذ... أو إجراءات أخرى خارجة عن نطاق إرادة الدولة المضيفة الناتجة عن الاضطرابات المدنية والحروب والفتن والقوة القاهرة...التي يتعذر فيها على الدولة مواجهتها والوقاية منها.

الأمر الذي يجعل الدولة والمستثمر الأجنبي يلجأ إلى وسائل أخرى أكثر نجاعة للتأمين على هذه المخاطر بموجب عقود الضمان، تأمينا للاستثمار الأجنبي ضد هذه المخاطر، وتأكيدا على حصوله على مقابل للضرر الذي يصيبه كتعويض لجبره ومحو آثاره وتغطيته في كل الأحوال، ما دام أنها إجراءات لا يمكن في كل الحالات الاتفاق على استبعادها.

ترتكز نظرية الضمان على فكرة بسيطة مؤداها توزيع النتائج الضارة لحادثة أو إجراء معين، أو مواجهة الخسائر المالية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة له، على المستوى الدولي بالأسلوب نفسه الذي كان معتمدا في النظم الداخلية، تغطيها هيئات متخصصة عن طريق التعويض المالي في شكل مبلغ الضمان على أساس علاقة تعاقدية سابقة بين المستثمر والهيئة بموجب عقد الضمان[1]. تحت شروط خاصة لضمان خطر الاخلال بعقد الاستثمار (المبحث الأول)، وإذا ما تحققت هذه الشروط فإن خطر الاخلال بالعقد قد تحقق، وهو الأمر الذي يرتب عدة آثار تصاحبه (المبحث الثاني).

1 - حسين نوارة، المرجع السابق، ص ص 227-228.

# المبحث الأول

# ماهية ضمان عقد الاستثمار الأجنبي

يلعب النظام القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة دورا في تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية، يقدم الضمان اللازم لها، غير أن عدم ثقة المستثمر الأجنبي بهذه التشريعات الداخلية جعل منها أداة قانونية غير فعالة باعتبارها عرضة للتعديل والالغاء من طرف الدولة المضيفة.

يعد الأمر طبيعيا أمام هذا الوضع للبحث عن الوسائل المناسبة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وبصفة خاصة الوسائل التي تمنح المستثمرين الأجانب الاطمئنان المنشود وذلك بتوفير الضمان المناسب لاستثماراتهم في مواجهة المخاطر غير التجارية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة له ما يقتضي التطرق لمفهوم عقود ضمان الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول) وباعتبار خطر الاخلال بالعقد من جملة المخاطر التي تهدد عقد الاستثمار الأجنبي فما هي الشروط المطلوبة لضمانه (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## مفهوم عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

بادرت الدول الصناعية المتقدمة منذ فترة طويلة إلى إنشاء النظم الخاصة بضمان الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية لخدمة مصالحها وتشجيع مواطنيها على زيادة حجم استثماراتهم في الخارج وفتح الأسواق الجديدة لمنتجاتهم الصناعية في بلدان العالم الثالث، العملية التي لم يكن لها لإمكانية تحقيقها بنتائج مضمونة وإيجابية دون إزالة المخاوف الناتجة عن المخاطر غير التجارية التي تتعرض لها هذه الاستثمارات على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار[1].

يتم مواجهة هذه المخاطر غير التجارية بما فيها خطر الاخلال بعقد الاستثمار بموجب عقود الضمان والتي بمقتضاها يتم تحويل عبء هذه المخاطر إلى هيئات ضمان

1 - هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1977، ص 130.

متخصصة تتحمل دفع مبلغ التعويض بموجب العلاقة التعاقدية (الفرع الأول) وفق إجراءات محددة إبرامه (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي

يبرم عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية بين هيئات ضمان متخصصة والمستثمر الأجنبي، ترمي إلى تجسيد تأمين خاص للمستثمر وملكيته من كل أنواع المخاطر غير التجارية كالتأميم ونزع الملكية... والتدابير المماثلة، أقل ما يقال عنه أنه عقد يضمن بالتأكيد حصول المستثمر الأجنبي على مبلغ التعويض كمقابل لتعرضه لهذه المخاطر في آجال قانونية محددة.

لذلك فإن عقد الضمان يدخل ضمن الضمان المالي الذي يمكن أن يتحصل عليه المستثمر الأجنبي، ما يقتضي التطرق إلى المقصود بعقد الضمان (أولا) وتحديد أطرافه (ثانيا)

### أولا: المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي

تعرف عملية الضمان بأنها تعهد من جانب الهيئة الضامنة بأن تتحمل عن المستثمر المتعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع محدد أو كل المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراته في الخارج، تشجيعا له على القيام بهذا الاستثمار.

ويعرف عقد الضمان بأنه:" العقد الذي يتم إبرامه بين هيئة الضمان والمستثمر الأجنبي لضمان استثماره، وذلك بتعويضه عن الأضرار التي قد تصيبه نتيجة تحقق خطر غير تجاري بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة أو الغير، مقابل قسط معلوم "[1].

يشبه هذا التعريف تعريف عقد التأمين، فنظام الضمان شبيه بنظام التأمين الذي يعد طريقة ذات أثر اقتصادي واجتماعي ترتكز على نظرية عامة ذات قواعد فنية، وعليه يمكن تعريفه بأنه نظام تعاقدي يقوم على أساس المعاوضة، غايته التعاون على اصلاح

1 - إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية. القاهرة، مصر، 1971، ص 52.
مشار إليه في عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 14.

وترميم أضرار المخاطر الطارئة بواسطة منظمة تزاول عقودها بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية[1].

كما يعرف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي بأنه " العقد المبرم بين المستثمر الأجنبي وهيئة ضمان الاستثمار الوطنية أو الدولية، بمقتضاه تعوض الهيئة المستثمر عن الخسائر الناتجة عن المخاطر غير التجارية التي يتعرض له مشروعه الاستثماري في الدولة المضيفة على أن يؤدي المستثمر الأقساط التي يفرضها عليه عقد الضمان "[2].

**ثانيا: أطراف عقد ضمان الاستثماري الأجنبي**

يبرم عقد ضمان الاستثمار بين طرفين أساسيين هما المستثمر الأجنبي من جهة(1)، وهيئة الضمان من جهة أخرى (2).

1- **المستثمر الأجنبي**: قد يكون المستثمر الأجنبي شخصا طبيعيا أو معنويا، أي عبارة عن شركة، ففي مجال الاستثمار تم توفير حماية وضمانات للمستثمرين الأجانب نظرا للسمة البارزة للعصر الحالي، الذي تميزه السرعة المتمثلة في تطور وسائل النقل، والاتصالات الحديثة التي سهلت حركة تنقل الأشخاص بل تعداه إلى نقل رؤوس أموالهم لاستثمارها في مناطق ممكن أن توفر لهم فرص ربح أكثر، والمستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الدولي هو الشخص التابع لدول أخرى، ومن المستقر عليه أن يكون شخصا طبيعيا، أو معنويا وقد اشترطت اتفاقية واشنطن لعام 1965 لانعقاد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمرا أجنبيا لدولة أجنبية أخرى طرفا في الاتفاقية، ويستوي في ذلك أن يكون مستثمرا طبيعيا أو اعتباريا[3].

لا تميز القوانين إذا كان المستثمر شخص طبيعي أو معنوي، وإن كان في الواقع الحال المستثمر المعنوي يتمتع بمركز قانوني هام بالنظر إلى العقود التي تبرمها الدولة

1 - هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 51.

2 - عينوش عائشة، المرجع السابق، ص ص 15-16.

3 - المادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، مرجع سابق.

مع المستثمر الأجنبي التي تتطلب أموالا ضخمة وتكنولوجيا وكفاءة علمية متطورة، وهذه العوامل قلما نجدها متكاملة الوجود لدى المستثمر الطبيعي.

يعتبر المستثمر الأجنبي هو الشخص الذي يريد الاستثمار في دولة أجنبية غير الدولة التي يحمل جنسيتها لذلك فهو يطلب ضمان الاستثمار من المخاطر التي تعيق استثماراته، كما يعتبر من جهة أخرى هو المستفيد من عقد الضمان محل الدراسة.

لذلك يجمع المستثمر في عقد الضمان بين ثلاث صفات باعتباره طالب الضمان الذي يتحمل جميع الالتزامات المترتبة عن عقد الضمان التي تقابلها التزامات هيئة الضمان. وهو الشخص المهدد بالخطر غير التجاري محل العقد (فهو الشخص المؤمن له)، وهو كذلك المستفيد الذي يتقاضى مبلغ التعويض حيث يتحقق الخطر المغطى بالعقد ووقوع الضرر له.

## 2- هيئة ضمان الاستثمار الأجنبي

تعد هيئة الضمان الجهة التي تقدم الضمان المطلوب، وتتنوع هذه الهيئة بتنوع أنواع أنظمة الضمان، فقد تكون هيئة الضمان وطنية بالنسبة للمستثمر الذي يحمل نفس جنسية هذه الهيئة عندما يتعاقد معها لضمان استثماره في الخارج، وهذا هو الشأن بالنسبة لأنظمة الضمان الوطنية تسمى هذه الهيئات بهيئات الضمان الإقليمية لأن المجال الجغرافي الذي تنشط فيه مجال محدود، فهو يضم مجموعة من الدول، تضمها عوامل مشتركة وهو ما يظهر أساسا في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات (أ) والمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات (ب) [1].

### أ- الهيئات الإقليمية لضمان الاستثمار.

#### - المؤسسة العربية لضمان الاستثمار CIAGICE

نشأت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار سنة 1971 بموجب اتفاقية دولية دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 أفريل 1974، وهي هيئة مستقلة إداريا وماليا، ذات شخصية معنوية وفقا لقواعد القانون الدولي، تتمتع بكافة الحقوق والصلاحيات اللازمة لممارسة

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 18.

اختصاصاتها على إقليم كل دولة عضو، أخذت الكويت مقرا لها ابتداء من جانفي 1975[1].

قد تكون هيئة الضمان وطنية بالنسبة للمستثمر الأجنبي كلما كان نظام الضمان وطنيا بالنسبة له، ولكن هذا النوع من أنظمة الضمان يتميز بطابع سياسي أكثر مما هو نظام قانوني، لذلك فإن المستثمر الأجنبي يحبذ التعامل مع هيئات الضمان الدولية، بدلا من هيئات الضمان الوطنية.

وهي المؤسسة الوحيدة من نوعها في العالم العربي، بل وأول نموذج عملي لهيئات الضمان الدولي في العالم المعاصر[2].

هدفها الوحيد هو التأمين على الاستثمار العربي ضد المخاطر غير التجارية التالية:

- كل أو بعض الخسائل المترتبة عن تحقق نزع الملكية أو المصادرة أو فرض الحراسة أو الاستيلاء الجبري أو منع الدائن من استيفاء دينه أو التصرف فيه.
- تقييد حرية المستثمر في تحويل أصول استثماره.
- التأمين على كل عمل عسكري أو اضطرابات سياسية أو أعمال العنف الصادرة عن جهة أجنبية أو عن الدولة المضيفة.

كما أن أول هيئة انضمت إليها الجزائر، وذلك بموجب الأمر رقم 72-16 [3]. حيث تكون بذلك قد انطلقت فترة ابرام عقود ضمان الاستثمارات الأجنبية في الجزائر[4].

- **المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات** SIGICE

نشأت المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات بموجب اتفاقية مبرمة في 1994/08/01، ودخلت حيز النفاذ في الفاتح من جويلية 1995، وتعد تابعة للبنك الإسلامي للتنمية[5]وهي مؤسسة دولية فرعية للبنك الإسلامي للتنمية، مقرها بمدينة

1 - هشام خالد، مرجع سابق، ص 37.

2 - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 305.

3 - أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07 جوان 1972، يتضمن المصادقة على اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر، عدد 53، الصادر في 1972/07/04.

4 - حسين نوارة، مرجع سابق، ص ص 232-233.

5 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 235.

جدة بالمملكة العربية السعودية، تتمتع بالشخصية المعنوية الكاملة والاستقلال المالي والإداري.

تمكنت مؤسسة SIGICE في فترة وجيزة أن تتحول من مجرد فكرة مطروحة في المؤتمرات والدراسات إلى منظمة لها مكانتها في الساحة الدولية، تلعب دورا متناميا في مجال المال والأعمال في العالم العربي والإسلامي[1].

من أهدافها توسيع إطار المعاملات التجارية وتشجيع تدفق الاستثمارات بين الدول والأعضاء وتأمينها وإعادة تأمينها من المخاطر غير التجارية مع ائتمان الصادرات من السلع وفق مبادئ الشريعة الإسلامية.

من حيث الضمان تغطي المؤسسة حيزا واسعا من الحماية يشمل التغطية ضد كل أنواع المخاطر التجارية منها وغير التجارية والمنصوص عليها في نص المادة 19 من الاتفاقية كما يلي:

- إعسار أو إفلاس المشتري.
- فسخ أو إنهاء المشتري لعقد الشراء أو رخص تسليم البضاعة أو عجزه ذلك.
- رفض المشتري الوفاء بالثمن.
- المخاطر الناتجة عن إجراءات تحويل العملة بسبب فرض القيود على حرية تحويل رؤوس الأموال.
- الأضرار الناتجة عن إجراءات نزع الملكية أو الإجراءات المماثلة لها.
- الأضرار الناتجة عن فسخ الدولة المضيفة للعقد أو الاخلال بالتزاماتها.
- الأضرار الناتجة في حالات الحروب والاضطرابات المدنية... في إقليم الدولة المضيفة[2].

- كما تتمثل مهمة المؤسسة في تسهيل التجارة والاستثمار بين الدول الأعضاء والعالم من خلال أدوات تخفيف المخاطر الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، فمنذ نشأتها أصبحت مؤسسة SIGICE منظمة متميزة تقدم خدمات ضمان الاستثمار وائتمان الصادرات وإعادة التأمين مما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكان أمامها تحديات

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 235.

2 - المادة 19 من اتفاقية.

كثيرة باعتبارها هيئة جديدة في مجال الضمان لتكون قادرة على خدمة الدول الأعضاء، خاصة في السنوات الأولى من نشأتها وهو ما انعكس من خلال تطور نشاطها المتسم بالبطء في بداية نشأتها وتحقيق الأهداف المرجوة منها[1].

**ب- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار كهيئة الضمان العالمية**

تعتبر الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أوسع نطاقا من المنظمات الدولية المتخصصة في الضمان، نشأت متخصصة في مجال ضمان الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية أو غير التجارية على ضوء تجربة المؤسسة العربية، لكن على حيز أوسع بحيث تحاول عولمة نظام الضمان، نشأت بموجب اتفاقية سيول الدولية بتاريخ 11 أكتوبر 1985 وهي فرع من مجموعة البنك الدولي للإنشاء والتعمير، دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 12 أفريل 1988 مقرها واشنطن. وهي هيئة دولية مستقلة عن الدول الأعضاء، تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-345[2]، من بين أهدافها تشجيع تدفق الاستثمارات الأجنبية لأغراض إنتاجية تكملة لأغراض البنك الدولي للإنشاء والتعمير وشركة التمويل الدولية، ومنظمات تمويل التنمية الدولية الأخرى، فتغطية هذه الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية الناتجة عنه:

- تصرف قانوني أو عمل مادي صادر عن الدولة المضيفة كنزع الملكية والتأميم والمصادرة والإجراءات المماثلة.

- تغطية كل الحقوق المتعلقة بالملكية والقروض المتوسطة الطويلة الأجل التي يقدمها المشاركون في ملكية المشروع المعني بالحماية.

## الفرع الثاني

## إجراءات إبرام عقد الضمان

تلجأ الدولة والمستثمر الأجنبي إلى وسائل أكثر نجاعة للتأمين على المخاطر بموجب عقود الضمان، لأن المستثمر الأجنبي ينشئ مشروعه الاستثماري ويسير في إقليم

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 236.

2 - مرسوم رئاسي رقم 95-345، مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر، عدد 66، الصادر بتاريخ 1995/11/05.

الدولة المضيفة له ويتعرض للمخاطر غير التجارية منها المخاطر المتعلقة بالإجراءات التي تمس بالملكية التي ترمي إلى حرمان المالك من استغلال أملاكه ولو بصفة مؤقتة أو إجراءات أخرى خارجة عن نطاق إرادة الدولة المضيفة الناتجة عن الاضطرابات المدنية والحروب والقوة القاهرة.... التي يتعذر على الدولة مواجهتها، بالتالي تقوم عقود الضمان على تامين الاستثمار الأجنبي ضد المخاطر غير التجارية يتم توقيع عقود الضمان الذي يتضمن عادة الاتفاق على تحديد عنصر ونطاق الضمان من حيث تعيين الخطر المضمون ومدة الضمان باعتبار عقد الضمان يبرم لمدة معينة، ومن حيث تحديد النطاق المالي للعقد باعتبار عقد الضمان بمثابة ضمان مالي يقدم للمستثمر المستفيد منه.

تحدد مدة الضمان في العقد ما بين 10 سنوات قابلة للتمديد إلى 15 سنة بالنسبة لعقود الضمان التي تبرمها مؤسسةِ CIAGICE كما توفر وكالة AMGI تغطية زمنية قد تصل لمدة 15 سنة واستثناء تصل إلى 20 سنة إذا كانت طبيعة المشروع تقتضي ذلك.

## المطلب الثاني

## شروط ضمان خطر الاخلال بالعقد وصوره

يترتب خطر الإخلال بالعقد عن كل إجراء اتخذته الدولة المضيفة أو امتنعت عن اتخاذه، فهو خطر يتهدد عقد الاستثمار بالزوال والانقضاء بالإرادة المنفردة للدولة كما بينا ذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة، وإذا ما حدث وأن قامت الدولة المضيفة بالإخلال بالعقد ترتب عن ذلك وجوب دفع تعويض مالي للمستثمر الأجنبي.

لضمان خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي يتطلب توافر شروط خاصة تتعلق خصة بحالة إنكار العدالة (الفرع الأول) باتخاذ صور مختلفة رغم أن الاتفاقيات المنشئة لهيئات الصمان لم تحددها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## شروط ضمان خطر الإخلال بالعقد

يعد تصرف الدولة مخالفا لالتزاماتها الدولية كلما تضمن الأمر مخالفة لأحكام معاهدة أو اتفاقية ثنائية أين تعد الدولة المضيفة طرفا فيها، حيث تقرر هذه الاتفاقية حقوقا للمستثمر الأجنبي، أو إذا كان تصرف الدولة مخالفا للعرف الدولي المتعلق بحقوق الأجانب وإذا كان يتضمن انكار للعدالة.

اقرت الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان هذه الحالة الأخيرة (حالة انكار العدالة) كلما مان تصرف الدولة ماسا بعقد الاستثمار الأجنبي، واعتبرته خطرا غير تجاري يستوجب الضمان، وذلك كلما اقترن هذا الإخلال بحالة انكار العدالة وحقا للشروط التالية:

**أولا: شروط خطر الإخلال بالعقد**

يعتبر تصرف الدولة مخالفا لالتزاماتها الدولية إذا كان يتضمن مخالفة لأحكام معاهدة دولية ترتبط بها، وتقرر هذه المعاهدة حقوقا للمستثمرين الأجانب، أو كان مخالفا للعرف الدولي المتعلق بحقوق الأجانب أو كان يتضمن إنكارا للعدالة، فقد أكدت الاتفاقيات الدولية المتمثلة لميكانيزمات الضمان على هذه الصورة الأخيرة (إنكار العدالة)، إذ تمنح ضمانها ضد تصرفات الدولة المضيفة كلما كان فيها مساسا بعقد الاستثمار، واعتبرتها بالتالي خطرا غير تجاري صالح للضمان، وذلك كما اقترن هذا الإخلال بحالة "إنكار العدالة" وفقا للشروط التالية[1]:

1-إذا كان من غير الممكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى هيئة قضائية أو تحكيمية، وذلك للفصل فيما يدعيه عن نقض العقد أو الإخلال بأحكامه من طرف الدولة المضيفة، إذ يجب أن تكون هذه الهيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية للدولة المضيفة، وتكون لها الصلاحية الكاملة لإصدار قرارات نهائية ملزمة، فإذا كان المستثمر لا يمكنه المثول قضائيا أمام هذه الهيئة لأسباب غير معقولة تفرضها الدولة المضيفة عليه، فذلك يعد بمثابة عدم قبول الطعن، كما أن المستثمر لا يستطيع تقديم طلب التحكيم أمام المركز

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 195، 196.

(CIRDI) إذا كان يتمتع بجنسية الدولة المضيفة إذ تعد الخصم الآخر في النزاع حسب المادة 25 من اتفاقية إنشاء المركز (CIRDI).

2-إذا لم تقم الهيئة القضائية أو التحكيمية بالفصل في ادعاءات المستثمر الأجنبي خلال مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان المبرم بين هذا المستثمر وهيئة الضمان.

3-إذا لم يكن في وسع المستثمر الأجنبي تنفيذ القرار الصادر لصالحه من الهيئة القضائية أو التحكيمية التي فصلت في الادعاء.

لم يتم تحديد كيفية الإخلال بالعقد كما جاء في النصوص القانونية المنشئة لميكانيزمات الضمان بصفة دقيقة، فلا يمكن معرفة هل هذا الإخلال يجب أن يكون ظاهريا أم قد يكون ضمنيا، وكذلك هل يجب أن ينجم عن إجراء اتخذته الدولة المضيفة أو امتنعت عن اتخاذه.

فقد يكون من مصلحة المستثمر ترك البواعث الحقيقية للدولة سواء الظاهرة منها أو الخفية، والنظر إلى مدى الضرر الذي لحق به والتعويض المستحق، وهذه المسألة لا تتصل بشرعية الإجراء المتخذ من طرف الدولة المضيفة، باعتبار أن البحث في شرعية الإجراء مسألة ذات طابع سياسي، كما أن هيئات الضمان لا تبحث هذه المسألة إنما يعتبر الخطر قد تحقق كلما وجدت حالة إنكار للعدالة فقط، وتوفر ضمانها ضد هذا الخطر بتوفر الشروط المشار إليه أعلاه.

يتبين مما تقدم أعلاه أن شروط ضمان خطر الإخلال بالعقد تتمثل أساسا في:

- عدم إمكانية لجوء المستثمر إلى هيئة قضائية أو تحكيمية للفصل في دعواه ضد الدولة المضيفة.

- عدم الفصل في إدعاءات المستثمر الأجنبي أمام هيئة قضائية أو تحكيمية خلال مدة معقولة على النحو المحدد في عقد الضمان المبرم بين المستثمر وهيئة الضمان وغالبا ما يتم تحديدها بستة أشهر من تاريخ تحقق خطر الإخلال بالعقد.

- استحالة تنفيذ القرار الصادر لصالح المستثمر من الهيئة القضائية أو التحكيمية التي فصلت في دعواه فكلما توفرت هذه الشروط المذكورة أعلاه يحدث عدة حالات انكار للعدالة، مما يستوجب دفع التعويض.

وأهم شرط يجب توفره حتى يستحق المستثمر دفع التعويض له هو شرط استنفاذ الطرق الداخلية المتاحة له بالدولة المضيفة للحفاظ على حقوقه قبل رجوعه على هيئة الضمان ومطالبتها بالتعويض[1].

أ- شرط استنفاذ الطرق الداخلية المتاحة للمستثمر داخل الدولة المضيفة.

ب-شرط تحقق الخطر المضمون أثناء فترة الضمان.

ج-شرط أن يؤدي تحقق الخطر إلى حرمان المستثمر حقوقه الجوهرية: لا يستحق المستفيد من الضمان التعويض إلا إذا تحقق الخطر المضمون فعلا، ويعتبر الأمر كذلك كلما استمر الحرمان من الحقوق الجوهرية لمدة معينة تحدد في عقد الضمان، وبانقضاء هذه المدة يصبح الخطر محققا، مما يستوجب التعويض وغالبا ما تكون هذه المدة محددة ب 06 أشهر على الأقل.

لذلك يستحق المستثمر التعويض عن الخسائر المترتبة عن الإجراءات المتخذة من طرف الدولة المضيفة إذا كانت تنطوي على تمييز ضد المستثمر، وهو المعيار الذي أخذت به الاتفاقيات الدولية المنشئة لهيئات الضمان، والذي يجعل الإجراء مخالفا للقاعدة المعترف بها دوليا وهي قاعدة عدم التمييز ضد الأجانب بدون مبرر معقول، لذلك يعد إجراء ينطوي على تمييز ضد المستثمر الأجنبي.

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فقد تتدخل الدولة، فقد تتدخل الدولة بموجب ممارسة حق الشفعة لعرقلة إجراء التصفية وتقييده، وهذا ما يعد خرقا واضحا في المساواة في المعاملة في مرحلة التصفية، الممارسة هذا الحق يؤثر على ممارسة المستثمر الأجنبي لحقوقه المرتبطة بملكية الاستثمار، ما يساهم في الانقاص من قيمة المشروع الاستثماري المراد التنازل عنه، وعدم حصول المستثمر على العرض المالي المناسب، حيث أن ممارسة حق الشفعة يؤدي إلى تأخير عملية نقل الملكية مقارنة بالتنازل التجاري العادي، وذلك بسبب طول الإجراء الذي يمكن أن يستغرق شهورا إن لم يكن لسنوات[2].

ومن أهم التطبيقات العملية لحق الشفعة التي مارستها الدولة الجزائرية بهدف استرجاع المؤسسات والمشاريع الاستثمارية من منطلق كونه مبدأ سياديا يطبق في حالات

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 335.

- ZOUAIMIA Rachid, opc, p17.

اخلال الشريك الأجنبي بالالتزامات التعاقدية المكتتبة، ونجد قضية شركة جيزي (OTA) من منطلق أولوياتها في شراء أسهم الشركة، وقضية المجمع الهندي (مركب الحجار للحديد والصلب)، التي عكفت الحكومة (وزارة الصناعة والمناجم) على مباشرة الإجراءات القانونية

لاسترداد واسترجاع مركب الحجار كلية، أي استرجاع كل الأسهم التي يستحوذ عليها المجمع الهندي "أرسيلور ميطال" بنسبة 49 بالمائة، من منطلق عدم التزام مجمع "أرسيلور ميطال" ببنود الاتفاق المتعلقة بتطبيق برنامج الاستثمار، ملف التشغيل، وتطوير طاقة الإنتاج، بمعنى أن الشراكة مع المجمع الهندي لم تحقق الأهداف المقررة في الاتفاقية بعد مرور سنة من الشراكة وتجسيد مبدأ الأفضلية الوطنية 51 بالمائة.

إذ بعد مرور هذه المدة تقلص الانتاج الذي كان يقدر ب 1.5 مليون طن من مختلف أنواع الحديد إلى 200 الف طن إلى غاية أكتوبر 2014، بسبب النقص في المواد النصف المصنعة، مما أدى بالمجمع الهندي بعد موافقة السلطات إلى استيراد مواد الحديد والصلب نصف مصنعة، تنتجها مصانع أرسيلور ميطال في الدول الأوروبية على عكس ما تريده الحكومة في تحقيقه من وراء هذه الشراكة، فالاتفاق ينص على العمل لتحسين القدرة الإنتاجية للمجتمع لتغطية الطلب المحلي، وتقليص فاتورة الاستيراد من الاحتياجات الوطنية للحديد، المتزامنة خاصة مع إطلاق المشاريع الكبرى في مجال البناء، الأشغال العمومية والنقل لاسيما تلك المبرمجة 2014-2019 المقررة من طرف الحكومة.

## الفرع الثاني

## صور الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي

لم تحدد الاتفاقيات الدولية المنشئة لأنظمة الضمان الدولية صورا معينة لحالات اخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية تجاه المستثمر الأجنبي، بل اكتفت ببعض الأمثلة فقط، كفسخ الدولة المضيفة لعقد الاستثمار أو اخلالها بالتزاماتها التعاقدية المفروضة على عاتقها بموجب العقد.

فقد تتعهد الدولة المضيفة بمنح استثمار معين حوافز ضريبية أو تفضيلية تستند إلى عقد الاستثمار، ثم ما تلبث هذه الدولة أن تخل بالتزاماتها التعاقدية، فيكون في هذه الحالة

قد تحقق حطر الاخلال بالعقد، كما قد يتحقق حين قيامها بإلغاء عقد الامتياز أو تعديله بالإرادة المنفردة، أو زيادة الأعباء المالية المفروضة على الطرف الأجنبي بغير وجه حق... لذلك نجد هذا الأخير دائما ينشد الاستقرار الاقتصادي والتشريعي والسياسي، فالتغييرات التشريعية التي تحدثها الدولة تؤثر في العائدات التي يشترطها المستثمر، وبالتالي في جودة التنفيذ التي تنتظرها الدولة المضيفة[1]، حسب ما تم بيانه في الفصل الأول فيما يتعلق بالإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة المضيفة سواء التقليدية او المستحدثة.

## المبحث الثاني

## تحقق خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي وآثاره

عقد الاستثمار الأجنبي هو رابطة عقدية وقانونية بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، فكل طرف منهما ملزم باحترام بنود العقد المبرم بينهما، فالدولة المضيفة من جانبها تلتزم أن توفر كل الوسائل الضرورية لتوفير المناخ المناسب لتنفيذ المشروع المتفق عليه، وذلك من خلال الامتيازات التي تقدمها للمستثمر الأجنبي، إضافة إلى مختلف التسهيلات الإدارية والمالية والأمنية للمستثمر لتنفيذ مشروعه، والمستثمر بدوره ملزم بتنفيذ بنود العقد المتفق عليها سابقا في العقد ذاته، فالتزام المستثمر الأجنبي هو التزام بتحقيق النتيجة (تنفيذ المشروع) وليس بذل عناية، بمعنى أنه ملزم بتنفيذ المشروع كما هو متفق عليه سابقا في بنود عقد الاستثمار الأجنبي، وذلك باحترام آجال العقد والمعايير الدولية المتعارف عليها.

غير أنه قد تتنصل الدولة المضيفة من بعض أو كل التزاماتها تجاه المستثمر الأجنبي مما يسبب له ضرر مادي أو معنوي، وهذا ما يرتب مسؤولية عقدية على الدولة المضيفة.

لذلك يجب التمييز بين حالتين:

أ- حالة أن المستثمر الأجنبي لم يبرم عقد الضمان مع إحدى هيئات الضمان، مما يعني أنه لن يستفيد من خدمات الضمان التي نقدمها هيئات الضمان المختلفة وما عليه في

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 95.

هذه الحالة إلا مطالبة الدولة المضيفة بالتعويض بناء على المسؤولية العقدية المترتبة عند عقد الاستثمار الأجنبي الذي أخلت فيه الدولة المضيفة بإحدى التزاماتها.

ب- حالة أن المستثمر الأجنبي أبرم عقد الضمان مع إحدى هيئات الضمان، مما يعني أن خطر الاخلال بعقد الاستثمار قد تحقق، إلا أن ذلك لا يستوجب دفع التعويض مباشرة، بل لابد من توفر مجموعة من الشروط لاستحقاق مبلغ التعويض (المطلب الأول) ومن ثم ما عليه إلا المطالبة به (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## شروط استحقاق التعويض

إذا ما تحقق الخطر المضمون فإن هيئة الضمان تكون ملزمة بدفع تعويض للمستثمر المضمون، غير أن ذلك لا يكون تلقائيا، بل يشترط مجموعة من الشروط لاستحقاقه، وفي الغالب تكون هذه الشروط متعلقة إما بالشخص طالب التعويض (الفرع الأول) أو بالخطر المضمون (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### الشروط المتعلقة بالمستثمر طالب التعويض

توجد علاقة وطيدة بين التعويض المستحق والخسارة المترتبة نتيجة تحقق الخطر المضمون، إذ أن الضمان يغطي فقط الأضرار المترتبة عند تحقق الخطر، بينما تحقق هذا الأخير وحده لا يستوجب التعويض في حد ذاته، وعليه تعتمد هيئة الضمان في تحديدها لمبلغ التعويض المستحق على سبب حدوث الخسارة وطبيعة العلاقة بينها وبين الخطر المضمون.

لا يغطي عقد الضمان إلا الأضرار المباشرة التي ترتبط بالخطر المحقق بعلاقة سببية مباشرة والتي تؤدي على حرمان المستثمر من حقوقه على استثماره وذلك بحرمانه من ملكية أصول استثماره وفوائده، أو منعه من السيطرة الفعلية على استثماره أو حرمانه من منافع جوهرية على استثماره، فلا يعد تحقق أحد المخاطر المضمونة كافيا لاستحقاق المستثمر للتعويض، بل يجب أن تؤدي هذه الإجراءات المتخذة على حرمان هذا

المستثمر من حقوقه على استثماره، وقد اعتمدت كل من اتفاقيةَ AMGI واتفاقية SIGICE صياغة

أكثر دقة مقارنة باتفاقية CIAGICE [1] بينما نصت المادة 18 من اتفاقية CIAGICE على أنه " يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية: اتخاذ السلطات العامة في القطر المضيف بالذات. في أو بواسطة إجراءات تحرم المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره...[2].

## الفرع الثاني

## الشروط المتعلقة بالخطر المضمون

يضاف إلى شروط العامة والتي تسري في حالة المطالبة بالتعويض نتيجة لتحقق أحد المخاطر المضمونة، مجموعة من الشروط الخاصة المختلفة باختلاف نوع الخطر المضمون والتي تضمنتها عقود الضمان.

وباعتبار دراستنا تنصب فقط على خطر الإخلال بعقد الاستثمار فإنه يشترط لإستحقاق التعويض إضافة إلى الشروط العامة شروطا خاصة منها[3]:

- ضرورة إنقضاء مدة 06 أشهر من تاريخ صدور الحكم القضائي أو القرار التحكيمي.
- أن يكون الحكم صادرا لسداد مبالغ مالية محدودة ويتعلق بإخلال أو فسخ حكومة الدولة المضيفة بالتزامات تعاقدية واردة في العقد المبرم بينها وبين المستثمر المضمون (عقد الاستثمار).
- أن يستنفذ المستمر المضمون كافة الوسائل المتاحة والقيام بالمجهودات اللازمة المعقولة لتنفيذ الحكم الصادر وذلك من خلال فترة الانتظار المحددة من تاريخ صدور الحكم وهي مدة 06 أشهر.

---

1 - تنص المادة 11/ 02 من اتفاقية AMGI: " ... مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية استثماره ".

= كما تنص المادة 02/19/ب من اتفاقية SIGICE: " .. يترتب عليه حرمان المؤمن له من ملكيته لاستثماره.... أو السيطرة على ذلك... أو من منافع جوهرية لذلك الاستثمار ".

2 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص ص 336-337.

3 - المادة 3/05 والمادة 03/16، مرجع سابق. ص 272.

- أن ينطوي عدم تنفيذ الحكم من جانب حكومة الدولة المضيفة على تمييز ضد المستثمر.

## المطلب الثاني

## المطالبة بالتعويض من طرف المستثمر المضمون

إن إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها العقدية تجاه المستثمر الأجنبي المضمون، وإذا ما ألحقت بالمستثمر الأجنبي أضرارا مادية أو معنوية، فإنه سوف يسعى للمطالبة بالتعويض من طرف هيئة الضمان عن طريق توجيه طلب أداء التعويض المستحق نتيجة تحقق الخطر المضمون (الفرع الأول) وفق تاريخ وآجال محددة أو معقولة (الفرع الثاني) مع ضرورة توفر مجموعة من البيانات في طلب التعويض (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### توجيه طلب أداء التعويض

التعويض عقود الاستثمار هو التزام قانوني يقع على الدول المضيفة بأدائه بطرق قانونية مختلفة، وبمقتضى القوانين الدولية والداخلية، وذلك نتيجة الضرر الذي لحق بالمستثمر بحرمانه من أمواله المستثمرة[1]، يعتبر التعويض من المبادئ التي تلتزم به كل الدول، وهو معترف به دوليا، وهو الصورة المباشرة والبسيطة لإصلاح الدولة للضرر الذي سببته للمستثمر الأجنبي[2].

إلا أن التعويض الذي نقصده في هذه الحالة هو مبلغ الضمان الذي تلتزم به هيئة الضمان في حالة تحقق الخطر المشمول بالضمان في مواجهة المستثمر الأجنبي الطرف في عقد الضمان، ولكي يحصل المستثمر.

ولكي يحصل المستثمر الأجنبي المضمون على التعويض المناسب يجب عليه توجيه طلب أداء التعويض إلى هيئة الضمان، وهو ذلك الطلب الذي يتوجه به المستثمر

1 - بندير خديجة، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص 27.

2 - ليمام فلورة، مرجع سابق، ص 81.

المضمون بنفسه أم بواسطة ممثله القانوني إلى هيئة الضمان، وذلك وفقا لمجموعة من القواعد والشروط والمواعيد الواردة في أحكام وبنود عقد الضمان المبرم سابقا.

يتضمن طلب التعويض المقدم من طرف المستثمر المضمون كل الأدلة والمستندات التي تؤيد وتؤكد وتثبت الضرر الذي لحق به، حيث يقدم هذا الطلب لهيئة الضمان التي ستدفع له التعويض المستحق بعد ذلك[1].

## الفرع الثاني

## تحديد تاريخ توجيه طلب أداء التعويض

لم تحدد الاتفاقيات المنشئة لهيئات الضمان مسألة تحديد الآجال التي يجب على المستثمر المضمون توجيهه طلب أداء التعويض من خلالها، لكن بالمقابل يجب أن تكون هذه الفترة خلال مدة معقولة من تاريخ وقوع الخطر، بالإضافة إلى ذلك وجوب استنفاذ كل الوسائل القانونية والإدارية اللازمة والممكنة في الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي دون حصوله على التعويض المناسب المبرم سابقا[2].

إن المستثمر المضمون الذي أصابه الخطر يجب عليه أن يتقدم بطلب أداء التعويض فور انقضاء مدة تحقق الخطر، بشرط عدم تجاوز ثلاث (03) أشهر على أقصى تقدير من انقضائها وإلا ترتب عن ذلك سقوط حقه في الحصول على التعويض، والهدف من ذلك هو منع المستثمر المضمون طالبه بالتعويض من التراخي في التقدم لهيئة الضمان بطلب التعويض، وذلك حتى لا يصعب عليه إثبات الضرر الواقع عليه، وحتى لا يسقط حقه في الحصول على التعويض تجاه الدولة المضيفة أو الغير[3].

## الفرع الثالث

## البيانات الواجب توافرها في طلب التعويض

لضمان حصول المستثمر الأجنبي المضمون والمضرور من جراء الاخلال بعقد الاستثمار على التعويض المناسب لجبر الضرر عنه، يجب عليه تقديم طلب الحصول

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 342.

2 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 342.

3 - المرجع نفسه، ص ص 342-343.

على التعويض إلى هيئة الضمان، كما يجب أن يتضمن هذا لطلب على مجموعة من البيانات اللازمة، والتي يمكن إيجازها في النقاط التالية:

- يجب أن يشمل الطلب المقدم من المستثمر المضمون على كافة المعلومات اللازمة والكافية لإثبات حقوقه تجاه هيئة الضمان، والمتمثلة في المعلومات اللازمة لتقدير الضرر الذي أصابه وتحديد التعويض المناسب لجبر الضرر.

- إرفاق طلب الحصول على التعويض بكافة المستندات والأدلة المؤكدة لصحة طلبه، ولهيئة الضمان أن تطلب من المستثمر أية بيانات إضافية لازمة لاستيفاء الطلب المقدم في أجل أقصاه شهر (01) كامل من تاريخ طلبها وإلا سقط حقه في التعويض[1].

- يمكن للمستثمر المضمون أن يرفق طلبه بالتعويض مثلا كشف يبين بدقة ووضوح ما أصاب أصوله المادية من ضرر، وطبيعة ومداها، والقيمة المقدرة لتلك الأضرار التي أصابت الأصول. كما يمكن أن يتضمن الكشف المقدم من طرف المستثمر كل البيانات اللازمة في وقت ومصدر الضرر، وعقود التأمين المبرمة مع جهات أخرى أو أي تعويض آخر تم الاتفاق عليه سابقا في بنود عقد الاستثمار الأجنبي المباشر مقابل نفس الأضرار التي لحقت بالمستثمر المضمون.

- إن تقديم المستثمر المضمون لطلب أداء التعويض من هيئة الضمان يلزم هذه الأخيرة بالرد على طلب خلال الآجال المحددة لذلك في بنود عقد الضمان. وذلك من أجل حصول المستثمر على تعويضه المناسب[2].

## المطلب الثالث

## حلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون

بعد قرار هيئة الضمان بتعويض المستثمر المضمون، يجب على هذا الأخير بمجرد أن يتم اخطاره بقرار هيئة الضمان، اتخاذ مجموعة من الإجراءات اللازمة لكي يحصل على حقوقه، وتقوم هيئة الضمان بتقديم التعويض المناسب بصورة نهائية وفي الوقت المحدد المنصوص عليه في عقد الضمان المبرم بين الطرفين، وهذا ما يجعل هيئة

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 342.

2 - المرجع نفسه، ص 343.

الضمان تحل محل المستثمر المضمون ولكن لا يتم ذلك إلا بتوافر جملة من الشروط وفقا لمبدأ الحلول (الفرع الأول) ومرتبا مجموعة من الآثار (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## المقصود بمبدأ الحلول وشروطه

في حالة ما إذا تحقق الخطر المضمون، فإن المستثمر الأجنبي يستفيد من مبلغ التعويض الذي تدفعه له هيئة الضمان والمحدد في العقد، وهذا ما يجعل هيئة الضمان تحل محل المستثمر في جميع حقوقه، وهذا هو المقصود بمبدأ الحلول (أولا)، لتحل بذلك هيئة الضمان محل المستثمر وفق شروط تتعلق بهذا الحلول (ثانيا).

**أولا: المقصود بمبدأ الحلول**

نشير في البداية إلى أن مبدأ الحلول هو مبدأ معروف في كثير من العقود منها عقود التأمين، عقود الكفالة وعقود الضمان[1]. وتنص عليه المادة 264 ق م ج[2].

ويقصد بالحلول في عقود الضمان حوالة المطالبة القائمة للمستثمر المضمون إلى هيئة الضمان، حيث تكتسب هذه الأخيرة جميع حقوقه بشأن الاستثمار في مواجهة الغير باعتبارها خلفا له [3].

يقصد بالحلول أيضا التبديل أو التغيير في العلاقة القانونية. فقد يكون الحلول عينيا عن طريق استبدال شيء بشيء، كما يمكن أن يكون الحلول شخصيا وهو موضوعنا عن طريق إحلال شخص محل شخص آخر[4].

أما الحلول في نطاق التأمين، فهو حق المؤمن الذي دفع حق التأمين للمؤمن له أو المستفيد في أن يحل محله في جميع ما له من حقوق ودعاوى تجاه الغير المسؤول عن

---

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 354.

2 - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، الصادرة في 30-09-1975، معدل ومتمم، حيث تنص المادة 264 منه على أنه: ( من حل محل الدائن قانونا أو اتفاقا كان له حقه بما لهذا لحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكلفه من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن).

3 - عينوش عائشة، المرجع نفسه، ص 355.

4 - زينب موسى، « حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضرر»، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري 1، قسنطينة 2017، ص 282.

الضرر في حدود ما دفعه له المؤمن[1]. وهو نفس الأمر ينطبق على الحلول في عقود ضمان الاستمارات الأجنبية.

ويعد مبدأ الحلول من المبادئ الأساسية المستقر عليها في قانون التأمين في مختلف التشريعات، من بينها قانون التأمين الجزائري[2].

**ثانيا: شروط الحلول**

تحدد عقود الضمان على وجه الدقة الجوانب التي يتقرر فيها حلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون، وعلى هذا الأساس حددت عقود ضمان الاستثمار الشروط التي يجب أن تتوفر لتحل هيئة الضمان محل المستثمر المضمون الذي تعرض للخطر والمستفيد من الضمان.

لكي تحل هيئة الضمان محل المستثمر المضمون، يجب توافر مجموعة من الشروط، التي يمكن تلخيصها فيما يلي:

- يجب على المستثمر أن يقدم لهيئة الضمان كافة الوثائق والمستندات التي تثبت حوالة حقوقه المقررة على الاستثمار.

- يجب على المستثمر الأجنبي تقديم كل التنازلات أو الحوالات أو التظهيرات التي تكون لازمة لحلول هيئة الضمان محل المستثمر في جميع حقوقه[3].

- يجب على الدولة المضيفة أن تعترف بحلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون، ويكون هذا الاعتراف بعدم معارضة الدولة المضيفة على هذا الحلول، إذ أن انضمام الدولة المضيفة إلى الاتفاقيات الدولية المنشئة لهيئات الضمان والتي تتضمن أحكامها العمل بمبدأ الحلول وموافقتها على ضمان الهيئة المعنية للمخاطر المحددة في العقد، يعد ذلك اعترافا من قبلها بحق هيئة الضمان في الحلول محل المستثمر، فلا يمكن للدولة المضيفة في الأخير الدفع بأن الإجراءات المتخذة لا تعد من المخاطر المضمونة، أو أنها

1 - زينب موسى، المرجع السابق، ص 282.

2 - الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات. ج ر، ع 13، الصادر في 1995/03/08، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-04، مؤرخ في 20-02-2006، ج ر، عدد 15، الصادر في 12-03-2006، معدل ومتمم.

3 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 355.

صادقت على الاتفاقية الدولية ولكنها تتحفظ على مبدأ الحلول، كما لا يمكنها أن تتكر مبدأ الحلول إطلاقا[1].

تجدر الإشارة إلى أنه من بين الشروط الأساسية لإبرام العقد موافقة الدولة المضيفة مسبقا على قبول ضمان هيئة الضمان المعنية منح ضمانها للمستثمر حتى لا تناقش الدولة المضيفة حلول الهيئة محل المستثمر الأجنبي، لكن عادة ما تقبل الدولة المضيفة صراحة تطبيق مبدأ الحلول في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية الاستثمار، لكنه بعد ابرام الاتفاقية والمصادقة عليها ودخولها حيز التنفيذ، فيطبق مبدأ الحلول تلقائيا كلما اقتضت الضرورة ذلك. فلا يمكن للدولة المضيفة التنصل من التزاماتها التي وقعت عليها وتناقش مبدأ الحلول مع المستثمر المضمون، لأنها وافقت على ذلك مسبقا.

- أن تكون هناك دعوى مسؤولية يرجع بها المستثمر على الدولة المضيفة للاستثمار، فتحل هيئة الضمان محل المستثمر المضمون سواء كانت هذه الدعوى على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية[2].

## الفرع الثاني

## آثار الحلول

إذا توافرت الشروط السالفة الذكر، فإن هيئة الضمان ستحل محل المستثمر المضمون في مواجهة الدولة المضيفة المسؤولة عن الضرر الذي الحقته بالمستثمر الأجنبي بقوة القانون، ويترتب عن مبدأ الحلول مجموعة من الآثار التي يمكن تلخيصها في النقاط التالية[3]:

- تحل هيئة الضمان محل المستثمر المستفيد من الضمان أيا كانت الهيئة بعد موافقتها على دفع التعويض المستحق له.

- إلتزام هيئة الضمان بالأداء الفعلي والكامل لمبلغ التعويض المحدد في قرار التعويض إلى المستثمر المضمون.

1 - عينوش عائشة، مرجع سابق، ص 356.

2 - المرجع نفسه، ص 357.

3 - المرجع نفسه، ص 352.

- حلول هيئة الضمان محل المستثمر المستفيد من الضمان في كل ما عليه من حقوق وما له من التزامات، تشمل هذه الحقوق: الحقوق المالية والحقوق الإجرائية، فيمتد حلول الحقوق إلى حقوق تحويل المبالغ المالية. ويمتد حلول الحقوق الإجرائية إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار، وفق ما تم الاتفاق عليه في عقد الضمان.

- الدولة المضيفة ملزمة الوفاء لهيئة الضمان بالتزاماتها التي هي حق للمستثمر، وأن تقدم التسهيلات المناسبة لذلك.

- يحق لهيئة الضمان التمسك تجاه الدولة المضيفة بكل الدفوع التي كانت للمستثمر تجاه هذه الدولة، وكما يحق للدولة المضيفة التمسك تجاه هيئة الضمان بكل الالتزامات القانونية والتعاقدية التي كانت للمستثمر.

- لا ينصب الحلول على مبلغ التعويض المدفوع إلى المستثمر فقط، بل يمتد أيضا إلى جميع حقوقه على الاستثمار، وعوائده وكل مطالباته بما في ذلك النسبة المتبقية عن الحد الأقصى للضمان[1].

1 - عينوش عائشة، المرجع السابق، ص 375.

# خاتمة

# خاتمة

تناول هذا البحث خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي في الجزائر من خلال البحث في أساليبه وحدوده. ومدى مساهمة هيئات الضمان في تغطية الأضرار التي تصيب المستثمر الأجنبي نتيجة تحقق الخطر.

بما أن عقد الاستثمار الأجنبي يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة سعت الدولة الجزائرية بكل مجهوداتها لتوفير الشروط اللازمة للاستثمار.

برزت عقود الاستثمار في بدايات القرن التاسع عشر بالتزامن مع الثورة الصناعية آنذاك كنتيجة للتطور الجذري لدور الدولة ووظائفها التنموية، حيث انتقلت الدولة من وصفها الحارس إلى المتدخل في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، هذا التحول تطلب وسيلة ناجعة لتحقيق هذه الوظائف التي تعجز الدولة بمفردها عن تحقيقها لاسيما الدول النامية. وإن أفضل مسلك لتحقيق هذه الوظائف كانت عقود الاستثمار التي شكلت أداة فعالة في هذا المجال.

يزداد اهتمام الجزائر بالاستثمارات الأجنبية عن طريق اصدار ترسانة من النصوص القانونية المحفزة للاستثمار، فأصبح السؤال يطرح في كل مرة عن الكيفية أو السبيل لإقناع المستثمرين الأجانب للاستثمار في المنطقة، فشرعت في إجراء إصلاحات اقتصادية عميقة، وتجسدت أساسا في تكريس مبدأ حرية الاستثمار وتعزيزه، مما يعني فتح المجال امام المستثمرين الأجانب للاستثمار في مختلف القطاعات المسموح بها.

يرتبط موضوع التنمية بالاستثمار نظرا للدور الذي يلعبه هذا الأخير في تقليص البطالة، ونسبة العقد ورفع مستوى معيشة المواطن، لذلك تحرص الدولة خصوصا النامية منها للعمل على توفير المناخ الملائم لجذب الاستثمارات الأجنبية ويعد الأمن القانوني أحد أهم هذه العوامل فلا يمكن الحديث عن التنمية في ظل غياب الأمن القانوني.

يساهم الأمن القانوني بالدرجة الأولى في تحسين مناخ الاستثمار في الدولة المضيفة لأنه يعتبر من بين الضمانات الأساسية في عقود الاستثمار، بحيث تلتزم كل دولة بعدم إدخال تعديلات على الإطار التشريعي والتنظيمي الذي يحكم الاستثمارات المنجزة عند تعديل أو إلغاء قوانين الاستثمار إلا أن الأمن القانوني في مجال الاستثمار لابد أن يتوافق مع التحولات التي يعرفها الاقتصاد الوطني والدولي، لذلك فإن هذا المبدأ

# خاتمة

يعاني من جملة من العوائق والانعكاسات المؤثرة عليه، وتتجلى مظاهر انعدام الأمن القانوني في التضخم التشريعي في مجال الاستثمار وأثر التعديلات المفاجئة لقوانين الاستثمار خاصة بموجب قوانين المالية فهي إذن تعديلات ظرفية مؤقتة مفاجئة للمستثمر الأجنبي مما يسبب له عدم وضوح الرؤية المستقبلية لمشروعه في بلد مثل الجزائر المعروفة بكثرة تعديلاتها وانعدام الاستقرار التشريعي.

وأحسن دليل على ذلك خطر الإخلال بالعقد الذي يهدد المشروع الاستثماري بسبب ممارسة الدولة لسلطة التعديل والإلغاء المستمرة من امتيازها التشريعي.

تتمتع الدولة بهذه السلطة دون حاجة لوجود نص قانوني يؤكد عليها ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها على هذا التعديل وهذا لتحقيق المصلحة العامة التي تسمو على كل اعتبار قانوني. بالتالي فإن أي اتفاق حول نزع هذه السلطة من الدولة يعد باطلا.

إن سلطة الدولة في تعديل عقد الاستثمار الأجنبي تعد استثناء على الأصل العام الذي يفترض بقاء واستقرار العقود، من ثم ينبغي أن تكون هذه السلطة في أضيق الحدود بعدم المساس بالمسائل الجوهرية المتصلة بموضوع العقد وأن تقتصر سلطة التعديل على الامتيازات المتعلقة بالخدمة التي تحكم المصلحة العامة.

يعتبر الاستثمار الأجنبي خطوة هامة لتحقيق التنمية وتحسين الظروف الاقتصادية والاجتماعية للدول النامية، غير أن هذه الاستثمارات الأجنبية المنجزة تتعرض إلى مجموعة من المخاطر غير التجارية التي تشكل عائقا في سبيل تدفقها خاصة إلى الدول النامية التي تحتاج إليها، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى وجود تنظيم قانوني يوفر الضمان اللازم لها في مواجهة هذه المخاطر.

إن أهمية الأحكام الواردة في القوانين الداخلية ومساهمتها في توفير الجو المناسب للاستثمارات الأجنبية، لا يكفي لأن عدم الثقة في التشريعات الداخلية للدول النامية بصفة عامة دفعت بالمستثمرين الأجانب إلى محاولة تدويل وسائل الحماية، لأن الارتباط بالتزامات دولية أصبح يمثل الوسيلة الوحيدة لجذب رؤوس الأموال الأجنبية. ففي غياب اتفاقية عالمية في هذا المجال أصبحت الاتفاقيات الثنائية هي الوسيلة الأساسية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية نظرا لما تتضمنه من مبادئ وقواعد واضحة ومحددة وما

# خاتمة

يترتب عنها من مسؤولية دولية في حالة الاخلال بالالتزامات الواردة فيها، بحيث تؤكد المبادئ العامة للقانون الدولي وتحولها من مبادئ عرفية إلى قواعد اتفاقية.

ومحاولة من المستثمرين في التخفيف من حدة خطر الاخلال بعقد الاستثمار ظهرت إمكانية ضمان مثل هذا الخطر، إذ أن عقود الضمان ظهرت منذ السبعينيات القرن الماضي، إلا أن ضمان خطر الاخلال بالعقد كان آخر هذه الأخطار قبولا من حيث الضمان بعد جهود حثيثة من الشركات المتعددة الجنسيات، فأصبح بذلك يمكن ضمان هذا الخطر بموجب عقد الضمان وإذا ما تحقق الخطر فإن المستثمر سيتحصل على مبلغ الضمان في شكل تعويض من هيئة الضمان وهي من أنجح وسائل الضمان المتاحة لضمان الاستثمارات الأجنبية.

إثر ذلك توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى النتائج التي يمكن أن نحصرها فيما يلي:

- إن الإجراءات الانفرادية سواء التقليدية منها أو الحديثة تعتبر بمثابة إجراءات تقييدية للاستثمارات ورؤوس الأموال بحيث يجعل من المستثمرين الأجانب يغيرون الوجهة إلى بلد يمتاز بمناخ ملائم.

- يعاني مجال الاستثمار في الجزائر من عدم الاستقرار التشريعي وتدهور الأمن القانوني، مما يؤثر سلبا على عملية جذب الاستثمارات، وعلى قرار المستثمر نتيجة تغير توقعاته بسبب كثرة التعديلات المفاجئة.

- لا يستوجب الإطار القانوني للاستثمار في الجزائر لمتطلبات مبدأ الاستقرار التشريعي والأمن القانوني للاستثمار، نظرا للتعديل الدوري خاصة من خلال قوانين المالية، وهو ما يدل على غياب رؤية استراتيجية طويلة المدى حول سياسة الاستثمار الواجب اتباعها من طرف المستثمر.

وعلى هذا الأساس فإنه من أجل تفعيل العملية الاستثمارية في الجزائر نقترح ما يلي:

- من الضروري اصدار قانون موحد للاستثمار يكون واضحا وصريحا ويتسم بالشفافية وعدم التعارض مع التشريعات الأخرى ذات الصلة، ويكون متوافقا مع القواعد والتنظيمات الدولية المتعلقة بتنظيم وحماية الاستثمار.

# خاتمة

- على الدولة ادخال نوع من المرونة في معاملاتها مع المستثمرين الأجانب، من خلال احداث نوع من التوازن بين سيادة الدول ومصالحها الوطنية ومصالح المستمرين الدي يتمسك بمبدأ قدسية العقد وبشروط الثبات وتدويل عقود الاستثمار والتعويض العادل والمنصف كأساس لذلك.

- على الدولة أن تحترم تعهداتها لان زرع الثقة في نفوس المستثمرين لجلب الاستثمارات الأجنبية يعتمد على مدى مصداقية الدولة في تعاقداتها.

- ضرورة إدراج بدائل لشروط الثبات التشريعي مثل المراجعة أو إعادة التفاوض أو الشرط الجزائي في حالة تغير ظروف العقد، حيث تحقق هذه الشروط ضمانات أكثر في جذب الاستثمار الأجنبي.

- يفضل المستثمر الأجنبي أن يتضمن عقد الاستثمار شروطا تقرر له حق التعويض في حالة إخلال الدولة بعقد الاستثمار، باعتباره حق مضمون.

# قائمة المصادر والمراجع

**قائمة المصادر والمراجع**

**أ- باللغة العربية**

**أولا: الكتب**

1. إبراهيم شحاتة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971.

2. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

3. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2001.

4. خالدي أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، ط 3، دار هومه، الجزائر، 2013.

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

6. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دراسة معمقة تتضمن عرضا تفصيلا لموقف الفقه والقوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية واحكام محاكم التحكيم وخاصة الصادرة في مجال البترول وذلك بشأن المسائل المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والإجراءات وموضوع النزاع، دار النهضة، العربية، القاهرة، مصر، 2004.

7. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، القاهرة، 1991.

8. عبد الكريم سالمة أحمد، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2021.

9. لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

10. هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2000.

11. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1981 .

**ثانيا: المذكرات والرسائل الجامعية**

**أ- رسائل الدكتوراه**

1) اقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار (التجربة الجزائرية نموذجا)، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

2) حساييني لامية، مبدأ عدم التمييز بين الاستثمار في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ،2017.

3) حسين نوارة الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011.

4) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

5) عيبوط محند واعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، رسالة الدكتوراه دولة في القانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006.

6) عينوش عائشة، ميكانيزمات ضمان الاستثمارات الاجنبية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018.

7) معيفي لعزيز، الوسائل القانونية لتفعيل الاستثمارات في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

8) يحياوي سمية، عقود الاستثمار الأجنبي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس، المدية، الجزائر، 2019.

**ب- مذكرات الماستر**

1) آيت معمر الطاهر، الإطار القانوني لعقد الاستثمار -ضمان الاستثمار الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون.

2) بندير خديجة، الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018.

**ثالثا: المجلات والمقالات**

1) مرداري كمال، " مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي "، مجلة العلوم الإنسانية، ع 17، جامعة عنابة، 2002، ص ص 51-67.

2) حسين نوارة، " الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص ص 227-233.

3) عيبوط محند وعلي، " عقد الاستثمار بين القانون الداخلي والقانون الدولي "، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص ص 7-31.

4) موسى إلياس الباقي، " النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي ووسائل حلها في القانون العراقي "، رقم 13-2006، مجلة مركز دراسات الكوفة، ع 43، جامعة الكوفة، العراق، 2016، ص ص .35-50

5) زينب موسى، " حلول المؤمن محل المؤمن له في رجوعه على الغير المسؤول عن الضرر"، مجلة الشريعة والاقتصاد، ع 12، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري 1، قسنطينة 2017، ص ص 282-284.

6) شنتوفي عبد الحميد، "الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار"، مجلة الدراسات الحديثة حول فعلية القاعدة القانونية، المجلد 01 العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2017، ص ص 195-210.

**رابعا - الاتفاقيات الدولية**

1) اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الموقعة في الكويت في ماي 1971، مصادق عليها بموجب أمر رقم 72-16، مؤرخ في 07-06-1972، ج ر، ع 53، الصادر في 04-07-1972.

2) الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، لسنة 1980، المصادق عليها بموجي مرسوم رئاسي رقم 95-306، مؤرخ في 07-10-1995، ج ر،ع 59، الصادر في 11-10-1995، معدلة في 06-12-2012.

3) الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين، فيما يخص الاستثمارات والرسائل المتعلقة بهما، الموقعتين بالجزائر بتاريخ 13-02-1993، المصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 94-01، مؤرخ في 02-01-1994، ج ر، ع 01، الصادر في 02-10-1994.

4) الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في مدريد بتاريخ 23-12-1994، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 95-88 مؤرخ في 25 -03- 1995،ج ر، ع 23، الصادر بتاريخ 26 -04- 1995.

**خامسا: النصوص القانونية والتنظيمية**

**أ- النصوص التشريعية**

1) مرسوم رئاسي رقم 95-345، مؤرخ في 30 -10- 1995، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر، ع 66، الصادر بتاريخ 05-1-1995.

2) مرسوم تشريعي رقم 12-93، المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414هـ الموافق ل 05 اكتوبر لسنة 1993، المتعلق بترقية الاستثمار.

3) مرسوم تنفيذي رقم 01-416 مؤرخ في 2001/12/20، يتضمن الموافقة على اتفاقية الاستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الاستثمارات وعمها ومتابعتها، اوراسكوم تيليكوم، ج ر ع80، الصادرة في 2001/12/26.

4) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25-فيفري-2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 02 الصادر في أفريل/ 2008.

5) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 22/جويلية/2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر، ع 44، الصادرة في 26-07-2009.

6) قانون رقم 20-07، مؤرخ في 4 يونيو 2020، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر، ع 33، الصادر في 4 يونيو 2020.

**ب- النصوص التنظيمية**

1) أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصادر في 1975/09/30، معدل ومتمم

2) أمر رقم 72-16 مؤرخ في 07 جوان 1972، يتضمن المصادقة على اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ج ر، ع 53، الصادر في 1972/07/04.

3) أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، ج ر، ع 78، الصادرة في 30-09-1975، معدل ومتمم.

4) أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات. ج ر، ع 13، الصادر في 1995/03/08، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 06-04، مؤرخ في 20-02-2006، ج ر، ع 15، الصادر في 12-03-2006، معدل ومتمم.

5) وأمر رقم 01-01، المؤرخ في 2001/02/27، المعدل والمتمم للقانون 10/90 (أنظر المادة 02)، ج ر، ع: 52، الصادرة بتاريخ 2003/10/28.

**سادسا: اتفاقيات الاستثمار**

1) اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الدولة الجزائرية من طرف وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتباعتها (APSI) من جهة وبين شركة أوراسكوم تيليكوم (OTA) من جهة أخرى الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي رقم 01-416 المؤرخ في 20 -12- 2001.

2) اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (ANDI) القائمة لحساب الدولة الجزائرية والشركة الجزائرية للإسمنت (ACC) مؤرخة في 30 -10- 2003.

**ب- باللغة الفرنسية**

1) ZOUAIMIA Rachid, " A la recherche de la sécurité juridique de l'investissement étranger ". RARJ, Université A. Mira Bejaia, Vol : 12, N° 01, Spécial, 2021, p 638.

# فهرس

# فهرس


| العنوان | الصفحة |
|---|---|
| **الشكر وعرفان** | |
| **الإهداء** | |
| **قائمة بأهم المختصرات** | |
| **مقدمة** | 2 |
| **الفصل الأول: سلطة الدولة المضيفة للاستثمار في تعديل أو فسخ عقد الاستثمار.** | |
| **المبحث الأول: ماهية عقد الاستثمار الأجنبي** | 6 |
| **المطلب الأول: مفهوم عقد الاستثمار الأجنبي** | 7 |
| الفرع الأول: تعريف عقد الاستثمار الأجنبي | 7 |
| الفرع الثاني: أطراف عقد الاستثمار الأجنبي | 9 |
| أولا: الدولة كطرف في عقد الاستثمار | 10 |
| ثانيا: المستثمر الأجنبي كطرف في عقد الاستثمار الأجنبي | 11 |
| **المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار الأجنبي** | 12 |
| الفرع الأول: عقد الاستثمار الأجنبي عقد داخلي | 13 |
| أولا: اختلاف المراكز القانونية لطرفي العلاقة العقدية | 14 |
| ثانيا: الأساس القانوني لخضوع عقد الاستثمار للقانون الداخلي | 15 |
| الفرع الثاني: محاولات تدويل عقد الاستثمار | 15 |
| أولا: تدويل عقد الاستثمار على أساس ارادة الاطراف | 16 |
| ثانيا: تدويل عقد الاستثمار على أساس إمكانية اللجوء لتحكيم الدولي | 18 |
| **المبحث الثاني: أساليب تدخل الدولة للإخلال بعقد الاستثمار** | 19 |
| **المطلب الأول: الامتياز التشريعي كأسلوب في تعديل أو فسخ عقد الاستثمار الأجنبي** | 19 |

# فهرس


| | |
|---|---|
| الفرع الأول: الإطار القانوني للامتياز التشريعي على الاستثمار الأجنبي | 20 |
| الفرع الثاني: الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ شروط عقد الاستثمار | 21 |
| **المطلب الثاني: الإجراءات الانفرادية كأسلوب لتعديل أو فسخ عقد الاستثمار الأجنبي** | 24 |
| الفرع الأول: ممارسة السلطة العمومية أسلوب الرقابة | 25 |
| أولا: ألية الشراكة كأسلوب للرقابة | 25 |
| ثانيا: حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة | 26 |
| الفرع الثاني: حق الدولة في إنهاء عقد الاستثمار | 28 |
| **المطلب الثالث: الإجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدولة للمساس بملكية المستثمر الأجنبي** | 29 |
| الفرع الأول: الأخذ التدريجي لملكية المستمر الأجنبي | 29 |
| الفرع الثاني: الشفعة كالآلية رقابية للاستثمارات | 31 |
| أولا: المقصود بحق الشفعة | 31 |
| ثانيا: تكريس حق الشفعة على الاستثمارات الأجنبية المتنازل عنها في الجزائر | 32 |
| ثالثا: استبدال إجراء الشفعة بطلب الترخيص | 33 |
| **الفصل الثاني: ضمان خطر الاخلال بعقد الاستثمار الأجنبي** | |
| **المبحث الأول: ماهية ضمان عقد الاستثمار الأجنبي** | 37 |
| **المطلب الأول: مفهوم عقد ضمان الاستثمار الأجنبي** | 37 |
| الفرع الأول: تعريف عقد ضمان الاستثمار الأجنبي | 38 |
| أولا: المقصود بعقد ضمان الاستثمار الأجنبي | 38 |
| ثانيا: أطراف عقد ضمان الاستثماري الأجنبي | 38 |

# فهرس


| | |
|---|---|
| الفرع الثاني: إجراءات إبرام عقد الضمان | 43 |
| **المطلب الثاني: شروط ضمان خطر الاخلال بالعقد** | 44 |
| الفرع الأول: شروط ضمان خطر الاخلال بالعقد | 45 |
| أولا: شروط خطر الإخلال بالعقد | 45 |
| الفرع الثاني: صور الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي | 48 |
| **المبحث الثاني: تحقق خطر الإخلال بعقد الاستثمار الأجنبي وآثاره** | 49 |
| **المطلب الأول: شروط استحقاق التعويض** | 50 |
| الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمستثمر طالب التعويض | 50 |
| الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالخطر المضمون | 51 |
| **المطلب الثاني: المطالبة بالتعويض من طرف المستثمر المضمون** | 52 |
| الفرع الأول: توجيه طلب أداء التعويض | 52 |
| الفرع الثاني: تحديد تاريخ توجيه طلب أداء التعويض | 53 |
| الفرع الثالث: البيانات الواجب توافرها في طلب التعويض | 53 |
| **المطلب الثالث: حلول هيئة الضمان محل المستثمر المضمون** | 54 |
| الفرع الأول: المقصود بمبدأ الحلول وشروطه | 55 |
| أولا: المقصود بمبدأ الحلول | 55 |
| ثانيا: شروط الحلول | 56 |
| الفرع الثاني: آثار الحلول | 57 |
| **خاتمة** | 60 |
| **قائمة المصادر والمراجع** | 65 |
| **الفهرس** | 72 |